



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

NULIDAD DEL ACTO DE DACIÓN DE FE

Tesis presentada para optar el Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial

MAESTRANTE: MARÍA XIMENA ECHEVERRÍA ARÁOZ

Sucre – Bolivia

2023



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

NULIDAD DEL ACTO DE DACIÓN DE FE

Tesis presentada para optar el Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial

MAESTRANTE: MARÍA XIMENA ECHEVERRÍA ARÁOZ
TUTORA: JOSEFINA CHINEA GUEVARA DE ROSALES, PhD.

Sucre – Bolivia

2023

DEDICATORIA

A, la memoria de mi madre

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a mi hija Luciana, pilar de mi vida
y a la Dra. Josefina Chinaa, por su dedicación y
apoyo en la elaboración de este trabajo

RESUMEN

Esta investigación se decanta por tratar una de las ineficacias en el ámbito del acto de dación de fe notarial: la nulidad del acto de dación de fe, de las sanciones más duras que establece la doctrina para los actos jurídicos incumplidores con los requisitos exigidos por ley.

La presente investigación tiene como principal objetivo hacer un análisis de los fundamentos teóricos, normativos y empíricos que puedan orientar la determinación de las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario en el ámbito notarial boliviano, dada la complejidad de la función notarial que integra tres perspectivas distintas: la del acto que se documenta, la del acto de dación de fe del Notario y la perspectiva documental, para elaborar una propuesta.

Por ello, el diseño de investigación permite llevar adelante una investigación de tipo analítico-descriptivo, empírico-causal y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema.

Palabras claves: Acto de dación de fe, nulidad, Notario, ineficacia del acto

SUMMARY

This research opts to deal with one of the inefficiencies in the field of notarial act of dation of faith: the nullity of the act of dation of faith, of the harshest sanctions established by the doctrine for legal acts that do not comply with the requirements required by law.

The main objective of this research is to make an analysis of the theoretical, normative and empirical foundations that can guide the determination of the causes of nullity of the Notary's act of attesting in the Bolivian notarial field, given the complexity of the notarial function that integrates three different perspectives: the act that is documented, the Notary's act of attestation and the documentary perspective, to prepare a proposal.

For this reason, the research design allows carrying out an analytical-descriptive, empirical-causal and propositional type of research. It starts from the mixed socio-critical paradigm that is characterized by the plurality of research methods used to address the problem.

Keywords: Act of faith, nullity, Notary, ineffectiveness of the act

ÍNDICE GENERAL

1	INTRODUCCIÓN.....	1
1.1	Antecedentes.....	2
1.2	Planteamiento del problema	2
1.2.1	Identificación del problema	2
1.2.2	Formulación del Problema de Investigación.....	3
1.3	Objetivos.....	3
1.3.1	Objetivo general.....	3
1.3.2	Objetivos específicos.....	3
1.4	Justificación	4
1.4.1	Justificación técnica.....	4
1.4.2	Justificación económica.....	4
1.4.3	Justificación social	5
1.5	Alcance.....	5
1.5.1	Alcance temático	5
1.5.2	Alcance geográfico	5
1.5.3	Alcance temporal.....	5
1.6	Estrategia metodológica	5
1.6.1	Diseño y tipo de investigación.....	5
1.6.2	Técnicas e instrumentos de investigación.....	6
1.6.3	Universo y muestra.....	7
	CAPÍTULO I.....	8
1	Fundamentos teórico doctrinales de la nulidad del acto de dación de fe del Notario	8
1.1	La ineficacia del acto jurídico	8

1.1.1	Definición.....	8
1.1.2	La inexistencia del acto jurídico	10
1.1.3	Regímenes típicos de ineficacia del acto jurídico.....	10
1.1.3.1	La nulidad del acto jurídico	10
1.1.3.2	Características	11
1.1.3.3	La anulabilidad	12
1.1.3.4	La inoponibilidad.....	13
1.1.3.5	Rescisión.....	14
1.2	El acto de dación de fe del Notario	15
1.3	Límite de la autonomía de la voluntad contractual, respecto al requisito de forma	20
1.4	La conversión del acto jurídico nulo.....	26
	CAPÍTULO II	29
2	Análisis crítico sobre la normativa y jurisprudencia nacional y extranjera en relación a la nulidad del acto de dación de fe notarial.....	29
2.1	El acto de dación de fe desde la perspectiva del Código Civil Boliviano	29
2.2	La Ley 483 del Notariado Plurinacional en cuanto a la exigencia de formalegal en los contratos.....	34
2.3	La jurisprudencia boliviana sobre el tema que se investiga.....	51
2.4	Estudio del derecho extranjero sobre el tema	64
2.4.1	Argentina	65
2.4.2	Perú.....	68
2.4.3	Colombia	72
2.5	Conclusión parcial	82

CAPÍTULO III	84
3 Análisis y procesamiento de la información	84
3.1 Recolección, análisis e interpretación de los datos.	84
3.2 Encuesta.....	90
3.2.1 Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.	92
3.3 Análisis de los datos obtenidos.....	93
3.4 Interpretación de los datos.....	95
3.5 Conclusión parcial	95
CAPÍTULO IV.....	97
4 Fundamentos teóricos, normativos y empíricos para una propuesta de determinación de las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario en Bolivia	97
4.1 Fundamentos teóricos de la propuesta.....	97
4.2 Fundamentos normativos de la propuesta	99
4.3 Fundamentos empíricos de la propuesta	102
4.4 La propuesta concreta	103
CONCLUSIONES.....	104
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	108

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Cuadro comparativo.....	83
Tabla 2: Tabla de Especificación	86
Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad.....	89
Tabla 4: Tipo de pregunta para cada Ítems	89
Tabla 5: Análisis de porcentos de selección en cada opción de pregunta.....	93
Tabla 6: Método de Comparación constante.....	94

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	88
Gráfico 2.....	88
Gráfico 3.....	92
Gráfico 4.....	92

1 INTRODUCCIÓN

La idea de ineficacia del acto jurídico representa la contrapartida de la idea de eficacia. Si cuando se habla de eficacia se hace alusión a la producción de una serie de consecuencias jurídicas procedentes de un acto jurídico válido, cuando de ineficacia del acto jurídico se habla, se alude precisamente a la falta de producción de esas consecuencias esperadas.

Entonces, pudiera afirmarse que la idea de ineficacia como concepto no expresa un fenómeno real, sino que ella implica una determinada valoración jurídica que deber ser asignada a determinados actos jurídicos. Así, se afirma que cuando se habla de un acto jurídico nulo, inválido o ineficaz no significa que este acto no despliegue realmente unos efectos jurídicos dados, sino que debe recibir un determinado tratamiento y que las consecuencias jurídicas que pretenden ser fundadas en él, no merecen amparo del derecho y deben desaparecer. Así que la ineficacia será una fórmula abreviada para designar un determinado tratamiento jurídico.

De ahí, que en Derecho, en algunos casos de ineficacia se reconozcan algunas consecuencias o efectos, porque bajo la denominación de ineficaces, se hace referencia a un grupo de situaciones diversas y diferentes (modalidades como la inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión), lo que permite determinada gradación de la eficacia, en razón de que se admite la posible existencia de unas consecuencias o efectos anormales, o extraordinarios, pero no los esperados, de ahí que la doctrina -en algunos casos- se ha decantado por utilizar el término de invalidez que resulta igualmente indeterminado.

La ineficacia es, en fin, un juicio de valor del ordenamiento respecto de la adecuación del supuesto de hecho del acto jurídico a las previsiones del ordenamiento, y sobre las conductas exigidas o efectivamente producidas en la celebración y en la ejecución del acto jurídico de que se trate. Es, además, considerada la ineficacia como una sanción, si se entiende como la consecuencia que el ordenamiento imputa a la infracción de sus preceptos. Resulta sancionada con ineficacia la infracción de la falta de coherencia entre el acto jurídico tal como se produjo en realidad y como había sido previsto por el

ordenamiento jurídico, en razón de que las normas ordenan un ajuste perfecto en esos temas.

1.1 Antecedentes

El acto de dación de fe es un acto jurídico unilateral del profesional notario que, siendo parte del aparato que conforma el poder legitimador del Estado, ofrece a los derechos que nacen de los actos de los particulares en la normalidad jurídica, certeza y seguridad jurídica a través de la dación de fe pública, misión que tiene delegada por el Estado.

Este acto de dación de fe está ordenado jurídicamente a través de la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento, que establece de manera detallada cual debe ser el procedimiento a seguir para la transformación de un documento privado en público a través del Notario, y los demás procedimientos notariales que son de su competencia.

El Derecho notarial tiene un carácter eminentemente procesal, es procedimiento extrajudicial, pero procedimiento al fin y por tanto, sus normas son de obligatorio cumplimiento en razón del orden público. Por tanto, cualquier irregularidad en ese acto jurídico de dación de fe del Notario, pudiera traer consigo diversas formas de ineficacia.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Identificación del problema

Esta investigación se decanta por tratar una de las ineficacias en el ámbito del acto de dación de fe notarial: la nulidad del acto de dación de fe, de las sanciones más duras que establece la doctrina para los actos jurídicos incumplidores con los requisitos exigidos por ley. La razón de escoger el estudio de la nulidad del acto de dación de fe ha sido la ausencia de definiciones sobre las causas de nulidad de dicho acto en la Ley 483 del Notariado Plurinacional lo que ha permitido -antes de la promulgación de la ley notarial y después- inconsistencias teóricas a la hora de determinar la acción posible de ejecutar para inhabilitar los actos de dación de fe incumplidores de la normativa establecida al efecto.

La importancia del tema es trascendente. El instrumento público notarial que es

resultado y prueba del acto de dación de fe del Notario, representa documentalmente-en el caso de documentar un acto jurídico cualquiera- al contrato que contiene, o a la manifestación de la voluntad requerida, asuntos que en cuanto a sus nulidades están definidas por el Código Civil; sin embargo, no existe una regulación clara y definitiva para determinar las causas de la nulidad del acto de dación de fe del Notario, ni en la legislación civil sustantiva, ni en el ámbito de la Ley 483 y su reglamento, cuestión ésta que trae dificultades al representar la escritura pública ambos mundos jurídicos, el del contrato o manifestación de voluntad que contiene, y el del acto de dación de fe notarial que tienen vidas jurídicas independientes.

Esta realidad necesita ser aclarada para el contexto nacional y poder identificar-entonces- cuando alegar la nulidad del contrato contenido en escritura pública, o cuando alegar la nulidad del acto de dación de fe notarial, cuyas alegaciones tendrán uno u otro caso, repercusiones diferentes.

Se necesita, precisar las causas de la nulidad del acto de dación de fe que implica una valoración judicial sobre la adecuación del supuesto de hecho del acto jurídico notarial de dación de fe a las previsiones del ordenamiento y su diferenciación de las causas de nulidad del contrato, demostrando la independencia o no de la validez del contrato contenido en instrumento notarial de su forma pública.

1.2.2 Formulación del Problema de Investigación

¿Cómo determinar en el contexto jurídico boliviano las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Proponer los fundamentos teóricos, normativos y empíricos que definen las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario en el contexto jurídico boliviano

1.3.2 Objetivos específicos

1. Definir los fundamentos teórico doctrinales de la investigación

2. Analizar críticamente la normativa y la jurisprudencia nacional y extranjerasobre la nulidad del acto de dación de fe del Notario
3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacionalen cuanto a las nulidades del acto de dación de fe notarial
4. Sistematizar los resultados obtenidos que fundamentan la propuesta

1.4 Justificación

1.4.1 Justificación técnica

Esta investigación se justifica técnicamente porque permitirá aportar una serie de argumentos jurídicos que fundamenten la determinación de las irregularidades del acto de dación de fe notarial que puedan ser consideradas como causas de nulidad de este especial acto jurídico unilateral del notario, lo que aportará claridad a la teoría general del instrumento público y a la teoría del contrato que convergen en el ámbito del instrumento público interrelacionándose.

La falta de definición jurídica que hoy subsiste en este tema trae consigo inseguridadtanto en el ámbito contractual como en el procedimiento de dación de fe del Notario, lo que sin duda atenta contra la certeza y seguridad que son el fin último de la función notarial.

1.4.2 Justificación económica

Esta investigación se justifica económicamente desde la eficiencia jurídica. Es preciso que la norma favorezca una correcta relación en la ecuación costo - beneficio. De ahí la importancia que tiene determinar los argumentos jurídicos que fundamentan la identificación de ciertas irregularidades en el procedimiento de dación de fe notarial que puedan conducir a un juicio de valoración jurídica que determine la sanción de nulidad para este tipo de acto.

Con ello, se logrará una mayor precisión en las acciones jurídicas a emprender en la práctica procesal, se comprenderá mejor la interrelación entre la teoría del contrato y la teoría general del instrumento público, lo que hará -sin dudas- más eficiente el proceso.

1.4.3 Justificación social

La investigación se justifica socialmente desde su contribución a la seguridad y certeza de los derechos que conduce a la paz y la estabilidad social, la labor preventiva del notario en todo caso, tributa a ella, y la claridad teórica y normativa sobre las irregularidades del acto de dación de fe que pudieran provocar la sanción de nulidad del mismo, fortalece esa labor preventiva notarial que podrá ofrecer mayor seguridad y certeza a sus actuaciones, anti litigiosas por excelencia.

1.5 Alcance

1.5.1 Alcance temático

Se fija para este estudio en la interdependencia entre la teoría general del contrato y la teoría general del instrumento público para argumentar las irregularidades del actode dación de fe notarial que pudieran ser consideradas causas de su nulidad

1.5.2 Alcance geográfico

La investigación tiene un alcance nacional, aunque se utiliza el análisis crítico de la legislación y la jurisprudencia extranjera en aras de interpretar los resultados de la comparación jurídica.

1.5.3 Alcance temporal

El estudio se realizó entre los años 2020 y 2022

1.6 Estrategia metodológica

1.6.1 Diseño y tipo de investigación

La presente investigación es de tipo analítico-descriptivo, empírico-causal y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema.

Se utilizan los siguientes métodos de investigación:

Método de investigación bibliográfica documental y dogmática. - El método de investigación bibliográfica documental y dogmática se utilizó al recopilar toda la información teórica. Siendo un método teórico formal permite el análisis crítico

de las teorías jurídicas fundamentales sobre el tema que se investiga.

Método lógico deductivo. - Se utilizó el método lógico deductivo en la comprobación y deducción lógica necesaria al proceso de investigación del problema en estudio, que permite elaborar argumentos coherentes y provistos de sentido lógico.

Método de derecho comparado: Se utiliza para encontrar y profundizar sobre causas y soluciones encontradas por el derecho extranjero a los mismos problemas que en esta investigación constituyen objeto de estudio. El estudio de derecho comparado permite al investigador formar un conjunto de juicios generalizados sobre el tema en estudio y, desde una perspectiva crítica, valorar la propuesta nacional en tal sentido.

Método estadístico: Se utiliza la estadística para procesar la información recogida de la comunidad jurídica nacional sobre su valoración de las irregularidades del acto de dación de fe notarial que pudieran ser valoradas jurídicamente como causas de nulidad del mismo.

Método de Teoría fundamentada: Se utiliza para el análisis de datos e interpretación de los mismos, para crear teoría de la realidad.

1.6.2 Técnicas e instrumentos de investigación

Las técnicas utilizadas son:

- a) Análisis bibliográfico para recoger y analizar la información teórica
- b) comparación normativa del derecho extranjero
- c) el cuestionario
- d) el análisis estadístico para procesar los datos obtenidos
- e) Comparación constante

Los instrumentos utilizados:

- a) Fichas bibliográficas
- b) Cuadro comparativo
- c) Encuestas

d) Gráfico estadístico

1.6.3 Universo y muestra

Para la aplicación de la encuesta la muestra está constituida por juristas notarios, jueces y abogados en el ejercicio libre en materia civil del eje troncal, 240 en total, 80 de cada departamento (Santa Cruz, La Paz, Cochabamba). La muestra es no probabilística.

El informe de investigación está estructurado en cuatro capítulos que se corresponden con los objetivos propuestos; además, se ofrecen un conjunto de conclusiones y recomendaciones que pretenden introducir los resultados que esta investigación propone.

CAPÍTULO I

1 Fundamentos teórico doctrinales de la nulidad del acto de dación de fe del Notario

Este capítulo tiene la intención de conformar el aparato teórico crítico de la investigación, definir los conceptos más importantes, las tendencias teóricas que informan tanto a la teoría del contrato, como a la teoría general del instrumento público, sus interrelaciones y consecuencias en la valoración de las irregularidades del acto jurídico de dación de fe del Notario que puedan traer consigo sanción de nulidad.

1.1 La ineficacia del acto jurídico

1.1.1 Definición

La idea de ineficacia del acto jurídico es el reverso de la idea de eficacia. La ineficacia entonces es la falta de producción de consecuencias jurídicas, es decir, de aquellas consecuencias jurídicas esperadas.

La idea de la ineficacia del acto jurídico alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico y significa una determinada manera de comportarse frente al acto jurídico los interesados, los terceros, los jueces y funcionarios encargados de la aplicación del Derecho en la comunidad (Diez Picazo, 1993: 426). La ineficacia del acto jurídico es también una sanción, porque el ordenamiento relaciona la infracción de sus preceptos con su declaración de ineficacia; es decir, la ineficacia se declara cuando existe la infracción de falta de correspondencia entre el acto jurídico que sea y el diseño jurídico que del mismo hace la ley, o existen irregularidades en dicho acto.

La ineficacia como sanción de un acto jurídico irregular se produce cuando una norma la impone expresamente y también cuando el acto se celebra infringiendo el significado y la finalidad de las normas que no regulan. Por ello, afirma Diez Picazo (Diez Picazo, 1993:428) que cabe que exista: a) una ineficacia expresamente decretada por la ley; b) una ineficacia deducida por vía de interpretación de la Ley; y c) una ineficacia que, en defecto de ley, es reclamada o impuesta por el juego de los principios generales del derecho.

Desde la doctrina es posible establecer las siguientes formas de ineficacia del acto jurídico:

- a) Ineficacia automática y provocada
- b) absoluta y relativa
- c) originaria y sobrevenida
- d) total, y parcial
- e) estructural y funcional
- f) sanable o insanable

Interesa a este estudio profundizar sobre los conceptos de la ineficacia automática y la provocada, sobre la absoluta y relativa, y la total y parcial; por ello en adelante se abunda al respecto.

a) Ineficacia automática y provocada

Según Diez Picazo (Diez Picazo, 1993:433), se llama automática a la ineficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico y sin necesidad de ningún otro requisito adicional. Modernamente se le reconoce como ineficacia de pleno derecho. Significa, que para tener en cuenta la ineficacia del acto no se necesita que nadie inste a los órganos jurisdiccionales, ni necesita de declaración previa.

Sin embargo, cuando se habla de ineficacia provocada la situación es distinta. En estos casos de ineficacia provocada el ordenamiento jurídico se limita a atribuir a uno o varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual la sanción será actuada y claro que necesita de declaración previa.

Cuando la ineficacia es automática el acto jurídico es en todo momento inatendible y ninguna persona, funcionario u organización jurídica puede considerar cualquier pretensión que se base en su tenor. Sin embargo, si la ineficacia es provocada el contrato es eficaz de nacimiento y la norma jurídica articula un poder de impugnación del que disponen algunas personas para proteger sus intereses que puede convertirlo en ineficaz si tiene éxito y es declarada la ineficacia.

b) Ineficacia absoluta y relativa

La ineficacia es absoluta cuando el contrato no produce ninguno de sus efectos para nadie, ni las partes, ni sus causahabientes, ni los terceros.

Fuera de ello, la ineficacia es relativa cuando el contrato despliega unas consecuencias diferentes para diferentes grupos de personas o diferentes círculos de intereses.

c) Ineficacia total y parcial

La ineficacia de un acto jurídico puede ser total o parcial. Es así, que la ineficacia puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del acto jurídico que sea o quedar reducida a algunas de sus disposiciones y cláusulas.

Por tanto, un acto jurídico en la que una de las partes de su contenido es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes. Como argumento a este razonamiento se alega el llamado principio de conservación del negocio y la regla de que lo invalidado no puede viciar lo válido (Diez Picazo, 1993:436).

1.1.2 La inexistencia del acto jurídico

Este concepto nació en la doctrina francesa y sirvió para evitar las consecuencias que en el derecho francés se manifestaban ante la exigencia de que las causas de nulidad fueran expresamente determinadas por Ley.

Según Diez Picazo (Diez Picazo, 1993: 429) el concepto de inexistencia carece de utilidad y de necesidad, porque la inexistencia no produce consecuencias jurídicas distintas a las de la nulidad absoluta y no es preciso que la nulidad esté expresamente impuesta por ley.

1.1.3 Regímenes típicos de ineficacia del acto jurídico

1.1.3.1 La nulidad del acto jurídico

La nulidad es, en Derecho, una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto procesal deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración. Para que una norma o acto sean nulos se requiere de una

declaración de nulidad, expresa o tácita y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo.

El acto jurídico nulo es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. La nulidad es una ineficacia estructural, radical y automática.

La nulidad es estructural porque deriva de una irregularidad en la formación del acto jurídico, es radical y automática porque se produce ipso iure, sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados.

Sin embargo, por razones de orden práctico puede pretenderse un pronunciamiento de los tribunales en orden a la nulidad a fin de que la cuestión de su inatendibilidad quede debidamente zanjada. La acción de nulidad es meramente declarativa, lo que significa que no crea el estado de ineficacia del acto jurídico de que se trate, sino que se limita a constatarlo. Cualquier persona que manifieste un interés legítimo en dicha declaración tendrá legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, e incluso puede ser declarada de oficio por el juez, aunque nadie la haya solicitado.

La acción de nulidad debe ser dirigida contra todos los que han sido parte del acto que se pretende declarar nulo, puesto que se manifiesta en este caso un litisconsorcio pasivo necesario, imprescindible para conformar correctamente la relación jurídico procesal.

1.1.3.2 Características

- a) Es legal, aunque es declarado judicialmente; no es creado por los jueces, sino que es creada por una ley.
- b) Sólo es aplicable a actos jurídicos, sólo ellos son susceptibles de nulidad.
- c) El defecto tiene que ser originario, intrínseco y esencial.

La nulidad puede clasificarse según la doctrina en: Nulidad expresa o nulidad virtual.

Nulidad manifiesta o no manifiesta, que coincide con la nulidad y anulabilidad respectivamente.

Nulidad absoluta y nulidad relativa.

Nulidad total y nulidad parcial. Totalmente relativa

Actos nulos y actos anulables: Cuando el defecto está determinado a priori por la ley, y el vicio es rígido en la mayoría de los casos, se trata de actos nulos y de nulidad manifiesta. En los actos nulos el vicio se encuentra patente en el acto y no es susceptible de confirmación.

Cuando el acto es afectado por un vicio no manifiesto y flexible en la mayoría de los casos, se está ante un acto anulable y de nulidad no manifiesta. En los actos anulables es requisito realizar una investigación previa a la sanción de nulidad y es susceptible de confirmación.

Cuando un acto es nulo, afectando una norma de orden público y vulnerando a toda la sociedad, no tiene ningún efecto jurídico, y cualquier juez, puede por lo general, declarar la nulidad de oficio. Se le conoce como nulidad absoluta o insanable.

En cambio, cuando un acto es de nulidad relativa, existen unos interesados que pueden pedir su anulación. Mientras tanto, el acto es válido. También se le conoce como nulidad saneable o susceptible de subsanación.

La nulidad total afecta a todo el acto, y es amplia en materia contractual, ya que la nulidad de una de las cláusulas conduce generalmente a la nulidad de las demás.

Existen supuestos en que no es nulo todo el contrato, sino que puede ser nula una determinada cláusula del mismo. Se admite por la jurisprudencia la posibilidad de la nulidad parcial de los contratos.

La nulidad parcial afecta a parte del acto, es requisito indispensable que el negocio sea divisible, que separadas las cláusulas nulas el negocio no pierda su esencia, que conserve su naturaleza y economía. Es amplia en materia testamentaria y restringida en materia contractual.

1.1.3.3 La anulabilidad

Denominada también «nulidad relativa». Invalidez de contrato de menor grado

que nulidad absoluta, ya que, sin contravenir una norma imperativa ni faltar alguno de los requisitos esenciales del mismo, adolece de ciertos defectos como son la falta de capacidad de obrar de los contratantes o la concurrencia de vicios en la voluntad.

Es la situación o estado de un contrato inicialmente eficaz pero que, por estar afectado de un vicio, puede ser invalidado (contrato anulable), siempre que se ejercite la acción oportuna dentro del plazo legal. Las causas de anulabilidad son:

(1) falta de plena capacidad contractual; (2) falsedad de la causa, si ha habido error sobre la misma; (3) vicio del consentimiento, en cualquiera de sus manifestaciones.

1.1.3.4 La inoponibilidad

La inoponibilidad de un acto jurídico significa que vale entre las partes, pero no frente a terceros, quienes pueden valerse de ella, para que el acto jurídico celebrado entre las partes no les afecte, en los casos en que la ley lo permite, para protegerlos. En general se otorga la inoponibilidad cuando se ha querido burlar los derechos de otras personas, o cuando era imposible para esos terceros, conocer la nueva situación, por falta de registro. Esto ocurre por ejemplo en el acto fraudulento realizado por el deudor en perjuicio de su acreedor, cuya deuda fue constituida antes del acto fraudulento. En este caso el acto le es inoponible, o sea no lo perjudica, pudiendo ejercer la acción pauliana o revocatoria.

La inoponibilidad es la ineficacia de un acto jurídico o la ineficacia de su nulidad, respecto de ciertos terceros, por no haber cumplido las partes algún requisito externo, dirigido precisamente a proteger a los terceros.

La inoponibilidad dice de la relación, no con quienes celebraron el acto jurídico, sino con quienes no han intervenido con su perfeccionamiento, el acto jurídico produce consecuencias eficaces entre las partes.

También que algunos autores distinguen entre la invalidez y la ineficacia. El acto jurídico no produce todos sus efectos por una irregularidad interna o intrínseca

del acto jurídico, porque falta un elemento de validez, por ejemplo, cuando la voluntad está viciada por algún vicio del consentimiento, en ese caso no hay validez, lo que provoca una ausencia de consecuencias de Derecho.

Se está frente a la ineficacia propiamente tal, cuando el acto jurídico no produce efectos por una razón externa a él mismo.

Ahora bien, la palabra ineficacia también se emplea en un sentido amplio, comprensivo tanto respecto a la eficacia como a la validez, cada vez que un acto jurídico no produzca efectos ya sea por un defecto interno o por un defecto externo a dichos actos o contratos. Se analizan en adelante, otros motivos distintos de la inexistencia la nulidad y la inoponibilidad en las que en definitiva el acto jurídico no produce sus efectos jurídicos.

1.1.3.5 Rescisión

La rescisión es un concepto que hace referencia al negocio jurídico por el que se deja sin efecto, mediante declaración judicial, un negocio, contrato o acto jurídico.

También conocida como la acción de nulidad de los contratos o negocios jurídicos, y en derecho notarial, como acción proforma.

Se entiende principalmente con respecto a los contratos, negocios o actos jurídicos que están afectados de la nulidad relativa, de la cual, en la mayoría de las legislaciones anglosajonas, solo le es permitida intentarla a la persona en cuyo favor se ha establecido, a menos que sea ésta la que reporta un provecho o enriquecimiento.

Existen tres clases de rescisión:

- a) Voluntaria: debe estar pendiente de cumplimiento y hacerse por mutuo consentimiento de las partes.
- b) Judicial: por lesión patrimonial o perjuicio sufrido, que traerá una consecuencia emitida en sentencia por órgano judicial. Para que proceda, la rescisión necesariamente debe ser declarada por un órgano jurisdiccional, que conocerá y fallará a petición del interesado.

c) Fortuita: ocurre a consecuencia de circunstancias ajenas a la voluntad del obligado por circunstancias forzosas en las cuales el cumplimiento de la obligación se torna imposible (muerte de uno de los socios, muerte de los mandatarios, y en el caso que los herederos no deseen mantener la obligación, renuncia por causa justa). En este caso, sin embargo, tampoco puede hablarse propiamente de rescisión, puesto que lo mismo no implica necesariamente la nulidad del contrato, sino la extinción de la obligación.

1.2 El acto de dación de fe del Notario

La fe pública es fe impuesta por el legislador en la existencia material del comportamiento que se pretende tutelar a través de ella. Sin embargo, para que esta fe pública aparezca, necesita de un comportamiento para darle vida, de ahí que la fe pública nace del acto del Notario porque al Notario le ha concedido el legislador la potestad de imponerla.

Existen comportamientos jurídicos muy relevantes a los que el Derecho les exige certeza y para eliminar la duda, el Derecho recurre a la fe pública, que resulta ser fe impuesta por el legislador en la existencia material del comportamiento que se pretende tutelar.

La fe pública que requieren determinados actos jurídicos relevantes en Derecho, es concedida a tales comportamientos mediante el acto de dación de fe del Notario, misión que le ha sido delegada por parte del Estado. Esta dación de fe notarial provoca toda una serie de efectos jurídicos: dota de ejecutoriedad al acto de los otorgantes, coopera con la producción de efectos sustantivos (cuando viene impuesta como en los contratos solemnes como carga de validez del negocio) y produce, en tanto declaración escrita, el consiguiente resultado material, el documento público notarial.

Por dación de fe se entiende -según Zinny- la narración del Notario que es emitida a requerimiento de parte, referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, e instrumentada por el Notario en el acto de percibirlos y destinada a dotarlos de fe pública (Zinny 2007: 33).

Cuando la forma pública notarial, es decir, el acto de dación de fe del Notario, es

impuesta -por ley o por los interesados- para el perfeccionamiento de determinados contratos, el incumplimiento de este requisito vicia el comportamiento en uno de sus elementos constitutivos y provoca la consiguiente invalidez del acto. En tal sentido, es preciso aclarar que la invalidez del negocio, no lo priva de todo efecto, porque el negocio nulo por defecto de forma puede producir efectos jurídicos por conversión (efectos preparatorios o definitivos de un tipo contractual distinto, los mismos efectos atenuados en su intensidad).

La forma de un contrato es el propio comportamiento de las partes, es definitivamente y esencialmente fugaz. La prueba -en cambio- no es el comportamiento, es la cosa o persona que lo hace constar, y que sirve para demostrar que el comportamiento tuvo lugar. Por tanto, resulta necesario no confundir la forma de los actos contractuales con el documento notarial. El documento notarial no es la forma del comportamiento, sino su prueba.

Es así que la escritura pública puede ser constitutiva del negocio, siempre que sea exigida para su existencia, y no considerada una cosa que lo representa. Porque si el documento público notarial se limita a representar al acto que documenta, este existe con independencia y tiene vida propia.

De la mano de ese razonamiento, puede asegurarse que no es al documento mismo, escritura pública notarial, al que se le asignan una serie de consecuencias jurídicas relevantes en el ámbito sustantivo y adjetivo, sino al acto propio del Notario, que es también representado y probado por la escritura, y que es el que produce el resto de los efectos que suelen asignarse a ésta: fe pública, ejecutividad, efectos sustantivos y adjetivos. A la producción de éstos contribuye la dación de fe cuando viene impuesta como carga de validez del acto de las partes, único caso en que el acto del notario, y no la escritura pública, es constitutivo del negocio, en el sentido de que sin su colaboración no se producen sus efectos.

Así, separando, el acto de las partes, del acto del notario y de la escritura pública como documento notarial, resulta posible asignarles un lugar en la teoría general del instrumento público, por tanto, teniendo como premisa que todos los comportamientos son formales, que las llamadas formas probatorias no existen,

que la forma de valer es un acto y que la forma de comportamiento no se puede confundir con el documento que lo prueba, se puede comprender mejor la forma del acto de dación de fe del notario.

a) Forma de la dación de fe notarial

Por forma de la dación de fe se entiende la manera en que la dación de fe se exterioriza. La narración del Notario es siempre escrita, legalmente impuesta al mismo como deber, que de incumplirse acarrea la invalidez de su acto y su inevitable responsabilidad, puesto que la forma notarial es objeto de una especial regulación inspirada en la función de seguridad que la dación de fe cumple.

Sin embargo, es preciso distinguir en este estado, las diferencias que deben establecerse entre la redacción notarial de las cláusulas contractuales (función de asesoramiento del notario) y la redacción notarial de su propio acto de dación de fe. El acto de dación de fe del notario está básicamente referido a:

- 1) El negocio
- 2) a la descripción de la situación jurídica que le precede que se determina por los datos personales de los comparecientes, la investidura de los representantes y órganos societarios, la titularidad de quien dispone de sus bienes, la posición del disponente y sus bienes respecto del acreedor embargante, el acreedor hipotecario, el fisco, etc.

El acto de dación de fe notarial es un acto de cooperación con el comportamiento ajeno, porque el Notario da fe del comportamiento de sus otorgantes colaborando con la exteriorización de su voluntad. Y es así, que esta colaboración es de mayor o de menor envergadura teniendo en cuenta si la dación de fe viene o no impuesta como carga de validez del negocio.

Si la dación de fe viene impuesta como carga de validez del negocio, la colaboración alcanza el grado de integración formal: por cuanto, sin ella no hay negocio válido (Zinny 2007: 61). Es un caso de forma compleja; es decir, una forma que es integrada por otra, forma de acto jurídico de dación de fe del notario que tiene su propio sujeto, objeto, y causa.

Todo ello trae como consecuencia, que cuando se produce la integración formal

entre acto de dación de fe y negocio, estos actos jurídicos formalmente conectados mantienen vidas independientes, por tanto, la invalidez del negocio deja en pie al acto de dación de fe y viceversa, la invalidez del acto de dación de fe deja en pie el negocio. Además, las partes formalizan su acto con el otorgamiento; sin embargo, el Notario formaliza el acto de dación de fe con la autorización, y con ello, logra que la forma del acto de dación de fe pueda ser concebida -paralelamente- como documentación, entendiendo por ésta la operación de documentar.

b) Contenido de la dación de fe

El contenido de la dación de fe no es otro que la percepción sensorial del notario y no debe ser confundido con el objeto que es lo percibido por el mismo. Nótese que esta percepción sensorial del notario no está referida sólo al hecho ajeno, sino también al hecho propio, como comparecencia, lectura, autorización.

Puede afirmarse que en toda percepción sensorial intervienen el juicio y la memoria. Sin embargo, desde la perspectiva notarial es preciso distinguir entre los juicios de esencia y existencia, de otros juicios que tienen el único fin de juzgar (por ejemplo, el bastanteo de un apoderamiento, la capacidad de los otorgantes). Porque cuando el Notario, en este último caso, se limita a emitir un juicio de deducción, que no tiene la misión de confirmar la percepción que narra, ese acto no produce fe pública, no es una dación de fe; y no lo es porque le falta la materia, el contenido de la percepción sensorial. Sin embargo, la fe pública cubre el hecho de que el Notario emite el juicio, o el hecho de que al juzgar tiene a la vista las personas o cosas de que se trate, pero en modo alguno se extiende la fe pública a la exactitud del hecho en cuestión. Por tanto, en lo referido a los juicios del notario puede afirmarse que, salvo los juicios de esencia y existencia destinados a confirmar la percepción, ninguno hace fe pública.

Por esta razón es que los juicios de capacidad y de identidad que ofrece el Notario no producen fe pública porque no están destinados a confirmar la percepción del Notario, lo que no impide que se produzca fe pública en relación con el hecho narrado; por ejemplo, acerca de que el Notario tuvo a la vista determinados documentos de identidad, o que valoró la capacidad y legitimidad

del compareciente con la acreditación de determinados documentos, esa narración produce fe pública, pero en relación con el hecho narrado y no en relación con el hecho juzgado, es decir, no hace fe pública la atribución de capacidad o de identidad asociada al compareciente por el Notario. (Zinny 2007: 69)

Estas consideraciones traen consigo determinadas consecuencias, en tales casos, el Notario no podrá ser acusado de falsedad, porque sus juicios de capacidad e identidad no están destinados a producir fe pública ya que no confirman la percepción del Notario, ni habrá necesidad de imponer un proceso de falsedad civil para probar que el compareciente no es quien dice ser, porque esa declaración del notario no es de aquellas a las que se extiende el valor oficial de la declaración notarial.

Nótese la diferencia de los anteriores juicios, con la declaración notarial del lugar y fecha del acta o escritura notarial, porque tanto el lugar, como la fecha son hechos percibidos extrasensorialmente por el Notario y por tanto se extiende a ellos, la fe notarial (Zinny 2007: 79).

El objeto del acto de dación en fe, en tanto, será el comportamiento narrado por el Notario, referida a los hechos o actos de los que da fe.

c) Causa de la dación de fe

La causa debe ser entendida en derecho como función del comportamiento, y por ello, si se debe determinar la causa del acto de dación de fe debe indagarse sobre la función del comportamiento notarial. Esa función del acto de dación de fe no es otra que dotar de certeza al comportamiento, fenómeno o resultado que ella tiene por objeto (Zinny 2007:81), esta atribución de certeza al comportamiento objeto de la dación de fe se logra mediante la atribución de fe pública a razón del cual se impone creer de la veracidad de todo lo narrado por el Notario. Así se elimina la incertidumbre mediante la prueba legal de documento público notarial, en el proceso y extraprocesalmente.

Sin dudas, este efecto de presunción de veracidad impuesto por ley a los documentos públicos notariales contribuye a un sistema de seguridad jurídica preventivo de los derechos adquiridos en la normalidad jurídica por los

ciudadanos, ya la justicia en general.

Esta presunción de veracidad en aras de la seguridad jurídica se ve completada por el actuar notarial de asesoramiento, control de legalidad y modelación de la voluntad de las partes que participa ofreciendo el mejor cauce legal al acto que documenta.

d) Legitimación del Notario

Para determinar la legitimación del Notario en su actuar debe tenerse en cuenta los siguientes elementos:

Notario con nombramiento y en posesión del cargo

- 1) competente por razón del territorio
- 2) haber sido rogado
- 3) No autorizar documentos notariales en los que sea parte o actúe en representación, o tenga interés personal o interés familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- 4) No actuar en caso de notificación de su suspensión

e) Idoneidad del objeto

La idoneidad del objeto en el ámbito del acto de dación de fe se identifica con la competencia en razón de la materia.

1.3 Límite de la autonomía de la voluntad contractual, respecto al requisito de forma

Ese principio de la autonomía o libertad contractual, en el que se basan los contratos de forma libre, en el Derecho contemporáneo no es completamente absoluto. En efecto, toda vez que, en la actualidad predomina -en algunos ámbitos contractuales lo que doctrinalmente se denomina el contrato dirigido, en el entendido que, es el Estado mediante la ley, el que en definitiva regula el perfeccionamiento y efectos jurídicos de este instituto; y es la ley la que determina en qué contratos se les atribuya a las partes la libertad de determinar la forma de exteriorización del consentimiento; constituyendo la norma legal límite a esa autonomía.

En ese sentido, si bien las partes contratantes en este tipo de contratos de forma libre, poseen la facultad de escoger la forma de perfeccionamiento del acto, no pueden sobrepasar los principios legales establecidos, como el de la moral, las buenas costumbres o licitud de las formas contractuales, resultando -en consecuencia- lógico suponer que, las partes deberán cuidar que, las formas que escojan no contraríen o violen estos principios legales establecidos en la mayor parte de las legislaciones.

El otro límite, precisamente lo establece la ley casi en forma directa, al determinar para algunos contratos como requisito esencial para su perfeccionamiento una forma de exteriorización determinada (contratos solemnes), en los cuales no puede aplicarse la libertad de las formas o autonomía de la voluntad formal.

La infracción de estos principios legales o regulaciones normativas, traería como consecuencia la ineficacia del acto o la imposibilidad de probar su existencia.

Entonces, los denominados contratos de forma solemne, constituyen el caso opuesto a los contratos de forma libre; en este tipo de contratos, el modo de exteriorización del consentimiento contractual, no está librado a la voluntad de las partes, sino que para lograr el perfeccionamiento válido del contrato, por obligación legal o en cumplimiento de un acuerdo preliminar, se encuentran constreñidas a expresar su voluntad contractual en una forma predeterminada, y el incumplimiento total o parcial de esa forma de expresión prevista de antemano, generaría como consecuencia, en algunos casos, la ineficacia o invalidez del acto, y en otros perjudica al mismo en cuanto a sus efectos.

A su vez, estos contratos se sub-dividen, tomando en cuenta dos criterios:

- 1) En cuanto a la fuente de la exigencia: Este criterio, clasifica a la forma contractual solemne según la fuente de imposición del requisito, es decir, toma en cuenta si la solemnidad se encuentra impuesta por la ley, o tiene como fuente la voluntad de las partes expresada en un acuerdo preliminar.
 - a) Forma solemne legal o impuesta por la ley: En materia de contratos, la sociedad organizada (Estado), impone a las partes mediante la ley (regla general emanada de autoridad competente de cumplimiento obligatorio y coercible) una serie de normas de conducta contractuales

de cumplimiento obligatorio, entre las cuales algunas se refieren a los requisitos esenciales de los contratos.

En efecto, las legislaciones contemporáneas, han optado por regular el instituto del contrato, tratando de equiparar la desigualdad económica de las partes, disminuir la ligereza de las personas, y a veces controlar el tráfico jurídico de los bienes. Con ese criterio y tomando en cuenta la naturaleza, el objeto, la importancia o valor económico del objeto del tráfico jurídico, han impuesto que, como requisito para el perfeccionamiento de algunos contratos, la voluntad de las partes se exteriorice a través de modos de expresión solemnes, cuyo incumplimiento la ley sanciona restando total o parcialmente la eficacia jurídica del contrato.

El requisito sine qua non para este tipo de forma legal constituye en consecuencia la existencia de una norma impositiva al respecto. Un ejemplo claro se encuentra en las disposiciones contenidas en los Arts. 491, 492 y 493 del Código Civil boliviano, los dos primeros enumeran y describen qué contratos deben celebrarse en escritura pública y/o por escrito y el tercero establece la invalidez de los contratos que no observen esa carga formal.

b) Forma solemne pactada o determinada por las partes: Cuando la imposición de una determinada forma, en el perfeccionamiento del contrato no emana de la ley, sino de la voluntad de las partes expresada necesariamente en un convenio preliminar escrito, con la eficacia jurídica de fuerza de ley contractual, en el que se determine que un futuro contrato a celebrarse se perfeccionará necesariamente con el cumplimiento de una serie de requisitos formales de exteriorización, este es el caso de los contratos solemnes por voluntad de las partes.

El requisito para la exigencia de este tipo de forma solemne, resulta necesariamente la existencia de un acuerdo preliminar o convenio precontractual escrito y con suficiente eficacia jurídica para constreñir

judicialmente su cumplimiento. El principio en el que se funda resulta, el de eficacia de ley que tiene el contrato entre las partes contratantes.

Otro de los caracteres de este tipo de exigencia formal, es el hecho que, en el acuerdo preliminar, se puede o no establecer las penalidades o sanciones por incumplimiento de la forma contractual predeterminada. En el primer caso, de existir la enunciación de sanciones, el incumplimiento se regirá conforme lo acordado; y en el segundo caso, cuando las partes no han establecido esas penalidades, el incumplimiento de la carga formal, constituirá motivo suficiente para que las partes por medio de la resolución por incumplimiento u otro accionar judicial, puedan dejar sin efecto el contrato. El Código Civil Boliviano en el parágrafo II del Art. 493 establece al respecto: establece que "si las partes han convenido en adoptar una forma determinada para la conclusión de un contrato, esa forma es la exigible para la validez"; y en su Art. 519, establece "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, no puede ser disuelto sino por el consentimiento mutuo, o por las causas autorizadas por ley" (Bolivia, 2014:45)

- 2) En cuanto a efecto jurídico de la exigencia. - Según este criterio, se clasifica a la forma solemne contractual conforme los efectos que produce su inobservancia. Al respecto de estos tipos de forma solemne, existen doctrinalmente criterios opuestos en sentido de que si la exigencia de una forma solemne legal debe constituir un requisito esencial, sustancial y constitutivo del contrato, y que sin la observancia del mismo él no pueda nacer a la vida jurídica, considerándose como inexistente; o por el contrario, si ese requisito formal se impone únicamente con carácter probatorio y su inobservancia no afecta al nacimiento del contrato, el cual puede perfeccionarse y surtir sus efectos jurídicos entre partes, perjudicando únicamente en caso de surgir la necesidad de probar su existencia a terceros, o hacer valer el contrato judicialmente.
- c) Forma solemne constitutiva o substancial: Al definir a la forma solemne, se había concluido que la misma constituye el conjunto de

las prescripciones de la ley o acuerdo preliminar escrito, respecto al modo de exteriorización de un contrato, modo de exteriorización sin el cual el contrato pierde total o relativamente su eficacia jurídica.

De esta definición, al igual que de las innumerables citas respecto al concepto de la forma solemne, resaltaremos uno de los caracteres determinantes de este requisito; el cual constituye necesariamente la sanción en caso de incumplimiento; unas veces restando totalmente la validez jurídica del contrato y en otras restando parcialmente esa eficacia.

En consecuencia, la exigencia formal en algunos casos, resulta tan rígida que constituye un elemento constitutivo substancial del contrato, requisito sin el cual, el mismo pierde toda su eficacia jurídica, incluso entre partes contratantes, es más, la ley lo considera como inexistente.

Entonces, la forma solemne constitutiva, es aquella que no puede ser reemplazada por ningún otro medio de exteriorización del contrato y se constituye en un elemento visceral, necesario e imprescindible, para el perfeccionamiento del mismo. La ley o el acuerdo preliminar escrito, sancionan este tipo de formalidad, en consideración a la enorme importancia que tiene un determinado contrato en el tráfico jurídico o en las relaciones contractuales.

Al respecto, el tratadista Alberto G. Spota anota, "la forma solemne es una forma visceral. Así como un hombre no se puede concebir sin órganos vitales o fundamentales, así también en ciertos supuestos la forma desempeña una función similar a uno de esos órganos fundamentales" (Spota 2005: 108)

Para el tratadista Francesco Messineo, "la forma adquiere el carácter de carga, en el sentido de que la observancia de la forma constitutiva, se torna para las partes, comportamiento necesario, si quieren conferir validez al contrato: si la forma no es observada el contrato no es válido porque falta uno de sus elementos esenciales" (Messineo 1954: 480)

Doctrinalmente, los defensores del formalismo, justifican esta exigencia en sentido que, el Estado a través de ley debe proteger de la desigualdad

económica o la ligereza a sus súbditos, cuando estos tengan que celebrar contratos, en los cuales el objeto del tráfico jurídico tenga una enorme importancia económica; imponiendo un comportamiento necesario y visceral denominado carga de la forma. Este tipo de forma esencial fue denominada por los antiguos como forma sustancial solemne o ad solemnitatem.

En esta clase de forma, se pone en duda si la intervención de un Notario es un elemento de esencia del acto, o si en esa forma solemne, lo esencial está dado por el consentimiento de las partes. Para el tratadista Spota, lo esencial constituye la voluntad de las partes, y el funcionario público que interviene en la celebración del acto, lo único que hace es exteriorizar formalmente esa voluntad conforme lo requiera la ley (Spota 2005:109). Pareciera que, en el contrato lo sustancial constituye la forma del acto y no así la voluntad de las partes. Al respecto se analizará ampliamente en el título correspondiente a la naturaleza jurídica del requisito de forma solemne.

Sin embargo, la gran interrogante resulta ser, si la infracción de este tipo de carga formal impide que advenga el negocio jurídico. Tomado en cuenta las conceptualizaciones expresadas, para el ámbito jurídico este contrato de forma imperfecta no tiene ninguna validez, y es considerado como inexistente, es decir, jurídicamente no produce ningún efecto.

Otra de las características que la doctrina atribuye a la forma constitutiva, es que el contrato que la requiere no puede ser confirmado teniendo en cuenta ningún elemento probatorio.

En la actualidad, las legislaciones contemporáneas han optado por prescindir de esa exigencia rígida, propia del Derecho Romano, manteniéndose sólo en algunos contratos como la donación y la renta vitalicia, porque esta clase de exigencia corresponde más bien a otro tipo de actos jurídicos, no contractuales como el matrimonio y el testamento.

d) Forma Solemne Probatoria. Se refiere a la exigencia de solemnidades de forma, no con el fin constitutivo, sino como medio de prueba,

esdecir (Spota, A; O.c, tomo III, pág. 189.) prescrita por la ley, su inobservancia no impide que advenga el negocio jurídico, pero en definitiva aquella solemnidad deberá cumplirse para generar consecuencias jurídicas, o sea ser eficaz frente a terceros (Spota 2005:189).

La forma probatoria no constituye un requisito sustancial para la existencia del acto, sino un modo legal exigido para acreditar la aparición del mismo en el escenario jurídico, el contrato que no observa este requisito, es válido y surte efectos jurídicos entre las partes contratantes; sin embargo, a efecto de hacer valer los derechos contractuales frente a terceros, por medio de la tutela jurídica, el contrato necesariamente deberá probarse por la forma exigida por ley.

1.4 La conversión del acto jurídico nulo

Hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente. Se define la conversión como aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, o un negocio, o un documento, sustancial o formalmente nulo en su especie, puede resultar válido como acto, negocio o forma, de especie o tipo diferente (Vallet de Goytisolo, 2006:12).

A partir de esta idea expuesta por el autor, puede asegurarse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un acto jurídico, negocio o contrato nulo, que contiene los requisitos sustanciales y de forma de otro acto jurídico, negocio o contrato válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel acto, contrato o negocio cuyos requisitos reúne.

La explicación jurídica y fundamento de la conversión ha tratado de encontrarse desde una perspectiva subjetiva en la voluntad de las partes, y partiendo de una perspectiva objetiva en el principio de conservación del negocio

Para los autores que sostienen la teoría subjetivista, la conversión se funda en la voluntad de las partes, que a veces se califica como voluntad real, expresa o tácita, otras veces como voluntad presunta, y otras como intención empírica o práctica.

Por su parte los autores que parten de posiciones objetivistas sostienen que si con los elementos no afectados por la nulidad puede configurarse un acto que permite conseguir el propósito práctico perseguido por las partes debe dársele eficacia siempre que sea posible entender que, a través de él, las partes pueden conseguirlos fines que se proponían. Sin embargo, puede suceder que el resultado a que este contrato conduce sea diferente del buscado por las partes, en ese caso la conversión necesariamente tendrá que contar con la voluntad expresa o tácita de los interesados.

Para algunos objetivistas, el efecto de transformación o sustitución de un acto jurídico nulo por otro válido se produce aun cuando no exista al respecto una voluntad expresa o tácita de los interesados. De tal forma, se trataría de un trato de favor, que el ordenamiento jurídico dispensa al acto jurídico de que se trate, con el fin de hacer posible la conservación de los efectos jurídicos que de él dimanen.

En fin, que el derecho moderno, acogiendo la teoría objetivista, acude solo en último extremo a la declaración de nulidad e intenta salvar de ella, siempre que así sea posible, a los actos jurídicos, a través de distintos cauces, uno de los cuales es la conversión. Así considerada la conversión puede ser incluso consecuencia de la buena fe, no teniendo que estar sus presupuestos regulados expresamente por ley.

Dos requisitos son necesarios para que la conversión pueda aparecer según De los Mozos (De los Mozos, 1959:32) primeramente, es preciso que el acto o contrato nulo pueda ser utilizado como otro acto o contrato diferente por cumplir los requisitos esenciales y formalidades exigidas por ese otro acto o contrato, y en segundo lugar, que aunque no fue querido por las partes, desempeñe el interés práctico por ellas perseguido.

En el elemento objetivo, se encuentra todo el mecanismo de conversión, es decir, el acto o contrato nulo puede ser utilizado como otro acto o contrato diferente; mientras el condicionamiento subjetivo, resulta un condicionamiento obligado del principio de aplicación de la buena fe.

La conversión puede ser simple o compleja. La simple se da en todos aquellos

casos en que no concurriendo en un acto o contrato los requisitos propios de la disciplina normativa que le es aplicable, pero sin faltar los requisitos esenciales del tipo de acto o contrato, el mismo es mantenido o conservado por la aplicación de las reglas generales relativas al tipo. En cambio, la conversión puede catalogarse de compleja en todos aquellos casos en que la conversión exige una transformación del tipo de acto o contrato, y por consiguiente un cambio de negocio.

La conversión, igualmente, puede ser declarada voluntariamente por las partes, o determinada por ley. Sin embargo, la llamada conversión voluntaria no es en realidad verdadera conversión, porque si el autor o autores del acto o contrato introducen en él una declaración por medio de la cual ellos mismos manifiestan su voluntad de que, en caso de nulidad, el acto o contrato reciba un tratamiento distinto, en realidad lo que han configurado es un régimen convencional alternativo.

Por su parte, algunos autores como De los Mozos (De los Mozos, 1959:53) entienden que la llamada conversión legal no es tampoco una verdadera conversión, porque implicaría coactividad por imperio de la ley, siendo la conversión eminentemente dispositiva. Lo que puede impugnarse porque la norma legal que dispone la conversión no tiene que ser acogida directamente por las partes que pudieran excluir su aplicación si no les conviene.

CAPÍTULO II

2 Análisis crítico sobre la normativa y jurisprudencia nacional y extranjera en relación a la nulidad del acto de dación de fe notarial

El presente capítulo tiene la intención de analizar desde una perspectiva crítica la normativa que rige el acto de dación de fe notarial en Bolivia, su incidencia en el sistema contractual, y sus consecuencias, tratando de identificar las irregularidades que pudieran provocar su nulidad. Incluso, se pretende escudriñar la jurisprudencia nacional que de alguna forma ha llegado a tratar estos asuntos. Se aborda -además- el estudio del derecho extranjero sobre el tema en estudio utilizando el método de derecho comparado.

2.1 El acto de dación de fe desde la perspectiva del Código Civil Boliviano

Si como se ha precisado anteriormente la fe pública que requieren determinados actos jurídicos relevantes en Derecho, es concedida a tales comportamientos mediante el acto de dación de fe del Notario, misión que le ha sido delegada por parte del Estado:

- a) esta dación de fe notarial provoca toda una serie de efectos jurídicos: dota de ejecutoriedad al acto de los otorgantes, coopera con la producción de efectos sustantivos (cuando viene impuesta como en los contratos solemnes como carga de validez del negocio) y produce, en tanto declaración escrita, el consiguiente resultado material, el documento público notarial.
- b) por dación de fe se entiende la narración del Notario que es emitida a requerimiento de parte, referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, e instrumentada por el Notario en el acto de percibirlos y destinada a dotarlos de fe pública

Entonces, será imposible que el Código Civil deje de regular los efectos de esta fe pública en el ámbito de las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho, tanto desde el sistema de contratación, como desde la regulación de la prueba de documento público.

Un sistema propio de evaluación del problema sujeto a informe considera como punto de partida la definición de la forma en los contratos dentro del marco jurídico boliviano, las razones de tal conformación formal, la necesidad, los usos y costumbres sociales sobre el particular, la misión de protección a las consecuencias jurídicas de los actos de los particulares que la ley soporta, la ausencia de las nuevas tendencias de la *actio pro forma* - típicas del neoformalismo contractual en la legislación patria, y las consecuencias que para la eficacia del contrato en Bolivia tiene la misma.

Resulta imprescindible en esta sistematización tener en cuenta que el Código Civil (Código Civil Boliviano Decreto ley N° 12760 de 06 de agosto de 1975, vigente desde el 02.04.76), en su Libro Tercero, Parte Segunda Título I, referente a las fuentes de las obligaciones y los contratos en general, capítulo II, Art. 452, enumera los requisitos para la formación de los contratos: 1). El consentimiento de las partes; 2). El objeto; 3) La causa y 4) La forma siempre que sea legalmente exigible.

Según el texto de la norma transcrita, se considera a la forma, como requisito para la formación de los contratos únicamente cuando sea exigida por la ley; entendiéndose que si la ley no exige una formalidad expresa para el perfeccionamiento de un determinado contrato, la forma no llegaría a constituir un requisito para el perfeccionamiento del mismo.

Sin embargo, tomando en cuenta que, la forma contractual constituye el modo o los medios por los cuales se exterioriza o se manifiesta la voluntad o consentimiento contractual, estableciéndose el principio de que todos los contratos en su perfeccionamiento tienen una forma, sea esta librada a la voluntad de las partes o impuesta por la ley; resulta inapropiado supeditar el carácter de requisito a la forma contractual sólo cuando la ley lo exija; porque, se encuentre o no exigida por la ley, la forma constituirá siempre un elemento o requisito indispensable y estructural en la formación del contrato, sin la cual no se podrían exteriorizar las voluntades contractuales, imposibilidad que determinaría la inexistencia del contrato.

Las disposiciones contenidas en los Artículos 491, 492 y 493 del Código Civil

boliviano, enumeran y describen qué contratos deben celebrarse en escritura pública y/o por escrito y el tercero establece la invalidez de los contratos que no observen esa carga formal.

Pero sería interesante precisar en este sentido que ha quedado argumentado con anterioridad que la forma legal, en contraposición a la genérica, antes que un medio de exteriorización constituye una imposición legal, de la cual dependerá no la formación del acto, sino la eficacia jurídica que la ley le reconoce.

Esto quiere decir que su inobservancia, que a la vez significa su reemplazo por otra forma, (simple o no exigida) no impedirá que el negocio jurídico advenga por voluntad de las partes, y sólo le restará validez en cuanto a sus efectos legales; lo que significa que aun infringida la forma legal, el contrato existe. Es decir, a diferencia del consentimiento y el objeto, la inobservancia de la forma legal establecida, no impide el advenimiento del negocio jurídico y que esa inobservancia, tampoco constituye una infracción directa al orden público establecido en consecuencia la forma legal no tiene carácter constitutivo.

Si el acto existe, aún infringida que sea la forma exigida por la ley, lógico resulta que puede ser objeto de confirmación posterior. En ese sentido, sería de primer orden, el reconocimiento por la legislación civil boliviana de la *actio pro forma*, que legislaciones como la argentina traducen en conferir valor a aquellos contratos en los cuales no se ha cumplido la solemnidad formal, considerándolos como acuerdos preliminares susceptibles de accionar para lograr la extensión del instrumento legal exigido. Es el reconocimiento de la *actio pro forma* que en la legislación boliviana no tiene el alcance que se recomienda.

Quiere decir que, los contratos con este defecto de forma, podrán surtir efectos jurídicos entre las partes contratantes mientras no sean anulados, y aun anulados se reconocerán los derechos adquiridos por terceros de buena fe (Art. 559 Código Civil Boliviano); sin embargo, estos no surten efectos jurídicos contra terceros mientras no se cumpla la exigencia; y tampoco podrán ser considerados como medios probatorios ni se podrá acreditar su existencia en juicio, mientras no se cumpla la exigencia formal (Art. 1328 Código Civil Boliviano) como

exigencia probatoria del perfeccionamiento del contrato, su infracción pudiera darse de dos maneras: con el uso de forma verbal y/o el uso de documento privado; en el primer caso, el contrato no podría ser acreditado.

Téngase presente que en el Art. 491 del Código Civil Boliviano, se listan los contratos en los cuales se impone la observancia de escritura pública y hace mención en su Art. 492 de otros contratos que deben perfeccionarse mediante la forma escrita. En su Art. 493, establece que la inobservancia de estas exigencias legales determina la invalidez del acto. Considerando además en su Art. 549 (casos de nulidad de los contratos), como causal de nulidad, la falta de la forma prevista por la ley.

Tampoco existen disposiciones legales que posibiliten la confirmación o perfeccionamiento posterior de los contratos imperfectos por defecto de forma.

Significa que, para la legislación boliviana, el requisito de forma legal es constitutivo antes que probatorio, impidiendo así la existencia jurídica del acto como tal, sin la observancia de este requisito, haciendo imposible su confirmación.

Con referencia a su eficacia probatoria reconocida por la ley, el Art. 1289 del Código Civil Boliviano establece que el documento público con respecto a la convención o declaración que contiene y a los hechos de los cuales el funcionario deja constancia, hace plena fe tanto entre las partes contratantes, como entre sus herederos o sucesores. Es esta importancia probatoria, la que convierte a la escritura pública en la forma más eficaz de asegurar la autenticidad del acto contractual.

Su fe probatoria, no sólo se circunscribe a las partes contratantes en cuanto a la autenticidad y eficacia del contrato, sino también asegura la certeza de la autenticidad de su existencia y fecha respecto a terceros interesados y la sociedad.

Además del carácter probatorio de la forma escrita, tanto el documento privado reconocido, como la escritura pública, por su carácter de seriedad del acto (la intervención de funcionario público), también cumplen con la consecución del otro de los fines del neoformalismo, el de llamar la atención de las partes

contratantes, respecto a la importancia económica del acto que pretenden realizar, previniendo contra su propia ligereza y alertándoles contra posibles aprovechamientos ilegítimos.

Sin embargo, es preciso detenerse en el artículo 1288 que regula la conversión del acto jurídico ineficaz por falta de forma pública. Primeramente, debe tenerse en cuenta que el artículo se encuentra en sede del título I del Libro V del Código Civil Boliviano. Este título I se dedica a regular las pruebas en general y en su capítulo II sección I, subsección 1 se ubica el artículo en estudio sobre la conversión legal del documento público cuyo acto de dación de fe es nulo, en documento privado si ha sido firmado por las partes.

Resulta imprescindible analizar en detalle este artículo 1288 del Código Civil Boliviano. Dice el texto normativo “el documento que no es público por la incompetencia o incapacidad del funcionario o por un defecto de forma vale como documento privado si ha sido firmado por las partes”.

Si se atiende al supuesto de hecho regulado puede decirse, que se trata de una escritura pública notarial en la que resulta declarado nulo el acto de dación de fe del Notario, lo que tendrá que ser dispuesto por sentencia ejecutoriada de un Tribunal de justicia competente para ello, y puede asegurarse que tal situación de hecho es la regulada, en virtud de que, para que decaiga la publicidad de un documento notarial es preciso que se declare nulo el acto de dación de fe del Notario actuante, porque resultado de este acto, es el documento público.

El supuesto de hecho para el que se dispone la conversión aclara que el documento ha sido declarado nulo por incompetencia o incapacidad del funcionario o por un defecto de forma. Este es quizás la única norma que hace referencia a determinadas causas por las que un documento público puede perder su publicidad.

Primeramente, se habla de incompetencia que refiere a la definición de competencia notarial de la Ley 483; luego se refiere a la incapacidad del notario para el acto de que se trate ya no por falta de competencia, porque en este caso es perfectamente competente, sino que la dación de fe recae sobre un acto para el que el Notario resulta incapaz, es decir, el acto le está prohibido.

Por último, se refiere a que puede el documento ha sido declarado nulo por falta de forma, y la forma de hacer el acto de dación de fe está regulada pormenorizadamente en la legislación notarial, lo que implica que el Notario se ha saltado alguna de las exigencias del procedimiento extrajudicial de orden público para hacer la forma pública.

En tal supuesto de hecho, la conversión se produce legalmente porque el legislador quiere mantener la fuerza de las obligaciones queridas entre las partes si hay un principio de prueba, y ese principio de prueba, según la norma, es que el documento se haya firmado por las partes, lo que implica que automáticamente el documento público nulo se convierte en un documento privado.

La pregunta más interesante en este asunto sería ¿procede la conversión en el caso de ausencia de forma notarial en los contratos tenidos por solemnes dentro del régimen contractual boliviano? La respuesta será siempre afirmativa, la conversión se produce aun cuando los contratos queridos por las partes sean solemnes, porque se convertirán en otro acto válido.

Es importante resaltar que es en sede de documento público donde se hacen estas precisiones, y no en las regulaciones referidas a la eficacia del acto jurídico que se documenta, lo que tiene como fundamento, la distinción del acto de dación de fe del notario del acto contractual que el mismo documenta. El documento público es el resultado del acto de dación de fe del notario regulado por la Ley 483 y su reglamento, por tanto, las causas que permiten declarar la nulidad de un documento público notarial, son las mismas que permiten declarar la nulidad del acto de dación de fe del Notario, redactor del documento.

2.2 La Ley 483 del Notariado Plurinacional en cuanto a la exigencia de formalegal en los contratos

La ley 483 del Notariado Plurinacional inaugura, para el Notariado boliviano, una nueva época. Resulta la impulsora de un nuevo paradigma del quehacer notarial en Bolivia. Entre sus aportes su carácter plurinacional, la consideración del Notario como autor único del documento notarial y por ello su máximo responsable, la imposición de deberes notariales como el asesoramiento, el

control de la legalidad, la ampliación de competencias notariales, el fortalecimiento de la institucionalización del Notariado independiente del poder judicial, y la aparición de la carrera notarial hacen que la dación de fe en el país se modifique en un ángulo de 180 grados a partir de su promulgación, al incorporar todas las grandes conquistas del notariado internacional hasta el año 2014.

Es esta ley 483 quien establece en el artículo 19 las atribuciones del Notario, y entre ellas una que hace referencia a la exigencia de forma establecida por ley. La mención es al inciso L) del mencionado artículo 19 que establece:

Artículo 19. Los notarios y las notarias tienen las siguientes atribuciones:

L) Dar fe de las firmas y rúbricas en todo tipo de documentos siempre que no contengan cláusula o disposición contraria a la ley o el orden público, para los que la Ley no exija escritura pública u otra forma especial

Esta disposición implica que los notarios no podrán reconocer firmas en documentos privados para los cuales la ley exija escritura pública notarial, u otra forma especial, lo que impide la configuración de una prueba de reconocimiento de relación jurídica, o de contrato preliminar que pudiera servir en adelante para la debida acreditación del acuerdo de partes. Ello en mérito a la configuración de la forma exigida por ley con efecto constitutivo del acto contractual que fuese; disposición que está en total coherencia con la exigencia del Código Civil en relación con la sanción de nulidad a aquellos actos contractuales que no cumplieren la forma pública exigida por ley, pero que no se ajusta a los efectos que para la exigencia de forma en la contratación impone el neoformalismo contemporáneo.

Desde la perspectiva del neoformalismo contemporáneo es necesario respetar la libertad de formas, e imponer la forma pública a determinados contratos con el fin de proteger la parte débil, a los acreedores, y fortalecer la seguridad jurídica del tráfico, pero en ese sentido, reconocer al contrato imperfecto por falta de forma exigida por ley, como un acuerdo precontractual del que solo deriva la obligación de otorgar la escritura pública correspondiente en su caso.

Poniendo en relación el artículo 1288 del Código Civil con la Ley 483 del Notariado Plurinacional pueden precisarse las cuestiones que según el primero sirven de causa a la nulidad del acto de dación de fe. Lo primero indicado por el artículo 1288 como causa del decaimiento del carácter público del documento de tal tipo, es la incompetencia del funcionario que lo autoriza.

La competencia notarial está regulada en la Ley 483 del Notariado Plurinacional, en función del territorio en el artículo 14.V cuando prescribe que la notaria o el notario de fe pública ejercerá sus funciones dentro del ámbito territorial establecido en su nombramiento, a partir de la fecha de su posesión.

De igual forma se regula la competencia en razón de la materia, en el artículo 19 de la propia Ley 483 del Notariado Plurinacional que establece los límites de las atribuciones del Notario.

En adelante se comentan brevemente cada una de las atribuciones del Notario que enmarcan su competencia en razón de la materia.

Artículo 19°. - (Atribuciones) Las notarias y los notarios tienen las siguientes atribuciones:

Dar fe pública a los actos, hechos y negocios jurídicos que las y los interesados le soliciten o la Ley exija, a los fines de la formalización y autorización notarial; (Ley 483, 2014: 17)

Si se parte de reconocer el acto de dación de fe como un verdadero y especial acto jurídico formal que impone autenticidad a los comportamientos de relevancia jurídica de los particulares, lo primero a destacar de esta atribución es precisamente que el acto solemne de dación de fe notarial puede recaer sobre los comportamientos o resultados de los actos, hechos y negocios jurídicos que las y los interesados le soliciten o la ley exija.

Para entender esta distinción debe recordar que en síntesis los actos jurídicos son aquellos en los cuales interviene la voluntad del hombre y producen efectos jurídicos, el hecho jurídico es aquella situación de interés para el derecho que ocurre sin que la voluntad del hombre haya tenido intervención alguna y negocio jurídico es un tipo de acto jurídico conformado por determinadas declaraciones de voluntad productoras de un efecto jurídico en específico.

Así que el Notario podrá intervenir ofreciendo autenticidad y legitimación a los

comportamientos o resultados con efectos jurídicos que se produzcan a partir de un acto, un hecho o un negocio jurídico determinado a través de la dación de fe. Ahora, es necesario tener en cuenta una condición muy importante. La competencia notarial precisa de un requisito esencial para proceder con el acto de dación de fe: la rogación notarial. Si no existe rogación, entiéndase, solicitud de actuación notarial, el Notario no podrá ofrecer la fe pública porque le resulta totalmente ajeno a su función el proceder de oficio.

La manera en que la ley se pronuncia en relación a ello, puede inducir a confusión. Pareciera que cuando la ley exige la forma pública las partes no tendrían que pedir al notario su intervención, y esto es totalmente erróneo. La actuación notarial siempre tendrá que ser rogada, así sea la forma pública proveniente sencillamente de un acuerdo entre las partes o de una exigencia legal y ello, en virtud del derecho de los comparecientes a elegir libremente notario competente, según el artículo 2.6 de la Ley 483 que lo establece como principio.

La diferencia radica en el valor de las formas. Cuando las partes deciden en virtud de su autonomía de voluntad ofrecer la fe pública a sus actos, la forma puede ser utilizada como requisito de eficacia frente a terceros y en ese caso, forma parte del contenido obligacional del acto que se documenta, conformada como una obligación de otorgar escritura pública que puede ser exigida entre partes y ejecutada eficazmente.

Igualmente, las partes pueden ofrecer la forma pública a sus actos solo buscando el valor de prueba privilegiada que el documento notarial tiene reconocido por Ley. En ese caso, la forma pública no ofrece al acto más que su valor como prueba preconstituida.

En ambos casos, el contrato que se documenta es perfecto y genera entre las partes los efectos jurídicos dispuestos, antes del otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

Sin embargo, cuando la exigencia de la forma pública proviene de la ley y no de la voluntad de las partes puede manifestarse el valor constitutivo de la forma notarial. La forma notarial es constitutiva cuando la forma pública es exigida como

parte del iter contractual del contrato que se documenta, es decir, cuando la perfección del contrato depende del otorgamiento ante Notario de la correspondiente escritura pública, sin la cual no hay contrato. Por ejemplo, los casos establecidos en el artículo 491 del Código Civil Boliviano (la donación, la hipoteca voluntaria, la anticresis, la subrogación consentida por el deudor)

Igualmente, una exigencia legal puede disponer como requisito de eficacia frente a terceros el otorgamiento notarial. Un ejemplo es el poder notarial. Como mandato es válido entre partes desde el momento del consentimiento, y no está sujeto a requisito de forma, sin embargo, para hacer eficaz el efecto representativo en caso de apoderamiento resulta imprescindible por exigencia legal conformar la escritura pública de poder notarial.

A continuación, dice “a los fines de la formalización y autorización notarial”. Dicha expresión se refiere al texto de la norma y en relación con ello puede abundarse lo siguiente:

Cuando se habla de forma del contrato se hace referencia a un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual. Necesario porque del cumplimiento de esas solemnidades se hace depender la eficacia y validez del contrato.

Lo cierto es que cuando la ley exige el cumplimiento de ciertas solemnidades para que un contrato adquiera plena validez y eficacia jurídica lo hace para conseguir un fin. De ello se deduce que las formas en la contratación tienen una función social. Esa función social está definitivamente determinada por las ventajas que ofrecen las formas.

Hay dos cuestiones en relación con las formas que es preciso señalar:

1. Su efecto psicológico. Es aquella sensación de quedar obligado que las partes experimentan al firmar un contrato solemne. Además, la forma contribuye a evitar la precipitación que puede ser muy dañosa.
2. La función de certidumbre de la forma. La forma contribuye a dotar de certidumbre al contrato tanto desde el punto de vista de su contenido que se individualiza, como en torno a la identidad de los comparecientes, su

capacidad, las declaraciones de las partes facilitando de tal manera su prueba. Además, tal certidumbre que ofrecen las formas protege también a los terceros porque estos quedan protegidos del actuar fraudulento de los contratantes en su caso.

En dependencia de lo necesaria que sea la forma para la validez y eficacia de los contratos éstos se clasifican en contratos formales o no. La exigencia de la forma para la plena eficacia del contrato puede estar estatuida en la Ley o ser determinado por la voluntad de las partes, como se ha dicho.

El formalismo contractual está regido por el principio espiritualista que tiene como contenido la máxima de que de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado. El desarrollo del espiritualismo en la contratación es un avance en el orden jurídico.

Sin embargo, una ausencia de formas puede llevar a consecuencias perjudiciales por defectos de prueba y de certidumbre en las relaciones jurídicas que provocan el quebrantamiento de la seguridad del tráfico.

Por ello, el Derecho moderno está a favor de los negocios formales en ámbitos muy susceptibles como el tráfico de inmuebles. Pero es un formalismo de nuevo tipo, porque no exige las formas solemnes con sanción de nulidad, sino que para obtener ciertos beneficios legales exige el cumplimiento de requisitos formales.

Por documentación de un contrato se entiende aquel conjunto de actividades necesarias para recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que le dotan de contenido.

El documento ha dicho Carnelutti (Carnelutti, 2018:47) - es una cosa que representa un hecho. Estos documentos pueden ser públicos o privados, dependiendo de su autorización por funcionario público autenticador o no.

El documento realiza diversas funciones en la contratación.

a) Funciona como presupuesto de existencia del contrato.

En la primera mitad del siglo XIX sólo se consideraba la existencia de documentación *solemnitatem*, o lo que es lo mismo la forma como requisito esencial y la forma *ad probationem* donde el documento no es más que un medio

de prueba de la existencia y contenido del contrato.

La técnica moderna ha suavizado estas consideraciones. Sin embargo, aún existen casos en que la forma es requisito esencial del contrato y sin ella éste no nace a la vida jurídica. Ejemplo: el contrato de poder. En estos casos es que se dice que el documento funciona como presupuesto de existencia del contrato.

b) Funciona como presupuesto de eficacia del contrato.

Es la forma *ad probationem*, toda vez que el documento ha sido otorgado con la única y exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la existencia o del contenido de un contrato perfecto.

En estos casos que son los más, se desplaza la atención hacia el contrato perfecto con anterioridad al otorgamiento del documento mismo y el documento concurrir en su función de prueba de la existencia y contenido de las declaraciones de las partes con el resto de los medios de prueba posibles en derecho.

La doctrina moderna ha desarrollado un poco más esta función del documento y ha demostrado que el documento no constitutivo es además presupuesto de eficacia inter partes del contrato. Esto quiere decir que, aunque el contrato existe válidamente antes de haberse documentado las partes sólo pueden reclamar el cumplimiento o la ejecución del contrato cuando se ha cumplido el requisito de documentar.

c) Funciona como presupuesto de la oponibilidad del contrato respecto a terceros.

Esta función está presente en todos aquellos casos en que la documentación sea necesaria para la eficacia del contrato respecto de terceros. En estos casos se trata de un contrato plenamente válido y eficaz entre las partes, aunque no se haya documentado. Sin embargo, sin documentación el contrato es totalmente ineficaz frente a terceros y no perjudica a éstos. El requerimiento de forma está dirigido a su eficacia frente a terceros, es decir, es una medida protectora de los terceros.

d) Función de fijación y reproducción del contrato.

Esta función fue fundamentada por la doctrina y la práctica jurídica en oposición a la función de medio de prueba del documento. Si la función del documento es únicamente de prueba, entonces, concurre con los demás medios de prueba y puede ser modificado por un testimonio o una confesión. Sin embargo, la práctica ha demostrado que los jueces tienden a dar mayor importancia a las declaraciones que se hacen constar documentalmente, lo que significa que el documento no es simple medio de prueba sino un acto de fijación y de reproducción del contrato.

- a. Dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses; (Ley 483, 2014:17)

En este caso la Ley se refiere a la competencia notarial no solo sobre hechos, actos o negocios jurídicos, sino incluye además a los hechos, actos y circunstancias de relevancia jurídica. Es menester entender la diferencia. En este inciso la ley se refiere a determinados actos, hechos y circunstancias que no producen directamente efectos jurídicos, sin embargo, resultan de relevancia para el derecho porque son motivo suficiente para declarar determinados derechos o intereses.

Aquí pueden ser ejemplos los casos de actas de manifestaciones, actas de requerimientos, de notificación, las actas de inventarios, de presencia del Notario, y otras actas. Así que en el inciso b) se está en el ámbito de las actas notariales, mientras en el inciso a) se refiere la ley al ámbito más general de los contratos o declaraciones de voluntad de los interesados que tienen como manifestación documental una escritura pública.

Por decantación, el acta notarial será todo documento público autorizado por Notario que no tiene forma de escritura. Por tanto, no tendrán como contenido un acto jurídico; y sí, hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas, o cualquier otro acto de declaración lícita que por su naturaleza no constituya acto jurídico. Según la legislación interna que las regule podrá ser incorporadas o no al protocolo, y a consecuencia de ello ha surgido una técnica más depurada para

las incorporadas al archivo notarial, razón por la que se concederá mayor espacio y detenimiento en el análisis a éstas últimas.

El acercamiento a las Actas Notariales implica aceptar que en una u otra legislación conservan su inmensa variedad, tanto sustantiva como formalmente. Así, los conceptos y juicios que sobre el tema se sostengan serán simples aproximaciones a la realidad jurídica de cada país matizada por su realidad socioeconómica, cuya esencia las actas notariales intentan de alguna manera recoger.

En contraposición con la escritura pública donde los otorgantes son protagonistas del acto que se documenta y el Notario emite juicios sobre el mismo para conseguir su eficacia plena; las actas notariales están en principio dedicadas a narrar las actuaciones propias del Notario. El requirente en las actas sólo desata con su rogación el actuar del Notario, que en adelante se convierte en actor principal del procedimiento extrajudicial concebido para el acta en particular por la Ley.

Una consideración bastante generalizada dentro de la doctrina afirma que el Notario en vistas de su imparcialidad deberá adoptar una posición pasiva e indiferente ante los hechos o circunstancias que motivan las actas notariales. Tal pasividad e indiferencia es preciso traducirlas como antónimos de la actividad notarial moldeadora de la voluntad de las partes típica en las escrituras y no precisamente como inactividad.

La cuestión que en las actas motiva tal traducción es resultado de la inmediatez del actuar notarial en ellas, se acoge documentalmente un hecho presente imposible de moldear para el futuro. Para explicar la actividad notarial en las actas es viable hacer un intento por grupos de ellas. Así, en las actas de mera percepción, donde el Notario se limita a expresar y redactar lo que ha visto, palpado, olfateado o escuchado, su actividad consiste en esforzarse por confirmar sus sensaciones y que ellas no han sido manipuladas por su rogante asegurándose de la legalidad y corrección de su actuar. En este caso se estaría al participar en un sorteo, en una subasta, en un acta de juntas, por ejemplo. Las actas de hechos propios del notario significan la destrucción más vívida de las

consideraciones sobre la inactividad notarial en las actas. En ellas se narran y se autentican hechos que el notario mismo realiza en vistas de su función de dación de fe. Entre ellas pueden citarse las actas de notificación, requerimiento, ofrecimiento real, protocolización, de protesto de letras y otras.

Las percepciones notariales en las actas pueden concluir no sólo con la simple narración de aquellas, sino con afirmaciones y calificaciones de contenido jurídico propio. De ahí, las actas llamadas de calificaciones jurídicas en las que el notario elabora un juicio acerca del conocimiento adquirido a través de lo percibido, entre ellas: las actas de notoriedad, las actas de subsanación, los expedientes notariales, etc.

Por último, están las actas de manifestaciones. Se denominan así aquellas que recogen las declaraciones de particulares: testigos, peritos, o parte misma. En ellas la actividad notarial es receptora de las manifestaciones, además de asesora y de asistencia.

En consecuencia, puede asegurarse que la función notarial en materia de actas se caracteriza por una multiplicación de actividades del notario que, en vista de su percepción sensorial narra, controla, califica, o recepciona la información que recibe de un hecho presente e inmediato, siempre cumpliendo con la función de asesoramiento, que incluye las de imparcialidad, control de la legalidad y respeto a la intimidad y a las personas involucradas de una u otra forma en aquel.

b. Elaborar o redactar y autorizar documentos protocolares, conforme los principios y procedimientos establecidos en la presente Ley y su reglamentación;(Ley 482, 2014:17)

Aquí se destaca la competencia notarial para convertirse en autor del documento notarial. La autoría notarial resulta imprescindible para la dación de fe, la autoría del notario constituye por tanto el fundamento de toda la eficacia del documento notarial.

El notario es autor de los documentos públicos que autoriza y debe hacer el control de legalidad necesario a cada caso. El notario no es un fedatario de documentos ajenos, sino un redactor de sus propios documentos, los mismos documentos que va a autorizar. La Ley 483 entre sus definiciones adopta la

autoría y redacción notarial desde la perspectiva del Notario como autor material y redactor de los documentos que autoriza, con arreglo a la ley, lo que no significa que no pueda recibir instrucciones en forma de minuta, sino que la minuta funciona solamente como documento representativo de la voluntad de las partes y como rogación efectiva del servicio notarial y no es la redacción definitiva, ni tampoco significa un límite a la redacción notarial.

c. Controlar y dar legalidad al acto jurídico, así como los hechos, actos y negocios jurídicos o circunstancias contenidas en el documento notarial que refiera; (Ley 483, 2014: 17)

Aquí se impone como función del notario el control efectivo de la legalidad en materia de actas y escrituras.

El control de la legalidad del acto jurídico documentado tiene que ver, no solo con la legalidad que emana de la aplicación del derecho sustantivo y el derecho notarial al acto del que se da fe, sino además de la legalidad del actuar notarial íntegramente; es decir, ese control de la legalidad notarial debe incluir un control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, según sea susceptible de ello el acto que se documenta.

Puede asegurarse entonces que el notario participa como lo hace el juez del sistema de control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad en el ámbito extrajudicial de los derechos, dentro de los límites de su competencia.

d. Autenticar copias o emitir certificaciones o testimonios de documentos originales, que cursen en el protocolo o archivo de la notaría, a solicitud de las y los interesados, a personas con interés legítimo u orden judicial; (Ley 483, 2014:17)

Autenticar, certificar, testimoniar; son los verbos que utiliza la norma para determinar acciones de competencias diferentes del notario en relación con documentos originales que cursen en sus archivos.

Es preciso esclarecer los significados de esos verbos.

AUTENTICAR: El Notario autentica al dar cumplimiento del acto en cuya virtud la ley ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico. Por eso, cuando se dice que el notario tiene competencia para autenticar copias de documentos originales que obren en sus archivos significa que el notario

acredita la certeza de existencia de ese documento que resulta ser exacto e íntegro. Una copia es una reproducción fiel del documento de que se trate.

La exactitud y la integridad son dos consecuencias de la autenticación notarial. Existe una presunción generalizada de que todo acto en el cual ha intervenido un Notario, es la expresión de una verdad exacta, precisa, completa, sin tacha. Por el hecho de su capacidad y por estar investido de fe pública, se presume que ese hecho es cierto porque llena todas las solemnidades exigidas para el acto. Por tanto, la narración del hecho es completa y exacta; además solamente narra lo que interesa al asunto, al acto o negocio del cual se trata. Los efectos de la exactitud de la autenticación notarial son los de tener eficacia plena frente a terceros, esto significa que un tercero que por alguna razón llegara a conocer aquella narración no podría negar su plena prueba o exactitud. Los terceros deben tener por cierto el documento que llena todas estas características. La exactitud hace referencia al momento histórico en que tuvo lugar el hecho que le dio existencia y dice que aquella narración es fiel; mientras que la integridad, proyecta la exactitud hacia el futuro. La exactitud dice que el hecho es cierto porque sucedió en determinado lugar y en determinado momento, mientras que la integridad dice que el hecho permanece fiel hoy porque consta en el presente, a causa de haberse plasmado en un documento original que obra en los archivos notariales, de lo que el notario da fe.

CERTIFICAR: Significa según la Real Academia de la Lengua Española hacer constar por escrito una realidad de hecho por quien tenga fe pública o atribución para ello. La realidad de hecho que el Notario hace constar en este caso, es el hecho de la existencia en sus archivos.

TESTIMONIAR: Es atestiguar, o servir de testigo para algo, y se relaciona con testimonial como adjetivo que se dice de un instrumento auténtico que asegura y hace fe de lo contenido en él.

A pesar de que los verbos tienen significados muy parecidos, la Ley 483 del Notariado Plurinacional los utiliza como excluyentes, es decir, describen diferentes competencias notariales, lo que se entiende a partir de la utilización de la preposición "o".

Otra cuestión a tener en cuenta es que los testimonios deben ser ofrecidos por el notario partiendo de documentos originales que obren en sus archivos. El archivo notarial que compila documentos originales es el protocolo notarial, por tanto, solo de documentos protocolares se expedirán testimonios.

La autenticación de copias y expedición de certificaciones serán entonces competencias que permiten al notario acreditar la existencia en sus archivos de documentos no protocolares, sin embargo, estos documentos no protocolares no son originales, sino copias de los documentos no protocolares autorizados por notario, así que estaría autenticando copias de copias, lo que no parece que tenga las consecuencias de integridad y exactitud que se atribuyen al documento autenticado por notario. Por ello, parece mucho más adecuada la expedición de certificaciones de los archivos de documentos no protocolares.

En todos los casos, se insiste en la rogación, imprescindible en el actuar notarial, por los interesados, personas con interés legítimo u orden judicial. De ello, surge la incertidumbre sobre quienes son las personas con interés legítimo y si es que este interés legítimo es de apreciación notarial o de apreciación judicial.

- e. Actuar en la vía voluntaria notarial prevista por la presente Ley;
(Ley 483. 2014:18)

La vía voluntaria acoge las siguientes competencias notariales:

En materia civil y sucesoria, procede la competencia notarial en los siguientes casos, según el artículo 92 de la Ley del Notariado Plurinacional:

- a. Retención o recuperación de la posesión de bienes inmuebles;
- b. Deslinde y amojonamiento en predios urbanos;
- c. Divisiones o particiones inmobiliarias;
- d. Aclaración de límites y medianerías;
- e. Procesos sucesorios sin testamento; Aceptación expresa o renuncia a la herencia
- f. División y partición de herencia;
- g. Apertura de testamentos cerrados;

En materia familiar procede en los siguientes casos, según lo dispone el artículo 93 de la ley del Notariado Plurinacional:

- a. Divorcio de mutuo acuerdo;
- b. Permisos de viaje al exterior de menores, solicitados por ambos padres.
- c. Nombramiento de tutor y curador de persona mayor de edad (Artículo 59 de la Ley del Notariado Plurinacional)
- d. Adopción de persona mayor de edad (Artículo 59 de la Ley del Notariado Plurinacional)
- e. Autorización de matrimonio de persona menor de edad, otorgada por quienes ejercen la autoridad de padres (Artículo 59 de la Ley del Notariado Plurinacional)

La vía voluntaria notarial procede cuando exista acuerdo entre interesados y éste sea libre, voluntario y consentido, siempre y cuando no se involucre derechos de terceras personas. Si una de las personas no da su consentimiento al acuerdo o se opone durante la tramitación, la notaria o el notario debe suspender inmediatamente su actuación.

Este trámite no limita la competencia asignada a las autoridades judiciales. De haberse iniciado la acción en la vía judicial excluye la vía notarial. En la tramitación, la notaria o el notario es responsable de garantizar la seguridad jurídica y los derechos de todos los concurrentes.

Dice la Ley 483 que los efectos jurídicos de las escrituras públicas resultantes adquieren la calidad de cosa juzgada (lo que no es exacto), son de cumplimiento obligatorio y tienen fuerza coactiva.

Nótese como la escritura pública es la forma en que concluyen cada una de las tramitaciones que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria se asumen por el servicio notarial.

Esto no quiere decir, que en dicha tramitación no se utilicen las actas. Las actas son imprescindibles a la tramitación notarial de los expedientes de la vía voluntaria notarial; sin embargo, el documento final de cierre de la tramitación

será siempre una escritura pública por la relevancia de este documento notarial que ofrece toda la seguridad jurídica, la certeza y la fijación de los hechos necesaria a tales procedimientos.

g. Protestar títulos valores; (Ley 483, 2014:18)

El protesto es un acto de naturaleza formal, que sirve para demostrar de manera auténtica, que la letra de cambio fue presentada oportunamente para su aceptación o para su pago.

Se practica el protesto por medio de un funcionario que tenga fe pública y se levantará contra el girado o los demás que forman parte de la cadena cambiaria, en caso de falta de aceptación, y en caso de protesto por falta de pago, contra el girado aceptante o su avalista. La sanción por la falta de protesto es la pérdida de la acción cambiaria de regreso y es un documento necesario para transferir y acreditar el derecho.

h. Actuar en remates por comisión de autoridad competente, donde no exista martillero judicial; (Ley 483, 2014:18)

El notario puede hacer las veces de martillero cuando así se requieran sus servicios.

i. Elaborar acta de apertura y cierre de los protocolos notariales, en soporte físico y/o electrónico, de la gestión correspondiente, con autorización de las Directoras o los Directores Departamentales; (Ley 483, 2014: 18)

El acta de apertura y cierre del protocolo notarial es una medida de seguridad del archivo protocolar tendente a garantizar su exactitud e integridad.

j. Refrendar documentos provenientes de medios electrónicos;

k. Emitir copias o testimonios en formato electrónico de los documentos que estén a su cargo, con las medidas de seguridad que se fijan en el reglamento de la presente Ley; (Ley 483, 2014:18)

La incorporación de estas competencias al actuar notarial boliviano depende de la implementación de la firma electrónica notarial en el país, una tarea en la que

la Dirección del Notariado Plurinacional trabaja y está a punto de hacerse realidad.

- I. Dar fe de las firmas y rúbricas en todo tipo de documentos, siempre que no contengan cláusula o disposición contraria a la Ley y el orden público, para los que la Ley no exija escritura pública u otra forma especial; (Ley 483, 2014:18)

De los documentos en que el notario solo autentica las firmas, esa labor no lo salvará de realizar sobre el contenido del documento el control adecuado de la legalidad, así como el control de constitucionalidad y de convencionalidad, comentados anteriormente.

- m. Otras que hagan al mejor cumplimiento del servicio notarial (Ley 483, 2014: 18)

Otras competencias en razón de la materia que incorporan leyes anteriores y posteriores a la promulgación de la Ley 483, competencias atribuidas por el Código Civil, por el Código de Comercio, por el Código del Tránsito, leyes urbanísticas o registrales, Código de las Familias y cualquier otra.

La segunda de las cuestiones por lo que el artículo 1288 del Código Civil dice que decae la forma pública es la incapacidad del notario, el sentido del texto mencionado no está indicado a referirse solo a la incapacidad de obrar del Notario que indiscutiblemente provocará su retirada de las funciones públicas, sino a incapacidades notariales referidas a determinadas prohibiciones que establece la Ley 483 en el ámbito de su función de dar fe, determinadas en el artículo 20 del propio texto legal. Sin dudas, saltarse una prohibición legal implicará la máxima sanción de ineficacia al acto de dación de fe del notario.

Las prohibiciones establecidas son las siguientes:

- i) Expedir copias, certificaciones o testimonios de los documentos notariales, o dar conocimiento de los mismos, a quien no sea parte, no tenga interés legítimo o no sea autoridad competente;
- ii) Elaborar, redactar y autorizar documentos notariales en los que sea parte o actúe en representación o tenga interés personal o interés familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad y

- segundo de afinidad;
- iii) Realizar convenios o acuerdos con instituciones públicas o privadas, contraviniendo el principio de elección;
 - iv) Realizar convenios o acuerdos con instituciones públicas o privadas que generen monopolios o exclusividad del servicio;
 - b) Instalar oficinas sucursales o encubiertas;
 - c) Revelar la reserva notarial sin autorización judicial;
 - d) Otorgar fotocopias simples de documentos notariales matrices;
 - i) Trasladar o entregar los documentos notariales, matrices y protocolos fuerade lo establecido en la presente Ley;
 - e) Ejercer el servicio notarial fuera del ámbito territorial de su nombramiento;
 - i) Revocar, modificar o alterar el contenido de una escritura protocolar, incumplir las condiciones establecidas en la presente Ley;
 - ii) Protocolizar escrituras u otros documentos notariales con fecha distinta a la conclusión del documento;
 - iii) Legalizar copias de documentos originales expedidos o extendidos por autoridades públicas o entidades privadas;
 - f) Autorizar escrituras simuladas;
 - i) Extraer o sacar registros o tomos de la oficina notarial, excepto por razonesde fuerza mayor o cuando así lo requiera el acto;
 - ii) Extender o protocolizar documentos notariales fuera de su oficina notarial, con excepción de testamentos, inventarios y otros que por su naturaleza u objeto la notaria o el notario deba realizar fuera de la misma;
 - g) Delegar o transferir sus atribuciones en actos o hechos que sean solicitados;
 - h) Otras prohibiciones descritas en la reglamentación. (Ley 483, 2014: 19)

La tercera causa establecida por el artículo 1288 para declarar nulo un documento público es por un defecto de forma. De ahí la importancia de

determinar qué será defecto de forma en el ámbito de un documento notarial. El defecto de forma proviene del incumplimiento -por parte del Notario- de cualquiera de las regulaciones establecidas por la Ley 483 y su reglamento para hacer la forma pública, incumplimientos en el procedimiento de redacción y autorización de escritura pública, o incumplimiento en el procedimiento formal de redacción y autorización de un acta notarial, o del documento de que se trate; ello implica la consideración del derecho notarial con carácter adjetivo, procedimental, de orden público, donde infringir el procedimiento establecido acarrea la nulidad del acto de que se trate y por tanto la nulidad del documento resultado del acto de dación de fe procedimentalmente nulo.

2.3 La jurisprudencia boliviana sobre el tema que se investiga

La jurisprudencia boliviana sobre el tema ha sido totalmente coherente con el criterio de considerar a la exigencia de forma pública legal como requisito, sin el cual, no se da el perfeccionamiento del contrato solemne. Igualmente está de acuerdo en la perfección de los contratos consensuales fuera de la escritura pública que los contiene dando lugar así a la eficacia probatoria únicamente de la Escritura Pública en tales casos.

En tal sentido obran las decisiones de los siguientes Autos Supremos que a continuación se comentan.

El Auto Supremo 849/2021, en Considerando número III.2, doctrina aplicable al caso, refiere con respecto al contrato de compraventa lo siguiente:

La propiedad, según lo descrito en el art. 110 del Código Civil, es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico, Asimismo, de acuerdo al señalado precepto la propiedad se la puede reivindicar de manos de un tercero y ejercer otras acciones en defensa de ese derecho de propiedad.

La propiedad puede adquirirse mediante alguna de las formas que describe el art. 110 del sustantivo de la materia, entre estas se describe al efecto de los contratos, los cuales pueden describir distintas formas, por ejemplo: la venta, la permuta, la donación, la transacción, entre otras.

El contrato de venta al ser el más usual para la adquisición del derecho

de propiedad, se encuentra regulado por el art. 584 del Código Civil, que señala: “La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio en dinero”; se entiende que el contrato de venta se perfecciona con el solo consentimiento de las partes y no requiere formalidad alguna, ya que este tipo de contratos no está descrito en los art. 491 y 492 del Código Civil.

Acudiendo a la doctrina, Guillermo A. Borda en su obra MANUAL DE CONTRATOS, refiere: “no es formal aun en el caso de que tenga por objeto la transmisión de inmuebles, la escritura pública (...) es un requisito de la transferencia del dominio, pero no del contrato en sí, que puede ser válidamente celebrado en instrumento privado aun verbalmente”.

En este entendido, citamos a Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago, que de igual manera en su libro CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, Tomo II, que, sobre el tema de las características de este tipo de contratos, exponen que es: “consensual, porque según de la definición del codificador, una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa, es decir que en el acto de contratar no la transfiere, sino que se obliga a transferir, y la otra parte se obliga a recibirla y a pagar un precio cierto en dinero. Ello señala que los efectos del contrato surgen desde el momento mismo en que se perfecciona el consentimiento contractual; es por tanto un contrato consensual...”.

Asimismo, en el Auto Supremo N° 153/2014 de 16 de abril, se ha orientado que: “Al margen de lo expuesto, resulta conveniente realizar las siguientes puntualizaciones con respecto al contrato de compra venta, con la finalidad de lograr una mejor comprensión de lo antes señalado, por consiguiente se entiende que el contrato de compra venta es un contrato consensual, que para su nacimiento basta que ocurra el acuerdo de las voluntades, sin importar si éste se expresa en forma verbal o escrita en documento público o privado, no está sujeto a formalidades, como también señala Gonzalo Castellanos Trigo “No es formal o tiene forma Libre, porque la ley no impone como regla general, una solemnidad para su existencia (...) debiendo entenderse ésta como una constancia documental del consentimiento expresado por las partes, por lo que la solemnidad de transcribirla en una escritura pública es simplemente un requisito para su inscripción en el registro Derechos Reales, lo que no significa que no surta efectos en cuanto a lo consensuado por las partes contratantes, razonamiento orientado en lo establecido por la Corte Suprema de Justicia que en el Auto Supremo N° 64/2011 que dice “Es habitual, en nuestra práctica jurídica, que muchos

de los contratos consensuales se redacte o documente a través de una minuta, dejando así la constancia escrita respecto del contrato celebrado entre partes y del consentimiento expresado por ellas, sin que ello suponga la infracción de ninguna norma legal, ni motive su invalidez por la nulidad o la anulabilidad, pues, si un contrato consensual, como es la compraventa, puede celebrarse incluso en forma verbal, no existe ningún óbice legal para que el acuerdo de partes y el consentimiento de ellas respecto a ese contrato se lo documente a través de ese medio, sin que ello suponga causal de nulidad ni anulabilidad del contrato”.(Tribunal Supremo de Justicia Bolivia 2021:6)

Nótese, cómo desde este punto de vista de los contratos consensuales, se trata a la escritura pública como una forma acordada por las partes y que no tiene trascendencia ninguna a la perfección del contrato que ocurre con el solo acuerdo de ellas, fuera de la formalidad notarial.

Para hacer unas precisiones de mayor calado desde el ámbito jurisprudencial sobre estos temas de la relación forma del contrato y formalidad de la escritura pública, es menester abordar lo declarado por el Auto Supremo 359/2020 de 9 de septiembre, que en su considerando número III.1, en cuanto a la doctrina aplicable al caso y sobre diferencias conceptuales entre contrato, minuta, protocolo, escritura pública y testimonio refiere lo siguiente:

El Auto Supremo N° 261/2013 de 23 de mayo, realizó diferencia conceptual del contrato, minuta, protocolo, escritura pública y testimonio, manifestando que: “...Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para constituir, modificar y extinguir una relación jurídica, es la expresión del negocio jurídico que constituye fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes; dependiendo de la variedad de contratos que existen en el ámbito civil, puede tomar una determinada forma para su perfeccionamiento por exigencia de la ley; en el caso de la compraventa estamos frente a un contrato consensual por excelencia que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes sin necesidad de otra formalidad.

En tanto que la Minuta, no es más que la constancia escrita entre las partes contratantes que se expresa en documento específico que da cuenta de la existencia del contrato ya realizado, donde se plasma o consigna de manera literal el acuerdo de voluntades; tiene por objeto constituir prueba de que el contrato en realidad existe generando derechos y obligaciones; sin embargo, la minuta se constituye en la base

fundamental de la escritura pública.

En cambio, la Escritura Pública, es el “documento autorizado con las solemnidades legales por notario competente, a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo, y que contiene, revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídico, para su prueba, eficacia y constitución”, definición dada por el Autor Argentino I. Neri, en su obra “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”. En otras palabras, es el documento Autorizado con las solemnidades legales por Notario competente, a requerimiento de las partes e incluido en el protocolo, que contiene el acto o negocio jurídico para su plena eficacia o constitución; su elaboración es atribuible exclusivamente al Notario.

En tanto que el Protocolo se puede decir que es el conjunto o colección de documentos matrices u originales debidamente ordenados y encuadernados con los cuales en caso necesario ha de practicarse el cotejo para probar la autenticidad de los documentos que expide el Notario; constituye el cuerpo matriz o lugar donde se conservan los documentos originales de las relaciones jurídicas como sinónimo de garantía de perdurabilidad y autenticidad, cuya fe y custodia se encuentra bajo exclusiva responsabilidad del notario.

Finalmente, diremos que el testimonio, no es más que una copia fiel que extiende el notario de la escritura pública; en consecuencia, no se puede confundir entre testimonio, protocolo y escritura pública” (Tribunal Supremo de Justicia, Bolivia, 2020:4)

Dicha conceptualización se realiza en la jurisprudencia tratada porque resulta de aplicación para resolver algunos de los asuntos planteados en el recurso, y en tal sentido, utilizando la doctrina que se dejó dicha, vuelve en el Considerando IV, fundamentación de la resolución en el fondo, el número 3, sobre ella y expone losiguiente:

La empresa recurrente señala que existe causal de nulidad contractual por faltar requisito de forma, por lo que el Tribunal de alzada realizó errónea interpretación o aplicación indebida del art. 549.I del Código Civil, y que su fundamentación es de la sentencia referente al principio de especificidad, que la ley sólo impone sanción al notario y que no se puede demandar nulidad con base en otro documento, realizando una interpretación restrictiva, y que no se puede cohonestar el engaño, fraude, abuso y la falsedad documental notarial.

A efectos de resolver el agravio cabe realizar las siguientes consideraciones:

La empresa en la demanda establece como hecho para solventar su pretensión de nulidad que suscribió con el Banco BISA S.A. un contrato de línea de crédito simple inserto en la escritura pública N° 1411 de 8 de octubre de 2011, ante notario de fe pública, Saúl Guzmán Farfán, y que se le franqueó testimonio respectivo entregado a la recepción del Banco BISA S.A. el 12 de octubre de 1998. Días después el notario se comunicó para hacerles saber la existencia de algunos errores en la transcripción de la escritura y por tal motivo debían apersonarse nuevamente a la notaría. Tiempo después se percataron que los errores de forma no eran tales ya que hicieron aparecer la escritura pública N° 1414/98 donde introducen modificaciones sustanciales: la modalidad de crédito y los intereses, se deja sin efecto el contrato inicial en lo referente que se podía utilizar la línea de crédito en diferentes préstamos; y además que ese instrumento es protocolizado y registrado a la misma hora y fecha de la Escritura Pública N° 1411/98.

Conforme el detalle impreso, los hechos para fundar la pretensión de nulidad se basa únicamente en la extensión de las Escrituras Públicas N° 1411/98 y 1414/98; señalando, más adelante en la demanda, que se incurre en falta de forma, ya que al ser documentos oponibles entre sí quedan privados de producir efectos jurídicos por no poder protocolizar diferentes documentos un mismo día y a la misma hora, menos aún protocolizarse con el mismo número 1411/98 un tercer documento de personas distintas; por lo cual el análisis se centrará respecto a las escrituras públicas citadas.

Además, cabe distinguir la naturaleza del contrato, protocolo y escritura pública. El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para constituir, modificar y extinguir una relación jurídica de orden patrimonial, siendo la fuente generadora de derechos y obligaciones, que en algunos casos requiere de una forma necesaria para su perfeccionamiento por exigencia legal. La minuta es la constancia escrita del contrato, que constituye prueba del mismo y que es base para la extensión de la escritura pública. La escritura pública es el documento autorizado con las solemnidades legales por notario competente, extendido a requerimiento de las partes. En tanto, el protocolo es la colección de documentos matrices u originales debidamente ordenados y encuadrados con los cuales se prueba la autenticidad. Por último, el testimonio es una copia fiel de la escritura pública extendida por el notario. Distinción conceptual necesaria para comprender el análisis que a continuación se realiza.

La empresa recurrente increpa errónea interpretación o aplicación indebida del art.

549.I del Código Civil, por la falta de forma en las escrituras públicas N° 1411/98 y 1414/98. Se debe incidir que la parte recurrente para pretender su nulidad confunde los conceptos de contrato, escritura pública y testimonio, que afecta su proposición recursiva. El art. 452 del Código Civil establece como requisitos de formación del contrato: 1) El consentimiento de las partes; 2) El objeto; 3) La causa; y 4) La forma, siempre que sea legalmente exigida. A lo que, si la ley exige que el contrato revista una forma determinada, no asume validez sino mediante dicha forma, conforme señala el art. 493.I del citado Código, sancionando con la nulidad la falta de esa forma exigida por ley como requisito de validez, así tipifica el art. 549 núm. 1) del Código Civil. En esa comprensión, el contrato de línea de crédito, conforme el art. 1310 del Código de Comercio, se formaliza mediante contrato escrito, por lo que el contrato inserto en la escritura pública N° 1414/98 tenía la forma escrita requerida por ley, por lo que resulta indebida la postura de la parte recurrente sobre una posible nulidad por falta de forma de aquel contrato.

Sin embargo, el argumento recursivo incide en la falta de forma del contrato, pero aludiendo a la escritura pública N° 1414, lo cual es incoherente, ya que las causales de nulidad de un contrato son diferentes a las de una escritura pública; y las formas establecidas en la Ley del Notariado de 1858, relativas a la formación de la escritura, difieren a la forma del contrato concebida como constancia de prueba del mismo. Por tal motivo, es incomprensible que desde las causales de nulidad de un contrato se pretenda enfocar la nulidad de una escritura pública, por ser disímil el análisis en cada caso, más aún cuando el recurrente en el escrito de casación no aporta en absoluto argumento para establecer esas causales supuestamente omitidas en la escritura pública N° 1414/98.

Por otro lado, con relación a la escritura pública N° 1411/98, la parte recurrente en su misma demanda ya indicó la existencia de una escritura pública signada con el número 1411/98 de la misma fecha y hora que corresponde a personas ajenas; en tal circunstancia, no se tiene constancia de la existencia de la escritura pública N° 1411 sino de un testimonio signado con ese número que el notario de entonces les entregó, conforme el mismo recurso afirma al señalar que, en la inspección, en el libro notarial se encontró una apostilla suscrita por el notario de entonces que da cuenta que los personeros del banco no firmaron el protocolo. Por lo que, conforme ya se puntualizó por los tribunales de instancia, esa situación irregular establecida por el notario debe ser sancionada administrativamente, empero, no puede estimarse la nulidad de la escritura pública N° 1414/98 que fue extendida con las

formalidades necesarias y su contrato fue realizado con la forma requerida por la ley comercial, explicada supra, considerando un antecedente de otra escritura que en los hechos no existe. Además, cabe indicar que es incoherente que se pretenda la nulidad, bajo causal de falta de forma del contrato, argumentando la existencia de otra escritura pública, pues debe comprenderse que la nulidad de un contrato debe ser en función a los requisitos de validez del mismo, por ser la nulidad una sanción a los vicios estructurales coetáneos a su celebración. (Tribunal Supremo de Justicia, Bolivia, 2020:9).

Véase cómo la sentencia hace la diferenciación entre forma del contrato y escritura pública (formalidad) y trata de explicar las relaciones entre ambas instituciones jurídicas, pero considerándose fenómenos jurídicos independientes. El recurrente pretende usar el defecto de forma que a su criterio, vicia la escritura pública de nulidad; es decir, vicia el acto de dación de fe del notario, que no cumple los requerimientos exigidos por la Ley del Notariado vigente en el momento como argumento para solicitar la nulidad del contrato, cuestión que la sala no acoge por los argumentos que explica, tratando de dejar aclarada la relación forma del contrato, formalidad del acto de dación de fe del notario, aunque no entra a profundizar en este asunto por no ser atinente al caso a resolver especialmente.

Sin embargo, la sala si se preocupa por precisar que el contrato de línea de crédito cumple con la forma exigida por ley, que es la escrita, y aunque se encuentre en una escritura pública con defecto de forma, ello sólo implicaría la inexistencia del acto de dación de fe del notario, o su nulidad según el caso, pero nunca afectaría a la validez del contrato que vive y existe fuera de la escritura y aunque esta sea declarada nula, según lo prescribe el artículo 1288 del Código Civil cuando preceptúa:

Artículo 1288. (Conversión). El documento que no es público por la incompetencia o incapacidad del funcionario, o por un defecto de forma, vale como documento privado si ha sido firmado por las partes.

De importantísima referencia para este estudio resulta el Auto Supremo 754/2014, de 12 de diciembre, y lo es porque aporta una perspectiva diferente al tratar la relevancia de la exigencia de escritura pública como forma exigida por ley en el ámbito de los contratos mercantiles, especialmente en el ámbito de

contratos de constitución y modificación de sociedades mercantiles.

Sobre el tema el Auto Supremo aclara:

En la teoría de las nulidades, uno de los factores de invalidez de un contrato ocurre por falta de forma prevista por la ley como requisito de validez, debido a que la finalidad de la forma impuesta por ley, es para otorgar mayor certeza a los actos y una mayor determinación de las circunstancias en las que se acuerda el contrato. La concepción clásica de los actos formales está considerada en aquellos que están fijados por ley, dispuesta, tasada o vinculada, imponiendo la forma como requisito de validez que se dice que es estructural, es decir, es coetánea al acto. Para explicar esta situación debemos incidir en la diferencia en los actos que supone la otorgación de una escritura pública, que nos orientará en la forma como requisito de validez; a tal consideración traemos a colación lo indicado en el Auto Supremo N° 394/2013 de 22 de julio de 2013, que: "...la escritura pública es el instrumento original por el que se hace constar la otorgación de un acto o contrato jurídico, en cambio protocolo es la colección armónica de los registros en los cuales se hacen las escrituras, vale decir, el protocolo notarial es fuente de emisión de las escrituras públicas y unidad de consulta de esas escrituras y de cuanto documento quede anexado"; vale decir que el contrato es contenido en la escritura pública por la otorgación de ella, siendo el protocolo notarial fuente de esa escritura y de documentos anexos que queda en custodia del notario, a lo que es lógico manifestar que por regla general la nulidad de la escritura pública no implica la nulidad del contrato aunque la nulidad del contrato si supone la invalidez de la escritura pública, siendo la excepción a esa regla la nulidad por falta de forma, en tratándose de los llamados actos formales por cuanto al estar ligado, como se dijo, la forma como requisito de validez del contrato o acto afecta la estructura misma del acto jurídico, pues esa formalidad es inherente al mismo.

Empero esas condiciones de formalismo, fueron atemperadas con el desarrollo de la doctrina y la legislación, por ello, que de la clasificación clásica de los contratos formales ad solemnitatem los que requieren la forma establecida por ley como elemento constitutivo del acto para su validez y formales ad probationem es una formalidad no esencial que se acredita por otro medio de prueba, la doctrina concibió la nueva formulación tripartita de las formalidades, que son: los de solemnidad absoluta, los de solemnidad relativa y los formales no solemnes. El primero de igual aforo que el ad solemnitatem por la que la regla formal tiene carácter constitutivo del contrato y es un requisito de validez, sancionado con nulidad; los de solemnidad relativa, que son eficaces por

sí que se debe ejecutar cumpliendo las formas que la ley exige, que ahondaremos más adelante, y la tercera de formales no solemnes, que son *ad probationem*, que adquieren relevancia cualquiera sea su forma en los que se otorgue, siempre que puedan probarse conforme a ley.

De la teoría manifestada, incidiremos la de solemnidad relativa, por lo que citamos a Santos Cifuentes (*Negocio Jurídico*, ed. 2004, pág. 243) que señala respecto a la naturaleza de la solemnidad relativa que: “Esta categoría de negocios no exige un tipo de forma *ad substantiam* o por esencia del acto, de ahí que su violación no ésta sancionada por ley...que el acto que no cumpla con la escritura pública que allí se establece como requisito de forma, es válido y eficaz entre las partes, pero no podrá ser cumplido ejecutando las obligaciones que la ley estatuye”. Conforme lo manifestado, aquellos contratos con solemnidad relativa la forma no deviene de la esencia misma del acto, sino que su formalidad tiene como función de posibilitar la publicidad y registro, por lo que, al manifestarse, omitiendo la forma, se asigna otros efectos, produciéndose la conversión que permitirá tenerlos por concluidos como tal una vez cumplida la formalidad legal, en tal caso, la ineficacia por falta de forma, en contratos de solemnidad relativa, en la otorgación de la escritura pública, no arrastra al contrato contenido en este último, entendido éste como el acuerdo de voluntades que aun sin la forma de su manifestación subsiste y tiene efecto entre partes, lo que no sucede con los contratos formales *ad solemnitatem*.

Determinado lo impreso, debemos manifestar que los principios y normas del derecho comercial deben ser aplicados preferentemente por especialidad y la regulación civil en forma supletoria; a lo que el art. 787 del Código de Comercio indica: “En materia comercial, la voluntad de contratar y de obligarse se puede expresar verbalmente y por escrito, salvo que la ley exija determinada solemnidad como requisito esencial de validez del contrato, en cuyo caso éste no se perfecciona sino cuando llene tal solemnidad”, en tal caso es clara la regulación en materia comercial, que ante la falta de la solemnidad para la validez del contrato, su perfeccionamiento queda postergado cuando se llene tal requisito, más no prevé una sanción nulificante de ese acto, lo que importa también es que aún la falta de la forma prevista ésta surte efecto entre los contratantes.

En ese marco, el art. 128 del Código de Comercio establece que “El contrato de constitución y modificación de una sociedad, se otorgará por instrumento público...”, entendiendo que esta modificación acaece también por la transferencia de las cuotas de capital social, conforme el art. 214 del Código de Comercio, en tal caso la cesión de cuotas de capital

debe ser constituida en escritura pública tratándose de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Ahora bien, delineado el marco normativo y doctrinal para el análisis, debemos comenzar indicando que la pretensión de nulidad por falta de forma en la escritura pública N° 2923/1997 establecida por los jueces de instancia, tiene como fundamento que la referida escritura "...incumple el requisito de forma previsto por ley y se encuadra a la causal de nulidad previsto por el art. 549-1) del CC, es correcto, en virtud a que el Código de Comercio en el Art. 128 de manera expresa determina que el contrato de constitución o modificación de una sociedad se otorga por instrumento público, por lo que no es admisible que se realice a través de una minuta con valor de documento privado". De lo señalado, se observa que para los Tribunales de instancia la minuta contenida en la escritura lleva la firma de René Benavides Lemaitre, lo cual no fue objetado por ninguna de las partes, por lo que la nulidad declarada emerge del vicio en la otorgación de la escritura, por no haberse otorgado ésta por su inconcurrencia ante el notario por parte del actor, por lo que el análisis debe circular en verificar si la escritura pública en su nulidad arrastra la nulidad del contrato contenida en ella.

Bajo esa condición, veamos que la transferencia de cuotas de capital por constituirse modificación de la constitución de la sociedad debe ser acreditado por escritura pública, sin embargo este compilado normativo no sanciona que ante la ausencia de la escritura pública el contrato de cesión de cuotas sea anulado por falta de requisito de validez, sino que debe entenderse a ésta como una formalidad relativa, ya que, está orientada a la publicidad y registro de ese acto de transmisión, empero no como un requisito de validez para la existencia del contrato por el cual se cede o transfiere las cuotas de capital, por ello es que la norma no prevé en forma expresa la nulidad ante la ausencia de esa formalidad. Afirmación que se afianza con lo descrito en la segunda parte del art. 128 del Código de Comercio que indica: "Cualquier persona que figure como socio o accionista puede demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción", pues debe entenderse que la norma hace una distinción en la otorgación de la escritura pública con el acto de transferencia de las cuotas de capital, para el caso de modificación, permitiendo acudir a la acción sumaria a objeto de que se otorgue la escritura empero con la premisa de que aquella persona figure como socio, es decir, la norma libra a la vía judicial sumaria a aquella persona que se considere socio en un documento ajeno a la escritura pública, pues la norma previó que por alguna razón no se alcanzó a formalizar el acto de transferencia en escritura pública, en consideración al trámite que

antecede a ese acto como es la autorización de admisión de nuevos socios mediante la asamblea de la Sociedad; por ello no se concibe que esa norma remita a vía sumaria la otorgación de la escritura si se considerara que es un requisito de validez del contrato, incluso la norma presume que esa "cualquier persona" tiene el derecho de accionar cuando "figure como socio" que lógicamente debe emerger de un acto de transferencia anterior a la otorgación de la escritura.

En esa connotación, no es concordante la nulidad de contrato –minuta firmada por René Benavides Lemaitre- por vicio en la escritura que la contiene; siendo así ese acto de solemnidad relativa, por lo que ante la inconcurrencia del transferente en la otorgación de la escritura pública no puede concebirse tácitamente la nulidad del contrato, como han decidido los jueces de instancia. Por otro lado, es de observancia, que el actor fundó su pretensión nulificante en la inconcurrencia en la otorgación de la escritura pidiendo en ese marco la nulidad de los actos de disposición que él realizó, sin embargo, en nada se inmuta en el acto de cesión de 0,66% de cuotas de capital a su favor por Hans Mirabal, conforme se tiene en la cláusula segunda en punto 3.2 del contrato, conducta que aplica a la teoría de los actos propios, pues no puede ser posible que su inconcurrencia en la otorgación de la escritura sea válido para unos actos y para otros no, como es el caso.

Por lo manifestado tiene asidero jurídico la denuncia efectuada en el recurso de casación argumentando que el art. 128 del Código de Comercio norma que la Constitución o modificación de una sociedad se otorgará por instrumento público, y en su segundo párrafo que cualquier persona que figure como socio o accionista puede demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción, y que en el caso de autos la formalidad se trataría a una solemnidad de carácter relativo, por lo que debe redimensionarse la decisión del inferior, declarando la nulidad parcial de la escritura pública respecto a la transferencia de cuotas de capital, en las que participó René Benavides Lemaitre, nulidad que no conlleva la invalidez del contrato contenido en la minuta de fecha 23 de septiembre de 1997, debiendo en su caso los interesados demandar la obligación de la otorgación conforme indica el art. 128 del Código de Comercio.

Asimismo, como emergencia de la decisión asumida, siendo que el fallo de las demás pretensiones depende de la nulidad de la Escritura Pública Nº 2923/1997, se declara improbadamente la restitución de lo percibido como consecuencia de la transferencia de cuotas de capital, más el pago de daños y perjuicios, por cuanto, como se explicó, el contrato efectuado surtió efecto entre los contratantes desde su celebración, siendo válidos

los derechos emergentes como efecto de la suscripción de ese contrato; además que se declara improbadamente la pretensión de reconocimiento de socio a René Benavides en la Compañía Cochabambina de Inversiones S.R.L. incluyendo los derechos que pretende en la Sociedad Anónima de Economía Mixta denominada Empresa Cochabambina de Gas S.A.M. "EMCOGAS S.A.M." (Tribunal Supremo de Justicia, Bolivia, 2014:11)

Véase cómo este Auto Supremo reconoce la presencia en la legislación mercantil boliviana de una exigencia de forma por ley, que no puede ser considerada como elemento sin el cual el contrato resulta sancionado por nulidad. El Auto Supremo define esta consecuencia jurídica como solemnidad relativa, la solemnidad se exige por ley, pero no bajo pena de nulidad, dando cabida al neoformalismo contractual que permite que el contrato se considere válido entre las partes y entre ellas nazca la obligación de cubrir la formalidad exigida para su validez frente a terceros. Es el reconocimiento de la acción para buscar la forma exigida por ley, que no está reconocida en el ámbito civil. Véase que aquí la cuestión de la relación forma del contrato y formalidad del acto de dación de fe del notario se complementan, sin necesidad de sancionar con nulidad al contrato de forma solemne exigida por ley que no cumple con la forma pública exigida.

Por último, resulta de marcada importancia el análisis del Auto Supremo 684/2020 de 8 de diciembre sobre nulidad de contrato que en su considerando número tres dedicado a la doctrina aplicable puntualiza lo siguiente:

El Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la SPC N° 919/2014 de fecha 15 de mayo en relación a la invalidez de instrumentos por falsedad manifestó que: "En este sentido, allí donde se demuestre manifiesta ilicitud, debido a la falsedad de instrumentos públicos o privados, su invalidación no puede depender únicamente por la vía de la anulabilidad, sino de la nulidad; toda vez que, desde una interpretación teleológica, la nulidad de contratos, cuyos casos están establecidos en el art. 549 del CC, se fundamenta en la necesidad de proteger el bien común en su dimensión objetiva, por cuya razón el acto jurídico es inconfirmable y su accionamiento es imprescriptible; por su parte la anulabilidad, cuyas causales están establecidas en el art. 554 del CC, tiene la finalidad de garantizar a las partes, el cumplimiento de las normas legales en la "formación del contrato", a causa, por ejemplo, de los vicios del consentimiento, dolo o violencia, entre otros establecidos en la norma (dimensión subjetiva).

Un entendimiento contrario tendría como efecto la convalidación de actos manifiestamente ilícitos, que contravienen los principios ético-morales de la sociedad plural, entre ellos el vivir bien, rompiendo la armonía y el equilibrio en las relaciones del conjunto de la sociedad (dimensión objetiva); por lo tanto más allá de las formas y formalidades, no puede efectuarse la simple subsunción respecto de un hecho de manifiesta ilicitud como es la “falsificación” a una causal de anulabilidad, más aun tomando en cuenta que conforme lo entendió el Tribunal Supremo de Justicia una característica del acto anulable es la posibilidad de operar su confirmación, situación contraria al orden constitucional en el caso de la falsedad”.

Así también el Tribunal Supremo de Justicia emitió el Auto Supremo N° 275/2014 de 2 de junio que, en su parte referente a la falsificación de documentos y sus efectos jurídicos, estableció: “La falsificación de instrumentos privados o públicos se considera una forma especial de engaño que como tal entra en pugna con los principios y valores ético morales en que se sostiene el Estado Plurinacional de Bolivia. Ahora bien, los efectos jurídicos que devienen de un hecho ilícito deben tener en relación al actor eminentemente efectos de reproche a la conducta ilícita, y por ningún motivo debe significar la consolidación de derechos favorables al actor que incurrió en el acto ilícito. En consecuencia, un hecho ilícito debe generar para el autor efectos de reproche, no de consolidación de un derecho adquirido por un ilícito, que conciba efectos benignos para el autor, como el que podría darse en el caso de Autos, si se reconoce validez a una transferencia que deviene de una falsificación.

En este entendido debemos puntualizar que toda falsificación es evidentemente un acto ilícito y como tal no puede ser considerado como válido para generar efectos favorables para su autor, más al contrario como se mencionó, por lógica, debe producir efectos de reproche a ese acto, que atentaría contra el orden legal y la convivencia social, recriminación que si bien debe operar esencialmente en la vía del derecho penal, pero también en la esfera del derecho civil debe reprimirse el acto ilícito que altera el ordenamiento jurídico, no pudiendo en consecuencia avalarse los pretendidos efectos del hecho ilícito.

Si bien el art. 554 inc. 1) del Código Civil establece la causal de anulabilidad por falta de consentimiento, se debe puntualizar que esta causal no contempla dentro sus previsiones aquellas causales que derivan de una ilicitud sancionada incluso penalmente, sino que esta contempla esencialmente aquellos casos en los en que por ejemplo: un cónyuge transfiere un bien inmueble sin el consentimiento de su cónyuge, cuando este bien inmueble resulta ser un bien ganancial, sin

encontrar en este acto de disposición un ilícito sino simplemente, una ausencia de consentimiento del cónyuge quien resultaría el legitimado para validar esa transferencia, o; en el caso de que se le confiera poder a una persona para hipotecar un bien inmueble, y este mandatario va más allá de lo dispuesto en su mandato y transfiere el bien inmueble, acto que, per se, no constituiría un ilícito, sino que solo implicaría la ausencia de consentimiento del legitimado para disponer la venta del bien inmueble”.

Líneas más abajo en la misma resolución se estableció también que: “...corresponde puntualizar que el Tribunal Supremo como administrador de justicia no puede convalidar una transferencia originada en un hecho ilícito como causal de anulabilidad basada en una ilegalidad, ya que en el caso de Autos se ha probado la falsedad de la minuta (...) este Tribunal Supremo no puede reconocer una transferencia que se originó en una falsificación de documentos, ya que estaría yendo contra la ética, los principios, valores, la moral y las buenas costumbres que rigen el Estado, desechando la posibilidad de que en aquellos casos en que a raíz de una falsificación que evidencia un ilícito penal, este acto se subsuma a una causal de anulabilidad, dando en consecuencia la posibilidad de la confirmabilidad del ilícito. Esto supondría generar un caos en el ordenamiento jurídico por contravención a los principios y valores consagrados en la Constitución Política del Estado que determinan la moralidad y las buenas costumbres que deben regir en la convivencia social del Estado Plurinacional de Bolivia”.

Este análisis es relevante porque trata el asunto de las diferencias entre nulidad de documento público, que significa nulidad del acto de dación de fe del notario y las causas de nulidad del contrato, donde el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo utilizan la interpretación teleológica y la analogía para poder explicar la situación, dada la orfandad normativa de la situación enfocada en la demanda dentro de la legislación boliviana. Claro que aquí se enfoca específicamente el fallo a la falsedad de la firma en un documento privado, pero extiende el análisis igualmente hacia cualquier situación parecida en documento público, estableciendo que la causal ilícita es inconvalidable, y por ello susceptible de nulidad del acto de dación de fe.

2.4 Estudio del derecho extranjero sobre el tema

Para el estudio del derecho extranjero sobre el asunto que se investiga, se han seleccionado tres países: Argentina, Perú y Colombia, teniendo en cuenta la

vecindad geográfica, la tradición jurídica que emparenta y el desarrollo del Notariado en cada uno de esos países. En tal sentido se analizará en cada ordenamiento jurídico cómo se comporta la relación forma de los contratos y formalidad notarial estableciendo diferentes parámetros que pueden servir para la reformulación teórica del sistema boliviano.

2.4.1 Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sobre el tema de nulidad de documentos notariales precisa en los artículos siguientes:

ARTÍCULO 290.- Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público:

a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella;

b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

ARTÍCULO 291.- Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

ARTÍCULO 292.- Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata.

Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título.

ARTÍCULO 294.- Defectos de forma. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

ARTÍCULO 309.- Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y 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 sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados. (Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, 2017:59)

Queda claro, después de la lectura de los artículos referidos que son causas de nulidad de instrumentos públicos, la falta de competencia del notario en razón del territorio o la materia, la incapacidad del mismo en situaciones especiales en que se salta determinadas prohibiciones expresamente determinadas por ley, y algunos defectos de forma establecidos igualmente. Sin embargo, la norma referida sí que identifica las causas de nulidad de las escrituras públicas en el texto del artículo 309 que serán la no designación del tiempo y lugar en que son autorizadas, la falta de firma del escribano y de las partes, o la firma a ruego cuando corresponda, y la de los dos testigos si es requerida su presencia. Otros defectos formales no acarrearán nulidad ni en escrituras, ni en actas, porque en el artículo 310, se determina que igual regulación surtirá efecto para las actas salvo las diferencias establecidas en ese artículo, que deja libre la aplicabilidad del artículo 309.

Además, en cuanto a la relación forma de los contratos formalidad del acto de dación de fe notarial, dispone lo siguiente (en adelante, un extracto de diferentes artículos que se refieren al asunto):

Capítulo 7. Forma Artículo 1015. Libertad de formas Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada. Artículo 1016. Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario. Artículo 1017. Escritura pública Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos

los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública. Artículo 1018. Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento. Capítulo 8. Prueba Artículo 1019. Medios de prueba Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sean de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos. Artículo 1020. Prueba de los contratos formales Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato. (Argentina, 2014)

Es de anotar en este estado, que sustantivamente el Código Civil argentino acoge la idea de exigencias de formas legales con interés diferente, en algunos casos la exigencia de forma pública será bajo pena de nulidad cuando forma parte del iter contractual la autorización notarial; en otros casos, la exigencia de forma tendrá solamente fines probatorios, y para estos últimos, el Código apunta a flexibilizar la exigencia probatoria al disponer puedan ser probados por otros medios probatorios, inclusive por testigos.

Otra cuestión a destacar es la que se deriva del texto del artículo 1018, que se refiere al otorgamiento pendiente del instrumento. Este artículo reconoce la obligación de hacer escritura pública únicamente en el caso de contratos que no requieren el acto de dación de fe del notario como forma exigida por ley, bajo pena de nulidad. Lo que significa que la acción para buscar la forma es admitida en el ordenamiento argentino, acogiendo las teorías neoformalistas que la acompañan.

En cuanto a la jurisprudencia argentina sobre el tema véase la siguiente disposición al respecto:

La formalidad en el derecho tiende a grabar en los intervinientes de un acto el alcance de sus cláusulas o conferirle la publicidad adecuada, siendo más importante la solemnidad en sí que el acatamiento formal de todos o cada uno de los requisitos que le constituyen. Por ello, es que, si se impone la anulación absoluta para el primer caso, se instituye la relativa cuando media ausencia de algunos de los requisitos mencionados, en cuyo supuesto la pauta interpretativa de tales actos es la de seguir aquella que opta por su validez y no por su anulación. (Corte Suprema de la Nación Argentina, 1965: Fallos 262:87)

Por ello, puede asegurarse que la jurisprudencia argentina apoya la tesis neoformalistas de la nulidad relativa de los actos formales, teniendo por válido el contrato formal entre partes, validez que en caso de ser precisa la forma pública exigida por ley solo generará entre las partes la obligación del otorgamiento y autorización de la escritura pública correspondiente al acto de que se trate; es decir, genera una obligación de hacer escritura pública, que puede ser exigida ante Juez competente y dispuesta por éste; incluso, con subrogación del juez en lugar y grado del obligado al otorgamiento que no acata el mandato judicial.

2.4.2 Perú

El Decreto Legislativo 1049 /2008 contiene las normas que regulan la función notarial en Perú, en dicha norma jurídica existen disposiciones que determinan algunas causas de nulidad del instrumento público notarial. Dichas regulaciones se precisan en adelante:

Artículo 123.- Definición Son nulos los instrumentos públicos notariales cuando se infrinjan las disposiciones de orden público sobre la materia, contenidas en la presente ley.

“Artículo 123-. A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”. (*) (*) Artículo incorporado por el septiembre 2015. (*) Artículo modificado por la Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1232 , publicado el 26 Tercera Disposición Complementaria Modificatoria

del Decreto Legislativo N° 1310 “ A , publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente: Artículo 123-A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio de que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales. Asimismo, la restricción no alcanza a los servicios notariales que utilizan el sistema de identificación de comparación biométrica de las huellas dactilares que brinda el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC. En caso de extranjeros identificados con carné de extranjería, las transacciones o actuaciones pueden realizarse ante notario de cualquier circunscripción que cuente con acceso a la base de datos de la Superintendencia Nacional de Migraciones. Los Colegios de Notarios llevarán un registro de los notarios que cuenten con herramientas tecnológicas acreditadas para la plena identificación de las personas naturales que intervienen en los actos que se refiere el presente artículo y lo publique en su portal institucional

“Artículo 123-B.- Excepciones a la nulidad prevista en el artículo 123-A No están sujetos a la nulidad prevista en el artículo 123-A, los siguientes supuestos: a) Actos de disposición o de constitución de gravamen mortis causa. b) Actos de disposición o de constitución de gravamen que comprenda predios ubicados en diferentes provincias o un predio ubicado en más de una, siempre que el oficio notarial se ubique en alguna de dichas provincias. c) Fideicomiso. d) Arrendamiento Financiero o similar con opción de compra” (*) Artículo incorporado por él. (*) Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1232 septiembre 2015.

Artículo 124.- Declaración de Nulidad. La nulidad podrá ser declarada sólo por el Poder Judicial, con citación de los interesados, mediante sentencia firme.

Artículo 125.- Eficacia del Documento. No cabe declarar la nulidad, cuando el instrumento público notarial adolece de un defecto que no afecta su eficacia documental.

Artículo 126.- Aplicación en la Declaración de Nulidad. En todo caso, para declarar la nulidad de un instrumento público notarial, se aplicarán las disposiciones del derecho común.

Nótese, que, en este caso, se insiste como causa de nulidad de las escrituras públicas la incompetencia territorial del notario, con algunas excepciones, pero además existe una cláusula general que dispone la nulidad ante la infracción de cualquiera de las normas que para la función notarial dispone este Decreto legislativo, por tanto, se extienden las causales de nulidad a la infracción de todas y cada una de ellas; sin embargo, también regula una excepción para ello, cuando precisa que no cabe declarar la nulidad cuando el instrumento público

notarial adolece de un defecto que no afecta su eficacia documental, e incorpora la aplicación de las disposiciones de derecho común en la declaración de nulidad del instrumento público.

En el Código Civil del Perú el tratamiento que recibe la exigencia de forma de los contratos se decide de la siguiente manera:

Título IV: Forma del contrato

Artículo 1411.- Forma como requisito

Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y prescrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Artículo 1412.- Exigencia de partes del cumplimiento de la formalidad

Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Artículo 1413.- Formalidad para la modificación del contrato

Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. (Perú, 2018)

Como es de notar, igualmente el sustantivo peruano recoge la tendencia neoformalistas de exigencia de forma pública contractual, al reconocer la validez relativa del contrato entre partes en los casos de exigencia legal o por convenio de parte de la forma pública, reconociendo la posibilidad del surgimiento de una obligación de hacer escritura pública válida entre partes y que puede ser exigida ante el juez.

De tal forma, el valor del acto de dación de fe del notario en el Perú, puede tener valor constitutivo del contrato, si es exigido bajo pena de nulidad directamente por la Ley o por convenio de las partes, y en esos casos, no se reconoce la obligación de hacer escritura pública; en otro caso, de exigencia legal o convenio

de partes que imponga la forma pública notarial se entenderá que nace la obligación de hacer escritura pública, y en tal razón, las partes podrán compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida para que el contrato despliegue toda su eficacia frente a terceros.

En el ámbito jurisprudencial peruano pueden ser esclarecedores los dichos del Considerando Quinto, Sexto y Séptimo de la Casación 812/2014 Junín sobre Obligación de hacer, que dispone:

Quinto: Que el artículo 1412 del Código Civil establece que: Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Sexto: Que el artículo antes señalado reconoce el derecho de las partes a compelerse a llenar la formalidad de la escritura pública, no como requisito del contrato, sino como garantía de la comprobación de la realidad del acto, pues quien se compromete a otorgar una Escritura Pública, ya sea por convenio o por ley, está en la obligación de cumplirlo, por tanto, resulta de aplicación al caso submateria, el supuesto normativo contenido en la citada norma material.

Séptimo: Que de lo antes expuesto se concluye entonces que según lo establecido por el artículo 1412 del Código Civil, en los procesos que versen sobre otorgamiento de Escritura Pública corresponderá determinar la preexistencia del documento privado que se pretende formalizar, debido a que su finalidad es dar formalidad al título comprobativo de un derecho, por tanto, la Escritura Pública no tendría existencia, sin su existencia previa. (Corte Suprema del Perú, 2014)

Obsérvese que, en este caso, la jurisprudencia admite que el contrato privado que tiene exigencia de forma legal o por convenio de parte, pero no bajo pena de nulidad, se tiene por válido y genera una única obligación entre las partes: la obligación de hacer escritura pública, obligación que para ser compelida necesita de la presentación del documento privado que se pretende formalizar, sin él la obligación de hacer escritura pública no nace.

Es factible abundar sobre el particular de la decisión comentada, que precisa que

la finalidad de la escritura pública en tales casos es dar formalidad al título comprobativo de un derecho, es decir, el acto de dación de fe viene a convertir en verdad pública no al acto contractual, sino al título que le sirve de prueba.

2.4.3 Colombia

En Colombia, el Decreto 960/1970 contiene el Estatuto del Notariado y en su artículo 99 refiriéndose a la nulidad de escrituras públicas define lo siguiente:

Artículo 99. Desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos:

1. Cuando el Notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo Círculo Notarial.
2. Cuando faltare la comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación.
3. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.
4. Cuando no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del Notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación.
5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente.
6. Cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarios para determinar los bienes objeto de las declaraciones.

Artículo 100. El instrumento que no haya sido autorizado por el Notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal. Empero, si faltare solamente la firma del Notario, y la omisión se debiere a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización, podrá la Superintendencia de Notariado y Registro, con conocimiento de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo. (Colombia, Decreto 960/1970: 22)

Nótese como la nulidad es sanción para la omisión de los requisitos esenciales del acto de dación de fe que se enumeran y entre ellos están: la competencia territorial del notario, y determinadas cuestiones que forman parte de la correcta conformación y redacción de la comparecencia notarial desde la fecha, la identificación de los comparecientes, la efectiva presencia de las partes ante Notario, la constancia de su otorgamiento, y la constancia de determinados documentos esenciales al acto de que se trate como los acreditativos de representación, o cuando no se hayan descrito correctamente los bienes objeto de declaraciones, cuya ausencia provocará la aparición de la causal para valorar

por Tribunal competente la nulidad del acto formalconstitutivo de la escritura pública.

Hay que destacar que el artículo insiste en que esta nulidad declarada por tales cuestiones es una nulidad desde el punto de vista formal, tratando de hacer referencia al acto de dación de fe del Notario que es el que resulta susceptible de nulidad en este caso, diferenciándolo de esta manera del acto material que contiene la escritura pública, acto, contrato, o manifestación de voluntad que sigue unos derroteros diferentes en cuanto a nulidad se trata.

El Código Civil de Colombia aborda el tema en análisis referido a los actos nulos en los artículos cuyo texto se citan en adelante:

Artículo 1740. Concepto y clases de nulidad. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Artículo 1753. Solemnidades de la ratificación expresa

Para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las

solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica.

Artículo 1752. Saneamiento de la nulidad por ratificación

La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita.

Artículo 1457. Donación de inmuebles. No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos.

Artículo 1461: Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abra una carrera o estado, o a título de dote, o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. Las donaciones con causa onerosa, de que se habla en el inciso precedente, están sujetas a insinuación en los términos de los artículos 1458, 1459 y 1460. (Colombia, 2019)

Debe comentarse en este estado que en Colombia la exigencia de requisito de forma pública para el perfeccionamiento de los contratos también es sancionada con nulidad absoluta, sin embargo, esta nulidad absoluta puede ser saneada por las partes a través de la ratificación, que tiene como requisito fundamental que ocurra con las mismas solemnidades solicitadas por ley para el acto de que se trate. Por tanto, la ratificación de las partes que sana la nulidad absoluta de un contrato para el cual la ley exige escritura pública se hará igualmente por escritura pública.

Nótese que al igual que las legislaciones comentadas anteriormente hay una solución para resolver la nulidad absoluta cuando falta la forma pública exigida por ley, aquí en Colombia con un paso más adelante, porque se entiende posible el saneamiento de un acto sancionado con nulidad absoluta a través de una ratificación, técnica que resulta propia de una nulidad relativa.

Resulta igualmente interesante el tratamiento de la donación en el régimen contractual colombiano, primero se dispone que, si es donación de inmuebles, es preciso la escritura pública bajo pena de nulidad, porque taxativamente la norma expresa que no vale la donación que no se encuentra autorizada en escritura pública, si ella tiene como objeto bienes raíces, además debe ser inscrita en el registro. Luego, en forma casuística, diferencia las donaciones con

causa onerosa o gratuita, precisando que las donaciones con causa onerosa serán autorizadas en escritura pública, y las que así no lo sean se considerarán gratuitas; imponiendo además la necesaria autorización judicial para el caso de donaciones onerosas.

Sin embargo, resulta interesante el caso jurisprudencial que en adelante se comenta que en relación con el asunto resuelve un caso de impugnación de una donación realizada por una madre a dos de sus hijos, en Colombia.

(...)Como fundamento de su petitum, relataron que la reseñada transferencia a título gratuito desconoce la legítima rigurosa de su progenitora, María Luisa Martínez Jaramillo, también hija de la causante Jaramillo de Martínez, y quien falleció con anterioridad a la muerte de ésta. A ello agregaron «la señalada donación no se ajustó a las exigencias formales previstas en el Decreto 1712 de 1989 (...) en virtud de que debió ser precedida (...) de la correspondiente petición de donación», documento que «no se presentó», configurándose así el vicio invalidante previsto en el precepto 1740 del Código Civil.

2. Actuación procesal

2.1. La demanda fue admitida por auto de 10 de octubre de 2012. De dicho proveído se enteró personalmente a los convocados, quienes se opusieron a las pretensiones y formularon las defensas de «validez del acto demandado»; «falta de causa»; «inexigibilidad de la pretensión demandada» y «compensación y extinción de la pretensión».

2.2. En fallo de 11 de junio de 2019, el Juzgado Once Civil del Circuito de Calidénegó los reclamos, tras considerar que, si bien la insinuación no se realizó en legal forma, ese vicio no es constitutivo de nulidad absoluta, sino relativa, la cual no puede reconocerse oficiosamente. Inconformes con esa determinación, los actores apelaron. El tribunal modificó lo decidido por el juez a quo, con el propósito de acoger la excepción denominada «validez del acto demandado». Dicha determinación se fincó en los argumentos que seguidamente se compendian:

(i) No resulta de recibo lo argüido por el fallador a quo, quien «pese a tener por no acreditado el requisito de la autorización del Notario previsto en el artículo 1458 del

C.C. (...), concluyó que dicha falencia no produce nulidad absoluta del acto jurídico, sino la relativa», debiéndose agregar que «tiene la Sala una visión distinta y opuesta a la del Juez de primera instancia, quien

sostuvo en su decisión que la autorización no sólo no estaba impresa en la escritura, sino que además requiere manifestación expresa del Notario; postura [que] no es posible extraerla ni del artículo 1458 del C.C., ni menos del estatuto notarial».

(ii) En efecto, para el «proceso de obtención de autorización para la donación por el Notario, realmente la ley –tanto el Código Civil, como el Estatuto Notarial y el Decreto 1712 de 1989–, no tienen estipulado una formalidad especial, que si es escrita o verbal, no existe ninguna disposición en particular; en ese sentido, nada obsta para que, a petición verbal de los interesados, el fedatario, previa comprobación de los demás requisitos, expida la escritura pública que condense la autorización y por supuesto el negocio jurídico de la donación; dicho en otros términos, solemnizar la donación en Escritura Pública, siempre que el Notario la avale con su firma –art. 40 del Decreto 960/70– contiene la autorización exigida en el artículo 1458 del C.C.».

(iii) En ese orden, «cuando doña Leonor Jaramillo de Martínez concurrió en compañía de sus hijos Bernardo Martínez Jaramillo y José Ignacio Martínez Jaramillo, el 19 de diciembre de 2003, a la Notaría Cuarta de Cali, a solicitar “...autorización del Notario para que el donante done a los donatarios la cantidad de treinta y seis mil doscientas dieciocho (36.218) acciones de Bavaria S.A.” –cláusula primera, E.P. 3100, fl. 4– exteriorizaron la formalidad de solicitar del guarda de la fe pública, autorización para desarrollar el negocio de la donación (...); en ese sentido, cuando el Notario firma ese documento se perfecciona no sólo el permiso o autorización echado de menos por el extremo activo, sino que le imparte aprobación al querer y voluntad de las partes de transferir a título gratuito acciones de Bavaria S.A.».

(iv) A ello se suma que, «aparte de la verificación de la solicitud de autorización, que como se anotó, realizó donante y donatarios ante el Notario, según cláusula primera, dicho funcionario, también constató los demás elementos necesarios para el buen cauce de la escritura de la donación (...). Por ende, «no sólo está probada la petición de la autorización notarial para llevar a cabo la donación, sino el perfeccionamiento de tal requisito en el cuerpo de la escritura, debidamente avalada por el Notario según la firma que impuso y que además fue reconocida por quien se desempeñó en el cargo en declaración rendida en la audiencia del 11 de junio de 2019, donde además reiteró que para la petición de insinuación o autorización no es necesario hacerla por escrito o tramitación especial».

(...) Acorde con el canon 1443 del Código Civil, «la donación entre vivos

es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta». Se trata, pues, de un negocio jurídico bilateral, en tanto exige el concurso de voluntades de donante y donatario (Cfr. CSJ SC, 20 may. 2004, rad. 8565), que puede ser consensual –es la regla general–, o solemne –v.gr., si se trata de donaciones de inmuebles [Artículo 1457, Código Civil: «No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes».] , o aquellas que tienen causa onerosa [Artículo 1461, Código Civil: «Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote, o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. Las donaciones con causa onerosa, de que se habla en el inciso precedente, están sujetas a insinuación en los términos de los artículos 1458, 1459 y 1460».]–.

La transmisión de bienes sin contraprestación alguna fue vista con sumo recelo por los juristas romanos, quienes consideraban que tal cosa podría dar lugar a iniquidades y atropellos. Ello explica que la Lex Cincia, del año 204 a. C. – que es la primera norma escrita en la que se menciona la donatio inter vivos– prohibiera realizar donaciones de dinero u otros muebles o inmuebles valiosos a “personas no exceptuadas”, y que, posteriormente –durante el período postclásico–, se instituyera la formalidad de la insinuación, como método adicional de protección al patrimonio del donante.

La aludida insinuación, según la doctrina mayoritaria, fue concebida como un requisito de validez, consistente en la transcripción en los registros públicos que llevaba el Rector provinciae o el Magistratus de los actos de donación que superaran cierto monto [GUZMÁN-BRITO, Alejandro. Derecho privado romano, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1996, p. 623.] (v.gr., activos valuados en más de 500 solidus, conforme la regla de Justiniano [D’ORS, Javier. Derecho privado romano. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona. 1991, p. 389.]). Lo anterior, con miras a facilitar que cualquier interesado adoptará medidas orientadas a prevenir que una transferencia gratuita entre vivos encubriera propósitos viles, como el fraude a terceros, la disipación o el expolio patrimonial, entre otras hipótesis.

Ocurre, sin embargo, que los textos legales añejos no describieron con claridad las facultades de los funcionarios encargados de aquella inscripción, lo que imposibilita establecer –con plena certeza– si era de

su competencia rechazar el registro de algún contrato de donación, a modo de control oficioso previo, o si debían dejar constancia del mérito que asignaban a la solicitud de insinuación de los estipulantes. De ahí que, durante la edad media, se mantuviera en el *ius commune* la exigencia tradicional de la insinuación, pero sin que los glosadores lograran llegar a un consenso acerca del modo “correcto” de llevarla a cabo.

En efecto, algunos defendían que la insinuación consistía en un simple trámite registral, de naturaleza administrativa, de modo que para su realización resultaba bastante la intervención del notario [BERNAD, Lucía. Sobre la publicidad en derecho romano postclásico. El supuesto de la *insinuatio donationis*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, n.º 16. 2012, pp. 661-681.] (o de este, junto a cierto número de testigos hábiles); a su turno, otras hermenéuticas se decantaron por caracterizarla como una auténtica autorización –esto es, un «acto de autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida» [Diccionario de la Lengua Española (RAE).]–, que debía ser conferida de forma motivada por la para entonces incipiente justicia pública [CORRAL, Hernán. En defensa de la *insinuatio donationis*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, n.º 3. 1999, pp. 627-647.].

Esta heterogeneidad de criterios se mantuvo durante el período de la codificación, de modo que la insinuación terminó reglamentándose en algunos textos como un mero acto registral, con fines de difusión, y en otros, como trámite judicial autónomo, orientado a obtener una “licencia para donar”. Incluso, en muchos ordenamientos la formalidad fue totalmente eliminada, siguiendo los derroteros trazados por el Code Napoléon.

Y debiendo optar por alguna de esas posibilidades, el redactor del Código Civil colombiano –don Andrés Bello– eligió el segundo entendimiento, retomando la descripción que propuso Savigny [SAVIGNY, Friedrich. Sistema del Derecho Romano Actual, tomo III. Ed. P. Góngora & Cía., Madrid. 1879, pp. 137 y ss.]. Es así como, en su texto original, el estatuto sustantivo civil patrio rezaba: «Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal» (artículo 1458).

Ahora bien, en un estadio primigenio se consideró que dicha autorización debía venir precedida de un riguroso escrutinio y una sólida argumentación judicial, como lo explicó esta Corporación en fallo CSJ

SC, 4 abr. 1956, G. J. t. LXXXII, pp. 253-263:

«En nuestro derecho, la insinuación consiste en la autorización para hacer la donación, concedida por juez competente, a solicitud del donante o donatario. Hallándose limitadas las donaciones por el respeto de los intereses a que anteriormente se hizo mérito, el juez no puede autorizarlas sino cuando se le demuestre que con ellas no se contraviene ninguna disposición legal, ni se atenta contra tales intereses. El juez debe resolver la solicitud “con prudente juicio”, mediante el procedimiento indicado en el artículo 1204 del C. J., oyendo al agente del Ministerio Público y al Síndico Recaudador del impuesto de Sucesiones y Donaciones (L. 63 de 1936, artículo 26), y exigiendo las pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su decisión. Así se deberá comprobar que al donante le quedan bienes con que atender a su congrua subsistencia y que con la donación no se perjudican los derechos de los legitimarios ni se defrauda a los acreedores. El artículo 1458 del C. C. contiene en el fondo una prohibición, en cuanto no permite las donaciones entre vivos de mayor valor de dos mil pesos sin que se hayan insinuado. La infracción de la norma prohibitiva deber a acarrear la nulidad de la donación (artículo 6º), si la ley no dispusiera expresamente que vale hasta la cuantía señalada y es nula en el exceso, en lo cual sigue nuestro código la misma doctrina del Derecho Romano».

Pero, con el tiempo, tal severidad se tornó excesiva, no solo ante la existencia de múltiples remedios dispuestos para reconstituir de ser procedente el patrimonio del donante, sino de cara a la expansión de los principios de autonomía de la voluntad privada y libre disposición. Así, el legislador aumentó el límite máximo de las donaciones que no requieren insinuación; se derogaron las normas que imponían la intervención oficiosa del fisco y del ministerio público, y el procedimiento terminó siendo delegado a los notarios, al menos en aquellos casos en los que donante y donatario sean personas “plenamente capaces” (en el sentido que se le otorgaba a esa expresión antes de la entrada en vigor de la Ley 1996 de 2019).

Así quedó consagrado en la reforma del precitado artículo 1458 del Código Civil, introducida por el artículo 1 del Decreto 1712 de 1989, a cuyo tenor: «Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan lasuma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal. Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación».

A través de las disposiciones del citado Decreto 1712 de 1989, se delegó en los fedatarios públicos[Puntualmente, en el notario que tenga su sede en el domicilio del donante, o si este tuviera varios, en el asiento principal de sus negocios; debiéndose agregar que, si en el lugar existieran varias notarías, los contratantes podrán presentarsu solicitud de insinuación ante cualquiera de ellas, a prevención.] la verificación previa de ciertas exigencias formales, imprescindibles para que la insinuación pudiera asentarse en una escritura pública, a saber: (i) capacidad de los contratantes (donante y donatario); (ii) presentación de una solicitud conjunta a nombre propio, o a través deapoderado donde conste su voluntad de celebrar la donación; y (iii) aportación de pruebas fehacientes sobre el valor comercial de los activos que se transferirán, la propiedad del donante sobre estos, y la conservación de recursos para asegurar la congrua subsistencia de dicho estipulante.

De este modo, cuando el notario entienda satisfechos estos requisitos, autorizará que la solicitud de insinuación se asiente en una escritura pública, sin que en tal documento deban registrarse declaraciones o expresiones suyas, pues ese funcionariopúblico no tiene dentro de sus competencias determinar la existencia o el alcance de los derechos intersubjetivos de los contratantes (como la disposición sobre propiedades, o la posibilidad de celebrar un contrato de donación), ni puede adoptar decisiones de ningún tipo relacionadas con estos. Basta, pues, con que la solicitud pertinente y sus anexos se eleven a escritura pública, para que se entienda surtida en legal forma la insinuación que exigen las leyes civiles.

En suma, el trámite actual de la insinuación al menos en su faceta notarial retoma elementos de las dos hermenéuticas principales que defendieron los glosadores, pues comprende, de un lado, una verificación de requisitos, atendiendo las previsiones de la ley, y de otro, la emisión de un documento público donde se consigna el querer de donante y donatario, del cual se conserva registro en los libros de protocolo correspondientes, con el propósito de dotar de publicidad a la convención.

(...)Expresado de otro modo, las probanzas que arrimen los estipulantes deben ser objeto de un examen prudente por parte del notario respectivo, antes de que autorice el otorgamiento de la escritura pública de insinuación, pero no por ello sus reflexiones sobre el particular deben ser exteriorizadas y reseñadas como sí es de rigor almotivar el análisis probatorio en las providencias de los jueces, puesto que, como ya se anotó, el trámite notarial no es asimilable a un proceso judicial, ni el instrumento que allí se otorgue equivale a un acto de jurisdicción.

Por tanto, basta con que el panorama fáctico que se representó el notario como paso previo a permitir que se eleve a escritura una solicitud de insinuación pueda ser constatado por cualquier individuo medio que examine íntegramente el documento público (es decir, la insinuación propiamente dicha y sus anexos), como parece ocurrir en el asunto sub exámine.

Téngase en cuenta que, como anexos de la escritura pertinente, las partes aportaron un certificado del emisor de las acciones donadas, donde consta la propiedad de dichos activos en cabeza de la donante, su valor nominal y en bolsa, y los certificados de pago de las dos mesadas pensionales en favor de la señora Jaramillo de Martínez, a cargo del Departamento de Risaralda y del "Consortio FOPEP".

Como lo dijera el ad quem, de aquella certificación se sigue, sin necesidad de mayores elucubraciones, tanto la propiedad accionaria, como el valor de los bienes objeto de la negociación, pues tales materias fueron expresa e inequívocamente esclarecidas por la sociedad emisora de los títulos de participación social. Y las colillas de pago permiten colegir, también con claridad, que la donante contaba con recursos para continuar sufragando los gastos de su subsistencia, máxime si se tiene en cuenta que los ingresos netos mensuales derivados de sus mesadas pensionales (\$904.430) eran apenas inferiores a los dividendos anuales que percibía como accionista de Bavaria

S.A. (que totalizaron \$14.315.888 en un período de aproximadamente 12 años [Período comprendido entre la adquisición de las primeras 17.500 acciones (30 de enero de 1992) y la fecha en la que se emitió el certificado que obra como prueba en la escritura pública n.º 3100 de 19 de noviembre de 2003 (esto es, el día 11 de ese mismo mes).], lo que equivaldría a \$1.192.990 por año, o \$99.415 al mes).

De ello se infiere que, si bien las acciones donadas por la señora Jaramillo de Martínez tenían un precio elevado, dada su enorme valorización con el paso del tiempo, aquella no obtenía de tales títulos rentas significativas, sin las cuales le fuera imposible atender los gastos de su congrua subsistencia. Al contrario, casi la totalidad del flujo de caja de la donante provenía del sistema de seguridad social en pensiones (ingresos vitalicios y ascendentes, de acuerdo con el ordenamiento colombiano), de modo que no se ve cómo pudiera haberse visto afectado su modo de vida con la transferencia gratuita que realizó en favor de sus hijos.

Igualmente, los contratantes sostuvieron ante el notario que «la donación que se pretende efectuar no causará daño a los acreedores del donante,

puesto que el patrimonio de este no sufre menoscabo sustancial (...)», aseveración que refuerza el cumplimiento de los requisitos que se dieron por satisfechos al instrumentar la insinuación tantas veces referida, comoquiera que quien conserva el capital necesario para cubrir sus débitos, suele reservarse previamente las cantidades que requiere su manutención. (Corte Suprema de Colombia, SC 3725-2021)

Resulta interesante esta decisión porque la impugnación intenta probar vicios en el acto de dación de fe del Notario, que hubieran podido destruir la fe pública de ser probados y con ello, destruir la validez del acto de donación, lo que no logran probar teniendo en cuenta los argumentos que expone la Corte Suprema en su resolución, sobre todo teniendo como base que la dación de fe no tiene carácter jurisdiccional, sino que su naturaleza es esencialmente asegurativa de hechos y derechos, ofreciendo certeza y seguridad a los actos de los particulares, razón por la que el Notario, valora las pruebas que se le aportan, ofrece su juicio acerca de la legalidad del acto que documenta, sin necesidad de hacer expresas menciones a la valoración de la prueba en cada caso, como en una resolución judicial, y cuando autoriza el documento público cumple con los requisitos establecidos para la insinuación notarial, al aceptar la rogación, aprobarla, comprobarla y autorizarla dando fe.

La Corte reconoce entonces, la fase de coetaneidad de la fe pública que, en el momento de la ratificación por los comparecientes y autorización de la Escritura Pública por el Notario, suceden coetáneamente todas las fases en las que se configura la fe pública, la fase de evidencia, la fase de objetivación, y la fase de solemnidad, ofreciendo los efectos de la fe pública al acto que se documenta.

2.5 Conclusión parcial

Para finalizar el estudio del derecho comparado y como síntesis del mismo, se ofrece a continuación un cuadro valorativo de las cuestiones a destacar.

Tabla 1: Cuadro comparativo

Item a comparar	Argentina	Perú	Colombia
Ante la ausencia de requisito de forma pública en los Contratos para los que la ley o las partes lo exigen	Nulidad absoluta	Nulidad absoluta, si expresamente se consigna esa sanción	Nulidad absoluta
Soluciones jurídicas ante la sanción de nulidad absoluta por la exigencia legal de requisito de forma pública en los contratos	Ante la nulidad absoluta no existe remedio jurídico alguno	Ante la nulidad absoluta no existe remedio jurídico alguno	Saneamiento mediante ratificación en cumplimiento de iguales solemnidades
Valoración de la obligación de hacer escritura pública	únicamente en el caso de contratos que no requieren el acto de dación de fe del notario como forma exigida por ley, bajo pena de nulidad.	La reconoce en el caso de contratos a los que se exige forma pública por ley o por convenio de partes, pero sin sanción de nulidad absoluta establecida expresamente por ley o por las partes	Regula la obligación de hacer escritura pública
Especificación normativa de las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario	Están especificadas	Están especificadas	Están especificadas

Fuente: Elaboración propia, 2022

CAPÍTULO III

3 Análisis y procesamiento de la información

El marco práctico de esta investigación tiene como principal objetivo elaborar un diagnóstico sobre el criterio de la comunidad jurídica notarial boliviana en relación con las posibles causas de la nulidad del acto de dación de fe en Bolivia, para ello se seleccionaron expertos, utilizando un muestreo no probabilístico. Se preparó una encuesta y se utilizó además el método estadístico para el procesamiento de los datos obtenidos.

3.1 Recolección, análisis e interpretación de los datos.

La técnica de recolección de datos utilizada en esta investigación ha sido el cuestionario y la estadística. El cuestionario está conformado por un conjunto de preguntas escritas, que aplicado a personas consideradas expertos en el tema a investigar permiten obtener información empírica necesaria al investigador para resolver el problema de investigación.

En la aplicación del cuestionario el investigador tendrá que tener en cuenta las fases que debe seguir inexorablemente. Las fases a seguir, según Chávez de Paz (Chávez de Paz, 2017: 32), son las siguientes:

- a) Determinación de los objetivos del cuestionario, que están referidos a obtener información para analizar el problema motivo de la investigación.
- b) Identificación de los variables a investigar, que orientan el tipo e información que debe ser recolectado.
- c) Delimitación del universo o población bajo estudio, donde será aplicado el cuestionario; las unidades de análisis o personas que deben responder al cuestionario; y el tamaño y tipo de muestra de unidades de análisis que permita identificar a los informantes y al número de ellos.
- d) Selección del tipo de cuestionario y forma de administración.
- e) Elaboración del cuestionario como instrumento de recolección de datos.
- f) El pretest o prueba piloto.
- g) Aplicación del cuestionario o trabajo de campo para la recolección de los

datos.

- h) Crítica y codificación de la información recolectada.
- i) Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información recolectada.

El cuestionario puede elaborarse con dos tipos de preguntas:

- a) La pregunta cerrada o estructurada; es la más utilizada y presenta respuestas determinadas que el encuestado deberá elegir. En este tipo de preguntas siempre existe el riesgo de que la respuesta que quisiera ofrecer el encuestado no esté prevista; por ello, es preciso incluir en este tipo de preguntas una opción de respuesta que favorezca tal posibilidad. La principal ventaja de este tipo de pregunta es que facilita su procesamiento y análisis estadístico.
- b) La pregunta abierta o desestructurada que deja en total libertad para expresarse en cualquier sentido al encuestado. Su ventaja es que puede obtenerse una información fidedigna del encuestado, pero es difícil de procesar a nivel estadístico.

Así que, en el proceso de investigación por encuesta, primeramente, se plantean los objetivos y se prepara el instrumento de recogida de información, con posterioridad se realiza la planificación de la recogida de datos y, por último, se ordena el análisis e interpretación de la misma.

El cuestionario está dirigido a realizar el diagnóstico de criterios de la comunidad jurídica nacional sobre el tema, por tanto, se debe diseñar en correspondencia con ella. Además, se aplicó encuesta a una muestra no probabilística de jueces, notarios y abogados en ejercicio libre de las ciudades que conforman el eje central del país, para conocer sus criterios al respecto.

En este sentido, se trabajó según indica Ruiz, (Ruiz, 2014) entendiendo la operacionalización como proceso fundamental en la construcción del instrumento que consiste en traducir las dimensiones en elementos medibles; es decir, pasar de las dimensiones a los indicadores, y de los indicadores a las preguntas. A continuación, se elabora la tabla de especificación que recoge las

dimensiones, los indicadores y los ítems que les corresponden. Este procedimiento junto con la validación por jueces permite probar la validez de contenido, que consiste en comprobar si las dimensiones quedan cubiertas con preguntas adecuadas. Como resultado de este proceso, se elabora la primera versión del cuestionario (Escofet, et al., 2016).

Tabla 2: Tabla de Especificación
Relación conceptos, dimensiones, indicadores e ítems

Conceptos.Definición	Dimensiones	Indicadores	Ítems
Causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario en el contexto jurídico boliviano: Son irregularidades que afectan elementos esenciales del acto de dación de fe, como acto	Dimensión teórica	<ul style="list-style-type: none"> • Teorías • Doctrinas 	1-3 3-5
	Dimensión normativa	<ul style="list-style-type: none"> • Definición normativa precisa • Imprecisión normativa • Ausencia de regulación normativa 	4-6 4-6 7-9
jurídico unilateral del Notario, y que son sancionados por el legislador con la pérdida total de validez jurídica	Dimensión empírica	<ul style="list-style-type: none"> • Irregularidades que afectan al Notario • Irregularidades que afectan al procedimiento notarial • Irregularidades relacionadas con el acto jurídico que contiene el instrumento notarial 	4-6 7-9 7-9

Fuente: Elaboración propia, 2022

Si como se ha dejado dicho, la validez de contenido del cuestionario, se refiere al grado en que el proceso de pasar de lo teórico a lo empírico mide el concepto en cuestión (Ruiz, 2014) resultó necesario someter la primera versión de las encuestas a un procedimiento de validación por expertos, para demostrar la validez de contenido de las mismas. En este proceso participaron 10 profesionales (entre abogados, notarios y jueces) expertos en la materia, seleccionados por la investigadora, cuyos criterios acerca del instrumento de medición en cuestión fueron incorporadas al mismo, elaborándose la segunda versión de la encuesta.

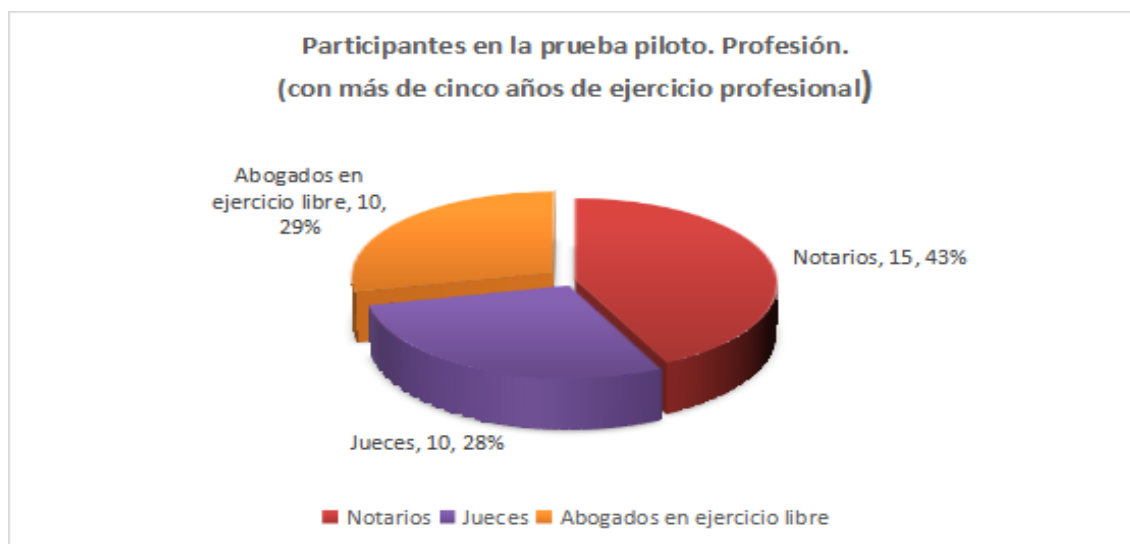
Esta segunda versión de la encuesta se somete a una prueba piloto. Los objetivos que orientan la aplicación de la prueba piloto de las encuestas son los siguientes (Escofet, et al., 2016):

- 1) probar la fiabilidad de la encuesta
- 2) comprobar si los expertos a los que se destinan las encuestas, entienden correctamente los diferentes ítems planteados
- 3) probar si las encuestas se pueden resolver en un tiempo razonable;
- 4) ver si es posible cerrar las opciones de respuestas de alguna de las preguntas, tomando en cuenta las respuestas recibidas
- 5) comprobar si se trata de encuestas de interés para los expertos seleccionados
- 6) analizar si los ítems formulados responden a los objetivos para los que están diseñados

La prueba piloto de la encuesta fue realizada a un grupo de profesionales escogidos entre los que tenían más de cinco años de servicio como Notarios, jueces o abogados que ejercen la profesión libre, con grado en derecho; en un total de 30 profesionales, de las ciudades del eje troncal del país: La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

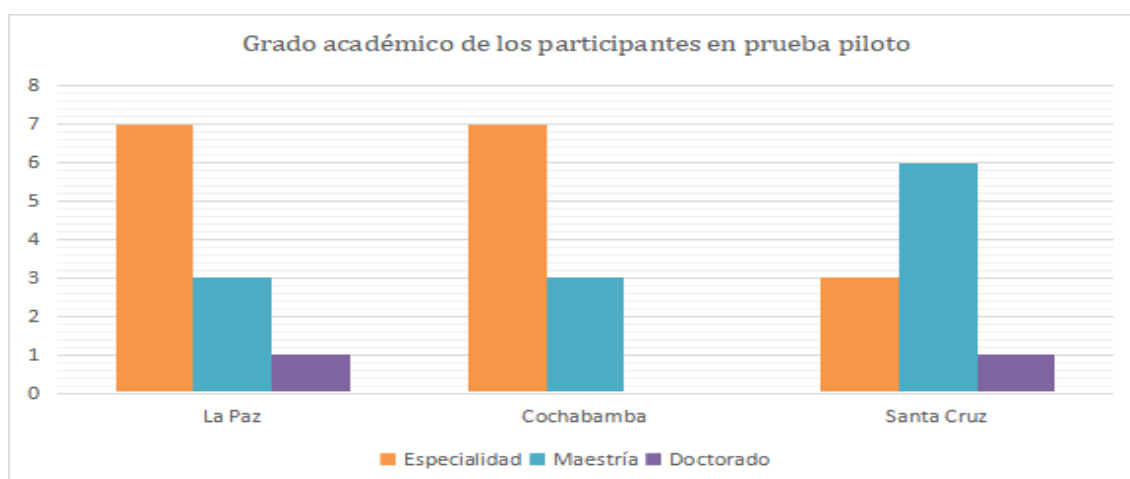
En la siguiente figura se representan las características de los participantes en la prueba piloto de la encuesta:

Gráfico 1



Fuente: Elaboración propia, 2022

Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia, 2022

Para probar la consistencia interna se ha utilizado en este estudio el coeficiente alfade Cronbach. De su empleo dice Escofet:

La ventaja de utilizar esta medida es que permite encontrar la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empejaría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. De este análisis se puede concluir que el resultado de las escalas analizadas es fiable, si la aportación de cada ítem a su respectiva escala (índice de homogeneidad corregido, que proporciona la capacidad de discriminación) es, en todos los casos, un valor positivo. (Escofet, et al., 2016)

Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad

Pregunta sobre:	Nº de ítem	Índice de homogeneidad corregido	Alpha de Cronbach
Dimensión teórica	1-3	3/3 Positivo	0.81
Dimensión normativa	4-6	3/3 Positivo	0.83
Dimensión empírica	7-9	3/3 Positivo	0.84

Fuente: Elaboración propia, 2022

La prueba piloto determinó la fiabilidad de la encuesta y la validez de la tabla de especificación adoptada, confeccionándose el instrumento definitivo que consta de 3 preguntas de múltiple alternativa, elaboradas con las siguientes características:

Tabla 4: Tipo de pregunta para cada ítems

Ítem	Tipo de pregunta
1-3	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
4-6	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
7-9	cerrada, de opción múltiple, y de valoración

Fuente: Elaboración propia, 2022

Este instrumento encuesta, confeccionada definitivamente de la forma que se ha explicado, fue aplicada a una muestra no probabilística conformada por 240 profesionales juristas entre ellos abogados de ejercicio libre de la profesión, notarios y jueces, de los departamentos de Santa Cruz, Cochabamba y La Paz, en número de 80 profesionales en cada departamento, grupo conformado de la siguiente forma: 40 notarios, 20 jueces y 20 abogados del ejercicio libre.

La muestra es no probabilística, muestreo discrecional, porque la elección de los encuestados no se determinó por probabilidades, ni fórmulas matemáticas, sino por las características de la investigación. La utilidad de este tipo de muestra se manifiesta en una cuidadosa y controlada elección de los sujetos considerados expertos en la materia que se investiga, cuestión que colabora efectivamente con los objetivos propuestos en la investigación.

Para el análisis de la información recogida en la encuesta, se estudiaron las respuestas a cada pregunta aislada, y luego las relaciones entre las respuestas a todas las preguntas; para de tal manera, interpretar los datos en el contexto en que fueron recogidos y extraer, en fin, conclusiones.

En el trabajo de campo, la investigación utiliza el análisis de datos cuantificados para determinar lo que es típico en el grupo estudiado y se interpreta cotejando los resultados obtenidos con las formulaciones del investigador y el resultado de ese cotejo se relaciona con la teoría y los procedimientos de investigación.

Cuando este procedimiento de interpretación ofrece unos resultados que permiten confirmar los datos, es preciso preservar la interpretación obtenida para que ella no exceda a la información que se ha obtenido de los datos preliminares. En este momento es preciso tener en cuenta la necesaria validación de los datos obtenidos y las restricciones que se han presentado en el proceso que pudieron perturbar los mismos.

Sin dudas, todo ello lleva a la conformación de un argumento sólido que permita sostener los resultados de la investigación. La encuesta practicada fue la siguiente:

3.2 Encuesta

Estimado colega:

Esta encuesta está destinada a corroborar algunos criterios sobre las causas de nulidad del acto de dación de fe notarial en Bolivia.

Es parte de una investigación que será motivo de Tesis de Maestría en Derecho Notarial dentro del Programa de Maestría del mismo nombre, que desarrolla el CEADIS (Centro de Educación a Distancia) de la Universidad Andina Simón

Bolívar, Sucre.

Por su colaboración muchas gracias.

1. Seleccione de las siguientes opciones, las razones teóricas que fundamentan el establecimiento de sanción de nulidad del acto de dación de fe del Notario en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

- a) ___Teoría de la ineficacia jurídica del acto Valoración 5 4 3 2
1 0
- b) ___Teoría del acto de dación de fe Valoración: 5 4 3 2
1 0
- c) ___ Teoría del contrato Valoración: 5 4 3 2
1 0

2. Seleccione de las siguientes opciones, las razones incorporadas legalmente que Ud. considera pueden ser causa de nulidad del acto de dación de fe del Notario en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

- a) ___incapacidad del notario Valoración: 5 4 3
2 1 0
- b) ___incompetencia del Notario Valoración: 5 4 3
2 1 0
- c) ___ defecto de forma Valoración: 5 4 3
2 1 0

3. Marque, de las siguientes opciones, las soluciones normativas que, en su criterio, permitan el perfeccionamiento del sistema de sanciones de nulidad para el acto de dación de fe del Notario en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

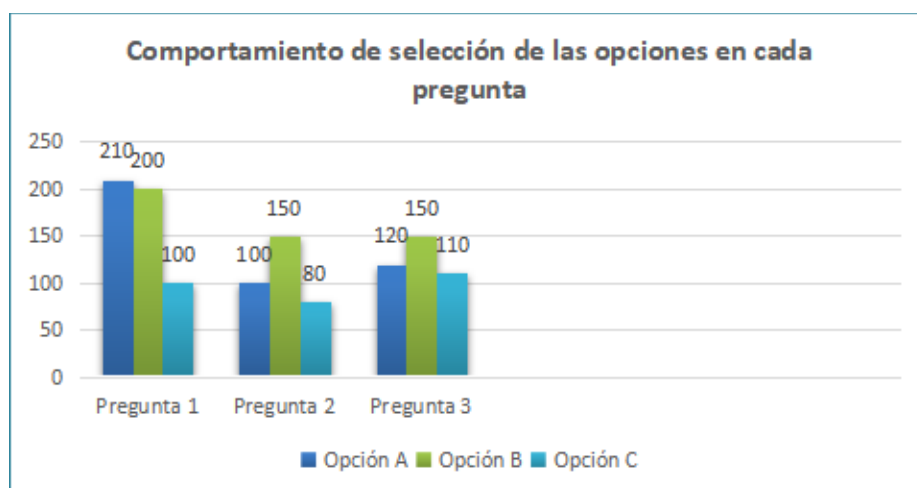
- a) Precisar los defectos de forma que serán considerados causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) Definir en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia. Valoración: 5 4 3 2 1 0

c) ___ Determinar de las prohibiciones notariales establecidas en la Ley 483 del Notariado Plurinacional, aquellas cuyo incumplimiento constituyan causa de nulidad del acto de dación de fe del Notario. Valoración: 5 4 3 2 1 0

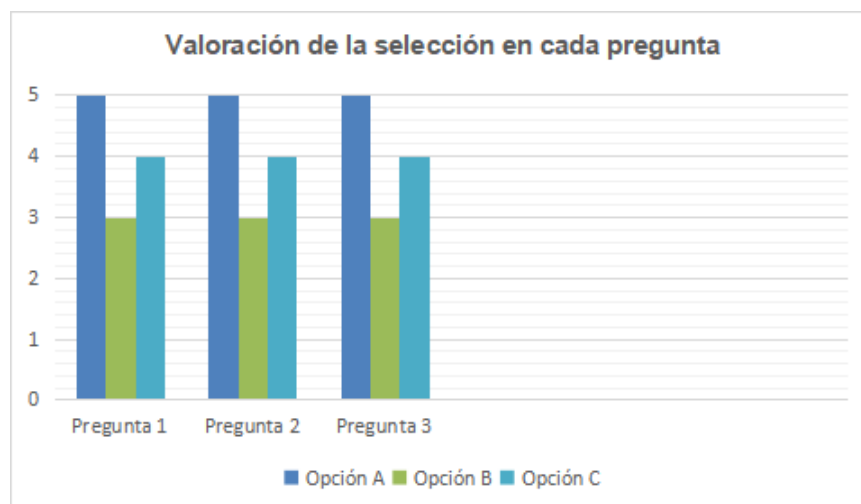
3.2.1 Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia, 2022

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia, 2022

3.3 Análisis de los datos obtenidos

Del análisis de los datos obtenidos con la encuesta y luego de procesados los mismos, pueden determinarse las opciones más votadas y mejor valoradas en cada pregunta.

De los datos obtenidos las tres opciones en cada una de las tres preguntas quedan habilitadas por los encuestados por haber obtenido mayorías de voto importantes, todas por encima de 80 votaciones de los 250 encuestados, lo que equivale a un mínimo del 32% de los encuestados a favor, que se presenta para el criterio de defecto de forma como causa de nulidad del acto de dación de fe del Notario en Bolivia, como resultado valorativo en la pregunta dos; todos los demás porcentajes obtenidos en las diferentes opciones de respuestas, son mayores.

En adelante, los porcentajes obtenidos en la selección de las diferentes opciones de cada pregunta:

Tabla 5: Análisis de porcentajes de selección en cada opción de pregunta

% de selección	Opción a	Opción b	Opción c
Pregunta 1	84%	80%	40%
Pregunta 2	40%	60%	32%
Pregunta 3	48%	60%	44%

Fuente: Elaboración propia, 2022

Para el análisis de datos -en esta investigación- se decide utilizar el método de comparación constante, con saturación teórica. El método de comparación constanteo continua, conocido como MCC por sus siglas en español, es utilizado por la teoría fundamentada. Mediante este método, se realiza una continua revisión y comparación de los datos capturados para ir construyendo teoría de la realidad. Se pretende con su utilización en este caso- comparar continuamente los resultados obtenidos de la encuesta, que resulta del levantamiento de los datos obtenidos en elestudio empírico.

Tabla 6: Método de Comparación constante

<u>Unidad</u> <u>de comparación</u>	<u>Dimensión</u> <u>teórica</u>	<u>Dimensión</u> <u>normativa</u>	<u>Dimensión</u> <u>empírica</u>
Causas de nulidad del acto de dación de fe	Se fundamentan en la teoría del acto de dación de fe del Notario, del contrato y de la ineficacia del acto jurídico	Se materializa en la identificación de tres causas de nulidad tenidas en cuenta por la Legislación civil: incompetencia, incapacidad del Notario, o defecto de forma	Se proponen acciones de mejoramiento del sistema de nulidades del acto de dación de fe del Notario en Bolivia: Precisar los defectos de forma que serán considerados causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario Definir las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia. Determinar de las prohibiciones notariales establecidas en la Ley

			483 del Notariado
			Plurinacional, aquellas cuyo incumplimiento constituyan causa de nulidad del acto de dación de fe del Notario.

Fuente: Elaboración propia, 2022

3.4 Interpretación de los datos

Tratando de interpretar los datos resultantes de la encuesta puede asegurarse que entre los encuestados existe preferencia por considerar que el fundamento teórico esencial de la determinación de irregularidades del acto de dación de fe del Notario que ameritan la sanción de nulidad, se encuentra en la teoría de la ineficacia jurídica del acto, aunque los resultados de las encuestas habilitan además las otras dos respuestas.

En cuanto a la dimensión normativa la mayoría de los encuestados piensan que la incompetencia del Notario es esencialmente la irregularidad que se sanciona con nulidad del acto de dación de fe, porque importa una falta de legitimidad del Notario. No obstante, al igual que en la pregunta anterior, las tres opciones de respuestas quedan validadas para ser tenidas en cuenta.

En cuanto a la dimensión empírica hay acuerdo en que la forma de mejoramiento del sistema de nulidades del acto de dación de fe del Notario pasa por definir en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia.

3.5 Conclusión parcial

El análisis de datos tiene como resultado lo siguiente: La aplicación de la teoría de la ineficacia jurídica al acto de dación de fe del Notario determina que la incompetencia notarial en razón del territorio y de la materia implican en el

Notario una falta de legitimación que perjudica la validez del acto de autorización, acto notarial que se sancionará con nulidad en esos casos, y que debe estar debidamente regulado como causa de nulidad en el ámbito normativo de la Ley 483 del Notariado Plurinacional. Se identifican, además, otro grupo de causas de nulidad de mayor o menor rango según valoración.

CAPÍTULO IV

4 Fundamentos teóricos, normativos y empíricos para una propuesta de determinación de las causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario en Bolivia

Para determinar las causas de nulidad del acto de dación de fe en el ámbito notarial boliviano, se han estudiado sus fundamentos teóricos, sus fundamentos normativos y empíricos, este capítulo tiene la intención de sistematizar los resultados obtenidos encada una de estas perspectivas para fundamentar la propuesta concreta del estudio, a ese fin, se concretan las ideas finales de cada perspectiva, elaborando un sistema que permita cumplir el objetivo propuesto.

4.1 Fundamentos teóricos de la propuesta

La idea de la ineficacia del acto jurídico alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico y significa una determinada manera de comportarse frente al acto jurídico los interesados, los terceros, los jueces y funcionarios encargados de la aplicación del Derecho en la comunidad.

La ineficacia del acto jurídico es también una sanción, porque el ordenamiento relaciona la infracción de sus preceptos con su declaración de ineficacia; es decir, la ineficacia se declara cuando existe la infracción de falta de correspondencia entre el acto jurídico que sea y el diseño jurídico que del mismo hace la ley, o existen irregularidades en dicho acto.

La ineficacia como sanción de un acto jurídico irregular se produce cuando una norma la impone expresamente y también cuando el acto se celebra infringiendo el significado y la finalidad de las normas que no regulan. Por ello, se afirma que cabe una ineficacia expresamente decretada por la ley; o una ineficacia deducida por vía de interpretación de la Ley; o quizás, una ineficacia que, en defecto de ley, es reclamada o impuesta por el juego de los principios generales del derecho.

La nulidad es una situación genérica de invalidez del acto jurídico que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto procesal deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración.

Para que una norma o acto sean nulos se requiere de una declaración de nulidad, expresa o tácita y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo.

El acto jurídico nulo es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. La nulidad es una ineficacia estructural, radical y automática

El fundamento teórico esencial que sostiene la propuesta se encuentra en la teoría de la ineficacia del acto jurídico, que aplicada a la perfección del acto de dación de fe del Notario implica la necesaria observancia por parte del Notario de las formalidades establecidas por Ley para la correcta conformación del acto notarial, la competencia y capacidad del Notario, como autor del documento.

Sin embargo, esta idea amerita ciertas consideraciones que no hay que perder de vista, y es la interrelación que en este ámbito de la ineficacia del acto jurídico de dación de fe se produce entre la teoría del contrato y la teoría general del instrumento público, esencialmente en la cuestión del principio del instrumento forma.

Puede asegurarse que no es al documento mismo, escritura pública notarial, al que se le asignan una serie de consecuencias jurídicas relevantes en el ámbito sustantivo y adjetivo, sino al acto propio del Notario, que es también representado y probado por la escritura, y que es el que produce el resto de los efectos que suelen asignarse a ésta: fe pública, ejecutividad, efectos sustantivos y adjetivos. A la producción de éstos contribuye la dación de fe cuando viene impuesta como carga de validez del acto de las partes, único caso en que el acto del notario, y no la escritura pública, es constitutivo del negocio, en el sentido de que sin su colaboración no se producen sus efectos.

Así, separando, el acto de las partes, del acto del notario y de la escritura pública como documento notarial, resulta posible asignarles un lugar en la teoría general del instrumento público y por tanto, teniendo como premisa que todos los comportamientos son formales, que las llamadas formas probatorias no existen, que la forma de valer es un acto y que la forma de comportamiento no se puede confundir con el documento que lo prueba, se puede comprender mejor la

trascendencia del acto de dación de fe del notario y la necesidad de determinar sus causas de nulidad.

En consecuencia, cuando se produce la integración formal entre acto de dación de fe negocio, estos actos jurídicos formalmente conectados mantienen vidas independientes, por tanto, la invalidez del negocio deja en pie al acto de dación de fe viceversa, la invalidez del acto de dación de fe deja en pie el negocio. Además, las partes formalizan su acto con el otorgamiento; sin embargo, el Notario formaliza el acto de dación de fe con la autorización, y con ello, logra que la forma del acto de dación de fe pueda ser concebida paralelamente como documentación, entendiendo por ésta la operación de documentar.

Debido a toda esta complejidad del documento público autorizado por notario resulta imprescindible deslindar correctamente los actos jurídicos que lo conforman y el régimen de nulidades del que se ve afectado.

4.2 Fundamentos normativos de la propuesta

Los fundamentos normativos de la propuesta se centran en el análisis de las causas que según el artículo 1288 del Código Civil se establecen como posibles para que decaiga la fe pública de un documento público cualquiera: la incompetencia, la incapacidad del funcionario, o un defecto de forma.

Para definir la incompetencia del notario hay que precisar, primeramente, su competencia en razón del territorio y en razón de la materia. Sin dudas, la competencia en razón del territorio del notario está delimitado por su nombramiento que regula el área geográfica en que ejercerá sus funciones. En esa área geográfica perfectamente ordenada por su nombramiento será competente para la dación de fe sobre los actos, hechos o circunstancias jurídicas que sean de su percepción, cumpliendo las exigencias de rogación determinadas por ley. Ello significa, que fuera de su demarcación territorial autorizada, sería totalmente incompetente el notario para ofrecer sus servicios de dación de fe, y en caso de hacerlo, el acto de dación de fe sería considerado nulo, nulidad que debe ser declarada por tribunal competente.

La competencia en razón de la materia está dada por los asuntos que son de conocimiento notarial así establecidos por la Ley 483, u otras legislaciones

independientes. Para se ha de tener en cuenta para determinar la competencia notarial en razón de la materia del notario, lo referido en el artículo 19 de la Ley 483 del Notariado Plurinacional que establece entre las atribuciones del mismo las siguientes:

- a. Dar fe pública a los actos, hechos y negocios jurídicos que las y los interesados le soliciten o la Ley exija, a los fines de la formalización y autorización notarial;
- b. Dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses;
- c. Elaborar o redactar y autorizar documentos protocolares, conforme los principios y procedimientos establecidos en la presente Ley y su reglamentación;
- d. Controlar y dar legalidad al acto jurídico, así como los hechos, actos y negocios jurídicos o circunstancias contenidas en el documento notarial que refiera;
- e. Autenticar copias o emitir certificaciones o testimonios de documentos originales, que cursen en el protocolo o archivo de la notaría, a solicitud de las y los interesados, a personas con interés legítimo u orden judicial;
- f. Actuar en la vía voluntaria notarial prevista por la presente Ley;
- g. Protestar títulos valores;
- h. Actuar en remates por comisión de autoridad competente, donde no exista martillero judicial;
- i. Elaborar acta de apertura y cierre de los protocolos notariales, en soporte físico y/o electrónico, de la gestión correspondiente, con autorización de las Directoras o los Directores Departamentales;
- j. Refrendar documentos provenientes de medios electrónicos;
- k. Emitir copias o testimonios en formato electrónico de los documentos que estén a su cargo, con las medidas de seguridad que se fijen en el reglamento de la presente Ley;

- l. Dar fe de las firmas y rúbricas en todo tipo de documentos, siempre que no contengan cláusula o disposición contraria a la Ley y el orden público, para los que la Ley no exija escritura pública u otra forma especial;
- m. Otras que hagan al mejor cumplimiento del servicio notarial

Por otra parte, la nulidad del acto de dación de fe puede surgir por incapacidad del Notario. En este supuesto se considera que el Notario es perfectamente competente en razón del territorio y la materia, pero situaciones específicas lo incapacitan para la dación de fe. Estas situaciones resultan ser las prohibiciones que la ley establece y regula en tal sentido.

El artículo 20 de la Ley del Notariado Plurinacional elabora toda una serie de supuestos en los que el Notario adolecería de incapacidad si es que incumpliera las prohibiciones determinadas en varios sentidos. Por ejemplo, referidas al acto de dación de fe se establecen algunas de ellas:

- Elaborar, redactar y autorizar documentos notariales en los que sea parte o actúe en representación o tenga interés personal o interés familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- Revocar, modificar o alterar el contenido de una escritura protocolar, sin cumplir las condiciones establecidas en la presente Ley;
- Protocolizar escrituras u otros documentos notariales con fecha distinta a la conclusión del documento;
- Autorizar escrituras simuladas
- Extender o protocolizar documentos notariales fuera de su oficina notarial, con excepción de testamentos, inventarios y otros que por su naturaleza u objeto notarial o el notario deba realizar fuera de la misma;
- Delegar o transferir sus atribuciones en actos o hechos que sean solicitados;

Tales situaciones, en caso de producirse, acarrearían la nulidad del acto de dación de fe del Notario en razón de su incapacidad para el mismo, por haberle estado prohibidas por ley.

Y por último, los defectos de forma del acto de dación de fe del Notario, están determinados por aquellos incumplimientos de las normas procedimentales que para hacer la forma pública exige la Ley 483 y su reglamento; aquí la referencia normativa apunta a que las exigencias legales del procedimiento notarial, considerado de orden público, si faltaren, traerían como consecuencia la nulidad del acto notarial, en razón de que el Notario deberá ofrecer la fe pública con el procedimiento establecido por ley sin que ningún otro sea posible.

4.3 Fundamentos empíricos de la propuesta

La aplicación de los instrumentos de recogida de información que abundan sobre las opiniones de la comunidad jurídica nacional en este sentido, ofrecen como resultado que en la dimensión teórica existe preferencia por considerar que la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos es esencialmente el fundamento teórico más importante, aunque igualmente son estimables en cuanto a sustento teórico fundamental, la teoría del contrato y la del acto de dación de fe, dada la complejidad característica del actuar notarial.

En cuanto a la dimensión normativa las opiniones de la comunidad jurídica avalan que la incompetencia notarial que deriva en una falta de legitimación para actuar del Notario, es el esencial fundamento normativo para determinar la nulidad del acto en tales casos, aunque igualmente se aprueban con menor valoración la incapacidad del notario y el defecto de forma.

Por último, la comunidad encuestada opina que la forma de mejoramiento del sistema de nulidades del acto de dación de fe del Notario pasa por definir en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia, dejando claras sus diferencias en cuanto al sistema de nulidades establecidas para el acto jurídico contractual.

La aplicación de la teoría de la ineficacia jurídica al acto de dación de fe del Notario determina que la incompetencia notarial en razón del territorio y de la materia implican en el Notario una falta de legitimación que perjudica la validez del acto de autorización, acto notarial que se sanciona con nulidad en esos casos, y que debe estar debidamente regulado como causa de nulidad en el

ámbito normativo de la Ley 483 del Notariado Plurinacional.

4.4 La propuesta concreta

La propuesta concreta de esta tesis, a partir de la identificación de sus fundamentos teóricos, normativos y empíricos que se han explicado antes, se sintetiza en determinar como causas de nulidad del acto de dación de fe del notario las siguientes:

- a) incompetencia del Notario
- b) incapacidad del notario
- c) Los defectos de forma en el procedimiento notarial de autorización Y en tal sentido proponer:
 - A. Se precisen los defectos de forma que serán considerados causas de nulidad del acto de dación de fe del Notario
 - B. Se determinen, de las prohibiciones notariales establecidas en la Ley 483 del Notariado Plurinacional, aquellas cuyo incumplimiento constituyan causa de nulidad del acto de dación de fe
 - C. Se definan en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia

CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones se elaboran las siguientes conclusiones por objetivos:

Del objetivo número 1: Definir los fundamentos teórico doctrinales de la investigación

Primera: El acto de dación de fe del Notario es aquel acto jurídico mediante el cual el Notario, investido de la facultad que se la ha sido delegada por el Estado, ofrece la fe pública, o convierte en verdad oficial, los derechos que nacen de los actos de los particulares, en que por razón de su cargo interviene.

La nulidad es, en Derecho, una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que el acto jurídico notarial de dación de fe deje de desplegar sus efectos jurídicos. Para que el acto de dación de fe sea nulo se requiere de una declaración de nulidad por parte de un tribunal de justicia competente y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo. El acto jurídico nulo de dación de fe del Notario es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencia jurídica. La nulidad es una ineficacia estructural, radical y automática.

Del objetivo número 2: Analizar críticamente la normativa y la jurisprudencia nacional y extranjera sobre la nulidad del acto de dación de fe del Notario

Segunda: No existe en la normativa notarial boliviana una sistematización de las causas de nulidad del acto de dación de fe del notario, solo se encuentran disposiciones aisladas que tratan de definir los efectos de nulidad para ciertas situaciones en cuanto los requisitos de comparecencia en el apoderamiento, o determinadas solemnidades de lectura y firma de los documentos; sin embargo, el acercamiento más intenso en el objetivo de definir causas de nulidad, lo hace sorprendentemente el artículo 1288 del Código Civil Boliviano que al tratar de establecer los casos de conversión del documento público nulo, determina que el documento público pudiera ser declarado nulo por incompetencia o incapacidad del funcionario público o por defecto de forma, ofreciendo implícitamente el criterio de que los documentos públicos notariales pudieran

ser susceptibles de nulidad en razón de esas tres causas fundamentales; criterios que se reproducen una y otra vez en la normativa y jurisprudencia nacional y extranjera consultada.

Del objetivo número 3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional en cuanto a las nulidades del acto de dación de fe notarial

Tercera: A partir de los criterios recogidos por la encuesta practicada puede asegurarse que entre los encuestados existe preferencia por considerar que el fundamento teórico esencial de la determinación de irregularidades del acto de dación de fe del Notario que ameritan la sanción de nulidad, se encuentra en la teoría de la ineficacia jurídica del acto, aunque los resultados de la encuesta habilitan además las otras dos respuestas, referidas a la teoría del acto de dación de fe y la teoría del contrato.

En cuanto a la dimensión normativa la mayoría de los encuestados piensan que la incompetencia del Notario es esencialmente la irregularidad que se sanciona con nulidad del acto de dación de fe, porque importa una falta de legitimidad del Notario. No obstante, al igual que en la pregunta anterior, las tres opciones de respuestas quedan validadas para ser tenidas en cuenta, por tanto, se consideran por la comunidad jurídica igualmente causales de nulidad la incapacidad del notario y el defecto de forma del acto notarial.

En cuanto a la dimensión empírica hay acuerdo en que la forma de mejoramiento del sistema de nulidades del acto de dación de fe del notario pasa por definir en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del Notario en Bolivia, pero además habilitan criterios como la necesidad de precisión sobre los defectos de forma que pudieran ser considerados causas de nulidad, o determinar de las prohibiciones notariales aquella cuyo incumplimiento representarían causales de nulidad.

Del objetivo número 4. Sistematizar los resultados obtenidos que fundamentan la propuesta

Cuarta: El fundamento teórico esencial que sostiene la propuesta se encuentra

en la teoría de la ineficacia del acto jurídico, que aplicada a la perfección del acto de dación de fe del Notario implica la necesaria observancia por parte del notario de las formalidades establecidas por Ley para la correcta conformación del acto notarial, la competencia y capacidad del notario, como autor del documento. Los fundamentos normativos de la propuesta se centran en el análisis de las causas que según el artículo 1288 del Código Civil se establecen como posibles para que decaiga la fe pública de un documento público cualquiera: la incompetencia, la incapacidad del funcionario, o un defecto de forma. Además, la comunidad jurídica nacional ve con buenos ojos hacer una reforma en la Ley 483 a fin de incluir y determinar las causales de nulidad del acto de dación de fe del notario.

Del objetivo general: Proponer los fundamentos teóricos, normativos y empíricos que definen las causas de nulidad del acto de dación de fe del notario en el contexto jurídico boliviano

Quinta: Se propone como fundamento teórico fundamental a la teoría de la ineficacia del acto jurídico aplicada al acto de dación de fe del notario, como fundamento normativo esencial lo regulado en cuanto a las causas por las que decae la fe pública en el artículo 1288 del Código Civil boliviano: incompetencia, o incapacidad del Notario, o defecto de forma, asunto en el que coinciden los fundamentos empíricos encontrados para elaborar una propuesta concreta que consiste en determinar como causas de nulidad del acto de dación de fe del notario las siguientes: incompetencia del notario, incapacidad del notario, los defectos de forma en el procedimiento notarial de autorización.

Y en tal sentido proponer:

- a) Se precisen los defectos de forma que serán considerados causas de nulidad del acto de dación de fe del notario
- b) Se determinen, de las prohibiciones notariales establecidas en la Ley 483 del Notariado Plurinacional, aquellas cuyo incumplimiento constituyan causa de nulidad del acto de dación de fe
- c) Se definan en la Ley 483 del Notariado Plurinacional las regulaciones sobre el sistema de nulidades que afectan al acto de dación de fe del notario en Bolivia

RECOMENDACIONES

De las conclusiones anteriores se deriva las siguientes recomendaciones:

Primera: Que los resultados de esta investigación sean puestos en consideración de la Dirección Nacional del Notariado Plurinacional para la introducción de sus resultados en la práctica notarial del país

Segunda: Que se convoque a un Seminario nacional para la socialización de dichos resultados.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME LÓPEZ, Angel. 2001. **El testamento como acto solemne**. México, México: RevistaMexicana de Derecho.
- ALSINA, Hugo. 2018. **Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial**. 17ma ed. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editores.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa M. 2014. “**Las fuentes de conocimiento de lo jurídico.**” BoletínMexicano de Derecho Comparado.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. 2010. **Derecho Notarial** (8va edición ed.). Madrid: Bosch.
- BONO, José. 2004. **Conceptos fundamentales de la diplomática notarial**. Sevilla, España: Notaría de Sevilla.
- BLANQUER UBEROS, R. 1997. La preparación de la escritura pública y el principio de legalidad (Especial atención a la representación, al estado de **cargas y al estado posesorio de los inmuebles**). Anales de la Academia Matritense del Notariado, 36, 285-422.
- BORDA, Guillermo. 1999. **Tratado de Derecho Civil**. 3ra ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- BORDA, Guillermo A., and Guillermo J. Borda. 2012. **Manual de Derecho Civil**. 23rd ed. Buenos Aires, Argentina: LaLey.
- CABANELLAS, Guillermo. 1974. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 30th ed. N.p.: Heliasta.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. 2017. **Función Notarial y elaboración notarial del Derecho**. 8va ed. Madrid, España: Reus.
- CAPITANT, Henri. 1995. **Vocabulario jurídico**. 1ra ed. Bogotá, Colombia: Asociación Henri Capitant.
- CLAVIJO CÁCERES, Darwin, Débora GUERRA MORENO, Diego YÁÑEZ MESA. 2014. **Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho**. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia.

- CORONEL JONES, César, DEL BRUTO ANDRADE, Oscar 2011. **Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el derecho ecuatoriano**. Quito, Ecuador: Ius Humani.
- CHINEA GUEVARA, J. 2006. **La función notarial como garante de la seguridad jurídica contractual en el ordenamiento jurídico**. En: Derecho Notarial. La Habana: Editorial Félix Varela, p 364.
- CHINEA GUEVARA, J. 2007. **Jurisdicción voluntaria y función notarial**. En: Derecho Notarial. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 41.
- DE LA MAZA, Íñigo. 2008. **Temas de contratos**. Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M. 1993. **Derecho Notarial**. Podium.
- DE RUGGIERO, R. 1931. **Instituciones de Derecho Civil** (4ta edición ed., Vol. 2). Reus.
- DIEZ PICAZO, L. 2005. **Compendio de Derecho Civil** (2da edición ed.). Aranzadi.
- DWORKIN, Ronald. 2017. **Los derechos en serio**. 3ra ed. Barcelona, España: Bosch.
- ETCHEGARAY, N. P. 2010. **Escrituras y actas notariales**. Buenos Aires: Astrea.
- ETCHEGARAY, N. P. 2007. **Técnica y práctica documental**. Buenos Aires: Astrea.
- GARRIDO, Roque, Jorge ZAGO. 2002. **Contratos civiles y comerciales**. 3ra ed. Vol. 1. 2 vols. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- GIMÉNEZ ARNAU, E. 2015. **Derecho Notarial** (3ra edición ed.). Ediciones Navarra.
- GIMENEZ ARNAU, E. 2016. **Derecho Notarial** (5ta edición ed.). Ediciones Navarra
- GUZMÁN SANTIESTEBAN, Jorge. 2005. **Derecho Civil**. 3ra ed. Vol. IV. Cochabamba, Bolivia: Universidad Mayor de San Simón.

- HOECKE, Mark. 2014. **Doctrina jurídica: ¿qué métodos, para qué tipo de disciplina?** Guanajuato, México: Universidad de Guanajuato.
- KIPER, Claudio Marcelo. 2008. **Código Civil Comentado**. 1ra ed. Buenos Aires, Argentina:Rubinzal.
- KOTEICH, Milagros, Martha Lucía NEME, and Edgar CORTÉS. 2005. "Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?" *Revista de Derecho Privado*, no. 9 (junio-diciembre), 129-174.
- MARTÍNEZ, M. 2000. **Ciencia y arte en la metodología cualitativa**. México: Trillas.
- MESSINEO, Francesco. 1954. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Buenos Aires,Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
- MIXAN MASS, F. 2002. **Lógica enunciativa jurídica**. Trujillo, Perú: Ediciones BLG.
- MORALES GUILLÉN, Carlos. 1994. **Código Civil (Concordado y anotado)**. Vol. 1. La Paz,Bolivia: Gisbert.
- NÚÑEZ LAGOS , R. 2015. **Hechos y derechos en el documento público** (3ra ed.). Civitas.
- NÚÑEZ LAGOS, R. 2015. **Los esquemas conceptuales del instrumento público** (4ta ed.). Civitas.
- OQUENDO LÓPEZ, A. H. 2007. **Compilaciones de derecho notarial para Bolivia**. Sucre: Cadena.
- ORTIZ CASTRO, J. I. 2005. **Aproximación metodológica a los niveles jurídico-políticos de la investigación social**. 3ra ed. Medellín: Universidad de Medellín.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo. 2004. **Manual de Derecho Civil**. 4ta ed. Lima, Perú: Huallaga.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. 2015. **Derecho Notarial** (10ma ed.). Porrúa.

- PUIG BRUTEAU, J. 2012. **Fundamentos de Derecho Civil** (7ma edición ed., Vol. III). Bosch.
- ROBERTO MUÑOZ, N. 2002. **El instrumento público y el documento notarial** (2da edición ed.). Ediciones Guatemala.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. 2008. “**La realización notarial del Derecho.**” Revista jurídica del Notariado, no. 68, 285-303.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. 2016. **Escritos jurídicos** (2da edición ed., Vol. III). Consejo General del Notariado.
- RECINOS, Jessica, KAREN Y CAMPOS, José 2007. **Los actos jurídicos típicos y atípicos.** San Salvador, Salvador: Universidad Francisco Gavidia.
- RONCHETTI, Fernando. 2000. **La doctrina como fuente real del derecho.** Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro.
- ROQUE MONTESILLO, Gladys. 2008. “**Teoría del acto jurídico y negocio jurídico.**” Revista Oficial del Poder Judicial.
- ROZAS, Fernando. 2000. **Las solemnidades ¿son siempre requisitos de los actos jurídicos?** Santiago de Chile, Chile: Universidad Católica de Chile.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. 2004. **Estudios de Derecho Civil** (10 edición ed., Vol. 1). Analecta editorial.
- SPOTA, Alberto. 2005. **Instituciones de Derecho Civil.** Vol. 3. Buenos Aires, Argentina: De palma.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. 2015. **Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.** México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- WILLS, Luz María, CATAÑO., Sandra Eliana 2014. **Teoría general del acto y del negocio jurídico.** Medellín, Colombia: Universidad de Antioquía.
- ZINNY, Mario Antonio. 2007. **El Acto Notarial: dación de fe.** 3ra ed. Buenos

Aires, Buenos Aires: Ad hoc.

WEBGRAFÍA

ESCOFET, Anna, Pilar FOLGUEIRAS, Ester LUNA, Berta PALOU. 2016. **“Elaboración y validación de un cuestionario para la valoración de proyectos de aprendizaje-servicio.”** Revista Mexicana de Investigación educativa 21 (70): 929-949.

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662016000300929&script=sci_abstract.](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662016000300929&script=sci_abstract)

RUIZ BUENO, Antoni. 2014. **“La operacionalización: de elementos teóricos al proceso de medida.”** chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fdisposit.ub.edu%2Fdspace%2Fbitstream%2F2445%2F53152%2F1%2FLa%2520operacionalizaci%25C3%25B3nDe%2520elementos%2520teoricos%2520al%2520proceso%2520de%2520medida.pdf&clen=2185.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. 2006. **La labor configuradora de los notarios.** Revista Escritura Pública. Recuperada 15 de enero 2021, de <https://www.notariado.org/portal/escritura-p%C3%BAblica>

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

BOLIVIA, 2018, Código Civil, La Paz:

Serrano.2015, Ley 483 Del Notariado Plurinacional Y Su Reglamento. La Paz: Gaceta Oficial

ARGENTINA 2018, Código civil y comercial de la nación, Buenos Aires: Gaceta Oficial

PERÚ 2021, CÓDIGO CIVIL, Lima: Gaceta Oficial

2008, Decreto Legislativo 1049, Normas de la Función Notarial, Lima:Gaceta Oficial

COLOMBIA 2021, CÓDIGO CIVIL, Bogotá: Gaceta Oficial 1970, Decreto 960, Estatuto del Notariado, Bogotá: Gaceta Oficial