

EL VALOR PROBATORIO DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: I- INTRODUCCIÓN. II- LA PRUEBA EN EL PROCESO Y EN LA VIDA JURÍDICA ESPONTÁNEA. III- LA REGULACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. IV- FUERZA OBLIGATORIA, VALOR PROBATORIO, EFICACIA CONVICTIVA. 1) FUERZA OBLIGATORIA. 2) VALOR PROBATORIO. a) ACTOS CUMPLIDOS POR EL OFICIAL PÚBLICO, O PASADOS EN SU PRESENCIA. b) CLÁUSULAS DISPOSITIVAS. c) CLÁUSULAS ENUNCIATIVAS DIRECTAS. d) ENUNCIATIVAS INDIRECTAS. e) DECLARACIONES ACCESORIAS. FALENCIA DE LA NORMA EN CUANTO A OPONIBILIDAD. 3) EFICACIA CONVICTIVA. V- LA REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. VI- LA ACCIÓN DE COTEJO

I- INTRODUCCIÓN

Referirnos a valor probatorio, encierra el desafío de desentrañar una serie de preconceptos que, de no ser acordados previamente, entorpecerán nuestro desarrollo.

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

Ocurre pues, en general, que las escuelas de derecho en nuestro medio, se ocupan más de preparar a sus estudiantes para el ejercicio compulsivo de las obligaciones de sus contrapartes, que para una comprensión y análisis del fenómeno jurídico en su desenvolvimiento normal. En efecto, salvo en el plano puramente filosófico y especulativo, no suele aparecer en el esquema del estudioso del derecho, la situación del acatamiento manso del mandato legal.

A pesar de nuestra crítica, este fenómeno no deja de ser positivo, pues se parte de considerar una realidad que es lo normal, lo obvio, lo que comúnmente ocurre (“eo quod plerumque fit”): el cumplimiento de los deberes jurídicos por parte de los sujetos de derecho; y ello nos habla de una sociedad noble y afanosa. En definitiva, se demuestra una vez más la sabiduría de Platón, quien en lógica sentencia pregonaba: *“donde reina el amor sobran las leyes”*.

Son pues, las patologías, incumplimientos e in conductas, los que hacen necesaria nuestra disciplina, y entusiasman al estudioso e investigador del derecho.

Pero es también este fenómeno, el que a veces no deja vislumbrar claramente el desenvolvimiento del llamado “derecho normal” o “derecho de la normalidad”, en el cual sus protagonistas, los sujetos de derecho, cumplen acabadamente con sus deberes y obligaciones sin requerir compulsión alguna. Estos supuestos, que a Dios gracia siguen siendo los casos más frecuentes, tornarían innecesario, por lo menos desde el punto de vista práctico, el ejercicio de la abogacía. Sin embargo no creemos adecuado ignorar esta faceta de lo jurídico. ¿Acaso no es jurídica la actitud del deudor que en tiempo propio cumple su obligación? ¿Deja de ser jurídico el obrar del ciudadano que respeta el dominio de su vecino sin necesidad de exigirle la exhibición del título dominial?

Por ello decíamos al comienzo que resulta menester acordar ciertos preconceptos. Por ejemplo cuando aparece la expresión “ejecución”, surge

también con ella la imagen de los estrados judiciales: una sentencia condenatoria, o un martillero bajando el martillo en una subasta para hacer frente compulsivamente con el precio de la venta, a la obligación incumplida (art. 743 del CCCN). Este errado preconcepto, hace que la expresión “ejecución”, en su sentido primigenio, aludiendo al cumplimiento de las obligaciones y deberes de manera espontánea y sin coacción externa, haya dejado de usarse como locución jurídica corriente.

Si bien la doctrina y algunas normas en concreto mencionan la ejecución en ese sentido normal al que venimos aludiendo, por lo que se distingue la ejecución voluntaria de la ejecución forzada, en la jerga corriente de la práctica, sin embargo, la ejecución por antonomasia se da, compulsivamente, en los estrados judiciales.

Couture dedica media carilla a la ejecución normal, y luego, al referirse a la necesidad de la intervención de la justicia cuando el deudor no cumple espontáneamente, expresa que, en estos casos *“El procedimiento se denomina (...) ejecución forzada, por oposición a ejecución voluntaria. Por apócope, los vocablos ejecución forzada se han reducido a ejecución”*¹. La contundencia del Maestro procesalista uruguayo, nos exime de mayores lucubraciones al respecto.

Pues bien, otro tanto ocurre con el tema central que se aborda aquí, en el artículo 296 que estamos analizando: la prueba. En efecto, el hecho de observar sólo los incumplimientos y patologías en las relaciones jurídicas y sociales, ha incidido de manera manifiesta en el concepto jurídico de prueba; ello al punto tal que enjundiosa doctrina hace aparecer el concepto sólo cuando hay controversia respecto a la existencia del contrato o del hecho generador de la obligación.

¹ COUTURE, Eduardo J.; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ra. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 438.

II- LA PRUEBA EN EL PROCESO Y EN LA VIDA JURÍDICA ESPONTÁ- NEA

Como el derecho realiza su principal aporte, aunque no resulte manifiesto, cuando la relación espontánea deja de ser tal, y se hace necesaria la compulsión para lograr el compromiso asumido o impuesto por la ley, según hemos expresado, al referirnos a “prueba”, su concepto también aparece teñido de esa anormalidad social que significa el incumplimiento.

Es por estas circunstancias que cuando recurrimos a la doctrina para abordar el concepto de prueba, nos encontraremos, con una idea apartada por completo de la normalidad de la vida jurídica espontánea; y dominada por el contrario, por la idea de contienda o controversia. Así se dirá que “prueba” es el aporte que hacen las partes al proceso para tratar de convencer al juzgador sobre los derechos que le asisten, y obtener en consecuencia un resultado favorable en el pleito.

Sin embargo, es necesario reparar en que, no sólo en el mundo del derecho, sino en toda ciencia reconstructiva, como la historia, la antropología y hasta la astronomía, se requiere del valioso aporte de la prueba para sostener teorías y rehacer el pasado, reciente o remoto; como puede suponerse, en estos ámbitos, no hay una contraparte intentando desvirtuar lo comprobado con el mezquino interés de ganar; a lo sumo será para desentrañar la verdad en el plano científico. El destacado procesalista y Maestro colombiano Devis Echandía expresa que “El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etcétera, lo hacen no solo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros”².

² DEVIS ECHANDIA, Hernando; “Compendio de la Prueba Judicial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984, Tomo I, pág. 25 – 26.

Pero el mundo del derecho, y sobre todo su estudio de grado, avasallado erróneamente por la idea del conflicto, como hemos expresado más arriba, suele poner solo su mira en la contienda, sin advertir que aun en lo jurídico hay una pacífica prueba mansamente aceptada por la comunidad.

Por ello explica Carnelutti, que no debe confundirse la “prueba” usada en el lenguaje común y que se refiere a la comprobación de la verdad de una afirmación, con todo el procedimiento empleado para la verificación de esa afirmación³. En muchas ocasiones, sobre todo en el ámbito de los instrumentos públicos, lo corroborado en esta especie documental no suele cuestionarse en los estrados judiciales; y, aunque los hay, son supuestos muy excepcionales los que parten de esa impugnación.

Justamente lo que ha querido el legislador al crear el instrumento público, regulando de manera expresa su valor probatorio, es brindar un punto de apoyo seguro para la reconstrucción de los hechos; de manera tal que sean raros y en general infundados, los intentos de destruir sus afirmaciones. Si el instrumento público no significara un aporte probatorio casi indestructible, no cumpliría con ese cometido; que según nuestra idea, trabaja fundamentalmente en el derecho de la normalidad y presuponiendo el acatamiento espontáneo de su contenido.

Todos los días, en la cotidianeidad de su pasar, damos por probado el dominio de los sujetos que conducen sus automóviles, que usan sus utensilios y el derecho de vivir en sus casas en donde los vemos entrar y salir, sin que, como regla general, nadie cuestione su derecho a hacerlo. No es normal pues, poner en tela de juicio el acostumbrado ejercicio del derecho de cada quien, como para que lleguemos a sostener que la prueba, aun en el derecho contaminado por la contienda, solo haga su aporte ante la controversia.

Por ello siempre hemos negado acierto a las definiciones de algunos autores que, influidos por el ejercicio de la abogacía y su constante enfren-

³ CARNELUTTI, Francisco; “La Prueba Civil”, Bs.As. 2da. Ed. Depalma, Bs.As. 1988, pág. 38.

tamiento con el pleito, analizan la prueba dando por sentado el desconocimiento del derecho a un sujeto determinado. Ellos se refieren a toda la actividad encaminada a probar, y no a la prueba misma. La sentencia que, a manera de proloquio latino, dice: “tanto vale no tener un derecho, como no poder probarlo” tan arraigada en España, refuerza lo que venimos exponiendo. Pero la necesidad de la prueba, como procedimiento, en los términos de Carnelutti a los que aludíamos más arriba, solo aparecerá frente al desconocimiento del derecho, y no ante su dócil acatamiento. Lo normal es poder usar de nuestros derechos sin necesidad de probarlos; pero ello ocurre por conocer a ciencia cierta que, de ser necesario, aparecerá en su respaldo el sólido y casi indestructible aporte de un instrumento público.

III- LA REGULACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Bajo el título “Eficacia Probatoria”, el nuevo CCCN, en su artículo 296, se refiere al tema de Valor Probatorio del instrumento público en general; y si bien no difiere demasiado de la regulación que al respecto tenía el Código de Vélez; sí en cambio hay algunas expresiones omitidas y otras alteradas.

Dice el art. 296 del CCCN: *Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe:*

a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;

b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

IV- FUERZA OBLIGATORIA - VALOR PROBATORIO - EFICACIA CONVICTIVA

Antes de comenzar a analizar el contenido del art. 296 del CCCN, se hace menester efectuar ciertas apreciaciones respecto a distintos aspectos relacionados con la prueba en materia de instrumentos públicos; ello para evitar aplicar erróneamente el concepto de valor probatorio, que es propiamente el que pretendemos abordar. En efecto, hay tres básicas expresiones relacionadas con la fuerza ejecutiva de un instrumento público, pero no todas ellas aluden al valor probatorio.

Remarquemos una vez más, antes de entrar de lleno en el contenido de la norma, que la primera gran prueba del instrumento público, radica en probarse a sí mismo (“scriptam publicam probam se ipsa”); sin cuyo efecto mal podría probar ninguna otra cosa.

Así distinguimos: 1) la fuerza obligatoria, 2) valor probatorio, y 3) la eficacia convictiva.

Son estimaciones diferentes que apuntan a distintos elementos volcados en un instrumento público. La fuerza obligatoria está ceñida al contenido negocial; el valor probatorio al contenido instrumental; es decir a la forma; y finalmente, la llamada eficacia convictiva, que se refiere a la virtud de convencer acerca de una situación particular, que el contenido documental, reforzado por la forma, podría producir en el ánimo de cualquier intérprete.

Estas diferencias suelen confundirse a veces, aun en pronunciamientos judiciales, de allí la importancia que asignamos al tema. Veamos separadamente cada una de ellas:

1) FUERZA OBLIGATORIA:

En primer lugar diremos que es “fuerza obligatoria” el efecto vinculante de cualquier acto jurídico, sobre todo nos referimos a los contratos. Proviene de la relación jurídica entre las partes con motivo de las obligaciones asumidas. Para comprender esto, aporta mucho didácticamente hablando, la clara definición que de contrato nos da el CCCN, en su artículo 957. Dice: *“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más personas manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”*. Esta norma se complementa con la del art. 959 que determina el efecto vinculante del contrato entre las partes; y expresa: *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes...”*; lo que no es otra cosa que la aplicación del principio “pacta sunt servanda” (los pactos deben cumplirse).

Pues bien, a este efecto tan natural de los contratos contenido en las normas parcialmente transcritas en el párrafo precedente, es a lo que se hace referencia cuando se habla de fuerza obligatoria. Como puede apreciarse, dicho efecto no tiene mucho que ver con el instrumento mismo, sino con el acto jurídico en él plasmado. Si bien en algunos casos la ley impone una forma determinada, por ejemplo a la compraventa sobre inmuebles que debe instrumentarse en escritura pública (art. 1017 del CCCN), dicha forma no es la que obliga, sino el acto jurídico en ella contenido.

2) VALOR PROBATORIO:

Se llama fuerza probatoria, o valor probatorio⁴, al grado de certeza que la ley atribuye al contenido de un instrumento público, según la procedencia de lo allí afirmado. En primer lugar corresponde aclarar que la fuerza

⁴ Preferimos “fuerza” o “valor probatorio”, antes que “eficacia” como se titula la norma, porque esta última palabra alude más a la capacidad del documento de probar, con una carga subjetiva que no admitimos en el valor probatorio; por ello reservamos esta expresión para la llamada “eficacia convictiva”, que definiremos como capacidad de generar convencimiento de alguna situación. Hay una importante carga de subjetividad en su manifestación que no debe existir en el valor probatorio expresamente tabulado por ley.

probatoria del instrumento público no abarca por igual todas las cláusulas. Recordemos, tal como lo hicimos en nuestra nota al art. 289, que la fe pública es la presunción de verdad de los hechos y actos sometidos a su amparo⁵. Pues bien, lo que queremos expresar es que no todo el contenido del documento público tiene idéntico grado de presunción de verdad; sino que según cuál sea el papel que juega en una relación jurídica cada una de las expresiones contenidas, será el valor asignado por la ley.

El legislador ha establecido en este artículo 296 del CCCN, tal como lo hacía Vélez en los arts. 993, 994 y 995 del código derogado, una perfecta tabulación, grados de certeza, o presunción de verdad, a cada parte del contenido documental. Pero esta asignación en escala, no ha sido atribuida de manera arbitraria, sino que responde al grado de atención psicológica que las partes del acto supuestamente han debido poner a cada una de sus cláusulas, en el momento de su lectura.

El CCCN ha sintetizado en una sola norma, todas las valoraciones que pueden efectuarse según cuáles sean los contenidos de las cláusulas dentro del instrumento público. Los artículos 993 y 994 del viejo código están ahora contenidos en el inciso a) del 298 CCCN; y el 995 se encuentra en su inciso b).

Más allá de la diferente metodología, sin dudas los principios valorativos siguen siendo los mismos, por lo que no habría inconveniente alguno en seguir aplicando la doctrina ya generada en torno a los viejos artículos.

Para sistematizar y tener previamente asignado el valor probatorio de cada manifestación dentro del documento público, la doctrina ha clasificado su contenido de la siguiente manera:

- a) Actos cumplidos por el oficial público, o pasados en su presencia.
- b) Cláusulas dispositivas;

⁵ GIMÉNEZ ARNAUD, Enrique; "Derecho Notarial", Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1976, pág. 38.

- c) cláusulas enunciativas directas;
- d) clausulas enunciativas indirectas;
- e) declaraciones accesorias.

a) ACTOS CUMPLIDOS POR EL OFICIAL PÚBLICO, O PASADOS EN SU PRESENCIA:

En el inciso a) aparecen los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él mismo o pasados en su presencia. Es dable considerar que respecto de estas afirmaciones, el documento aportará una prueba extraordinaria. Remarquemos que él no es un testigo, ni un simple redactor; además de ello, es un oficial público dotado de fe pública. Por el principio de inmediatez y unidad de acto, el oficial público ha debido escuchar cuando el vendedor dijo que vendía y cuando el comprador aceptaba la compra; él percibió “de visu et auditu suis sensibus”, como reza la máxima latina (visto y oído por sus propios sentidos), todos los elementos que involucran la manifestación de voluntad de los contratantes (art. 971 del CCCN).

El funcionario, cuando se trata de actividades o hechos que él mismo cumple, dirá “intimo”, “apercibo”, “notifico”, “leo”, etc., según lo que se le haya solicitado como actividad a cumplir. En estos casos, por tratarse de hechos que él mismo ha realizado, en ejercicio de su atribución fedataria, los mismos estarán refrendados o reforzados con el máximo valor probatorio. Solo pueden caer las tales comprobaciones mediante el procedimiento expreso que la doctrina denomina “redargución de falsedad”.

En el viejo código de Vélez, se aludía a este procedimiento impugnativo, con la palabra “argución” (art. 993 del código derogado); pero lamentablemente el CCCN no utiliza esta técnica expresión. Aun a pesar de la ausencia de la palabra, creemos que es merced a este trámite judicial, que puede llegarse a la declaración de falsedad de la que habla la norma.

En cuanto a los actos pasados en presencia del oficial público, que son los primeros a los que alude el inciso, están dotados de idéntico valor probatorio, y son todos los sucesos de interés jurídico que el oficial percibe directamente por sus sentidos (“de visu et auditu suis sensibus”).

No desconocemos que también se encuentran involucrados en este ítem, no solo los hechos propiamente, sino también los dichos de las partes, que bajo este sentido son igualmente sucesos o hechos. Todo lo que concierne a las manifestaciones de la voluntad de las partes, en fin, deberá considerarse como “pasado en la presencia” del oficial público. O sea que si una de las partes pretende negar que dijo tal o cual cosa en el acto instrumentado, deberá proceder mediante la redargución de falsedad.

Sin embargo, a los fines didácticos se ha considerado mejor sacar estas manifestaciones relacionadas con el negocio del ámbito de este ítem, e incluirlas, en cuanto a su valoración, entre las cláusulas dispositivas; ello para poder apreciarlas con un sentido más negocial que puramente fáctico.

Adviértase en fin, que una cosa es apreciar el dicho en su existencia, y otra apreciar el dicho por su sentido jurídico o negocial, y en cuanto a la sinceridad de lo expresado. Bien podría ocurrir que lo dicho realmente fue dicho, pero no fue cierto lo manifestado, por tratarse, por ejemplo de un acto simulado (art. 333 CCCN).

b) CLÁUSULAS DISPOSITIVAS:

En el mismo inciso a) se expresa igualmente que tiene valor probatorio pleno hasta la declaración de falsedad, el hecho de haberse realizado el acto, la fecha y el lugar de ocurrencia de los actos celebrados o los hechos corroborados. Como ya dijimos, estas acreditaciones son igualmente hechos ocurridos en presencia del oficial público; solo ameritan figurar en otro apartado, porque se vinculan ya concretamente al contenido del acto y no solo a

su aparición fáctica, como se las aprecia en el apartado precedente. Estas cláusulas aparecían en el artículo 994 del Código de Vélez.

Por ello, justamente por ser una manifestación de los actos y hechos pasados en presencia del oficial autorizante, se le asigna idéntico valor probatorio. Es decir de plena prueba, que solo podrá caer ante la redargución de falsedad triunfante.

Debe tenerse presente que los actos que quedan bajo el amparo de este tipo de cláusulas, las dispositivas, son los que han dado motivo o razón de ser al instrumento público. Si tan solo a manera de ejemplo analizamos el motivo de la ley o “ratio legis” del art. 1017 del CCCN cuando exige la forma escritura pública para todos los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación, etc. de derechos reales sobre inmuebles, advertimos que dichos motivos quedan satisfechos o concretados justamente en estas cláusulas dispositivas. Por ello decíamos que son la razón de ser del instrumento público.

Cuando el oficial público, en el ejemplo el notario, manifiesta: “Y el Señor XX vende a ZZ, el siguiente inmueble”, está inmerso en este tipo de cláusulas dispositivas, cuya fe y valor probatorio es el máximo que la ley atribuye. Solo caerá ante una redargución de falsedad triunfante.

c) CLÁUSULAS ENUNCIATIVAS DIRECTAS:

Este tipo de menciones dentro del instrumento público, se refiere a todas aquellas manifestaciones que efectúan las partes, relacionadas directamente con el acto instrumentado. El pago del precio, la entrega de la cosa, reconocimiento de obligaciones ya cumplidas relacionadas al contrato, etc.

Sin dudas hay una relación muy estrecha con las que hemos llamado “cláusulas dispositivas”, pero no son el acto mismo, sino consecuencias de aquél.

Obviamente, el funcionario no puede hacerse cargo de la veracidad de las afirmaciones de las partes; por lo que no podríamos exigir que la fe pública, como presunción de verdad, acompañara también esos dichos que dependen potestativamente solo de la sinceridad de los sujetos involucrados en el acto.

El valor probatorio de estas manifestaciones es también pleno, porque su relación directa con el acto, hace que las partes hayan debido prestar una especial atención a su contenido. Pensemos en la referencia al precio, por ejemplo; es seguro que en el momento de la lectura ambas partes pondrán atención especial a su consignación y hasta a su pago, pues un desacierto en ellas conculca sus derechos. Por ello, su valor probatorio es pleno; pero por no estar implicado el funcionario autorizante en la verificación de la sinceridad de lo dicho, el monto mismo del precio, caerá mediante prueba en contrario y no será menester, en este caso, redargución de falsedad.

Será el juez, en su caso, quien deberá meritar, en una compulsiva valorativa, si vale más ese dicho contenido en el instrumento público, o la prueba extra documental aportada por quien la contradice; en el ejemplo que habíamos puesto, podría tratarse de un recibo aislado que dé cuenta de un monto superior o inferior al que aparece en el documento público.

d) ENUNCIATIVAS INDIRECTAS:

Como puede advertirse, la norma no se refiere de manera expresa a este tipo de cláusulas; pero, tal como ocurría con el código derogado, en nuestra opinión, si en un cuerpo legal se designa a una institución con una expresión que permite un contrario, tácitamente también está refiriéndose “a contrario sensu”, al supuesto inverso. Así, por ejemplo, si una norma habla de una institución perfecta, tácitamente admite una imperfecta; si se alude a un efecto directo, también se está suponiendo el indirecto, y así podríamos enumerar infinitas formas de crear situaciones inversas aun cuando no se lo

haga expresamente. Pues bien, es lo que ha ocurrido con las "... enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado..." a los que alude la norma. Dan pié a considerar igualmente las enunciaciones indirectas. Es lo que ocurriría también con el art. 995 del Código de Vélez.

Pero no deja de sorprendernos que los codificadores, advertidos del tema por la abundante doctrina, no hayan mejorado en este aspecto el nuevo CCCN, y debamos seguir reprochando la falta de regulación de las enunciaciones indirectas⁶.

Aparecen así, "a contrario sensu" las cláusulas enunciativas indirectas; pero el hecho de no haberse ocupado de ellas el legislador indicando qué valor probatorio tendría una cláusula de este tipo, que solo de manera indirecta se relaciona con el acto instrumentado, se obliga al intérprete a tratar de suponerla y resolverla con lógica similar. Diremos entonces que al no tener una relación directa con el acto que se está instrumentando, es dable suponer que la parte a la que no le incumbe, no haya puesto la atención necesaria como para involucrarla en sus efectos y consecuencias jurídicas. Tampoco sería justo suponer que la inserción de su firma implique su asentimiento, aplicando fríamente el art. 285 del CCCN, ya que no se refiere a ninguna circunstancia que incida en sus derechos; son pues manifestaciones unilaterales y no constituyen su manifestación de voluntad, como exige la norma citada.

Por ello diremos con Salvat⁷ que estas cláusulas no tendrán valor probatorio alguno entre las partes, y solo constituirán un principio de prueba instrumental⁸, y podrán ser opuestas solo a quien las haya expresado⁹.

⁶ NERI, Argentino I.; "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. II, pág. 160.

⁷ SALVAT, Raymundo M. "Tratado..." Ob.cit. pág. 355.

⁸ En el código derogado la expresión técnica empleada era "principio de prueba por escrito". Hoy en el nuevo CCCN, la expresión es "principio de prueba instrumental", según surge de la norma equivalente al 1193 del viejo Código, art. 1020 CCCN; pero se alude con ella al mismo fenómeno que con la anterior terminología.

Un típico ejemplo de esta clase de enunciaciones, son las que suelen hacerse cuando uno de los cónyuges adquiere con dinero propio, declarando que la compra la hace con el producido de la venta de un inmueble habido antes del matrimonio. Es esta una de las formas de lograr que el carácter de propio, acompañe también al nuevo bien ingresado al patrimonio. El art. 464 inc. c) del CCCN, ilustrando nuestro ejemplo, expresa que será propio el bien adquirido con dinero proveniente de la venta de un bien propio.

Antes de la vigencia del nuevo CCCN, se hacía aplicación del art. 1266 que preveía la adquisición por permuta de un bien propio por otro bien, o la compra por uno de los cónyuges, con dinero propio. La cosa adquirida, merced a dicha norma, mantenía la calidad de propia de la sustituida. Y por aplicación analógica de la disposición del art. 1246 del código derogado, a pesar de que esta norma estaba ya virtualmente sin vigencia por la sanción de la ley 11.357 de 1926, se deducía que era menester la presencia del otro cónyuge asintiendo dicha afirmación¹⁰.

Así, en el momento de la adquisición del nuevo bien, uno de los cónyuges debe dejar sentado que la compra la efectúa con dinero procedente de la venta de otro bien propio que se describe en sus elementos esenciales; refrendando lo dicho por el comprador, su cónyuge presente en el acto asiente esa afirmación.

De esta manera el bien, a pesar de haber sido adquirido luego del matrimonio, lo que daría pie a la presunción de ganancialidad (art. 466 CCCN), por estas manifestaciones oportunamente insertadas en el acto de la compra, seguirán con el carácter de propio, en subrogación del bien que proveyó el dinero al comprador.

El nuevo CCCN, mejorando notablemente toda esta situación, consagra legislativamente de manera expresa esta debida conducta. En efecto, el

⁹ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Pág. 159.

¹⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Los bienes mixtos en el Derecho Civil Argentino”, en Revista Notarial, La Plata, N° 876, 1984. VENTURA, Gabriel B.; “Los bienes propios y gananciales como objeto de calificación registral” en Revista Notarial, Córdoba, N° 6, 1993.

art. 466 ya citado, se determina que en los supuestos a los que hemos referido en los precedentes párrafos, “para que sea oponible a terceros el carácter de propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge”. Como puede advertirse la importancia de estas cláusulas, no siempre es menor. Hasta la publicidad registral deberá reflejar estas circunstancias sirviendo de justificación ante terceros a los fines de acreditar el carácter del bien.

No podemos dejar de resaltar que, respecto de las cláusulas enunciativas directas, nada surge en cuanto a su posible oponibilidad a terceros. En el Código derogado, tanto en el art. 994, como en el 995, al hablar de la prueba agregaban “no solo entre las partes, sino también contra terceros”. Volveremos sobre esto en los puntos siguientes.

e) DECLARACIONES ACCESORIAS:

Si pretendemos cubrir absolutamente todo el contenido documental, no podríamos dejar de mencionar también las que hemos dado en llamar declaraciones accesorias o accidentales. En nuestra opinión, éstas no tienen valor probatorio alguno. A tal punto es así, que si el número, letra o cual fuere la consigna a determinar, estuviese errada, ni siquiera sería menester reprochar falsedad al instrumento, ni nulidad, ni ninguna causal de observación.

Es de esperar que las partes pasen el dato correcto, y que el instrumentador lo corrobore, pero de consignarse el número o consigna erróneos, consideramos que ello no acarrea mayores consecuencias al valor documental, ni exige tan siquiera su rectificación. El documento no es usado para probar esa circunstancia; sino que la exigencia se aprovecha, en algunos casos para obligar al cumplimiento de una conducta; por ejemplo el CUIT,

exigido en el art. 3 bis de la ley 17.801 del Registro Inmobiliario como recaudo de registrabilidad, obligará al notario, al juez o a la autoridad administrativa, a pedir a las partes que lo tramiten; igualmente la exigencia de consignar el número de COTI (Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles), surgida de la Resolución de la AFIP N° 3101/2011, igualmente exigirá al instrumentador a requerirlo de las partes. Como puede advertirse la necesidad de consignar estos datos en el instrumento público, solo persigue el cumplimiento de su tramitación; pero no le agrega valor probatorio alguno, ni su ausencia se lo hace mermar.

En fin hay un sinnúmero de leyes, reglamentos y hasta disposiciones técnicas registrales, que obligan a este tipo de declaraciones, consignas, o códigos. Si bien es cierto que debe procurarse que respondan a una realidad, no corresponde atribuir valor probatorio alguno a las mismas; no es su cometido probar más que la diligencia de la parte, de hacer el trámite. Como ejemplo podríamos mencionar, justamente las que ya han sido esbozadas en el texto: las constancias del CUIT, CUIL o CDI; los números de COTI (Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles) y tantas otras cuestiones que las reparticiones administrativas (Catastros, AFIP, Oficinas de Tierra, Rentas, Registros de la Propiedad, etc.) obligan a consignar en el acto.

FALENCIA DE LA NORMA EN CUANTO A OPONIBILIDAD

Un especial defecto reprochamos al nuevo art. 296 del CCCN, que no tenía la norma equivalente del código derogado. En efecto, como habíamos adelantado, el nuevo artículo no determina respecto de quienes, cada parte del documento ostenta su valor probatorio. El tema no es trivial, si se tiene en cuenta que, en muchas ocasiones, solo se instrumentan contratos con su natural efecto entre partes (art. 1021 del CCCN). Ello nos induce a pensar que cuando el art. 298, comienza diciendo que el instrumento hace plena fe,

este valor solo funcionará respecto de las partes; y no es así, podría llegar a repercutir también en ciertas prerrogativas de terceros.

Todo lo expresado en un instrumento público, mientras se trate de las cláusulas dispositivas o enunciativas directas, tendrá efecto también respecto de terceros. Pero esta afirmación no debe llevarnos a pensar que nos estamos refiriendo al contenido del negocio y a las obligaciones de éste nacidas; éstas, salvo supuestos de excepción, solo puede generar efectos entre partes (“stipulare alteri nemo potest” - Art. 1021 CCCN); aludimos en cambio a la oponibilidad de la afirmación misma. Así, por ejemplo, si un cónyuge manifestó que la compra la efectuaba con dinero propio, no podría luego el otro, que asintió lo dicho con su presencia y firma en el instrumento, pretender arrogarse algún derecho en contra de un tercero embargante.

En el viejo código, expresamente se dejaba sentado en el art. 994 y en el 995, que tanto las cláusulas dispositivas, como las enunciativas directas, hacían plena fe entre partes y respecto de terceros. Pues bien, estimamos incorrecto que el nuevo CCCN no haya incorporado igual sentencia.

3) EFICACIA CONVICTIVA:

Habíamos adelantado que no debíamos confundir expresiones que, en ocasiones, se utilizan indistintamente como si significaran más o menos lo mismo. Distinguíamos así: fuerza obligatoria, valor probatorio, y finalmente, eficacia convictiva. Ya nos hemos referido a las dos primeras expresiones, procurando acotar su sentido técnico; ahora nos toca explicar la llamada “eficacia convictiva”.

Este efecto de cualquier elemento probatorio, alude a la virtud, capacidad o propiedad de convencer, sea por sí sola, o por su acompañamiento con otras pruebas, de todo o parte del contenido de un instrumento público.

Lo importante es que no se trata de un aporte directo, sino que indirectamente coadyuva a la persuasión de otra situación que no es la expresamente corroborada o documentada.

Como ejemplo de lo dicho, podríamos imaginar la acreditación fehaciente de la existencia de un arma determinada en la escena de un crimen, cuya propiedad pertenece a un sujeto, que justamente por dicha pertenencia resulta imputado del delito. Obviamente el dominio del arma no puede generar una eficacia convictiva suficiente como para que su propietario termine condenado por el crimen. Adviértase que el instrumento público que sirvió de imputación, el asiento en el RENAR (Registro Nacional de Armas), creado por ley 20.429 de 1973, no generará el grado de convicción suficiente para una condena, puesto que sólo aportará a la investigación, y de manera indubitada, la pertenencia jurídica del arma, más no la autoría del delito por el sujeto imputado. Concluiremos así que el asiento, como instrumento público, determina de manera fehaciente el dominio del elemento dañino, pero al mismo tiempo carece de eficacia convictiva suficiente como para que el juzgador emita una condena en contra de su propietario.

Pero, en realidad, no es menester acudir a supuestos imaginados, puesto que nos ha tocado en la vida profesional asesorar sobre la falta de eficacia convictiva, de un acta de corroboración que da cuenta de una lápida en el cementerio de un pueblo, identificando al fallecido. Los archivos del Registro de Estado Civil del lugar se habían destruido, y se trataba de acreditar el fallecimiento de una persona. El acta mencionada solo hubiera aportado al trámite la total certeza de la existencia de la lápida, pero no hubiera hecho lo propio respecto del fallecimiento del sujeto mencionado en ella. Bien pudo simularse la citada inscripción, para que luego un juez de paz o un notario dejaren la certera constancia; que por ser instrumento público, corroborará y probará acabadamente lo verificado, pero no convencerá del fallecimiento del sujeto nombrado en la lápida.

Igualmente corresponde aplicar la carencia de eficacia convictiva a otros supuestos, en los que los jueces, con total naturalidad se atreven a expresar que un instrumento público carece de valor probatorio. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en que los abogados acuden en su afán probatorio, a dejar constancia en actas notariales o mediante la participación de jueces de paz, de ciertas situaciones que luego son usadas en juicios concretos.

En estas actuaciones, dicen con razón ciertos pronunciamientos, no han sido citadas las futuras o actuales contrapartes para que controlen la diligencia probatoria. Sin dudas asistirá razón al juzgador, si en tales casos determina que lo corroborado de esa forma carece de eficacia convictiva en el proceso; en cambio reprocharemos ignorar el derecho, cuando se determine que carece de valor probatorio. El valor probatorio, como dijimos en párrafos precedentes, está expresamente tabulado por ley; no puede ni el juez ni ningún intérprete negarle dicha eficacia, si al mismo tiempo no impugna o se pronuncia por su falsedad (art. 297 "in fine" CCCN).

En efecto, el hecho de no haber cumplido con el principio de contradicción y publicidad, que desde el punto de vista procesal garantizan la defensa en juicio, no autoriza a negar valor probatorio a un instrumento público; mas en cambio, justifica plenamente negarle eficacia convictiva.

Otro tanto creemos debe reprochársele a la declaración o corroboración lograda mediante procedimientos ardidosos, prohibidos expresamente por las normas constitucionales y procesales. Como ejemplo de lo dicho podemos imaginar preguntas capciosas o indicativas a un testigo en un acta; o la actuación de un notario intimando y receptando declaración de una parte sin haberse presentado funcionalmente como exige el art. 311, inc. d del CCCN. Desearíamos que los jueces, ante este tipo de supuestos, dejen de expresar, como lo hacen, que el instrumento no tiene valor probatorio; eso no es cierto, lo tiene en su plenitud; pero por contradecir normas de jerarquía

superior, entre ellas el art. 18 de la Constitución Nacional, carecerá de eficacia convictiva¹¹.

V- LA REDARGUCIÓN DE FALSEDAD

El legislador da por sentado que la designación de un oficial público a quien se ha delegado la fe pública, goza de esa atribución no sólo por imperio legal, sino que se le ha investido con ella por haber acreditado previamente tener la probidad y prestigio suficientes para considerarse digno de la confianza pública, consensuada y aceptada por toda la comunidad, representada en los órganos de gobierno que le han designado¹².

Por ello, en coherencia con esta previa exigencia, como ha quedado expresado al referirnos al inciso a) de la norma que estamos analizando, todo lo acaecido en presencia del funcionario autorizante, o lo que él mismo haya cumplido, la realización del acto, su lugar y fecha, solo puede ser desvirtuado mediante un procedimiento especial que es la llamada “redargución de falsedad”. También habíamos adelantado que lamentablemente la norma, a diferencia del art. 993 del código derogado, no se refiere a este procedimiento impugnativo con su expresión técnica: “argución” o “redargución de falsedad”, sino que utiliza una lacónica frase: “hasta que sea declarado falso”.

¹¹ Denominamos “Presentación Funcional”, la obligación que tiene el notario de presentarse ante los requeridos y explicar su cometido, antes de iniciar su función. Estimamos que de no hacerlo se atenta contra el art. 18 de la Constitución Nacional. Advertida o probada esa inconducta funcional, lo corroborado, según explicamos en el texto, carecería de eficacia convictiva.

¹² SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 347; dice: “La ley, al acordar al instrumento público plena fe sobre los hechos que hemos visto, ha tenido en cuenta que esta clase de instrumentos se otorgan ante un oficial público y que éste procederá siempre con sujeción a la más estricta verdad (...) es difícil que una persona que ocupa una posición social elevada, que goza de la consideración pública y que puede vivir tranquila y honestamente, cometa una falsedad que le expondría a perder todos esos bienes y que le llevaría a una pena tan severa como la establecida en el Código penal”.

De nuestra parte no estamos de acuerdo con la sustitución de la expresión. El concepto ya se venía desvalorizando en el cotidiano devenir de los pleitos, y estimamos que la eliminación de la palabra, aunque no parezca trascendente, contribuirá algo más a esa degradación. No ha quedado de manera clara, la profunda diferencia entre la simple prueba en contrario, con la que pueden agredirse los dichos y hechos mencionados en el inciso b) del art. 296 del CCCN, y la redargución de falsedad que se hace menester para atacar las menciones dispositivas y los hechos que el funcionario autorizante enuncia como pasados en presencia o cumplidos directamente por él, que surgen del inciso a) de la norma.

Pero es obvio que, más allá de las pretensiones y anhelos del legislador, puede ocurrir que el funcionario fedatario mienta, por cuya virtud resultaría todo un desacierto que las leyes no hubieran previsto una defensa especial para este tipo de situaciones.

Pues bien, el remedio frente a esa patológica circunstancia, es la redargución de falsedad, cuya diferencia con la simple prueba radica fundamentalmente en la contundencia de su evidencia. Es prueba en contrario también, es cierto; pero ponemos el acento sobre todo en la contundencia de su evidencia. El juez no podrá aplicar aquí solo su criterio y las reglas de la sana crítica; deberá ser mucho más objetivo y exigir una total y absoluta contradicción entre la evidencia de los hechos y lo expresado en el documento.

En definitiva, no sólo debe darse trámite procedimental especial a esta impugnación, sino que debe exigirse una corroboración plena de su mendacidad. Así por ejemplo debemos dejar sentado que el mayor número de testigos nada aporta a ese respecto; sino la contundencia de los hechos y la evidencia de los mismos.

Como ejemplo de lo expresado diremos que deberá triunfar una redargución de falsedad cuando se acredita que el sujeto compareciente al acto había fallecido con anterioridad a la supuesta comparecía al mismo;

cuando se acredita que el lugar en donde acaecieron supuestamente los hechos no existía al momento de su facción; etc.

Desde el punto de vista del proceso, tanto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como en algunos Códigos provinciales, aparece regulada solo como incidente. En efecto dice el art. 395 del C.P.C. y C. de la Nación:

“La redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Será inadmisiblesi no se indican los elementos y no se ofrecen las pruebas tendientes a demostrar la falsedad.

Admitido el requerimiento, el juez suspenderá el pronunciamiento de la sentencia, para resolver el incidente juntamente con ésta.

Será parte el oficial público que extendió el instrumento”.

A pesar de que en los códigos procesales la posibilidad de la argución de falsedad aparece solo mediante trámite incidental, ello no significa que no pueda ser objeto de una acción separada y autónoma; en cuyo caso, debería dársele el trámite más sustancioso que esté previsto en el sistema procesal de que se trate¹³, en atención al importante aporte a la seguridad jurídica que hace el instrumento público.

VI- LA ACCIÓN DE COTEJO

Es de destacar que, cuando se alude al valor probatorio del instrumento público no suele remarcarse que, en la gran mayoría de los casos, hay un soporte original o matriz, que es el protocolo (notarial, judicial o administrativo)¹⁴, y una copia, reproducción o testimonio de éste. El sistema

¹³ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 337 a 349.

¹⁴ Justamente la expresión “protocolo” proviene del latín “proto” y “collum” que se traduce correctamente como “primer ejemplar encolado”. Alguna doctrina, incorrectamente traduce la expresión com-

procura preservar el contenido documental mediante el cuidado de la grafía de un original que queda guardado y protegido por el mismo instrumentador, (juez, notario o autoridad administrativa), y luego de cierto tiempo en los archivos oficiales que el sistema prevé para cada función¹⁵.

En virtud de lo que venimos expresando debemos distinguir que aún siendo instrumentos públicos, hay documento que resultan reproducciones de sus originales; y podremos distinguir así los que denominamos *instrumentos públicos reflejos o indirectos*; es decir que la verdad en ellos contenida es sólo probatoria de la existencia del instrumento público matriz, cuyo contenido es el que queda *reflejado* en el documento reflejo.

Algunos autores se refieren a fe pública originaria y fe pública derivada para aludir a la diferencia que venimos apuntando. Mientras la primera surge del documento original, del protocolo; la segunda resulta de las reproducciones de aquél¹⁶.

Lo que estamos expresando repercute directamente en las posibles impugnaciones que puedan efectuarse. Así como cuando algún sujeto que resulte perjudicado por el falso contenido de una escritura pública deberá impugnarla por falsedad, conforme al procedimiento de la redargución que estamos analizando (art. 296 inc. a del CCCN, y art. 395 del Código de Procedimientos de la Nación), la reproducción o testimonio, en cambio, por estar dentro de la fe pública derivada o indirecta, solo se rectifica mediante la nueva facción de copia fiel, y sin necesidad de procedimiento impugnativo.

Por otra parte, lo dicho resulta de la letra expresa de la ley en materia de escrituras públicas, llevada a su faz práctica y sentada en la última parte del art. 299 del CCCN. En efecto dice ahí la norma: “Si hay alguna variación

pleta como “primera hoja encolada”, lo que no le atribuye el verdadero sentido al giro; así por ej. lo hacen, entre otros, González, Carlos E. “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, pág. 481; también SIERZ, Susana V. “Derecho Notarial Concordado”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 378.

¹⁵ GONZÁLEZ, Carlos E. Ob.Cit., pág. 486, dice: “Corresponde pues, que si el Estado le da el poder de dar fe, (se refiere al notario) lo invista igualmente del carácter de custodio de tantos negocios ajenos” (lo entre paréntesis es nuestro).

¹⁶ SAUCEDO, Ricardo J.; “Régimen del Notariado en el Mercosur”, Ediciones Jurídica, Bs.As. 1998, pág. 54. SIERZ, Susana V. “Derecho Notarial”, 2da. Ed. Di Lalla, 2007, pág. 152 a 156.

entre ésta (se refiere a la matriz) y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz”. También estaba previsto así en el art. 1009 del Código derogado¹⁷.

Téngase presente que lo que estamos expresando determinará que el procedimiento impugnativo por medio de la argución de falsedad, estaría vedado para aplicarse a los testimonios o copias, y sólo aparecería apropiado para las escrituras públicas matrices, es decir para el protocolo. Por ello concluimos que, cuando se trata de impugnar instrumentos públicos reflejos, primero debe exigirse el cotejo. Así lo debería exigir el Juez a quien se someta la impugnación; y recién una vez corroborada la verdad expuesta en la copia, en cuanto a la coincidencia con la matriz, procedería la impugnación por redargución respecto del instrumento público directo si el interesado considera su falsedad. Es lo que hemos dado en llamar metafóricamente, con una finalidad puramente didáctica: “acción de cotejo”; que en realidad no es una acción, sino un trámite previo a la impugnación o redargución de falsedad.

En el Código Civil español, en norma más acertada para solucionar lo que hemos expuesto, el art. 1220 expresa que “Las copias de los documentos públicos de los que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas [...]”¹⁸.

¹⁷ Dicho sea de paso, siempre consideramos desacertado el texto del art. 1010 del Código de Vélez (hoy art. 299 “in fine”), cuando expresaba que las copias de las escrituras extraídas conforme a las previsiones de la ley, tienen idéntico valor que su matriz. Obviamente, como lo expresamos en el texto, eso no es cierto. Hay una importante mengua en el valor probatorio de la copia, respecto del documento matriz, dado que éste solo prueba en tanto lo dicho sea reproducción fiel de aquél.

¹⁸ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 103, 104.