

3/11/16

FORMA Y PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS – INSTRUMENTOS PÚBLICOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(Análisis exegético de los arts. 284 a 319 del CCCN)

Por Gabriel B. Ventura*

SECCION 3ª

Forma y prueba del acto jurídico

ARTICULO 284. Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

COMENTARIO:

LA FORMA

Antes de entrar de lleno al concepto de forma en los actos jurídicos, que es a lo que apunta la sección que comenzamos a analizar, corresponde introducirnos a su concepto aplicado en general al ámbito del derecho. Al mismo tiempo corresponde destacar la vinculación estrecha entre la forma y la prueba, puesto que el legislador en ocasiones impone una forma determinada a los fines exclusivamente probatorios. Por ello el título de esta sec-

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

ción: “Forma y prueba del acto jurídico” involucra acertadamente ambos conceptos.

Como una primera aproximación podríamos expresar que forma es toda manifestación exterior de la voluntad. El código derogado, a ese respecto resultaba muy didáctico en su art. 913: *“Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”*. La lógica del pronunciamiento es evidente, pues mientras la voluntad permanezca en la intimidad del individuo sin hacerse al exterior, constituye un acto privado que, conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, permanece desprovisto de toda consideración jurídica; pues el derecho no atiende a las intenciones de los sujetos, sino solo cuando éstas salen a la luz o son puestas en práctica. Vienen bien las palabras de López de Zavalía, cuando concluye que “Un acto sin forma carece de sentido; sin forma, equivaldría a sin exteriorización. Y faltando la exteriorización de los contenidos de conciencia, no puede haber acto voluntario”¹.

La norma equivalente al art. 913 en el nuevo CCCN, es el art. 262 que determina las formas en que pueden manifestarse los actos. Se prevé que pueden serlo: oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de hechos materiales. Al mismo tiempo este artículo corresponde casi textualmente al viejo 917 del Código de Vélez.

Pero este básico concepto de forma, si bien nos introduce al concepto, que podríamos sintetizar como: la exteriorización de las cosas no corpóreas, la voluntad, los pensamientos, las ideas, los acuerdos, etc., no es la forma a la que apunta el capítulo que se inicia con esta norma, pues a pesar de que todo hecho voluntario exigirá una exteriorización determinada, corresponderá hablar de actos formales sólo cuando la ley exige una solemnidad en concreto.

Por otra parte, expresamente la doctrina ha dicho que no debe confundirse la forma como elemento de manifestación de la voluntad, o exteriorización de la conciencia a la que aludimos en el párrafo precedente, con las

¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1983, pág. 67.

llamadas declaraciones formales, que estaban definidas en el art. 916 del código derogado; es decir aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formas expresamente ordenadas por la ley². Por nuestra parte, sin confundir las apreciaciones de la forma, creemos que es necesario advertir que aludimos al mismo fenómeno; es decir a la necesidad de una manifestación exterior de una determinada situación, sea una voluntad, sea un acuerdo de voluntades.

Por ello en un sentido más técnico, la expresión “forma” apunta a las solemnidades que las leyes exigen para la validez de los actos jurídicos. Vélez definía la forma en este sentido que estamos abordando, en el art. 973 del Código derogado, como “el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico...”. Para perfilar mejor su concepto, brindaba ejemplos: como la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea autorizado por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar, etc. La enumeración de Vélez debe considerarse tan solo ejemplificativa³, puesto que hay muchos casos más surgidos de la regulación concreta, tanto del Código Civil y Comercial, como de la vida jurídica espontánea, que exigen el cumplimiento de formas. Así ocurre, por ejemplo con la exigencia de la lectura de las escrituras públicas y su constancia en la misma (art. 305, inc. d, del CCCN), la transcripción y agregación de los documentos habilitantes y legitimantes (art. 307 del CCCN), cuando las partes actúan por otros o merced a invocar ciertos caracteres.

Sobre esta idea se fundamenta la clasificación de actos jurídicos en formales y no formales; no apuntando a si tiene o no tiene forma, puesto que todo acto jurídico la necesita aunque más no sea en una mínima expresión, sino aludiendo a la exigencia legal de una concreta y determinada forma.

Cuando el legislador expresa que un determinado acto debe ser realizado por escritura pública, diremos que ese acto jurídico o contrato es formal.

² CIFUENTES, Santos E. “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 192 y ss.

³ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA

Si la forma se exige “ad probationem”, es decir a los fines de la prueba, es solo a esos efectos, pero no se impide que pueda acreditarse el acto por otros medios. En cambio si la exigencia formal lo fuere “ad solemnitatem” o forma absoluta, será inútil legalmente intentar acreditar el acto por otros medios, pues solo se admitirá hacerlo mediante la forma exclusivamente impuesta para ello⁴. Sirve de ejemplo de la primera el contrato de compraventa de inmuebles celebrado en instrumento privado, es decir sin cumplir con la forma prevista para ese acto jurídico (art. 1017 del CCCN); pues bien, en tal caso nada impedirá, a pesar de no contar con la solemnidad exigida, que ese instrumento sirva para acreditar la existencia del compromiso asumido y generar así el efecto de obligar a elevarlo a escritura pública, según lo expresado en el art. 1018 del CCCN. Como puede advertirse la exigencia legal, en estos casos, lo es con carácter relativa. El acto genera algún efecto; no el que las partes quisieron “ab initio”, pero al menos permite contribuir a acreditarlo (art. 1020 CCCN) y a conminar su exigencia (art. 969 y 1018 CCCN).

Distinto sería el caso de una donación de inmuebles o de muebles registrables, pues según el art. 1552 del CCCN, tales actos deben ser hechos por escritura pública “bajo pena de nulidad”. La expresión “bajo pena de nulidad” usada en el CCCN, tiene el efecto de marcar de manera indubitada, la exigencia “ad solemnitatem” y absoluta de la forma impuesta. En efecto, por disposición del art. 285, cuyo análisis abordaremos en el punto siguiente, y el art 1018, entre otros, solo se aplicará la conversión automática del acto a los fines de obligar a cumplir con la forma impuesta, mientras el requisito no sea exigible bajo sanción de nulidad⁵; pues si no fuera así y la norma agregara “bajo pena de nulidad”, ni siquiera ese efecto surtiría.

⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Teoría de los Contratos – Parte General”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1975, pág. 275.

⁵ El CCCN prevé una conversión genérica, no automática sino deducible según los casos, en el art. 384, de tortuosa redacción; pero también en cada caso concreto se ha establecido la conversión, que por este motivo, por estar predeterminada con carácter imperativo por la ley, la hemos denominado “conversión automática”. Ejemplo de éstas serían justamente los boletos de compraventa o de cualquier negocio traslativo dominial de inmuebles.

A propósito de la expresa condena “bajo pena de nulidad” del CCCN, es necesario remarcar que, no obstante coincidir con el Maestro López de Zavalía cuando expresaba aludiendo al art. 1184 del viejo código derogado, que “la sola mención de que una forma es exigida bajo pena de nulidad no basta para imprimirle el carácter de forma solemne absoluta (...)”⁶, debemos aclarar que la reflexión del sabio Jurista tucumano estaba totalmente vinculada al viejo código; y él fundaba su tesis en otras normas con exigencias formales absolutas que no usaban la expresión “bajo pena de nulidad” (ej. Art. 1810 C.C. de Vélez); en cambio en el CCCN, la reiteración del principio contrario nos da una total certeza en cuanto a que ese es el criterio de la distinción. En efecto, véanse solo para ejemplificar, amén del artículo 285 que estamos analizando, los textos concretos de los arts. 969, 1018, entre otros. En definitiva, si una norma no dice “bajo pena de nulidad”, la forma debe interpretarse como relativa, y podrá acreditarse el acto por otros aportes probatorios que pudieran inferirlo. A esos efectos es muy ilustrativo el art. 1020 CCCN: *“Los contratos en los cuales la forma es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos...”*.

Luego de esta aclaración y volviendo a las formas exigidas con carácter absoluto, viene bien por lo novedoso del caso, ejemplificar con la donación de un automotor, que es cosa mueble registrable (Art. 1 del Decreto Ley 6582/58)⁷. El art. 1552 CCCN exige que la forma de este acto jurídico sea la escritura pública bajo pena de nulidad, es decir solemne absoluta, por lo que otorgada la donación del automotor bajo forma privada, carecerá totalmente de fuerza ejecutiva, y ni siquiera tendrá el efecto de obligar al otorgamiento de la forma impuesta.

LIBERTAD DE FORMAS

⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Teoría de los Contratos”, Parte General, Ed. Zavalía, Bs.As. 1975, pág. 203.

⁷ El artículo 1 del Decreto Ley 6582, habría quedado modificado por el art. 1552, pues esta norma exige, como forma “ad solemnitatem” que la donación del automotor, como de toda cosa registrable, lo sea por escritura pública.

Tal como lo hacía el código derogado en el art. 974, el nuevo CCCN en la norma que estamos analizando, prevé como regla general la libertad de formas; es decir que las partes pueden elegir la que consideren suficiente.

Pero si la ley impone una forma determinada, la celebración del acto jurídico debe respetar ese mandato y la solemnidad concreta exigida. Su incumplimiento determinará una sanción más o menos severa según el sistema considere la importancia de la forma requerida. Si la forma no lo es con carácter relativo, según vimos, se produce la conversión, y por dicha virtud, si bien no se permitirá la plena validez del negocio en trámite, admitirá en cambio conminar al llenado de las formas legales mediante acción judicial de ser menester. Si la forma es exigida con carácter absoluto, en cambio, la sanción consistirá en la negación de todo efecto del acto otorgado en transgresión.

Esta primera disquisición nos permite distinguir los actos formales de los no formales. No apuntando a la necesidad de una manifestación exterior, puesto que ya vimos que, aunque más no sea en una mínima expresión todo acto voluntario la requiere, sino aludiendo más bien a la imposición de una solemnidad determinada y concreta impuesta por la ley; que, como también se dijo, podrá ser exigida con carácter de “ad probationem” o “ad solemnitatem”, la que a su vez podrá ser absoluta o relativa⁸. Corresponde pues remarcar que el nuevo CCCN, más allá de algunas diferencias que hemos marcado en los párrafos precedentes, mantiene en lo básico estas categorías.

POSIBILIDAD DE PACTAR UNA FORMA MÁS EXIGENTE

Ya en el artículo 974 del código derogado podía advertirse, algo tenue, la posibilidad de pactar una forma determinada; es decir que no fuera el legislador quien la impusiese, sino las mismas partes del acto. En efecto el

⁸ CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 206, 207.

citado dispositivo expresaba en sus primeras líneas “En los casos en que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada *o convenida...*” (la bastardilla es nuestra). Ocurre pues que, por determinadas circunstancias las partes pueden acordar que solo tendrá efecto pleno entre ellas una situación determinada, cuando la misma se haya otorgado o producido mediante una determinada solemnidad. Como ejemplo podríamos referirnos a una cláusula en un contrato de locación, por la cual locador y locatarios sólo considerarán reintegrado el objeto de la locación, cuando se dejase constancia de su estado y recepción de conformidad mediante acta notarial.

ARTICULO 285. Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

COMENTARIO:

SANCIÓN POR FALTA DE FORMA

Esta norma ha quedado sucintamente explicada en la introducción que hicieramos de esta sección. Aquí, en el 285, la regulación adopta una terminología genérica que sería aplicable a todos los supuestos de actos formales. Por ello no creemos adecuado haber caído en la reiteración de este principio rector cada vez que un contrato o una determinada institución prevean una forma determinada.

LOS BOLETOS DE COMPRAVENTA

El más típico ejemplo de esta situación se ve en los casos de los llamados “boletos de compraventa”, que de nuestra parte preferimos denominar “boletos de inmuebles”, puesto que no existen solo los de compraventa,

sino que también pueden serlo de permuta, de cesión, de dación en pago, y respecto de cualquier otro acto jurídico con idoneidad traslativa, cuya exigencia formal no lo sea con carácter absoluta, que como dijimos, se traduce en el CCCN, con la expresión legal “bajo pena o sanción de nulidad”.

La expresión “boleto” justamente pretende poner de resalto la falta de la forma adecuada para generar el efecto deseado, transferir el dominio del inmueble, si se cumple con tradición (art. 750, 1892 y 1924 del CCCN).

Es costumbre en los negocios inmobiliarios la celebración previa del boleto, y éste nos coloca en la situación prevista en la norma del art. 285, 969 1018 que estamos analizamos. Pero es de destacar que ello no necesariamente ocurre por una intención contraria a derecho de las partes del negocio, sino por el contrario, suele ser un sano criterio de seguridad, lo que lleva a las partes a celebrar el boleto. En ocasiones responde a dificultades de momento que serán salvadas en un cierto lapso. Hasta tanto ello ocurra, para dar firmeza a la contratación se acude a este contrato que ya es de práctica tan habitual, que hasta ha merecido una muy cuestionable norma expresa en el CCCN, el art. 1170.

Suelen quedar por arreglar, en el momento de la concreción del negocio, algunas situaciones relativas a deudas por tributos que pueda presentar la propiedad, a la liberación de impuestos ante la AFIP por tratarse de la sustitución de la única vivienda (art. 14 ley 23905), consultas registrales, planos, y otras cuestiones que imposibilitan la celebración directamente del contrato de compraventa, permuta, o cualquier negocio traslativo de la propiedad, con la formalidad adecuada (art. 1017 CCCN) en el instante mismo de tomada la decisión de compra.

Para más, cabe agregar que los mismos trámites notariales y registrales previos, cuando no la confección de planos de mensura, unión o subdivisión, autorizaciones administrativas o judiciales, según los casos, insumen un tiempo considerable que va desde una semana hasta varios meses. Resultaría todo un incordio exigir a las partes directamente la celebración de la

escritura traslativa dominial. Pero tampoco es recomendable sostener la intención negocial tan sólo en una promesa verbal⁹.

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL BOLETO

Aun antes de la sanción del CCCN, ya era toda una tradición la disputa entre quienes sostenían que el boleto de compraventa inmobiliario era un contrato de compraventa y quienes entendían que se trataba de otra figura. El tema se encuentra íntimamente relacionado con la interpretación que demos a las normas referidas a las formas¹⁰.

Al exigirse la escritura pública para todo acto que tenga por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmueble, para nosotros el incumplimiento de la misma obsta a la plena validez del contrato. Luego de ello deberemos analizar si la exigencia lo es de manera absoluta o relativa, según explicamos en el análisis de la norma anterior. Si fuera absoluta el contrato lisa y llanamente no generará efecto alguno; en cambio, según surge del art. 1018, la exigencia formal de la escritura pública lo es con carácter relativo, por lo que aun incumplido el recaudo formal, generará la obligación de cumplir con la forma exigida¹¹.

No dudamos que el boleto de compraventa o cualquier contrato traslativo de inmuebles que no respete la forma exigida por el art. 1017, salvo la donación sobre inmuebles o cosas muebles registrables, constituye un contrato válido como tal, aun cuando, por efecto de la conversión automática (art. 1018), genere una obligación diferente al fin último querido por las partes que es la transferencia y adquisición del dominio. Pues encaja perfecta-

⁹ KIPER, Claudio M. "Juicio de Escrituración", Ed. Hammurabi, Bs.As. 1999, pág. 48.

¹⁰ Excedería la finalidad de esta nota hacer un desarrollo de todas las posturas doctrinarias respecto a la naturaleza del boleto. Para ello atendiendo a las viejas normas del Código derogado, recomendamos MORELLO, Augusto M. "El boleto de compraventa inmobiliaria"; 2º Ed. LEP, La Plata, 1975.; ETCHEGARAY, Natalio P. "El boleto de compraventa inmobiliaria", Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1975, Tomos I y II; MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto J. "La obligación de escriturar", Ed. La Rocca, Bs.As. 1994; KIPER, Claudio M. Ob.Cit.

¹¹ CIFUENTES, Santos; "Negocio Jurídico", Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág 204 y ss.

mente en el concepto legal de contrato que brinda el art. 957: *“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más personas manifiestan su consentimiento para crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”*. La duda se nos plantea, en cambio, cuando pretenda calificarse a este contrato como de compraventa de inmuebles, pues la forma exigida para lograr ese efecto seguida de la tradición (art. 750 CCCN) será, a no dudarlo, la escritura pública.

Con más claridad se advierte lo dicho si analizamos las acciones que nacerían por efecto del boleto. Tomando como modelo, por ser la fórmula más genérica, el contrato de compraventa, veremos que las acciones típicas que nacen de este contrato, según lo sienta expresamente el art. 1123 del CCCN, son la posibilidad de exigir el comprador la entrega de la cosa (la *“actio emptio”* de los romanos)¹²; y por parte del vendedor exigir el pago del precio. En efecto dice el art. 1123 que *“Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”*. Téngase presente, en fin, que en los efectos contractuales que estamos enunciando nos estamos ateniendo a la letra del concepto legal del contrato de compraventa contenido en el art. 1123 del CCCN.

Pues bien, el boleto de compraventa no generará ni para el comprador ni para el vendedor ninguna de esas acciones hasta que no hayan cumplido previamente con el otorgamiento de la forma exigida con carácter relativo, en el art. 1017 inc. 1º del CCCN. Por ello el boleto, coherentemente, solo generará la acción tendiente a conminar el cumplimiento de la forma debida, concretamente en nuestro ejemplo, la llamada acción de escrituración.

No había en el viejo código derogado una norma tan contundente como la que se prevé en el art. 969 del CCCN, y que, en nuestra opinión, terminará con la vieja discusión sobre si el boleto es o no un contrato de compraventa. En efecto dice la norma del art. 969 que *“Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la formalidad no*

¹² KIPER, Claudio M. “Juicio de Escrituración”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1999, pág. 55, 56.

ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato”. Si bien este pronunciamiento, más o menos parecido constaba ya en el art. 1185 del código derogado, no se utilizaba en él la expresión “son nulos”, que surge de la primera parte del nuevo dispositivo. Es una “nulidad efectual” en los términos de López de Zavalía, porque si bien el acto tiene validez, no será para los efectos normales o propios, sino para otro efecto, cual es la exigibilidad de la forma requerida¹³.

Hasta tanto esa forma no se cumpla ni el vendedor podrá exigir el precio ni el comprador la entrega de la cosa. Podría ocurrir, incluso, que el contrato de compraventa no pudiera celebrarse por no resultar factible la concreción de la escritura traslativa del dominio¹⁴. Imaginemos, a manera de ejemplo, un boleto de compraventa referido a un inmueble sujeto a subdivisión, y que la autoridad administrativa no apruebe la misma por considerar que se vulnera la ley de parcelamiento mínimo o la unidad económica mínima prevista en la zona (art. 228 del CCCN). En tales casos no sería dable el

¹³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Teoría de los Contratos” – Parte General, Ed. Zavalía, Bs.As.

1975, pág. 202. Una de las originalidades y aporte de López de Zavalía consistió en designar la nulidad de los boletos como “nulidad efectual”. La inobservancia de la forma “(...) acarrea generalmente solo la nulidad efectual del contrato, el cual vale como promesa de contrato, como pacto en el cual las partes se obligan a otorgar la forma impuesta”.

¹⁴ Cada vez que usamos la expresión “escritura traslativa del dominio”, recordamos a LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. en su “Curso Introductorio...” Ob.Cit., pág. 347. El prestigioso jurista tucumano ironiza expresando: “[...] la llamada *escritura traslativa* (que, por supuesto, no traslada nada: art. 577, C.Civil).” De nuestra parte estimamos que le asiste razón, en cuanto a que por sí sola la escritura traslativa no opera la mutación; sino que integra uno de los elementos constitutivos al dar la forma apropiada a la causa o título. Pero remarcamos que si no fuera traslativa, ni aun seguida de la tradición (art. 577 citado por el autor) se generaría dicho efecto. Por ello, cuando analizamos el art. 2602 del Código Civil que alude al “título suficiente”, hacemos hincapié en la idoneidad de la causa (que tenga efecto traslativo), compraventa, donación, permuta, dación en pago, etc. y a su forma apropiada (en este caso escritura pública). Ello autoriza pues, en nuestra opinión, a pesar de la ironía de López de Zavalía, a referirse a esa instrumentación como *escritura traslativa*.

cumplimiento del pago del precio ni la entrega de la cosa, sencillamente porque el contrato de compraventa no pudo tener lugar.

OTROS BOLETOS QUE NO SON DE COMPRAVENTA

Si bien el caso más corriente es el boleto de compraventa, como ya habíamos adelantado, no debemos limitar sólo a esa causa de adquisición la previsión de la norma formal. Casi todas las causas constitutivas o modificatorias de derechos reales, admiten la posibilidad de acudir a estos boletos y por ende pueden considerarse inmersas en la regulación del art. 285, 969 y 1018 del CCCN, excepción hecha de las donaciones que, tal como hemos expresado, por la exigencia formal del art. 1552, en el que se expresa “bajo pena de nulidad”, si no fueren hechas en escritura pública no generarán acción alguna¹⁵. Pero siguen siendo excepción a este principio, las promesas de donación hechas en instrumento privado a favor de las fundaciones, según lo prevé el art. 198 del CCCN¹⁶.

LA ACCIÓN DE ESCRITURACIÓN (ARTÍCULO 1018 DEL CCCN)

Si las partes no cumplen con la obligación de escriturar, la misma podrá ejecutarse judicialmente; y será el Juez, en última instancia quien ejecutará la prestación, sustituyendo al deudor remiso (sea vendedor o comprador, transmitente o adquirente).

Es lo que expresamente surge del art. 1018 del CCCN, que por otra parte no es ni más ni menos que el típico efecto de cualquier obligación. En efecto, el art. 730 del CCCN, reiterado en el art. 777. Estas normas vienen a

¹⁵ CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 205, 206. El autor explica que conforme a la moderna clasificación de las formas, la exigida para la donación de inmuebles, constituiría lo que se denomina una “forma absoluta”, cuya característica radica en que cuando se omite, “[...]ese vicio priva a los negocios de sus efectos propios y de todo otro efecto civil[...]” (lo resaltado es nuestro).

¹⁶ Ya la vieja ley de fundaciones 19.836, en su art. 6, expresaba que “La fundación tendrá todas las acciones legales para obtener el cumplimiento de tales promesas, a las que no serán oponibles excepciones fundadas en los artículos 1793 y 1810 del Código Civil”. Esta última norma es la que exigía con carácter absoluto que la donación de inmueble fuera instrumentada exclusivamente en escritura pública; es decir la exigencia del actual 1552 del CCCN.

cubrir lo que en el código derogado regulaba el art. 505; es decir las prerrogativas que confieren las obligaciones al acreedor, frente al incumplimiento del deudor: 1) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por oro a costa del deudor; y c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. En nuestra opinión, lo previsto en el inciso b, es lo que ocurre cuando el juez, en sustitución del deudor remiso, suscribe el acto formal que no se había cumplido en su momento.

El principio general consagrado en este dispositivo es aplicable a todos los supuestos en que la posibilidad de sustitución sea posible¹⁷.

Obviamente en los casos en que no pueda efectivizarse la sustitución por circunstancias especiales, como pueden serlo la falta de cumplimiento con dispositivos administrativos de parcelamiento mínimo o trámites catastrales, la existencia de medidas cautelares impeditivas (prohibición de innovar, de disponer), etc. el pronunciamiento judicial, con el apercibimiento de firmar el juez en sustitución, conforme a lo sentado en el art. 1018 CCCN, no podrá paliar ese impedimento¹⁸.

El supuesto se podría presentar también cuando en el boleto respectivo hubiese un saldo de precio que el adquirente, según previsión contractual, se hubiere obligado a garantizar con hipoteca a favor del transmitente. La norma expresa del art. 2185 del CCCN que exige la constitución de la hipoteca sólo por los legitimados (art. 2206 CCCN), pareciera impedir al

¹⁷ RAMACCIOTTI, Hugo; "Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba", Ed. Bs. As. 1980, T 2, pág. 538; dice: "[...] supuesto que la sentencia haya impuesto una obligación de hacer alguna cosa [...]. Postulado fundamental en esta materia es el cumplimiento en especie de la obligación por parte del deudor compelido a ella, salvo que fuese necesario emplear violencia contra su persona, en cuya situación, y si no se tratara de un hecho personalísimo del obligado, el acreedor puede optar por hacerlo ejecutar por otro por cuenta y a cargo de deudor, o bien, en una última alternativa, reclamar los daños y perjuicios consiguientes [...]"

¹⁸ "El apercibimiento contenido en el art. 512 del Código Procesal no puede ser interpretado como de aplicación mecánica e irracional, aun cuando la sentencia condene a escriturar, pues debe examinarse la naturaleza de la obligación reconocida: siendo inaplicable el otorgamiento de la escritura por el juez cuando por las circunstancias del caso éste no puede sustituir válidamente al obligado. En tal sentido, si se encuentra pendiente la realización de trámites administrativos previos como la redacción del reglamento de copropiedad y administración y la subdivisión del inmueble, estos actos exceden del marco de actuación supletoria del juez prevista en aquella norma por lo que la pretensión del accionante de efectivizar el apercibimiento allí previsto, deviene improcedente". (Cámara Nacional Civil, Sala F, del 5 de octubre de 1987, ED. 127-329).

mismo tiempo la imposición judicial del gravamen. Esta era la situación que se planteaba con el viejo art. 3128 del Código Civil y la especial prohibición contenida en el art. 3115 del mismo y su nota, eliminando las llamadas hipotecas judiciales, y a su respecto, alguna doctrina, con las normas del viejo código derogado, había dicho que no puede haber “promesa de hipoteca”¹⁹ (en los términos de los viejos arts. 1184 y 1187 del Código derogado).

Por nuestra parte opinamos que cuando estamos en el supuesto de sustitución del deudor, en los términos del art. 1018 CCCN, el juez estará ejecutando la obligación de escriturar surgida de una promesa de venta con hipoteca por saldo de precio; pero esta situación no le dará carácter de hipoteca judicial lo que reñiría de manera manifiesta con el art. 2206 del CCCN. El instrumento pues, será notarial y consistirá en la ejecución forzosa de la voluntad ya expresada por el condenado en el contrato respectivo. De la misma manera que en la ejecución de la escrituración de una compraventa sin hipoteca por saldo, no se nos ocurriría decir que es una compraventa judicial, sino que el juez sustituye la voluntad de las partes remisas, tampoco aquí será correcto calificar de hipoteca judicial la sola instrumentación compulsiva del gravamen, pues esta acción solo conmina al cumplimiento de una obligación ya asumida.

Respecto de esta situación, Highton, refiriéndose al supuesto en el entorno del código derogado, expresamente manifestaba: “Que la forma del contrato de hipoteca sea *ad solemnitatem* no impide el funcionamiento del contrato de promesa que es distinto de éste y no constituye derecho real alguno. Si se promueve pleito y se condena a suscribir la escritura, bajo apercibimiento de ley, la sentencia no constituirá una hipoteca judicial, pues ésta surge por voluntad de los interesados que se han comprometido a ello. Las cláusulas no incluidas en la promesa, serán las de estilo”²⁰.

¹⁹ SALVAT, Raymundo M. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1960, Tomo IV, pág. 127. PEÑA GUZMÁN, Luis A.; “Derecho Civil – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo III, pág. 358 “Los requisitos de forma que el Código establece son requeridos *ad solemnitatem*, esto es, que su inobservancia acarrea la nulidad absoluta de la hipoteca [...]”. MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1989, pág. 68.

²⁰ HIGHTON, Elena I.; “Derechos Reales”, Ed. Ariel, Bs.As., 1980, Vol 6, pág. 116.

ARTICULO 286. Expresión escrita. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS

No siempre ha sido la forma escrita la que acusaba o probaba la existencia de los hechos y compromisos con trascendencia jurídica. En la antigüedad, el espontáneo cumplimiento de las obligaciones asumidas estaba basado más en el temor de Dios²¹, que en algún reproche humano²². Aún hoy se habla, sobre todo en las pequeñas comunidades, del “valor de la palabra” o “la palabra empeñada”, con lo cual se alude más al compromiso moral y ético, que a la probable acción de la justicia y del derecho conminando al cumplimiento.

Pero las citadas expresiones populares tan representativas del empeño moral y ético, pasaron luego, ya en las grandes comunidades, dominadas por lo que podríamos llamar un “anonimato social” en las que nadie sabe del otro, ni de su prestigio o fama, a ser sustituidas por otras más prosaicas, pero no menos valederas: “A las palabras se las lleva el viento”, con la que se brinda la idea de la poca firmeza y fugacidad del compromiso del que no queda huella alguna que permite su reconstrucción.

²¹ “Temor de Dios”, como expresión técnica teológica, no implica necesariamente miedo o desasosiego, sino que evoca la idea de un respeto reverencial hacia el Creador, que obliga internamente a una conducta determinada.

²² GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 299, 300.

Si bien el fenómeno de la escritura se advierte en las más antiguas civilizaciones, ella no fue utilizada desde aquellos tiempos en el ámbito jurídico como medio de prueba y exigencia forzada de lo asumido.

Hasta en la avanzada Roma, con su extraordinario y sofisticado derecho, vemos que los procesos importantes eran generalmente orales. La escritura no aparecía entre las formalidades exigidas. Se usaban si muchas solemnidades y acciones ficticias simbolizando la entrega, el pago y el recibo del precio, para impregnar los sentidos, pues no quedaba instrumento alguno escrito que permitiera recrear ese acto. Así, por ejemplo, la “mancipatio” utilizada para transmitir la propiedad, procedía ante el “librepens”, un funcionario del Estado cuyo cometido era justamente portar simbólicamente una balanza en donde se verificará el sinalagma contractual, es decir el equilibrio de las prestaciones. Reunidos vendedor, comprador, ante el librepens y cinco testigos; el adquirente tocaba la cosa objeto de la mancipatio y declaraba ser su dueño, según el derecho civil, por haberla adquirido con la ayuda del cobre²³ y de la balanza; al mismo tiempo golpea con un cobre la balanza, y la entrega al transmitente simbolizando el pago y el recibo del precio. La cosa a transferir debía estar presente; pero si se trataba de un inmueble, el bien era sustituido simbólicamente por una teja (“tegula”) si era fundo edificado, o por un puñado de tierra (“gleba”) si se trataba de un inmueble rústico²⁴.

Corresponde aclarar que hablar de instrumento o documento, no necesariamente involucra la idea de “instrumento o documento escrito”; las expresiones son lo suficientemente amplias como para ser asignadas igualmente a cualquier elemento que sirva de acreditación o comprobación de determinados sucesos, sean convenios o contratos, sean hechos históricos, geológicos, humanos o de cualquier índole.

Hasta desde el punto de vista semántico, “instrumento” y también “documento”, tienen ese amplio sentido al que nos hemos referido en el prece-

²³ El peso del cobre, o el lingote de cobre ya pesado, era la moneda del momento. Se habla igualmente de “moneda al peso”. Ver PETTI, Eugène; “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Ed. Araujo, Bs. As. 1943, pág. 213, nota 193.

²⁴ PETIT, Eugène; Ob. Cit., pág. 213, 214.

dente párrafo²⁵. En efecto, la palabra “instrumento” proviene del latín “instruo” (de “instruir”) y se aplica pues a todo lo que instruye o enseña sobre algo. Otro tanto ocurre con “documento” cuya procedencia del latín, “docet” (de docencia), evoca igualmente la enseñanza o instrucción que el término involucra.

Así, con este sentido amplio, un hueso fósil es un instrumento o documento para el paleontólogo; igualmente lo es una piedra para el geólogo; o un viejo papiro para el historiador. La terminación “mentem” alude a la mente o al pensamiento (del latín “mens”), por lo que la combinación “docet” y “mentem” o “instruo” y “mentem” nos permiten concluir que los documentos o instrumentos, desde el punto de vista etimológico y semántico, instruyen, enseñan o ilustran la mente.

Adviértase igualmente, cómo el análisis precedente de las expresiones, nos evoca la idea de reconstruir un pasado, que no es ni más ni menos que aportar elementos probatorios de un convenio, una declaración o un hecho cualquiera que, desde el punto de vista jurídico, constituye el elemento condicionante que exige la estructura de la norma para generar los efectos buscados en el mundo jurídico: obligar o conminar al cumplimiento de ciertas conductas, o acreditar situaciones o derechos.

LA FORMA ESCRITA

La forma puede ser de lo más variada, y depende del entorno en que sea manifestada para que el derecho le asigne más o menos fuerza vinculante.

Hay forma en la expresión hablada, escrita, y hasta en un simple gesto o movimiento de manos. Adviértase que en una subasta, ante el requerimiento del martillero “¿quién da más?” un simple asentimiento con la cabeza o movimiento de mano, indican que el sujeto está dispuesto a mejorar las anteriores posturas en esa venta pública. Modernamente, mediante la con-

²⁵ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Teoría General del Instrumento Público”, Ed. Ediar, Bs.As. 1953, pág. 54.

tratación electrónica a distancia, hasta puede considerarse una forma de manifestación de la voluntad el “clic” o doble “clic” que se hace en el dispositivo manual o “mouse” de la computadora. Destaquemos que no se trata de una simple metáfora, puesto que ese, en los hechos insignificante accionar del operador, involucra ni más ni menos que la aprobación de los términos contractuales, su aceptación y su firma (arts. 1, 3, 7, 8 y 10 de la ley 25.506).

En la norma cuyo análisis abordamos se regula la expresión escrita como forma vinculante. Obviamente esa escritura debe constar en un instrumento que la misma norma se encarga de calificar de “instrumento particular” cuando no está firmado por su otorgante o autor. En efecto, a pesar de que el artículo analizado prevé que el instrumento particular pueda estar firmado o no, la norma siguiente en su primer párrafo, determina que, técnicamente, instrumento particular es el que no está firmado, ya que al firmado lo designa “instrumento privado”. No hay pues, una total sinonimia técnica entre instrumento particular e instrumento privado.

Esta expresión escrita en un instrumento particular, solo puede usarse válidamente mientras la ley no imponga otra forma instrumental.

Respecto a la última parte de la norma bajo análisis, se prevé allí la utilización de otros soportes que no sean los tradicionales, tinta y papel a los que estamos tan acostumbrados en estos tiempos.

En los tiempos de la contratación electrónica a distancia, merced a internet y a los progresos en materia de encriptación y desencriptación que permiten las técnicas modernas, cuyo resultado y seguridad ya están siendo evaluados en nuestro País desde el año 2001, merced a la ley de firma digital 25.506 que no ha sido derogada por la ley 26.994 (CCCN), resultaba imprescindible la incorporación de estos soportes diferentes a la tinta y al papel a que estábamos acostumbrados.

Por ello, en un claro amoldamiento a estos avances tecnológicos, se prevén las distintas formas de manifestación de los instrumentos particulares o privados, según el soporte utilizado. Así, tanto sea la tinta sobre papel, como las grabaciones en soportes de material plástico magnetizado, generalmente mediante una pintura de óxido de hierro o algún cromato, pueden

ser los soportes aceptados por la norma para acreditar la llamada “expresión escrita”. En este sentido, es elogiable la amplitud de la norma para dar cabida a técnicas de soportes variados y con un cierto aire de futuro.

La parte final del dispositivo aclara sobre la posibilidad de utilizar medios técnicos, como una computadora por ejemplo, para lograr la lectura de este especial tipo de instrumento particular. Nada impedirá así, considerar soporte idóneo no sólo un archivo guardado en uno de los ya anticuados disquetes, sino también en un dispositivo de “mp3” cuya capacidad de almacenamiento, a pesar de su pequeñez, es realmente extraordinaria. También podríamos hacer ingresar como instrumento particular, merced a la amplitud conceptual de la norma, cualquier fotografía que reproduzca un texto inteligible. En fin cualquier sistema técnico, actual o futuro, que cumpla con estos básicos recaudos, podrá considerarse instrumento particular para la norma anotada.

ARTICULO 287. Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

Como ya habíamos adelantado, la norma distingue los instrumentos privados de los particulares, según estén o no firmados. Así, un ticket de pago, una constancia de depósito bancario, o cualquier documento similar, entrarían en el concepto de instrumento particular; mientras que si ese mismo instrumento ostenta la firma del autor o autorizante, diremos que es un instrumento privado. Esta distinción ya surgía del código derogado, en su art. 1190, cuando al referirse a la prueba de los contratos distinguía los instru-

mentos públicos de los particulares firmados o no firmados. La precisión de distinguir técnicamente los no firmados como instrumentos particulares y los firmados como instrumentos privados, solo aparece en el nuevo CCCN.

Aparecen en este dispositivo, bajo la categoría de “instrumentos particulares no firmados”, los audios y videos cualquiera sea el medio de grabación y reproducción. Recordemos que estos registros no siempre eran considerados válidos en el ámbito civil. La norma bajo análisis elimina la controversia y admite lisa y llanamente cualquier instrumento particular, cuya valoración a los fines de la eficacia convictiva será tarea del juez en cada caso concreto.

ARTICULO 288. Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

LA FIRMA

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la firma es el nombre y apellido que una persona estampa de su propia mano, en un documento, con el fin de brindarle autenticidad y expresar que aprueba su contenido. Ahora bien, este significado vulgar de firma, para hacerlo valer en el mundo jurídico, debe ser objeto de algunas precisiones.

En primer lugar corresponde aclarar que, si bien la firma comenzó históricamente pretendiendo expresar el nombre y apellido de quien suscribe como se establece en su sentido idiomático, con posterioridad fue perdiendo esa característica, y fue ganando a su vez la capacidad distintiva merced a la forma particular de efectuarla, hasta llegar a transformarse en un signo propio que identifica a su autor, por las singularidades de su trazo, su firme-

za y los rasgos de la misma. En definitiva, hoy más que por expresar el nombre y apellido del firmante, este signo atribuye autoría por la particularidad y originalidad con que ha sido estampada.

Por ello se involucran también en la particularidad de la firma, hasta las características personales del sujeto firmante, tanto de carácter cuanto físicas. El largo del brazo del supuesto signatario, la mayor o menor habilidad manual y rigidez de sus miembros, al igual que el cotejo con otros documentos por él suscriptos, serán elementos que el perito calígrafo tendrá en cuenta a los fines de pronunciarse sobre la autenticidad o falsedad de una firma puesta a su consideración.

Se considera que la firma no puede ser falsificada justamente por haber sido estampado de esa manera especial por su autor. De haber ocurrido una imitación, se admite, dentro de las falencias de lo humano, que tal falacia surgiría de una pericial caligráfica.

Obviamente una ley que prevé la forma documental escrita, no puede prescindir de la firma, que será una de las primeras apreciaciones que hará el derecho para determinar los derechos y obligaciones nacidos de un instrumento privado.

El código derogado contenía un precepto similar al art. 288, pero operaba mediante una previa consideración; es decir posterior a su reconocimiento judicial. En efecto, el art. 1028 del viejo código expresaba que *“El reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido”*.

Se supone que previo a ese reconocimiento judicial, una norma debía haber determinado que la firma genera la tal vinculación, pero no existía norma de la que surgiera esa regla básica; es decir la vinculación jurídica entre la suscripción y el texto documental.

Sin embargo Vélez aclaraba sí, y muy didácticamente, el efecto jurídico de la firma en la bellísima nota al art. 916 de su código, cuando explicaba, citando a Savigny, que *“...Desde la edad media (...) la declaración escrita se*

hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdrá por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviese también firmado. Esta forma era extraña a los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fue para muy pocas aplicaciones”²⁶.

También es emblemática la aclaración del anterior Codificador, respecto de la firma colocada al final de los escritos, sentada en la nota al artículo 3639 referido al testamento ológrafo de su código, cuando especifica que no sería menester que la firma consigne el nombre del sujeto que la estampa, sino que se trate de un signo ológrafo trazado con cierta originalidad. Al efecto Vélez decía: *“La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales y de la enunciación de su dignidad”*. Ese obispo citado por Vélez, era Johan Baptiste Masillón, Obispo de Clermont, quien justamente había suscripto su testamento con una cruz, sus iniciales y su dignidad eclesial: *“J. B. Obispo de Clermont”²⁷*.

Nos quedaba en especial de esa nota, la idea del signo ológrafo característico del sujeto, que identifica su impronta, y que es factible de ser peritado con cierto grado de certeza; cuyo principal efecto, una vez verificada su autenticidad, es la de vincular lo escrito y el compromiso asumido por el firmante. Dicha vinculación al mismo tiempo, confiere ejecutabilidad al instrumento respecto a los derechos y obligaciones generados.

EL PRINCIPIO DE IRREPROCHABILIDAD

²⁶ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 333.

²⁷ SEGOVIA, Lisandro; “El Código Civil Argentino – Su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Ed. Coni, Bs.As. 1881, Tomo 2, nota a la nota de Vélez al art. 3641 (luego 3639), pág. 573.

Como una lógica consecuencia de la atribución de autoría documental que tiene la firma reconocida, según lo determina la norma analizada, la ley obliga (art. 314 CCCN) a quien se atribuya ser el autor, a la concurrencia al acto de reconocimiento, a los fines de pronunciarse sobre ello. Esta regulación ya estaba también en el código derogado en el art. 1031 del Código de Vélez²⁸.

Si en derecho un sujeto pretende obligar al cumplimiento de un compromiso documentado por escrito, y supuestamente de su autoría, aquél a quien se atribuya la suscripción, está pues obligado a concurrir al acto de reconocimiento y responder conminativamente si la firma es o no suya. En caso de no concurrir o negarse a responder, se producirá la confesión ficta prevista en los Códigos procesales, (art 417 del C.P.C. y C. de la Nación) y que determina la atribución de la autoría.

Una vez reconocida la firma, sea por resolución judicial mediante prueba pericial o caligráfica si el supuesto firmante la desconoció, o por una actitud espontánea mediante la confesional del firmante, se genera la inmediata y automática consecuencia del reconocimiento también del texto firmado. No es menester pues, un doble reconocimiento, ya que la autenticidad de la firma hace presumir la del contenido documental en la que ésta se encuentra, e impide igualmente que el firmante pueda válidamente negar su contenido y compromiso asumido. Este efecto, respecto del firmante, es el que hemos dado en llamar “principio de irreprochabilidad”, que solo admite como excepción o defensa, la invocación de que el documento ha sido suscripto en blanco, conforme a lo previsto en el art. 315 CCCN, y completado sin responder a sus instrucciones; o que ha sido sustraído contra la voluntad del firmante.

En definitiva lo que se quiere incorporar al sistema jurídico, como principio de irreprochabilidad, en cuanto a validez y eficacia documental es que la firma puesta al pie del documento implica una manifestación de volun-

²⁸ Art. 1031 C.C. derogado: “*Todo aquél contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya*”.

tad conforme al contenido de él²⁹; y que no está permitido, en principio, reconocer la firma y negar el contenido documental en el que se encuentra.

Es importante destacar, tal como lo hacía la nota de Vélez al art. 916, que la firma debe ser puesta al pié del documento, pues desde el punto de vista gráfico se impide así que se continúen agregando manifestaciones al final del mismo, y que no fueron tenidas en cuenta por el autorizante al momento de la suscripción.

LA FIRMA DIGITAL

En el segundo párrafo del art. 288 se prevé la posibilidad de utilización de una firma digital, cuando se tratare de documentos generados por medios informáticos. Lo curioso del texto es que pareciera ignorar la existencia y vigencia de la ley 25.506 de 2001, que ya contiene entre sus normas el pronunciamiento que aquí aparece. En efecto, el art. 3 de la ley 25.506 establece que *“Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”*.

Reparemos igualmente que el artículo 288 que estamos analizando agrega respecto a la firma digital la frase *“...que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”*; lo que da pié a presumir que la ley en cuestión no ha sido tenida en cuenta, ya que justamente ha podido entrar en vigencia porque técnicamente se ha garantizado y asegurado su certeza en cuanto a determinación de la autoría e integridad documental (arts. 7 y 8).

La ley 25506, sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada el 11 de diciembre del mismo año, tuvo por objetivo fundamental incorporar al derecho argentino la tecnología más avanzada hasta el momento, en materia de contratación a distancia; es decir la “tele contratación”. Se basa en

²⁹ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”; 10° Ed. TEA, 1958, actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Tomo II, pág. 478.

una moderna técnica de encriptación informática³⁰, que permite la remisión, vía internet, de documentos codificados, procurando con ello un cierto grado de certeza en cuanto a voluntad contractual y contenido del convenio. Merced a ello pueden atribuírsele efectos jurídicos plenos como manifestación de voluntad negocial y su consiguiente fuerza compulsiva (lo que hemos denominado “principio de irreprochabilidad” ut supra)³¹.

Desde la antigüedad, en tiempos de guerra o paz, ha resultado todo un desafío la remisión de mensajes o correspondencia de manera segura, para impedir que la información caiga en manos ajenas al verdadero destinatario. Por ello podemos encontrar ejemplos, en tiempos remotos, de encriptación entre los espartanos, mediante la utilización de dos bastones simétricos llamados “scitalas”, uno en poder del remitente y otro en poder del receptor. El remitente escribía su mensaje sobre un rollo de papiro que envolvía previamente en forma de espiras sobre la “scitala”; luego enviaba el rollo al receptor, a quien le bastaba con recrear el envoltorio sobre la otra “scitala” simétrica a la anterior; es decir que respetaba el grosor y demás medidas de la “scitala” de origen. Se podía obtener así una lectura clara y segura del mensaje remitido³².

Con el tiempo, la “scitala” se sustituye por mecanismos lógicos matemáticos que permiten el descifrado de manera racional, atribuyendo el valor de letras a números o distintos valores a letras según el orden de colocación en las palabras o renglones. Nacen así los “algoritmos de encriptación”, cuyo conocimiento por parte del destinatario, permite una lectura sencilla y cierta a la par que impide el acceso a quien no tenga la clave o algoritmo para descifrar el mensaje. Pero siempre, como puede advertirse, en estos sistemas primitivos o primarios, se cuenta con un previo acuerdo entre remitente y receptor que es el “código de descifrado”. Éste constituye o sustituye la vieja “scitala”. Este tipo de encriptación, en el que se cuenta con informa-

³⁰ “Encriptar” proviene de la voz griega “Kryptos” (ocultar) y “criptografía” de (oculto) y “gráphein” (escritura): Escritura oculta.

³¹ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 25.506 – Firma digital” en “Código Civil y Normas Complementarias – Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2011, pág. 509 a 583.

³² FARRÉS, Pablo; “Firma Digital”, Ed. Lexis Nexis, Bs.As. 2005, pág. 49. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 25.506 Ob. Cit. Pág. 510.

ción previa en ambos polos de la comunicación (emisor y receptor) se denomina, justamente por ello “criptografía simétrica” y tiene la desventaja de admitir sólo comunicación entre dos o más partes, quienes han convenido previamente el pertinente código de descifrado.

El avance de la informática en el mundo moderno permite sistemas más sofisticados aún, de encriptación mediante la creación de algoritmos cada vez más complejos, hasta llegar a los que, sin el apoyo de un ordenador, resultarían de imposible descifrado; por ello resulta un complemento acertado lo dispuesto en el art. 286 CCCN “in fine”, cuando luego de regular la expresión escrita, determina que lo es también aquella cuya lectura “...exija medios técnicos”. Al mismo tiempo ese avance tecnológico informático ha permitido llegar a un sistema llamado de “criptografía asimétrica”; en la que ya no sería menester un previo conocimiento de la clave secreta del remitente.

En efecto, el gran hallazgo de la criptografía asimétrica lo constituye un procedimiento para lograr una comunicación segura y exclusiva con otras personas que justamente no tienen un conocimiento previo de la clave secreta. Podríamos decir, si se nos permite la metáfora, que posibilita comunicación segura entre personas que no tienen la “scitala” gemela, de los espartanos, complementaria de un sistema simétrico. De ahí justamente su denominación “criptografía asimétrica”.

El sistema de criptografía asimétrica se logra asignando a cada usuario dos claves: una pública y otra privada. La pública se da a conocer por el usuario interesado en recibir información segura, en tanto que la privada queda sólo en su poder y debe ser cuidadosamente tutelada si se quiere mantener la privacidad y seguridad de sus recepciones y envíos³³.

³³ VENTURA, Gabriel B.; “Firma digital y documento notarial”, LL, 2004 -B, 1274. Decíamos ahí, criticando el sistema que “La firma sólo puede ser estampada por el titular, quien sólo mediante una situación de violencia compulsiva (vis relativa) podrá verse en la necesidad de estamparla involuntariamente. En cambio la digital puede llegar a conocimiento de terceros, sea por descuido, sea por manejo de la misma PC. en la que se encuentra grabada la firma digital. Todo operador de esa computadora podrá acceder a la firma. Será posible también la obtención de la firma digital mediante la violencia física o moral lográndose así una firma con todos los requisitos de autenticidad para el sistema digital”.

Utilizando la clave pública del remitente cualquiera puede descriptar su envío, que fue previamente encriptado mediante la clave privada del autor y “firmante”. La tecnología informática del sistema permite que lo encriptado con clave privada pueda descriptarse mediante la clave pública e, inversamente, lo encriptado en la clave pública del receptor, pueda descriptarse mediante su clave privada.

Sin embargo, nada podría lograrse sin la existencia de un intermediario en las comunicaciones, el llamado técnicamente “tercero de confianza”, cuya misión es verificar la autenticidad de cada envío. Toda remisión pasa previamente por una autoridad imparcial certificante que, justamente por ser su misión dar fe de la utilización de la clave privada del remitente y del destinatario, recibe el nombre de “certificador”, la gran vedette del sistema, y cuyas características surgen de lo normado en los arts. 17 al 23 de la ley de firma digital 25.506.

Tal como lo vimos respecto de la firma ológrafa, también este sistema prevé la irreprochabilidad, que de nuestra parte hemos erigido en un principio fundamental de la consecuencia vinculante de la firma. En efecto, de los arts. 7 y 8 de la ley 25.506, surge la prueba de la firma y del contenido documental, atribuyendo en principio la autoría del mismo y las obligaciones y derechos por él generados. Es en esta norma en la que se fundamenta lo exigido por el art. 288 del CCCN que estamos analizando, pues de estos artículos surge el aseguramiento de la autoría y la integridad del documento que exige como novedad, el artículo analizado.

SECCION

4ª

Instrumentos públicos

ARTÍCULO 289. Enunciación. Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;
- b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;

c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Tal como ocurría en el Código de Vélez, inspirado en Freitas, el nuevo CCCN tampoco contiene una definición preceptual de instrumento público; solo se hace en él una enumeración de los que deben considerarse con ese carácter.

De nuestra parte creemos que es importante que se defina legalmente el instrumento público. La importancia de sus efectos, el principio de incolumidad que surge de su contenido, la redargución de falsedad como medio de impugnación sus menciones dispositivas, etc. imponen la necesidad de certeza en cuanto a su naturaleza. Una mera enumeración, tal como lo hacía Vélez y lo hace ahora la norma analizada, no brindan la seguridad necesaria para atribuir esos tan especiales caracteres con contundentes efectos prácticos.

Recordemos que, el propio Vélez, en la nota al art. 495 renegaba de las definiciones, citando a Freitas y diciendo *“Nos abstenemos de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo³⁴, pues, mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. (...) La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley (...)”*. Pero es menester advertir que nuestro sabio Codificador considera atinadas en cambio las definiciones que él considera “legislativas”; es decir el sentido técnico concreto que el legislador atribuye a la expresión. De nuestra parte, en este sentido,

³⁴ En esta parte de la nota, se alude a la frase acuñada por Javoleno Prisco en el Digesto: “Omnis definitio in jure civile periculosa est” (“Toda definición en derecho civil es peligrosa”).

creemos que justamente es función primordial de un Código, contener definiciones.

DEFINICIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO

A los efectos que hemos dicho en el punto precedente, resulta sumamente provechosa la explicación de Núñez Lagos cuando expresa que, desde el punto de vista jurídico, las definiciones pueden ser conceptuales o preceptuales. En efecto, explica el Maestro español que “El derecho positivo, en su formulación se ha visto obligado constantemente a trabajar con conceptos. El legislador, consciente o subconsciente, los ha tenido presentes. El precepto se basa en puntos de vista, en posiciones político-jurídicas del legislador en torno a conceptos jurídicos tradicionales: propiedad, contrato, matrimonio, divorcio, rescisión, lesión, etc. El legislador, al formular preceptos, no emplea solo conceptos, sino ideas políticas; pero no prescinde jamás de los conceptos enraizados en la situación anterior que pretende modificar. El concepto se utiliza precisamente como medio técnico, como instrumento, para la obtención del fin político jurídico”.

Finalmente Núñez Lagos brinda un valioso ejemplo que permite comprender cabalmente la diferencia entre un “concepto” y un “precepto”, o como se dice modernamente: entre una “definición conceptual o doctrinaria” y una “definición preceptual o legal”. Para ello acude al instituto jurídico de la mayoría de edad. A este respecto la definición conceptual podría expresar que la mayoría de edad es la condición de un sujeto de derecho, que le atribuye capacidad de obrar, merced a haber alcanzado una edad cronológica determinada que el sistema presume suficiente, para tener una voluntad jurídica válida. Es de imaginar que, esa definición conceptual, en cualquier sistema jurídico pueda considerarse correcta; pero si en cambio, acudimos a formular un precepto o una definición preceptual o legal al respecto, simplemente diríamos: La mayoría de edad, en Argentina, se adquiere al cumplir el sujeto los dieciocho años (art. 25 del CCCN). Como puede advertirse, este precepto seguramente no será compartido por juristas de otros países, en

los que sus respectivos sistemas jurídicos imponen preceptos que establecen otras edades³⁵.

Esta previa introducción sobre lo que significa una definición preceptual, para la claridad y perfecta aplicación del derecho, la hemos efectuado para poder fundar adecuadamente la necesidad de que el instrumento público resulte definido por las normas que lo contemplen. Resulta demasiado incierto y riesgoso, por sus especiales efectos, dejar que los jueces y la vida jurídica espontánea determinen qué instrumentos tienen ese carácter y cuáles no.

Para más, a pesar de la promesa de los legisladores de no consignar en el CCCN definiciones conceptuales³⁶, una y otra vez lo han hecho, y respecto de instituciones que no lo ameritan tanto como el instrumento público.

Los inconvenientes que acarrea la indefinición del carácter de instrumento público se ven claramente en la doctrina y la jurisprudencia que ha debido ampliar la nómina de los instrumentos enumerados en el viejo art. 979 del Código de Vélez, y deberá hacer lo propio con la contenida en el 289 del CCCN.

Ahora bien procurando brindar un completo concepto de instrumento público diremos que *es el elaborado por un oficial público, en ejercicio de su atribución fedataria, dentro de sus límites materiales y territoriales que se le han asignado, con las formalidades exigidas por ley y que, por ello, es auténtico y completo.*

Respecto al oficial público al que alude nuestro concepto, hemos procurado concertar con cierta doctrina que opina que el notario no es funcionario público; pero en verdad de nuestra parte estamos bien seguros de dicho carácter. Es más no podríamos imaginar al Estado delegado su fe pública a un particular. Pero como pensamos que esta controversia está muy particularizada a la función notarial, que es sólo una de las sedes de donde surgen

³⁵ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 25 a 30.

³⁶ En efecto, puede leerse en los fundamentos del CCCN: “En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al art. 495 del Código Civil”.

los instrumentos públicos, preferimos no usar estas líneas para referirnos a esa polémica³⁷.

Hemos consignado en nuestra definición que para ser instrumento público, el autor debe estar en ejercicio de su función fedante; lo que aun siendo una verdad de Perogrullo, nos parece importante resaltar, dado que hay instrumentadores que se desempeñan también en el plano privado, como el notario, que tiene también la atribución de redactar instrumentos privados, asesorar y evacuar consultas, y cuyos dictámenes podrían llegar a confundirse con instrumentos públicos por la especial naturaleza de su redactor. En definitiva, aun cuando quien elabore un documento tenga a su cargo la facción de instrumentos públicos, no siempre el resultado de su actividad dará nacimiento a documentos de esa naturaleza. En el ámbito notarial, la expresión “doy fe”, con que debe cerrarse la actuación instrumentadora, a la manera de una fórmula sacramental, suele poner énfasis justamente en la atribución fedataria en ejercicio, según lo requerido en nuestro concepto.

Finalmente aclaramos que todo documento público es auténtico y da fe por sí mismo. A ello nos referimos cuando, en nuestro concepto, aludimos a su completividad; no se hace menester, a los fines de su eficacia, un otro aporte probatorio para demostrar su autenticidad. Se aplica aquí el brocárdico “scriptam publicam probam se ipsa” (el instrumento público se prueba por sí mismo) constituyendo este principio el que le permite brindar todas sus otras bondades, puesto que si no se probara a sí mismo no podría tampoco acreditar respecto de su contenido.

CLASES DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Los instrumentos públicos en el derecho argentino pueden emanar de sede Judicial, Administrativa o Notarial. La diferente competencia de cada uno de sus instrumentadores (Juez, Autoridad Administrativa o Notario) apa-

³⁷ Puede consultarse al respecto el completísimo trabajo de NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs. As. 1969, Vol. 2, pág. 515 y ss.

rece tangencialmente, tal como ocurría en el Código derogado, del artículo que exige justamente que se respete el ámbito de cada uno (en el C.C. de Vélez, era el art. 980). Concretamente nos referimos al art. 290 CCCN; pero lamentablemente esta norma, al igual que en Vélez, a cambio de utilizar la expresión técnica “competencia material”, se refieren a ella como “límite de sus atribuciones”. Pero lo trascendente de este artículo, es que por su redacción nos permite fundar que a cada instrumentador se le asigna una atribución específica. La del juez será la autorización de los resolutive judiciales, en cuyo caso puede advertirse lo tangencial de la función de autenticidad del instrumento de su función. Podemos expresar que la sentencia y cualquier otro resolutive judicial es instrumento público solo para que nadie pueda desconocer o rechazar su contenido. Pero el autor del contenido es el mismo juez.

La autoridad administrativa exige igualmente la autenticidad para que sus resoluciones tengan el valor probatorio suficiente, para que ningún miembro de la comunidad pueda desconocer su contenido y eficacia. Es la propia autoridad administrativa la autora intelectual de su contenido.

El instrumento notarial, en cambio, si bien tiene también el carácter de tal para que ni las partes del acto jurídico, ni la comunidad toda puedan desconocer su contenido, presenta como diferencia fundamental con los otros, el hecho de que no ha sido el notario el autor intelectual de su contenido, sino solo su redactor. La decisión ha sido exclusivamente de las partes del acto. Es cierto que la escritura se redacta con las típicas expresiones técnicas, propias del patrocinio notarial; pero la decisión y los elementos que integran el acto, ha sido exclusivamente atribución de las partes. No es el notario quien vende ni compra; él no es quien decide la formulación del acto; sólo da fe de sus estipulaciones y contenido. Por ello en general, respecto de la fe pública notarial, se expresa que es la única “fe pública legitimada”; puesto que su única función está en la fe pública misma con la que cubre los actos y hechos instrumentados. El notario pues, no decide ni resuelve, sólo autentica, prueba y acredita.

EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD – FE PÚBLICA

El principio de autenticidad, es típico del sistema notarial latino, o como suele decirse, del sistema documental latino, ya que casi todos los instrumentos públicos, en los sistemas latinos, tienen idéntico valor a ese respecto.

Este principio es consecuencia inmediata a su vez, del principio de fe pública; y aparece, en una primera aproximación a su concepto, como la necesidad de que el instrumento público comience por probarse a sí mismo. En efecto, la máxima “scriptam publicam probam se ipsa” (el instrumento público se prueba a sí mismo) resulta de imprescindible aplicación en un sistema que base su seguridad en la fe pública. Si el instrumento no comienza por ser la propia prueba de su existencia y carácter, mal podrá aportar crédito alguno respecto de su contenido.

En este sentido hubiéramos visto con agrado que en el art. 296, que regula el valor probatorio de los instrumentos públicos, se hubiese previsto este tradicional efecto de esta especie instrumental. El art. 296 del CCCN, debería haber comenzado, en nuestra opinión, expresando que “El instrumento público se prueba a sí mismo; hace plena fe de su existencia y de su carácter de tal”. Luego recién comenzar con el resto de los incisos. En el código de Vélez advertíamos igual falencia, lo que nos obligaba a citar como norma que fijaba el principio de autenticidad, el viejo art. 993 que equivale parcialmente al art. 296 del CCCN, que son las normas que más nos aproximan al concepto. Igual deberemos hacer ahora con la nueva ley, pues tampoco está contemplado expresamente el principio, a pesar de su reconocimiento impuesto por la lógica del sistema, y doctrina indubitada.

Es pues la fe pública que emana del documento público, lo que le da ese especial efecto. “Fe” proviene de la palabra latina “fides”; y ésta deviene de “facere” (hacer), lo que se justifica dada su vinculación con hechos en sentido sustantivo. Por otra parte, también se le encuentra vinculación a la raíz latina “fides” con la expresión griega “peithein”; que significa “convencer o asistir al hecho o dicho ajeno”.

La expresión “fe pública” tiene diversas acepciones; pero la que aquí nos interesa, por su vinculación con los documentos públicos, es la que expresa que fe pública es la que se relaciona con VERDAD IMPUESTA o VERDAD OFICIAL. No se cree en un instrumento público porque espontáneamente se lo haga, sino porque la ley, que impera en el mundo del derecho, obliga a hacerlo. Ello es así a tal punto que quien no quiera aceptar esa verdad, deberá proceder de manera especial, mediante la llamada “redargución o argución de falsedad”, para poder recién, una vez triunfante de su cometido, desconocerla jurídicamente. Como puede fácilmente advertirse hay un importante grado de certeza en el documento público que excede el marco normal de una simple prueba documental. El legislador ha querido que el instrumento público sea prácticamente inatacable. Y para ello “... sus- trae al juicio del juez la comprobación de la certeza del hecho mientras el documento no se impugne por acción de falsedad”³⁸.

Giménez Arnau, a propósito de la fe pública y sus efectos jurídicos, expresa que “(...) es la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo”³⁹.

Esa presunción de verdad a la que se refiere Giménez Arnau constituye la apreciación práctica del principio de autenticidad, que aun de manera imperceptible aplicamos en la vida social y jurídica de todos los días; cuando recibimos sin demasiado cuestionamiento la moneda oficial del País en contraprestación por nuestros servicios; cuando corroboramos la identidad de las personas por sus documentos de identidad, etc. Por ello podemos afirmar, parafraseando al Maestro español, que el principio de autenticidad, no solo en lo social, sino sobre todo en el mundo jurídico, es la presunción de verdad de los hechos y actos contenidos en los instrumentos públicos.

Pero corresponde aclarar que, aun desde el punto de vista psicológico del sujeto que confía en el documento que se le presenta, para que se dé

³⁸ PELOSI, Carlos; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 90.

³⁹ GIMENEZ ARNAU, Enrique; “Derecho Notarial”, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1976, pág. 38.

dicha presunción, es menester que el documento cumpla con ciertos requisitos, que hemos dado en nominar “Apariencia” y “regularidad”⁴⁰.

Procurando precisar el sentido técnico de estas expresiones, diremos que la apariencia exige un determinado aspecto físico o gráfico del documento; el que corresponda apropiadamente a su “investidura” de instrumento público. Esta apariencia, obviamente, varía según el lugar de su expedición; puesto que cada provincia tiene su reglamentación para determinar las características que implementará en lo físico para los instrumentos públicos que se elaboran en los límites de su jurisdicción. La apariencia está dada por todos los elementos que, en expresiones de Pelosi, corresponden a la grafía⁴¹ documental: el papel usado en las sentencias, los membretes; las características del protocolo notarial, las filigranas de seguridad, los sellos de agua u holográficos, etc. En definitiva, todo lo que corresponda al aspecto físico del documento, su “grafía”, es lo que contribuye a dar la apariencia como recaudo elemental para que funcione, sobre todo desde el punto de vista práctico, la presunción de autenticidad.

Los borrados y enmendados sin salvar, constituyen un claro ejemplo de la falta de apariencia. Será menester una tarea de investigación previa para que la autenticidad aporte su grado de certeza.

Otro de los requisitos para que funcione automáticamente la presunción de autenticidad, es la regularidad; y con esta expresión técnica nos referimos, no ya a lo externo o corpóreo del documento, sino propiamente a su sustancia, materia o contenido. Si el contenido del mismo es manifiestamente contrario a derecho o extraño a las costumbres y tradiciones del lugar, podemos afirmar que pierde la presunción de autenticidad. Pero remarquemos una vez más que no decimos que deje de ser auténtico, sino que pierde la presunción de tal y que será menester un análisis particularizado a su “rareza” física o jurídica para que nuevamente trabaje el principio de autenticidad (“scriptam publicam probam se ipsa”). Un ejemplo de la carencia de re-

⁴⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino”, Revista Notarial, Córdoba, 2008/1, N° 89, pág. 24 a 26.

⁴¹ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 125, 126.

gularidad lo podría constituir una compraventa cuyo objeto sea una plaza afectada al dominio público, que justamente por dicha afectación, se encuentra fuera del comercio (arts. 235 y 237 del CCCN).

Con un ejemplo de la vida cotidiana, que es donde más asiduamente aparece aplicado el principio, podemos aclarar aún más lo que venimos exponiendo. Así, quien recibe en pago un billete de cierto valor, suele analizar físicamente su aspecto para determinar su correspondencia con las características que debe tener. Verificará someramente sus sellos de seguridad, sus filigranas y sus bandas metálicas insertas en el papel. Recién luego de sortear con éxito dicha calificación, aceptará en pago ese billete. En este caso se está aplicando la apariencia para asegurar la presunción de autenticidad. Pero puede ocurrir igualmente que el billete, aun teniendo la apariencia adecuada, sea de un valor que no es el corriente. En tal caso el documento billete no ostentaría regularidad. Sorteado el inconveniente por averiguarse que es una nueva emisión monetaria, el billete recupera, en el mundo práctico, la presunción de autenticidad típica de todo instrumento público⁴².

LA ENUMERACIÓN DEL ART. 289

Veamos ahora la enumeración del art. 289 del CCCN. Como ya habíamos anticipado, a cambio de brindarnos un concepto general de instrumento público, el legislador ha preferido simplemente, tal como lo hacía Vélez en el derogado art. 979 del Código Civil, proponer la enunciación de los instrumentos públicos. El intérprete deberá inducir cuáles son los elementos tomados en cuenta para calificarlos de tal, e ir agregando otros casos en los que los dichos elementos también aparecen, por lo cual el carácter de instrumento público ya ha sido señalado por la doctrina. Pero veamos primero los que la propia norma califica como tales:

a) LAS ESCRITURAS PÚBLICAS Y SUS COPIAS O TESTIMONIOS

⁴² VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad...”. Ob. Cit., pág. 108.

La escritura pública es el instrumento matriz redactado por un escribano en el protocolo (art. 299 CCCN). Es sin dudas el instrumento público por excelencia, dado que sus instrumentadores tienen exclusivamente la función de dar fe de lo que las partes dispongan, según vimos más arriba. En los otros supuestos de instrumentos públicos, la autenticidad juega un papel que podríamos calificar de accesorio, puesto que la verdadera finalidad del acto radica en dotar de fuerza probatoria el pronunciamiento administrativo o el decisorio judicial.

En el inciso se están incluyendo los dos tipos de instrumentos públicos notariales: Las escrituras públicas propiamente dichas, conforme a la denominación que se les venía asignando, que son las que contienen uno o más actos jurídicos (art. 299 CCCN), y las escrituras actas, que corroboran hechos (art. 310 CCCN). El Código derogado no efectuaba esta diferenciación; era la doctrina la que ya utilizaba las citadas expresiones (escritura pública propiamente dicha y escritura acta) para diferenciar justamente el papel que desempeñaba cada una de esas especies. Volveremos sobre el punto al analizar los citados artículos; por lo que remitimos al comentario de esas normas.

b) LOS INSTRUMENTOS QUE EXTIENDAN LOS ESCRIBANOS O LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Obviamente, aunque pueda parecerlo en alguna medida, este inciso no es una reiteración del anterior. Creemos que para evitar el desconcierto del lector, la norma debería haber expresado diciendo “Otros instrumentos que extiendan los escribanos o los funcionarios públicos...”⁴³. La norma alude a toda otra documentación que no sea escritura pública en sentido estricto (art. 299 CCCN), o que no sea redactada por notario público, sino por

⁴³ Por ello Vélez, aclaraba que se refería a “otros instrumentos”; en efecto en el art. 979, inc. 2, decía: “Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”.

otros funcionarios con iguales atribuciones, tal como reza la última parte del inciso. Allí encuentran cabida los documentos redactados por los jueces y autoridades administrativas, en los respectivos expedientes.

Volveremos sobre los documentos mencionados en este inciso, al anotar el art. 299 del CCCN.

c) LOS TÍTULOS EMITIDOS POR EL ESTADO NACIONAL, PROVINCIAL O LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Estos instrumentos aparecían enunciados también en el art. 979 del Código derogado, inciso 7º. Se refieren a los títulos de la deuda pública. Tal como explica Salvat, la idea de darle naturaleza de instrumento público, radica en la necesidad de favorecer el desenvolvimiento del crédito del Estado Nacional o Provincial⁴⁴. El carácter de instrumento público con la consecuente calidad de prueba preconstruida, genera una mayor confianza en la comunidad, que accede a esta inversión con menos riesgos.

ENUMERACIÓN EJEMPLIFICATIVA

Como habíamos adelantado, los modernos legisladores acudieron a la enumeración ejemplificativa, tal como lo hacía Vélez en el código derogado⁴⁵, en vez de una definición preceptual que abarcara en abstracto, todos los supuestos de instrumentos públicos que pudieran presentarse. Ello nos obligará a tomar como base los principales aspectos de los documentos enumerados, y erigirlos así, por inducción, en los principios rectores de otros que la doctrina y la jurisprudencia han ido incorporando a la enumeración.

Ya dijimos que en el primer inciso aparecen, aunque no de manera expresa, los instrumentos judiciales y administrativos, respecto a cuya natu-

⁴⁴ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 520.

⁴⁵ SEGOVIA, D. Lisandro; “El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas. Ed. Coni, Bs.As. 1881, pág. 264. NERI, Argentino I. “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 139 y 140.

raleza se establece que ostentan ese carácter no sólo cada documento en sí, sino la totalidad del expediente judicial o administrativo en que se ha desenvuelto la causa. También ingresarán en la enumeración las partidas de nacimiento y defunción elaborada en los Registros de estado civil y capacidad de las personas.

La jurisprudencia ha ido agregando casos puntuales, entre los que se cuentan las actas de exámenes de los institutos educacionales; las actas de infracciones de tránsito o de cualquier otra actividad de control por el Estado, elaboradas por los inspectores nacionales, provinciales o municipales, etc.

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.

EXIGENCIAS FORMALES DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

Con prescindencia de lo que pregonan sus títulos, en la presente norma, al igual que en el art. 292 CCCN, se determinan las exigencias formales para que el instrumento público tenga validez. En efecto el incumplimiento de estos dos artículos acarreará sin más la llamada nulidad instrumental del acto; es decir aquellas que regulaba Vélez en las partes finales de los artículos 1044 y 1045 del Código de su autoría. Por ello las normas constituyen la reproducción también de los artículos 980, 981, 982, 983 y 988 del código derogado.

La característica más saliente de la nulidad instrumental, es que, por lo general, resulta absoluta y por ello inconfirmable (art. 387 CCCN).

COMPETENCIA MATERIAL Y TERRITORIAL

La exigencia de que el oficial público actúe dentro de los “límites de sus atribuciones”, que aparece en el inciso a) de la norma en comentario, está referida a lo que, en doctrina y en materia funcional, se conoce como “competencia material, real” o “*ratione materiae*”.

Esta norma tiene una gran trascendencia práctica, pues determina en el intérprete y en el operador jurídico, la necesidad de atribuir competencia material diferenciada a cada uno de los funcionarios encargados de impartir la fe pública; esto es: el juez, la autoridad administrativa, y el notario. En efecto, aun sin decirlo expresamente, la norma está manifestando que cada funcionario dador de fe, elaborador de instrumentos públicos, tiene en principio, una competencia funcional diferente.

A pesar de que los instrumentos públicos, elaborados por cada uno de los funcionarios con atribución fedataria, gozan todos de idéntico valor probatorio en cuanto a su autenticidad, la norma permite y obliga, por inducción, a interpretar que no todos los instrumentadores tienen la misma competencia material; de lo contrario no se referiría a atribuciones determinadas.

Así, el Juez resuelve, por lo general, las controversias de derecho suscitadas entre los ciudadanos, puesto que tiene expresamente la atribución de interpretar y aplicar las leyes referidas al supuesto, y con la facultad de conminar su cumplimiento, mediante una condena o una declaración determinadas. Para poner un ejemplo absurdo, él no podrá labrar un acta de matrimonio ni una partida de nacimiento, ni receptar las voluntades individuales para la redacción de un contrato. Su atribución, solo se ciñe a lo que motive la controversia entre los particulares.

Correlativamente no podríamos ni tan siquiera imaginar a un notario público dando cabida en su protocolo a una contienda judicial. Él no tiene la atribución de jurisprudencia, ni el imperio necesarios para la citada función;

su característica fidei fehaciencia solo es aplicable a la recepción cierta de las voluntades o declaraciones individuales, y a la corroboración de hechos (art. 299 y 310 CCCN), según lo soliciten sus requirentes.

En cuanto a la competencia territorial del funcionario, o competencia “*ratione loci*” (en razón del lugar) aludida también en la norma bajo análisis, como sabemos se fundamenta en la distribución adecuada del trabajo; así como en la necesaria cercanía de todo ciudadano a la función pública desempeñada por cada uno de los autorizantes de los instrumentos públicos. Si un sujeto se viera obligado a solicitar la actuación de la justicia en otro distrito que no fuera el de la producción de los hechos que motivan su reclamo, la impartición de la justicia en su caso se vería muy menoscabada. Otro tanto ocurriría si un sujeto quisiera otorgar un testamento por acto público, por ejemplo, y tuviera que acudir a otro departamento para encontrar un notario que lo instrumente.

De nuestra parte creemos que también los fundamentos que inspiran el principio constitucional del “juez natural”, hacen aquí su aporte; pues no es lo mismo la actuación de un funcionario que desconoce a las personas, las familias, costumbres y particularidades de la zona en que habitan los sujetos involucrados, para juzgar los hechos acaecidos o para darles una adecuada formación. Sin dudas, la pertenencia del funcionario instrumentador al lugar de la facción documental, nos acerca más a la verdad y a la justicia, que dejarla al juzgamiento o intervención de un foráneo.

Este fundamento se fortalece cuando nos ceñimos a lo notarial, ya que, por exigencia legal, el notario debe individualizar de manera cierta a los requirentes de sus servicios, conforme a la llamada “fe de conocimiento” o “fe de identidad”, prevista en el artículo 306 del CCCN, en especial su inciso b)⁴⁶.

Si el lugar es tenido como dentro de una determinada jurisdicción, el acto valdrá aún cuando pudiera determinarse en una postrera investigación, que no estaba dentro de su territorio. Este pronunciamiento legal se basa en

⁴⁶ VENTURA, Gabriel B. “La Fe de Conocimiento En las Escrituras Públicas. A propósito de la ley 26.140”, en “Derecho Notarial”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2013, pág. 65 a 84.

el brocardo latino “error communis facit ius”, (el error común crea el derecho) que se reitera en esta misma sección, en el art. 292, respecto de la apariencia de legitimidad del cargo del funcionario (su “investidura plausible”), y en el 295, respecto de la idoneidad de los testigos instrumentales.

En materia notarial, a pesar de la contundencia de la norma, tal como ocurría con el artículo 980 del Código de Vélez, parte de la doctrina se empeña en negar la nulidad del acto celebrado fuera de la competencia territorial. Así Pelosi sostiene que la nulidad se presenta como un rigorismo innecesario, y que sería más atinado imponer sanciones al notario que incumple con el límite de su competencia territorial, antes que condenar con la nulidad el acto con el consiguiente perjuicio de los contratantes que, por otra parte, no han hecho más que basarse en la aparente investidura funcional del autorizante⁴⁷.

LA FIRMA DE LAS PARTES Y DEL FUNCIONARIO AUTORIZANTE

El inciso b) del art. 290 exige igualmente que el instrumento público, para su validez, tenga la firma del oficial público y de las partes; pero lamentablemente, tal como ocurría en el código derogado, no queda suficientemente aclarado que la idea de parte, en este caso, no apunta a los sujetos del negocio, sino que la norma alude a los comparecientes; es decir aquellas personas que se encuentran presentes en el acto instrumental, sin importar si resultan o no partes del acto jurídico instrumentado. Idéntica situación se plantea respecto del art. 309 del CCCN que regula la situación para las escrituras públicas en particular. Como ejemplo de esta patología instrumental, podríamos mencionar al cónyuge que aparezca en el instrumento a los fines del asentimiento prescripto por el art. 470 del CCCN, cuando se trata de gravar o enajenar bienes gananciales, pero que no es parte del negocio y que no suscribe el acto, a pesar de que el funcionario autorizante lo menciona como presente. Recordemos, a los fines de interpretar correctamente el

⁴⁷ PELOSI, Carlos; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 155.

ejemplo brindado, que la norma del art. 470 citada, se refiere a la participación del cónyuge a los fines de “asentir” con el acto, mas no a “consentir”, como desatinadamente expresaba el viejo art. 1277 del Código derogado. Pues bien, si como decíamos, ese cónyuge que aparece mencionado por el instrumentador como presente en el acto, luego, por olvido o espontáneamente, no suscribe el instrumento, el acto instrumentado carece de validez; ello ocurre así aun respecto de los que suscribieron el mismo, tal como reza contundentemente el dispositivo.

Consecuencia de lo expresado, la falta de firma de uno de los que aparecen en el contenido documental como presentes en el acto, aun cuando no fueren comprador ni vendedor, ni cedente ni cesionario, etc. determina sin más, la nulidad instrumental; esta falencia a su vez, por dejar sin soporte formal el acto jurídico, generará también la nulidad de éste⁴⁸. Recordemos una vez más que, como toda nulidad instrumental, es absoluta e inconfirmable (art. 387 CCCN).

En cuanto a la firma del funcionario actuante, hay en este nuevo precepto una novedad respecto del código derogado, ya que éste no contenía normativamente el supuesto en los artículos que se referían a la exigencia de las firmas (art. 988, para los instrumentos públicos en general, y 1004 para las escrituras públicas en particular). Existía sí una nota de Vélez, sentada en el artículo 987 del viejo Código, pero no tenía sanción legislativa. En esta nota, el anterior Codificador explicaba que *“(...) un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdría, ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley viene sólo en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal”*.

No está en el CCCN la conversión expresa que aparecía en el viejo código, en el art. 987 citado, cuando el acto adoleciera de defectos formales que impidieran ser tenido por instrumento público. El artículo citado del códi-

⁴⁸ En nuestras clases solemos ejemplificar con una copa de un buen vino. El vino representa el acto instrumentado, y la copa el acto instrumental. Quebrada la copa (nulidad instrumental o extrínseca), el vino se derrama, y por más bueno que haya sido, no habrá “sommelier” dispuesto a catarlo del piso.

go de Vélez determinaba que podría valer como instrumento privado si estuviese firmado por las partes. No obstante, el hecho de no aparecer esta conversión puntual y expresa, no impedirá la aplicación del art. 384 del CCCN que prevé la conversión general para cualquier acto que tuviese una nulidad formal, siempre que pudiera suponerse que las partes prefieran un acto privado válido.

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.

PRINCIPIO DE EXTRANEIDAD O IMPARCIALIDAD

La presunción de autenticidad que es inmanente del instrumento público, hace que el legislador proteja su contenido de cualquier carga de subjetividad. Es por ello que exige la total ajenidad del acto instrumentado con el instrumentador. Es obvio que si el funcionario autorizante estuviese él personalmente interesado en el acto o negocio que está instrumentando, no podría ser imparcial, que es lo que se requiere para el relato veraz de los hechos y dichos de las partes.

La doctrina notarial ha erigido la extraneidad en uno de los principios básicos del notariado latino, junto con la fe pública, la autenticidad y la rogación, entre otros⁴⁹; pero es obvio que también funciona respecto de cualquier

⁴⁹ Entre los sistemas notariales que existen en el derecho comparado, podemos mencionar tres tipos básicos. El sistema anglosajón o libre, el notariado administrativista soviético y el notariado tipo latino, que es el que rige entre nosotros. Los dos últimos se caracterizan por hacer nacer un documento auténtico, mientras que el primero (notariado libre o anglosajón) genera un documento que exige otros aportes probatorios a la hora de hacerlos valer). Contribuyen a perfilar el sistema, una serie de principios que la doctrina y algunas legislaciones han ido elaborando para lograr el máximo de validez del documento notarial. Como ejemplo de tales principios podemos mencionar: Principio de fe pública, principio de extraneidad, principio de autenticidad, principio de unidad de acto, de inmediatez, de registro, etc. Ver sobre el punto GONZÁLEZ, Carlos E. "Derecho Notarial", Ed La Ley, Bs.As. 1971, pág. 112.

otra especie de instrumento público. Recordemos que los jueces pueden ser recusados y están igualmente obligados a excusarse frente al parentesco, amistad o cualquier otro elemento que atente contra la imparcialidad que se debe a los justiciables (Arts. 17 y 30 del C.P.C. y C. de la Nación).

A estos efectos la nueva norma del art. 291 del CCCN, ha mejorado considerablemente la redacción del art. 985 del Código derogado, pues éste contenía una excepción que no nos parecía correcta. En efecto, la extraneidad, para la vieja ley, no aparecía comprometida cuando los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas. Esta excepción injustificada no aparece en la nueva norma, lo que consideramos positivo. Realmente no creemos que por tratarse solo de una participación accionaria, ello no fuera a ser elemento subjetivo suficiente para comprometer la objetividad. Tanto más si se tratare de gerentes o directores de las sociedades que fueran partes del acto⁵⁰.

Otro aspecto digno de mención en cuanto a las particularidades del nuevo dispositivo, es que incluye entre las personas que no deben ser parte interesada en el acto instrumentado, al cónyuge del autorizante o su conviviente, y a los parientes hasta el segundo grado por afinidad.

A causa del vacío legal, que no vedaba de manera directa la actuación cuando estuviese comprometido el interés del cónyuge o de los parientes por afinidad, se discutía en doctrina hasta dónde alcanzaba la prohibición. La mayoría doctrinaria entendía, correctamente a nuestro entender, que aplicando el proloquio “ubi lex non distinguit nec distinguere debemus”, al no hacer el dispositivo distingo alguno, se involucraban también en la prohibición a los parientes por afinidad⁵¹. Sin dudas la aclaración de la actual norma brinda certeza al respecto.

⁵⁰ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 168, dice: “(...) Por mi parte he sostenido que a pesar de no existir prohibición legal, el escribano debe abstenerse por razones de ética profesional cuando se formalicen contratos bilaterales en que la sociedad tenga interés como parte”.

⁵¹ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 101.

Igualmente, atendiendo a la “ratio legis”, también en la vieja norma del art. 985 debía considerarse incluido el cónyuge del instrumentador⁵², puesto que no era dable presumir objetividad si estaban en juego los intereses de la esposa o esposo de quien fuera el autorizante del acto⁵³. Por ello consideramos atinado el nuevo dispositivo que termina con toda posible duda al respecto.

En definitiva la norma, teniendo en cuenta el parentesco, impide la intervención de un instrumentador, cuando estén involucrados en el acto sus parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad; es decir que la imparcialidad se supone comprometida hasta los primos; mientras que si se trata de parentesco por afinidad, la prohibición llega hasta el segundo grado, o sea que ni el suegro ni el cuñado, ni los hermanos de éste, pueden ser parte interesada en el acto instrumentado, por estar en primer y segundo grado de afinidad respectivamente. Cabe aclarar que, en nuestra opinión, el hecho de que el art. 536 CCCN, “in fine” determine expresamente que “(...) El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro”, no significa que no se aplique la incapacidad jurídica determinada en la norma mientras se hallen en el grado indicado.

De nuestra parte siempre hemos considerado demasiado concreta la enumeración del dispositivo (nos referimos obviamente al viejo art. 985), atribuyéndole un exceso de positivismo, si se nos permite la expresión; por ello, aunque quizás demasiado ilusoria, hubiéramos preferido una regulación más abstracta, que permitiera hacer ingresar también el aspecto subjetivo del instrumentador como fundamento para la negativa del servicio. Así, habíamos propuesto una norma que, amén de excluir a los sujetos mencionados, obligara al instrumentador a apartarse siempre que advirtiera comprometida su imparcialidad, con independencia de si los sujetos involucrados son o no los que aparecen en la norma. Por ello sugeríamos que la amistad manifiesta, la enemistad, el ser acreedor o deudor de cualquiera de las par-

⁵² NERI, Argentino I.; “Tratado...” Ob. Cit. Pág. 99.

⁵³ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial - Concordado”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 75, 76.

tes, y todas las restricciones que se imponen a los testigos para ser admitidos en el ámbito procesal (arts. 427 y 441 del C.P.C. y C. de la Nación), deberían, en nuestra opinión, ser motivos suficientes para considerar en riesgo la imparcialidad del funcionario instrumentador. Recordemos que no están en juego cuestiones banales, se trata nada menos que de proteger la veracidad del documento y su justicia. Creemos, en fin, que estas normas que tutelan la valía probatoria de los instrumentos públicos, deben ser interpretadas con el criterio del máximo rigor

En la XIII Jornada Notarial Cordobesa, realizadas el 2 y 3 de julio de 2004, justamente sobre el tema “La imparcialidad del Notario como garantía del orden contractual”, se dejó expresamente establecido que la imparcialidad del notario no debía ser a tal extremo que dejara sin asesoramiento a las partes. Se llegó a establecer que se trataba de una “imparcialidad activa”, en el sentido de brindar especial protección y asesoramiento a la parte que el funcionario advertía menos avezada en el acto a instrumentar; lo que no debe ser interpretado como parcialidad, sino justamente al contrario, lograr la imparcialidad merced al correcto asesoramiento e información sobre los efectos del acto jurídico.

Otro de los problemas que genera una norma como la que estamos comentando, y la del 985 del Código derogado, es la determinación de su verdadera naturaleza. De nuestra parte, tal como lo hacía encumbrada doctrina⁵⁴, nos pronunciamos por atribuir a la norma la contemplación expresa de un supuesto de incapacidad de derecho; pero no han faltado quienes le hayan atribuido la naturaleza de una cuestión de competencia; concretamente Pelosi designó a la prohibición como “incompetencia en razón de las personas”⁵⁵.

⁵⁴ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 329. NERI, Argentino I.; “Tratado...” Ob. Cit. Pág. 98.

⁵⁵ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 161. Toman de él esa naturaleza: ABELLA, Adriana; “Derecho Notarial”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2010, pág. 69; SIERZ, Susana V. “Derecho Notarial – Concordado”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 75.

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.

OFICIAL PÚBLICO EN EJERCICIO

La primera parte de la norma, aunque con una redacción más acertada, está tomada del art. 983 del Código derogado. En efecto, el viejo código partía del supuesto del autorizante que no está en funciones al momento de la celebración del acto; sea por no haber sido investido, sea por haber sido destituido con posterioridad.

La nueva norma del art. 292 exige que el funcionario esté efectivamente en ejercicio, y luego regula la patología de un oficial que podría no estarlo. Debe tenerse presente que, como oficial fedatario, el instrumentador requiere la adecuada investidura, conferida por la autoridad administrativa correspondiente a su función, y que la fe pública que le faculta a la autorización de instrumentos auténticos, proviene de la ley.

Ahora bien, en caso de haber estado regularmente en funciones y haber cesado luego, el artículo prevé que antes de la notificación del cese, los actos serán válidos; pero los actos celebrados luego de la notificación carecerán de validez. Demás está aclarar que, aunque no surja del texto expreso del artículo, la notificación debe ser efectuada en forma; es decir mediante la puesta en conocimiento directo de la información de manera cierta y fehaciente. La mera noticia que pueda tener en forma privada el oficial pú-

blico de una suspensión, destitución o reemplazo, no cumpliría con las exigencias de la notificación en forma que exige la ley⁵⁶.

Es obvio que en este segundo supuesto el instrumentador está obrando de mala fe; él ya está en conocimiento de que las autoridades que rigen su función le han destituido definitivamente de la misma o lo han suspendido transitoriamente por un plazo determinado. Lo que no resulta del todo justo en estos casos, es que se haga cargar con los daños a los usuarios del servicio que podrían haber ignorado totalmente esta circunstancia. Obviamente quedará a éstos exigir la reparación de los daños, conforme a lo previsto en los arts. 1716 y 1749 del CCCN.

FALTA DE REQUISITOS EN EL OFICIAL PÚBLICO

El segundo párrafo del artículo analizado prevé un nombramiento regular del funcionario autorizante del acto, pero sin que el designado cumpla con todas las exigencias legales para su desempeño. Se ha investido de la fe pública a un sujeto que no posee el título habilitante que el cargo exige, por ejemplo, o no cumple con cualquiera de los requisitos que exigen las leyes orgánicas locales prevén para desempeñarse como tales, o su situación se encuentra en incompatibilidad con la función específica que se le confiere, etc.. En estos casos, en aras de la seguridad jurídica, la ley prefiere dar validez a estas actuaciones irregulares, antes que hacerlas caer, con el consiguiente perjuicio de los usuarios del servicio. Por otra parte, como bien apunta Salvat, el derecho de autorizar instrumentos públicos no deriva de que el funcionario público reúna las condiciones necesarias para el desempeño, sino del hecho de haber sido nombrado para cumplirlas y de habersele puesto en función para ello⁵⁷. Pero ello siempre con un cierto límite, que en la norma analizada está exigido cuando determina que el oficial público debe haber actuado "...bajo la apariencia de legitimidad del título".

⁵⁶ SALVAT, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Ed. TEA, Bs.As. 1954, Tomo II, pág. 328, 329.

⁵⁷ SALVAT, Raymundo M. "Tratado ..." ob. Cit. Pág. 327, 328.

En tales casos, bajo la previa exculpación de la buena fe de los que requirieron su actuación, el acto tendrá plena validez, en tanto las circunstancias hayan dado al supuesto funcionario una cierta investidura plausible.

Con esta expresión “investidura plausible”, en derecho público, se alude al consenso general de la comunidad, respecto al desempeño del agente, en cuanto a que se haya comportado en los hechos como un verdadero oficial público, regular y competente para llevar a cabo los actos que se le han requerido. En definitiva que la opinión pública lo considere investido regularmente de la función que ha venido ejerciendo. Por otra parte es lo que exige la norma al comienzo del segundo párrafo, cuando determina que todo debe darse dentro de los límites de la buena fe (art. 9 CCCN). Es decir que si los otorgantes, las partes y quienes de alguna manera hayan protagonizado el acto instrumentado, sabían de la irregularidad del nombramiento, el acto no valdrá.

ARTÍCULO 293. Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.

VALIDEZ TERRITORIAL DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Antes de analizar este artículo, debemos comenzar por corregir su título. En efecto, no tiene nada que ver la competencia con lo que se regula en la norma; esto es el valor ejecutivo territorial de los instrumentos públicos.

Este artículo, salvo por dos palabras, corresponde exactamente al agregado efectuado por el artículo 68 de la ley 24.441, al artículo 980 del Código Civil.

La norma desconcierta al intérprete desprevenido; en primer lugar por la verdad de Perogrullo que contiene. Que los instrumentos públicos tengan validez para ser ejecutados en todo el territorio nacional, es algo tan obvio, como que surge del artículo 7 de la misma Constitución Nacional, que ex-

presa: *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producen”*.

Si bien no ha sido el Congreso de la Nación, como exige lógicamente el precepto constitucional, puesto que fue durante gobierno de facto, el Decreto Ley 14.983/58, reglamenta el mandato de la Carta Magna, y dice en el art. 1 que *“Serán tenidos por auténticos los actos y decretos de los Poderes Ejecutivos de cada provincia y los actos y leyes de sus respectivas legislaturas, siempre que se hayan publicado o comunicado en la forma que cada una de dichas provincias hubiere adoptado para su promulgación y ejecución”*. Y en el art. 2, dispone que *“Serán igualmente tenidos por auténticos los actos, procedimientos judiciales, sentencias y testimonios y demás documentos emanados de organismos provinciales, que se hallaren legalizados conforme a las reglamentaciones que al efecto dicte cada provincia”*.

Ahora bien, el art. 68 de la ley 24.441 de 1995, de donde surge el art. 293 que estamos comentando, tiene toda una historia que, en cierta manera, justificaba su existencia en aquél momento, pero no hoy; por ello sorprende que igualmente se haya reiterado en el CCCN. En efecto, recordemos que la citada ley 24.441, llamada “Financiamiento de la vivienda y la construcción”, a la par que incorporaba de manera orgánica el fideicomiso y el dominio fiduciario al derecho argentino, produjo igualmente otras modificaciones importantes a distintos cuerpos de leyes: al Código Civil, arts. 68 al 76; al Código Penal, artículo 82; al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 79; y a otras leyes especiales. En su título 10, arts. 80 y 81, modificaba el régimen registral.

Pues bien, respecto a las modificaciones al régimen registral (arts. 80 y 81 de la ley 24.441), que es lo que se relaciona con la norma que estamos analizando, es de advertir que en el sistema argentino no se puede hablar de dicho régimen en forma abstracta; puesto que hay tantos regímenes registrales como registros existen. En efecto, tanto las personas en el registro de estado civil, como los derechos reales sobre inmuebles, los derechos intelect-

tuales en general, los automotores, etc. tienen sistemas registrales específicos que nos impiden referirnos al fenómeno con la expresión “el régimen registral” tal como lo hace el Título 10 de la ley 24441. Por ello Moisset de Espanés expresa que “(...) en nuestro país no hay un régimen registral, sino que hay una multiplicidad de regímenes registrales, que comprenden desde registros de tipo personal, como el registro del estado civil y capacidad de las personas, hasta registros de tipo real que se dan en el ámbito del derecho civil y en el ámbito de derechos especiales, como en los derechos aeronáutico y marítimo”⁵⁸.

Explica Armella, tratando de justificar las normas que estamos criticando, que todo el título 10 de la ley 24441, se denominaba originariamente en su proyecto, “Reformas a la ley 17.801”; y que el motivo por el que saliera con la abstracción que criticamos, aludiendo a un régimen registral general, es el hecho de que ya estaba rondando un proyecto de unificación, con media sanción de Diputados, que derogaba expresamente toda la ley 17801⁵⁹.

En nuestra opinión, esta sola circunstancia, hubiera ameritado considerar abstractos los dispositivos y terminar toda discusión a su respecto, ya que no rigieron, al haber desaparecido los motivos que llevaron a su consideración. Sin embargo, como sabemos, una vez sancionada una ley, ésta se independiza de los motivos e intenciones del legislador y pasa a tener, por así decir, una vida propia. Por ello una de las primeras discusiones registrales que se produjeron con motivo de la sanción de la ley 24441, en el plano registral, fue justamente por tratar de determinar si los arts. 80 y 81 modificaban sólo la ley registral inmobiliaria 17801 o si por el contrario, también repercutían en todos los registros jurídicos del País, como el Decreto Ley 6582/58 de automotores, leyes de derechos intelectuales 11723, 22362, 24481, Decreto 6673/63, etc. Para más cabe advertir que la ley no expresaba qué normas eran sustituidas por los nuevos dispositivos.

⁵⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Ley 24.441 - Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil”, pág. 111.

⁵⁹ ARMELLA, Cristina; “Génesis de la ley” en “Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción – Ley 24.441”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1995, pág. 67.

El art. 81 de la ley 24.441, que se encontraba en el título 10 al que nos referíamos párrafos más arriba, resultaba ser una copia textual del artículo 6 de la ley 17801; pero, se le había suprimido la parte final de éste, que expresa *“Cuando por ley local estas tareas estuvieran asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención”*. Así, hecha toda esta pequeña historia de la norma, no pueden quedar dudas en cuanto a cuál había sido, en su oportunidad, la intención del legislador con este dispositivo.

La idea pues, era suprimir la posibilidad de que las provincias exijan la participación de profesionales locales para lograr la registración de los documentos celebrados en otras jurisdicciones. Se habían querido eliminar las llamadas barreras jurisdiccionales, o mejor dicho “de competencia”; pero no se había advertido que la regulación de los procedimientos registrales, por constituir parte de las facultades no delegadas por las Provincias a la Nación, son incumbencia exclusiva de las legislaturas provinciales, según lo sentado en el art. 121 de la Constitución Nacional. De manera que, aun cuando hubiera habido una sustitución expresa del art. 6 de la ley 17801, igualmente regiría la posibilidad de que las provincias impusieran ese requisito⁶⁰.

Cabe aclarar que el motivo por el que se pide la actuación de profesionales “cercaños” al registro inmobiliario en donde habrán de anotarse o inscribirse el derecho o la medida, obedece a varios y fundados criterios; en primer lugar, no puede negarse el interés sectorial de los escribanos locales, según refiere García Coni⁶¹; pero también se apunta, con una razón práctica, al conocimiento de las formalidades y recaudos propios del registro, por parte de quien peticiona la registración. Por eso la doctrina, en general, ha elogiado el dispositivo. Al efecto Coghlan dice: “Dada la importancia de la registración y la consiguiente ventaja de lograrla en forma impecable, tanto para

⁶⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil”, en “Ley 24441 – Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, Ed. Alveroni, Córdoba, 1995, pág. 116.

⁶¹ GARCÍA CONI, Raúl; “El Contencioso Registral”, Ed. Depalma, Bs.As. 1978, pág. 72 y 73, Explica el autor, que en los prolegómenos de lo que es hoy la ley nacional registral se había advertido resistencia en ciertos sectores del notariado. Existía una defensa de la jurisdicción al respecto en las provincias de Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Río Negro, Santa Fé, Tucumán, etc.

la obtención de una más inmediata publicidad como a fin de no recargar al organismo registral con la recepción y decantación de documentación inconducente o defectuosa, la proposición a registro por intermedio de funcionarios con atribuciones exclusivas al efecto que pudiera contener la legislación local ha sido respetada por la ley 17.801, en el entendimiento que, de tal forma, se favorece el cumplimiento del propósito de la minuta⁶².

Es pues en este entorno histórico y jurídico en el que aparece el agregado al artículo 980 del Código derogado, que es hoy el art. 293 del CCCN, mal titulado. En efecto, los autores de la ley 24.441, intentaron también subvertir el orden constitucional en materia de competencias legislativas⁶³, al introducir dicho párrafo al art. 980 del Código derogado. Al mismo tiempo, a lo mejor sin la intención expresa, la norma aparecía tras una rápida lectura, como eliminando las legalizaciones, en la creencia de que éstas pudieran impedir u obstaculizar la circulación de los documentos en todo el País.

Como hemos adelantado, el agregado al artículo 980 del C.C., hoy artículo 293 del CCCN, no sumó nada al derecho argentino; pues era bien claro desde antes de su incorporación, que el instrumento público valía en todo el territorio nacional; es más, podríamos agregar que, la vocación sinfrónica del instrumento público, le permite valer en todo el mundo globalizado de hoy. Siempre fue así; la ley 24441 nada agregó a ese natural efecto⁶⁴.

Tan necesaria resulta la legalización que, por más poderoso que se sintiera el legislador en el acto de imposición de una nueva norma, no lograría jamás eliminarla; pues este elemental recaudo impuesto más por la lógica y la necesidad, que por las leyes, cumple una función extraordinaria en la

⁶² COGHLAN, Antonio R.; "Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario", Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1991, pág. 107. ANDORNO, Luis O. "Ley Nacional Registral Inmobiliaria – Ley 17.801. Comentada. Anotada" Ed. Hammurabi, Bs.As. 1989, pág. 116, 117.

⁶³ Quizás la más notoria intromisión del Congreso en las facultades no delegadas por las Provincias a la Nación, sea el art. 75 de la ley 24441, en el que con total desparpajo el legislador expresa: "Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, conforme a las siguientes pautas: (...)". Ver VENTURA, Gabriel B. "Ejecución Hipotecaria. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" en "Ley 24441 – Financiamiento de la vivienda y la construcción", Ed. Alveroni, Córdoba, 1995, pág. 143 a 165.

⁶⁴ Al respecto basta con leer el artículo 1211 del Código derogado, en el que se atribuía pleno valor a la escritura pública conteniendo derecho real sobre inmueble, celebrada en el extranjero, con la única formalidad de su protocolización en el País por orden de juez competente.

circulación segura de los instrumentos públicos. Solemos expresar en estos casos, con cierto tono poético, que el legislador no puede ordenarle al mar que deje de agitar sus olas, ni al viento que deje de soplar.

LEGALIZACIÓN DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

La legalización pues, posibilita reconocer como tal al instrumento público, realizado en extraña jurisdicción. Permite advertir si cumple o no con los requisitos básicos en cuanto a las formas que imperan en el lugar de su facción, al igual que si el funcionario interviniente realmente ejerce la función y se corresponde su firma y su sello funcional con los que aparecen estampados en el documento que pretende ejecutarse.

Debe tenerse presente que no puede haber un conocimiento ligero de esas cuestiones por parte de quien debe receptar el documento presumiéndolo auténtico⁶⁵, si desconoce esos lineamientos básicos. Tal es la importante función que desempeña la legalización en materia de circulación de instrumentos públicos.

De nuestra parte definimos la legalización en el sentido que hemos venido reseñando, como la actividad desplegada por la autoridad máxima en la jurisdicción respecto del documento al que se aplica, tendiente a dejar acreditadas la autenticidad de la firma del instrumentador, la correspondencia con el sello funcional registrado, con los sellos de agua o de seguridad, con el papel oficial y demás recaudos que pudieren existir en la jurisdicción respecto de la grafía del documento; así como la acreditación de la forma apropiada determinada en las leyes y reglamentos de la jurisdicción aplicadas al documento que se legaliza; y el carácter funcional en vigencia del instrumentador a la fecha del documento. Todo ello con la finalidad de “acer-

⁶⁵ Es el principio de autenticidad que aparece en el instrumento público cuando goza de “apariencia” y “regularidad”. Ver nuestro “Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino”, Revista Notarial, Córdoba, 2008/1, N° 89, pág. 24 a 26. También en nuestro comentario al artículo 289 de este tomo.

car”, jurídicamente hablando, el instrumento legalizado a otras jurisdicciones ajenas a la del mismo documento.

Adviértase que en nuestro concepto nos hemos referido solo a los aspectos externos y a las condiciones del instrumentador, puesto que ese solo es el aporte que hace la legalización a la presunción de autenticidad. Le brinda la adecuada apariencia, técnicamente hablando (ver nuestro comentario al art. 289).

Por ello, podemos expresar, que los aspectos formales sobre los que se expide la legalización son⁶⁶:

a) EL SOPORTE PAPEL: Es decir que el documento se halle contenido en las hojas oficiales que las autoridades que rigen el documento exijan. En este sentido los documentos notariales son los que más recaudos presentan, merced a las hojas de actuación notarial, o sellos notariales, que resultan de manifiesta apreciación, con filigranas, sellos holográficos, hilos metálicos que atraviesan el cuerpo del papel, en algunos casos sellos de agua impresos en relieve en el papel oficial, etc. En cambio, no se cuidan demasiado de la apariencia, los instrumentadores administrativos ni los judiciales, que solo suelen contener un membrete de fácil facción informática.

b) LA FIRMA DEL FUNCIONARIO: Éste, previamente, ha debido registrarla ante la autoridad superior que legaliza. No se trata de un análisis pericial, sino solo un cotejo a la manera de la verificación bancaria de la firma de los cheques. Al mismo tiempo que se verifica el trazo, también se involucra en ello, la investidura de funcionario autorizante y su vigencia a la fecha del documento; pues bien podría ocurrir que en ese momento estuviese suspendido, o ya estuviese jubilado, o por cualquier motivo, en la fecha del documento no estuviera en funciones, etc.

c) EL SELLO DEL FUNCIONARIO: Juntamente con la firma registrada, el funcionario ha debido dejar registrado igualmente el sello funcional que corresponda a su atribución fedataria. El legalizador deberá corroborar, entonces, la coincidencia con el citado sello.

⁶⁶ SAUCEDO, Ricardo J.; “Legalización de Documentos Notariales”, en “Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario”, Dirigido por Cristina N. Armella, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1998, pág. 1074.

Desde el punto de vista práctico, la legalización aporta apariencia, en los términos que hemos explicado al desarrollar el principio de autenticidad (Ver nuestra nota al art. 289).

Debe tenerse presente que en el ámbito del derecho internacional privado, es común referirse tanto a leyes extranjeras, como a documentos extranjeros que acceden al País y pretenden producir los efectos propios para los que han sido autorizados. Igualmente, hay documentos que salen de Argentina con pretensión de ser ejecutados fuera del País. En tales casos, la legalización de los instrumentos, amén de cumplir con los aspectos prácticos a los que hacíamos referencia en los precedentes párrafos, cumple un papel preponderantemente jurídico sustancial; pues es gracias a las relaciones internacionales previamente pactadas que pueden llegar a tener eficacia.

A este respecto, corresponde hacer mención a las normas expresas que contenía el Código derogado, en los arts. 6, 7, y sobre todo el art. 12, en el que se sentaba expresamente que “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado”. Igualmente el nuevo CCCN, en su artículo 2649 que reemplaza y mejora el artículo 12 del Código de Vélez, hace aplicable, como regla general, la ley del lugar de celebración del acto jurídico. Otro tanto ocurre de manera expresa con los testamentos (art. 2645), con los títulos valores (art. 2659), y con los contratos que transfieren derechos reales sobre inmuebles ubicados en nuestro País (art. 2667 CCCN).

LEGALIZACIÓN INTERPROVINCIAL PARA CIRCULACIÓN Y EFICACIA EN TODO EL PAÍS

La legalización de los instrumentos públicos, según lo dispone la Constitución Nacional, art. 7, y el Decreto Ley 14.983/58 en su artículo pri-

mero, corresponde cuando el documento emanado de una provincia, deberá ser aplicado o ejecutado⁶⁷ en otra.

En nuestra definición hemos aludido a la “autoridad máxima respecto del documento que se legaliza”. Con ello ponemos de manifiesto que corresponde a distintas autoridades, según cuál sea la naturaleza del documento que se legaliza, judicial, notarial o administrativo. Si el documento es judicial, será el máximo Tribunal de la Provincia (Suprema Corte, Tribunal Superior, etc. según la nominación que se le asigne); si es administrativo, será el Ministerio del Interior respectivo; y si es notarial, corresponderá su legalización al Colegio Notarial de la provincia de su otorgamiento. Esta legalización recibe el nombre de “legalización de primer grado”.

LEGALIZACIÓN PARA CIRCULACIÓN DEL INSTRUMENTO FUERA DEL PAÍS

Una vez legalizado en primer grado, el documento ya tiene libre circulación y eficacia en todo el territorio nacional conforme al art. 7 de la Constitución Nacional; pero si el instrumento debe salir del País, ya se exige una mayor tramitación. El instrumento, amén de la legalización de primer grado, deberá tener igualmente otra, de segundo grado, emitida por un organismo de rango superior; por ello recibe esa denominación.

En nuestro País, la función legalizadora de segundo grado está a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores; entidad que verificará la legalización de primer grado; analizará la correspondencia de la firma y sello de la entidad de primer grado, y la grafía correspondiente al documento de que se trate.

⁶⁷ Cuando nos referimos a ejecución no atendemos necesariamente a la ejecución forzada o conminada de la obligación, generalmente por vía de la actuación de la justicia, sino que también aludimos al ejercicio pacífico y normal de las facultades que emanan de un título. Así, quien pretende transferir su propiedad y acude a un escribano exhibiéndole su título al dominio a los fines de acreditar su legitimación dispositiva, conforme al art. 23 de la ley 17.801, está igualmente ejecutando el derecho dominiar que dicho título acredita a su favor.

Otro tanto se exigirá para los documentos que ingresen al País, pues deberán tener la firma del funcionario autorizante del acto; la legalización de éste por la máxima autoridad que corresponda a la función (legalización de primer grado); la legalización de segundo grado efectuada por la autoridad superior a la de primer grado (legalización de segundo grado); la legalización del Ministerio de Relaciones exteriores del país donde se otorgó el acto; y finalmente, la suscripción del citado ministerio, deberá estar legalizada por el cónsul argentino acreditado en el país de celebración del acto⁶⁸.

EL CONVENIO DE “LA HAYA”

A los fines de facilitar la circulación de los instrumentos públicos que deban ejecutarse en países extranjeros, varios estados suscribieron el Convenio de La Haya, el 5 de octubre de 1961, que mediante el uso de la apostilla, permite una rápida verificación de la autenticidad del documento de extraña jurisdicción. Siempre el documento debe tener las legalizaciones de primer y segundo grado. Así, el Ministerio de Relaciones Exteriores, apostilla el documento que queda ya en condiciones de ser ejecutado también en país extranjero.

El recaudo exigido por el Convenio de La Haya, es una atestación, designada “apostilla” o “apostille” (en francés como exige el acuerdo). Pero lamentablemente, a los fines de la apariencia, a la que nos referimos al comentar el art. 289 CCCN, no cumple, en nuestra opinión, con uno de los requisitos que consideramos imprescindible: que sea idéntica en todos los países. De esta manera los instrumentadores y jueces, en el momento de ejecutar los actos contenidos en los documentos, podrían rápidamente verificar “prima facie” su autenticidad, por estar ya familiarizados con los aspectos extrínsecos de la citada apostilla. En general las diversas apostillas carecen de una grafía compleja que sería dable exigir en un documento de esa natu-

⁶⁸ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 730 a 733.

raleza, tal como se hace en los billetes de banco o en algunas acciones societarias.

También es lamentable que aún varios países no hayan suscripto el Convenio, pues en los casos en que los documentos deban ejecutarse en ellos, o sean los países de procedencia del instrumento, deberá seguirse con todo el encadenamiento descrito párrafos más arriba, con toda la carga de tiempo y costos que ello implica. Para dar un ejemplo que nos toca de cerca, ni Chile ni Bolivia son suscriptores del Convenio.

Resta consignar que en el año 2003, el Ministerio de Relaciones Exteriores suscribió convenio con el Consejo Federal del Notariado Argentino, por el cual se delegó en los Colegios Notariales de cada Provincia, la facultad de colocar las apostillas del Convenio de La Haya. Para lo cual, todas las autoridades de cada provincia, tanto judiciales como administrativas, han debido registrar en los citados Colegios, las firmas y sellos de sus legalizadores de primer grado. Así, a partir del 2003 los Colegios Notariales de cada provincia son las entidades que verifican las firmas y sellos de las legalizaciones de segundo grado, verifican las formalidades extrínsecas de los documentos, y colocan las apostillas, para que éstos tengan validez internacional y puedan ejecutarse en jurisdicción foránea.

LOS OFICIOS PREVISTOS EN LA LEY 22.172

También corresponde mencionar la ley 22.172 de 1980, que permite una tramitación ágil y segura entre los Tribunales de distintas provincias que emitan oficios que deban cumplirse en otras.

El art. 3 de la citada ley determina justamente, que estos Oficios no exigirán legalización; y basan su presunción de autenticidad, conforme a lo que exigimos acerca de la grafía, en un sello especial colocado en los testimonios, por una o más oficinas habilitadas por la Corte Suprema, Superior Tribunal de Justicia o máximo tribunal judicial de la jurisdicción en que se ventile la causa. Se trata pues de un sello en relieve (sello de agua) que solo puede ser estampado por las citadas oficinas.

El tribunal que reciba así este “oficio ley 22172” (como se le designa en la jerga tribunalicia), no puede juzgar sobre su procedencia (art. 4 de la ley 22.172), sino solo sus formas. Igualmente está autorizado a no proceder conforme a lo solicitado por el juez oficiante, si la orden impartida viola el orden público local.

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.

ALTERACIONES EN PARTES ESENCIALES

En primer lugar corresponde precisar las expresiones usadas en la norma. En general podemos advertir que todas las patologías gráficas enunciadas en el dispositivo, aluden a lo que genéricamente podríamos englobar en la expresión alteración; que, para más tiene un sentido técnico usado en el ámbito de las falsedades. En efecto, Pelosi, al analizar los distintos casos de falsedades que pueden presentarse, expresa que alteración es una modificación parcial del texto mediante intercalación de palabras o letras, de tal manera que le hacen variar su sentido, más precisamente el sentido jurídico o material⁶⁹.

Toda alteración en el texto documental, sean borrados, interlineados, enmendados o cuántas más modificaciones puedan advertirse en el texto de un documento escrito, representan sin más, al menos desde el punto de vista gráfico, una patología. Pues bien ante tal situación, el legislador pretende deslindar aquellos errores concebibles en cualquier actividad humana, que no necesariamente implican el dolo que se quiere prevenir con el precepto,

⁶⁹ PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs. As. 1980, pág. 317.

de aquellos que han sido efectuados, por mano extraña, y que justamente por este motivo, no cuentan con el correspondiente salvado que permita advertir al intérprete del documento, que se trata del error humano.

En definitiva la norma basa su pronunciamiento en la omisión del salvado, tal como surge del final del párrafo, porque previamente ha exigido que el instrumentador salve las tales anomalías y, su omisión, hacer perder al documento toda presunción de autenticidad, según habíamos explicado al referirnos a ese principio (“autenticidad”) al anotar el art. 289.

Si bien no hay una norma expresa que exija el salvado de los errores gráficos en el ámbito de los instrumentos públicos en general, como los agregados entre líneas, sobre escritos, borrados, testados, etc., ello no debe interpretarse en el sentido de que la ley no los exige. A estos efectos viene bien la correlación de este dispositivo con el art. 305 del CCCN, inciso e), referido al contenido de las escrituras públicas; pues aquí, antes que sancionar con la invalidez al acto, preventivamente se determina como uno de sus recaudos que “...c) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma”. Esta norma es aplicable no solo a las escrituras públicas, sino a todas las especies de instrumentos públicos.

Ocurre con frecuencia, ya lo veíamos también en el Código derogado, que el legislador al regular el género de una institución, produce lo que de nuestra parte hemos dado en llamar “normas reflejas”, justamente porque suelen reaparecer al determinarse las características y exigencias de algunas de las especies contenidas en el género⁷⁰.

Obviamente hubiéramos visto mejor, desde el punto de vista técnico, que el legislador se acordara primero de lo normal, antes que de la patolo-

⁷⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Derechos y Obligaciones del Poseedor de Inmuebles”, en “Liber Amicorum” en Homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Ed. Advocatus”, Córdoba, 2010, pág. 648. Justamente el fenómeno de la reflexión normativa lo percibimos con nitidez entre la posesión y el dominio, que si bien no pueden considerarse género y especie, permiten sin embargo advertirlo con claridad, ya que normalmente el poseedor es propietario, y el propietario posee. En el Código derogado, normas que estaban referidas a la posesión, aparecen luego aplicadas al dominio (art. 2445 y 2510 o el 2401 y el 2508, etc.)

gía, y hubiese comenzado el artículo 294 exigiendo el salvado de las tales alteraciones, como lo hace para las escrituras públicas en el art. 305, inc. e, para luego determinar su invalidez en caso de no haberse procedido de tal manera. Una interpretación armónica de los preceptos, tal como hemos apuntado en el precedente párrafo, nos obliga a hacer esa lectura.

El supuesto normal del que parte el dispositivo, es el error del instrumentador percibido luego de la impresión y antes del otorgamiento del acto; sea al consignar el nombre de las partes, una cantidad entregada, o cualquier otro dato. Pero para que tenga la relevancia del caso, como la misma norma lo prevé, es menester que lo borrado, enmendado, interlineado, etc. se haya producido sobre uno de los elementos esenciales; el que podrá corresponder tanto al acto instrumentado, como al acto instrumental⁷¹.

Serán parte esencial respecto del acto instrumentado, todas las exigencias gráficas del instrumento, que puedan generar incertidumbre; por ej. en la fecha, o en la numeración correlativa de la escritura, o del orden de los folios dentro del protocolo, etc. (art. 305 CCCN).

En cuanto al acto instrumental, es decir aquellos elementos que hacen al acto jurídico mismo en su materialidad, como regla general corresponderá considerar parte esencial, los que se consideren de ese carácter en cada figura contractual; por ejemplo en la compraventa (art. 1123 del CCCN) serán elementos esenciales, la determinación de las partes, con todas sus circunstancias (nombres, fechas de nacimiento, domicilios etc.), el objeto transferido, con todos los elementos que lo determinan (ubicación, medidas perimetrales y superficie, etc.), y el precio con todas las características exigidas en los arts. 1133 al 1136 CCCN. Si de escrituras “actas” se tratara, aquellas reguladas a partir del art. 310 del CCCN, deberá considerarse parte esencial, lo que sea trascendental respecto de la corroboración; por ejemplo si se constata la existencia de un pozo en medio de la calzada, toda la rela-

⁷¹Viene bien recordar la distinción que efectúa la doctrina entre “acto instrumentado” refiriéndose a lo material o al contenido del acto y “acto instrumental” cuando se hace alusión a la forma, es decir al documento portante del acto jurídico. SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1964, Tomo II, pág. 322. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, 2º Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90.

ción del notario respecto a la ubicación del mismo, debería considerarse parte esencial. Pero, como puede advertirse, en algunos casos, hay una gran dosis de subjetividad en la calificación de esencial o no de cada elemento. Depende pues del criterio del instrumentador y del receptor o intérprete del documento, atribuirle o no ese carácter⁷².

Pues bien, en los casos enunciados, el instrumentador, juez, autoridad administrativa o notario, decidirá según la conveniencia gráfica, si se nos permite la expresión, si borra, testa, interlínea o sobre escribe. No hay aquí una anomalía tan importante que obligue a desechar totalmente el documento ya confeccionado, pues las leyes articulan expresamente, tolerando un margen de natural error humano, estos modos físicos de subsanación. Debe tenerse presente que, en algunas ocasiones, como ocurre con el protocolo notarial, el documento está redactado en hojas oficiales numeradas y rubricadas por el órgano competente para asignarlas a cada notario. Estos folios no pueden descartarse; en razón de lo cual siempre será preferible, en la medida de lo posible, tratar de rescatar el documento y producir este tipo de arreglos gráficos, salvándolos al final de puño y letra por el autorizante, antes de la firma de los comparecientes, conforme lo exige la norma.

Un párrafo expreso merece la exigencia del salvado de puño y letra, pues si bien compartimos plenamente esa exigencia, dado que permitirá en un postrer análisis determinar la legitimidad de su autoría, no será fácilmente perceptible por los receptores del documento alterado. Si ya la propia firma excede la destreza de cualquiera para ser merituada por un lego, más inaccesible se hace aún la letra de lo salvado; pero, como decíamos, se admite al menos, con un importante grado de certeza, la posibilidad posterior de su peritación, en caso de haber sido impugnado el instrumento justamente por ese motivo.

EL TACHADO Y ENMENDADO FRANCO

⁷² PELOSI, Carlos A.; "El Documento Notarial", Ed. Astrea Bs.As. 1980. En pág. 217, dice: "Pienso que la precisión para establecer cuándo se está frente a partes esenciales no salvadas se resuelve en cada caso, según las circunstancias y elementos a considerar".

Es importante, puesto que la actitud es perfectamente admitida en derecho, que la corrección, alterando la grafía del documento, se haga de manera franca y notoria por el instrumentador. Con ello no queremos expresar que elogiemos un instrumento impropio; sino que, en nuestra opinión, es más importante su validez y transparencia, que su apreciación estética. Para la seguridad documental, nada mejor que las modificaciones resulten manifiestas; puesto que están arregladas a derecho. De nuestra parte tenemos un preconcepto, que mira con desfavor lo velado y oculto, sobre todo en el ámbito de la función pública y sus resultados.

Esa notoriedad del error, amén de brindar transparencia a los hechos, se corresponde plenamente con el obrar conforme a las previsiones normativas. Quedarán desechados así, todos esos procedimientos, ingeniosos pero poco jurídicos, como el tratamiento con el llamado “papel líquido” (*“liquid paper”*) que es una especie de pintura blanca que tapa el error, y disimula totalmente los traspiés documentales. Por otra parte no sabemos si ese procedimiento, con el tiempo, no llegará a despegarse del papel, dejando nuevamente al descubierto la palabra equivocada.

La franqueza de la alteración también tiene su importancia, a los efectos de que pueda apreciarse lo que fue objeto de sustitución en la corrección, para poder salvarlos adecuadamente. Si el tachado impide totalmente la percepción de lo que el documento decía bajo el testado, no podrá expresarse qué palabras se eliminaron del texto documental. Distinto es el borrado y el sobre escrito, o el raspado y sobre escrito, pues estos procedimientos directamente eliminan físicamente la escritura equivocada.

CONVERSIÓN FORMAL

El párrafo final de la norma, reiteración parcial del artículo 987 del código derogado, prevé una conversión formal expresa, para el supuesto de nulidad del documento, como instrumento público. Valdrá como privado, siempre que estuviese firmado por las partes.

Puesto que se trata de una conversión formal⁷³, obviamente la norma exige que cumpla con los recaudos sustanciales. La falta de firma impediría que pudiéramos tan siquiera referirnos a documento privado; puesto que, como surge del art. 287, primer párrafo, para serlo exige imprescindiblemente ese requisito. Si no estuviese firmado será un instrumento particular, según regula la norma citada.

Nos preguntamos ahora si podría plantearse la conversión del instrumento público en instrumento particular, cuando no estuviese firmado por las partes. Puesto que esa especie documental existe en nuestro derecho y se presenta cuando se trata de un instrumento privado no suscripto por las partes, bien podría pensarse que se convierte en tal, ante la falta de firmas. Entendemos que ello no ocurre por varios motivos. En primer lugar se trata de una norma de excepción, y como tal debe interpretarse en sentido restricto, ya que si el legislador hubiese querido que así fuere, lo hubiese consignado expresamente en la norma; en segundo lugar, la conversión genérica prevista en el art. 384, amén de estar plasmada en el ámbito de las nulidades materiales que, como tal, funciona sólo como conversión sustancial, resultaría virtualmente modificada por la norma especial que es objeto de este análisis (art. 294 CCCN).

ARTÍCULO 295. Testigos inhábiles. No pueden ser testigos en instrumentos públicos:

- a) las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos;
- b) los que no saben firmar;
- c) los dependientes del oficial público;
- d) el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad;

⁷³ La conversión, como instituto jurídico, puede funcionar según los casos a favor del contenido documental o de su forma, dando así nacimiento a la división: “conversión material” o “conversión formal”.

El error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que han intervenido.

LOS TESTIGOS EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Un testigo es una persona fidedigna, que puede refrendar lo ocurrido en determinada circunstancia. En general las leyes exigen que estas personas que tanto aportan al llamado “derecho probatorio”, tengan buena fama, o mejor dicho que no tengan mala fama. A ello se apunta cuando se expresa que deben ser dignos de fe, o fidedignos. En las Partidas de Alfonso el Sabio, por ejemplo, se requería que la persona que atestiguaba en el instrumento fuera “fidedigna”, desechándose al ebrio, pródigo y menesteroso, quienes estaban totalmente descalificados para tales cometidos.

En materia documental, sobre todo respecto de los instrumentos notariales, desde los primeros tiempos, se exigía reforzar el valor probatorio de éste, mediante la participación obligada de testigos; que por lo menos debían ser dos, respetando la exigencia romana plasmada en el proloquio “testis unus testis nullus” (“un testigo, ningún testigo”). Debe interpretarse como un recaudo de publicidad del acto, en el que los testigos representarían al pueblo reunido en la plaza pública⁷⁴.

La ley española de organización notarial⁷⁵, seguidora del derecho romano, impuso también la participación de dos testigos en los instrumentos que contuvieran actos entre vivos, y más de dos en las disposiciones unilaterales para después de la muerte. Pero, con el tiempo los testigos en los actos entre vivos, no pudieron resistir el embate doctrinario y fueron desapareciendo de las antiguas legislaciones, tanto de España como de Francia. La

⁷⁴ LARRAUD, Rufino; “Curso de Derecho Notarial”, Depalma, Bs.As. 1966, pág. 335.

⁷⁵ La ley Orgánica del Notariado Español de 1862, marcó una etapa fundamental en el notariado latino, junto con la ley Francesa del 25 ventoso. Se sentaron en la ley española casi todos los hoy llamados “principios del notariado latino”: Protocolo, fe pública, autenticidad, unidad de acto, rogación, etc. Esta influencia es tal que hasta los conceptos notariales doctrinarios que se manejan hoy en nuestro país, provienen de sus artículos, como ocurre con la definición que brindan los autores de “Protocolo”, que constituye una transcripción literal del art. 17 de la ley Española de 1862.

influencia de estos dos países, verdaderos baluartes del notariado latino, aparece en todas las legislaciones a las que inspiraron.

Sin embargo en Latino América, recién durante las décadas de 1950 y 1960 comenzó a notarse la supresión de los testigos instrumentales, como ocurrió en nuestro país a través de la ley 15.875, sancionada en 1961, a la que nos referiremos brevemente más adelante.

CLASES DE TESTIGOS

En el ámbito documental, los testigos en el código derogado podían clasificarse en testigos instrumentales y testigos de conocimiento. Mientras los primeros atestiguaban sobre ciertas cuestiones generales o puntuales dentro del acto, como una manera de brindar mayor fuerza probatoria a lo relatado en el documento⁷⁶, los segundos solo abonaban la identidad de los sujetos comparecientes, cuando el instrumentador no los conocía personalmente y ellos no podían aportar documento de identidad idóneo a tales efectos; su actividad solo estaba ceñida a la corroboración de la correspondencia entre el sujeto físico y el nombre que lo individualizaba; en general todas sus circunstancias, como el domicilio, fecha de nacimiento, estado civil, etc. no resultaban involucrados en su justificación. Esta clase de testigos, nos referimos a los de conocimiento, no son admitidos en el nuevo CCCN, que directamente los ha suprimido de la norma que los debería contener; es decir el art. 306 del CCCN. No estamos de acuerdo con su supresión, pero volveremos sobre este punto en oportunidad de comentar el citado artículo.

A su vez, también podríamos clasificar los testigos instrumentales, en generales o regulares, y testigos especiales, según fueren exigidos de manera genérica por la forma instrumental usada, o según lo fueren por el tipo

⁷⁶ Gattari, Carlos N.; “Manual de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1988, pág. 137, pareciera sostener que el testigo instrumental sólo es el eliminado por la ley 15.875, prefiriendo referirse a los demás (aun los subsistentes) como testigos específicos. Al respecto dice: “[...] Clases de testigos: de conocimiento, del acto, que son propiamente instrumentales, y los específicos, como los testamentarios”. Con la expresión “específicos” alude el autor a los casos concretos en que el legislador ha creído conveniente su exigencia.

de acto instrumentado. Así, el viejo art. 1004 del Código derogado, requería para la validez instrumental del acto, la presencia sistemática de dos testigos en cada otorgamiento notarial; éstos eran los llamados testigos instrumentales regulares. Pero además estaban, tal como ocurre también hoy, en el nuevo CCCN, los testigos instrumentales especiales, cuando se tratare de la celebración de algunos actos en particular; por ejemplo se requieren como requisito de validez, dos testigos especiales en la celebración de un testamento por acto público (art. 2479 CCCN)⁷⁷.

Los testigos regulares o generales, contradicen en cierta medida la fe pública surgida de los instrumentos públicos; por ello resulta interesante una brevísima reseña sobre la suerte de los testigos regulares o generales en el viejo código. Pues, como habíamos adelantado, éstos ya se habían suprimido en el año 1961, mediante el dictado de la ley 15.875; antes de ella fuere cual fuere el acto a otorgarse, debían también comparecer dos testigos refrendando todo lo actuado⁷⁸.

La doctrina venía criticando duramente este requerimiento, ya que en la práctica, estos testigos, no hacían más que asistir al acto, ciegos, sordos y mudos, firmando luego donde se les indicaba⁷⁹. Realmente no se cumplía para nada con el fin perseguido por la norma (art. 1004 del Código de Vé-

⁷⁷ La eliminación de los testigos instrumentales, no alcanzó a los testigos especiales, según nuestra denominación. En defensa de esta subsistencia, puede leerse en el debate planteado con motivo de la propuesta de modificación por ley 15.875, según relación del miembro informante, Leonardo Colombo, una explicación muy satisfactoria a favor del mantenimiento de los testigos en los testamentos. Dice: “Se argüirá que con la reforma no alcanzamos a modificar la norma del art. 3654 del Cód. Civil, por cuanto subsiste para la validez de los testamentos el requisito de que sean otorgados por ante tres testigos con residencia en el lugar. Pero esa aparente dualidad se disipa cuando se analiza la diferencia entre los actos [...]. Debe tenerse en cuenta que el testamento ante escribano público obliga a guardar algún recaudo, por cuanto no hay contraparte, no hay la imprescindible necesidad de comparecencia de otras personas como en los actos bilaterales [...] Los testamentos no pueden encontrar en el día de mañana ninguna persona otorgante que tenga el control acerca de la veracidad de sus enunciations, de los beneficiarios que instituyó, precisamente porque sus efectos, en razón de ser actos de última voluntad de un testador, se producen con posterioridad al fallecimiento del otorgante, con lo que queda descartada toda posibilidad de control por parte de éste”. El nuevo CCCN conserva dos testigos hábiles para los testamentos (art. 2479), lo que nos autoriza a presumir, aunque hayan reducido su número, que los fundamentos del legislador del '61 son compartidos por sus autores.

⁷⁸ Decía el art. 1004 del Código derogado, antes de la ley 15.875 de 1961: “Son nulas las escrituras que no tuvieren ... la presencia y firma de dos testigos en el acto...”

⁷⁹ GONZÁLEZ, Carlos Emérito; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 428.

lez). La exigencia solo aportaba desgaste y complejidad, al requerírseles a los contratantes que llevaran los testigos necesarios para cada acto. Por otra parte, se decía, la fe pública la tiene el notario por lo que huelga la participación de los testigos. Así, en defensa de la fe pública notarial, puede leerse en la exposición de motivos de la ley 15.875, en palabras del Diputado Berra, que “Las escrituras, actualmente, requieren la presencia de testigos, lo cual implica un desmedro al concepto de fe pública que se atribuye al escribano y un desmedro a su actividad específica. Debe sentarse un único criterio: si existe o no existe fe pública, y si de ella pueden hacer o no hacer mérito los escribanos públicos”.

Otro fundamento de clasificación de los testigos (“fundamentum divisionis”), apunta a si éste está ocasionalmente en el lugar en el que se producen los hechos que contribuye a refrendar, o si su presencia en el acto ha sido expresa y previamente determinada. Se habla así, de testigos ocasionales y testigos formales (o predispuestos). Mientras los primeros tuvieron por el azar la coincidencia temporal y espacial de estar presentes en la producción del hecho, los otros en cambio, fueron conducidos ex profeso al acto, para refrendar lo visto u oído durante su facción.

Un testigo ocasional sería por ejemplo, un sujeto que casualmente se halla en las cercanías de un accidente de automotor; él percibe el ruido del incidente, ve lo acaecido durante el percance, la reacción de los sujetos implicados en la situación, etc. Será, a no dudarlo, un idóneo testigo para colaborar en la reconstrucción de los hechos, precisando las circunstancias que hayan llegado a su apreciación. Un juez, si lo considera digno de confianza, podrá basar un pronunciamiento en sus declaraciones.

Aun en el ámbito notarial podríamos imaginar igual supuesto, pues en ocasión de un acta de corroboración o constatación (art. 310 CCCN), bien podría ocurrir que espontáneamente alguien concurriera a la presencia del notario que está relatando los hechos, y declarara lo que escuchó o vio, obviamente siempre a pedido del requirente, dado que el notario no puede ni debe obrar de oficio (art. 311, inc. a del CCCN).

Un ejemplo de testigo predispuestos o formal en materia de documentos administrativos, serían los exigidos en el artículo 418 del CCCN, para la celebración del matrimonio, cuando se realiza en la oficina del oficial público encargado del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, que se eleva a cuatro cuando el acto se realiza fuera de la dicha oficina.

Otra clasificación de los testigos se funda en la razón tenida en miras por el legislador al exigirlos. Mientras en algunos casos su presencia solo apunta a dar firmeza formal al acto, y rara vez será exigida su postrer declaración ante los estrados judiciales u otras autoridades, en otros supuestos, en cambio, generalmente cuando son ocasionales, el testigo necesariamente para cumplir su función deberá ser convocado a una declaración posterior, sea ante el juez o ante autoridad administrativa. Se habla así de testigos pasivos o estáticos, y testigos activos o dinámicos.

A decir verdad, todo testigo, aun los pasivos o estáticos, son potencialmente dinámicos; pues si bien lo que comúnmente ocurre (“eo quod perurumque fit”) es que los actos y documentos en su desenvolvimiento normal no sean impugnados, bien podría ocurrir que lo fueren; en cuyo caso también los llamados “testigos estáticos” se verán obligados a concurrir a los estrados judiciales para declarar sobre lo acaecido en la audiencia documental.

TESTIGOS INHÁBILES

Puesto que la regla general es la habilidad y capacidad, según lo sentido de manera general en los artículos 22, 23 y 31 inc. a) del CCCN, la norma cuyo análisis estamos efectuando, solo se ocupa de quienes resultarán inhábiles para ser testigos. Al mismo tiempo debe tenerse presente que, en casos dudosos respecto a la posibilidad de ser o no testigos en los instrumentos públicos, deberemos considerarlo hábil; en aplicación de la regla hermenéutica que determina que las normas de excepción deben interpretarse en sentido restricto. A esos efectos, en el inciso a) se determina que son inhábiles como testigos las personas incapaces de ejercicio; es decir las

enumeradas en el artículo 24 del CCCN: las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente; es decir las que no han cumplido los dieciocho años, conforme a lo previsto en el art. 25 del CCCN. Tampoco podrán serlo los sujetos declarados incapaces por sentencia judicial (art. 24 CCCN).

Por aplicación del inciso b) son también inhábiles para ser testigos en los instrumentos públicos los que no saben firmar. Creemos que el supuesto debe hacerse aplicable, conforme a la “ratio legis”, también en aquellos casos en que, sabiendo firmar, no pudiere hacerlo por haber sufrido accidente, por ejemplo, o por encontrarse internado y con catéter en el brazo con que suscribe, como ocurre con tanta frecuencia en los actos celebrados en los hospitales y demás centros de internación. En estos casos no habría forma de dejar constancia de la presencia de los tales testigos en el acto si no lo pueden suscribir⁸⁰.

En el inciso c) se incluye como “inhábil” al dependiente del funcionario autorizante. Este supuesto que ya se encontraba en el art. 990 del código de Vélez, tiene una lógica incuestionable; pues siendo empleado de la misma oficina no podría sentirse con la libertad suficiente; en primer lugar de aceptar o no su participación como testigo; y en un segundo lugar se sentirá presionado por el contenido de la declaración que posteriormente pudiera exigírsele. En definitiva la intervención como testigo de un dependiente del oficial autorizante, no permite asumir una total sinceridad en sus dichos. Adviértase que también, en prevención de lo expresado y en seguimiento de nuestras observaciones, en un interrogatorio judicial, previamente a responder a los pliegos presentados por las partes, las leyes obligan a declarar a los testigos sobre si son o no dependientes de las partes involucradas (art. 441 del C. de P. C. y C. de la Nación).

Finalmente, en el inciso d), se contempla la inhabilidad para ser testigo, del cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público dentro del cuarto grado y segundo de afinidad. Los motivos de esta exclusión son los

⁸⁰ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10° Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 337.

mismos que dan fundamento a la prohibición del art. 291 del CCCN, que vea al oficial público su intervención en todo asunto en que él, su cónyuge, o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, fueren personalmente interesados. Si los testigos en los instrumentos públicos persiguen refrendar más acabadamente el contenido del acto instrumentado, sin dudas ello no se logrará si quienes concurren en tal carácter, son parte interesada, directa o indirectamente en el acto instrumentado. A estos efectos cabe reprochar al dispositivo no haber incluido a los mismos sujetos mencionados, pero referidos a las partes del acto y no solo al instrumentador, como hace la norma. Estimamos que una correcta interpretación, hace aplicable también a las partes la prohibición de la norma.

ERROR SOBRE LA IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS

El último párrafo de la norma anotada, al igual que el art. 991 del código derogado, hace aplicación del proloquio latino, “error communis facit ius” (el error común crea el derecho) al que ya nos habíamos referido al analizar el art. 290 CCCN, inc. a).

ARTÍCULO 296. 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.

I- VALOR PROBATORIO

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

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 preceptos. 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”*⁸¹. 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.

⁸¹ 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 ESPONTÁNEA

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”⁸².

Pero el mundo del derecho, y sobre todo su estudio de grado, avasallado erróneamente por la idea del conflicto, como hemos expresado más

⁸² DEVIS ECHANDIA, Hernando; “Compendio de la Prueba Judicial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984, Tomo I, pág. 25 – 26.

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 afirmación⁸³. 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 enfrentamiento 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

⁸³ CARNELUTTI, Francisco; “La Prueba Civil”, Bs.As. 2da. Ed. Depalma, Bs.As. 1988, pág. 38.

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- 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 probatorio⁸⁴, 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 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 amparo⁸⁵. 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ GIMÉNEZ ARNAUD, Enrique; “Derecho Notarial”, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1976, pág. 38.

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;
- 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 lamenta-

blemente 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 acto 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 ocurría 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 indirectas⁸⁶.

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 Salvat⁸⁷ que estas cláusulas no tendrán valor probatorio alguno entre las partes, y solo constituirán un principio de prueba instrumental⁸⁸, y podrán ser opuestas solo a quien las haya expresado⁸⁹.

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

⁸⁶ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. II, pág. 160.

⁸⁷ SALVAT, Raymundo M. “Tratado...” Ob.cit. pág. 355.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ NERI, Argentino I.; Id. Nota anterior, Pág. 159.

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 afirmación⁹⁰.

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 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 debe-

⁹⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Los bienes mixtos en el Derecho Civil Argentino”, en Revista Notarial, La Plata, Nº 876, 1984. VENTURA, Gabriel B.; “Los bienes propios y gananciales como objeto de calificación registral” en Revista Notarial, Córdoba, Nº 6, 1993.

rá 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 Nº 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 convictiva⁹¹.

IV- 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 designado⁹².

⁹¹ 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.

⁹² 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

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”.

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

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”.

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 proce-

sal de que se trate⁹³, en atención al importante aporte a la seguridad jurídica que hace el instrumento público.

V- 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)⁹⁴, y una copia, reproducción o testimonio de éste. El sistema 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 función⁹⁵.

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 aquél⁹⁶.

Lo que estamos expresando repercute directamente en las posibles impugnaciones que puedan efectuarse. Así como cuando algún sujeto que

⁹³ PELOSI, Carlos A.; "El Documento Notarial", Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág.

⁹⁴ Justamente la expresión "protocolo" proviene del latín "proto" y "collum" que se traduce correctamente como "primer ejemplar encolado". Alguna doctrina, incorrectamente traduce la expresión completa 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.

⁹⁵ 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).

⁹⁶ 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.

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 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 derogado⁹⁷.

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

⁹⁷ 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.

quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas [...]”⁹⁸.

ARTÍCULO 297. Incolumidad formal. Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

EL PRINCIPIO DE INCOLUMIDAD

Íntimamente relacionado con el valor probatorio del instrumento público, se encuentra el llamado “principio de incolumidad”; que aunque no estaba nominado así en el código derogado, tenía también su contemplación expresa en términos muy similares a los del artículo 297 del CCCN (art. 992 del Código de Vélez).

Básicamente podemos aproximarnos a este principio, aplicando el sentido que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española sobre la palabra “incólume”, que significa “Sano, sin lesión ni menoscabo”; lo que relacionado al supuesto normado, viene a expresar que el documento no sufre daño alguno, en cuanto a su valor probatorio, frente al hecho de que los testigos o el oficial público autorizante, se desdigan de lo dicho en él. La norma, en definitiva, impide que se modifique o contradiga en alguna medida lo que se ha expresado en el instrumento público.

Lamentablemente este principio aparece en el nuevo Código con la misma falencia con la que ya lo encontrábamos en el de Vélez. Se menciona a los testigos del instrumento público y al oficial público que lo autoriza, pero se omite a las partes, que son los principales protagonistas del acto instrumentado. Por ello creemos que la norma debe ser objeto de una adecuada interpretación, con la ayuda de la nota que redactara Vélez al pie de su nor-

⁹⁸ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 103, 104.

ma equivalente, el art. 992, que aludía expresamente a las partes. Así, diremos que si la norma veda al notario, y a los testigos variar o contradecir lo declarado en oportunidad del otorgamiento del instrumento público, con mayor razón (“a fortiori”) les estará prohibido a las partes involucradas en el acto hacerlo; ya que éstas asumen un papel más protagónico que los nombrados en el dispositivo.

En la segunda parte de la nota al artículo 992, en efecto, Vélez expresaba que *“...cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga a ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes”*.

En definitiva conforme a lo expresado la norma no debe aplicarse solo a los sujetos mencionados, sino a cualquiera de los presentes en el acto, sean partes o simples presentes, como en el caso de los herederos que se encuentran asistiendo a los fines de tomar conocimiento de las disposiciones del transmitente.

Se entiende que quien efectúa una declaración formal por instrumento público, advierte la seriedad de su declaración, y no sería dable admitir una actitud impulsiva de suscribirlo sin el conocimiento acabado, como para tolerar luego el arrepentimiento de su declaración. En su explicación, Vélez exalta adecuadamente la importancia de la forma, pues coloca a los sujetos contratantes en alerta respecto de la importancia del acto que están protagonizando.

Atendiendo a estas expresiones del anterior Codificador, solemos elogiar al funcionario que hace galas de la correcta observación de las llamadas “formas intrínsecas” del acto; del cumplimiento minucioso de todas las solemnidades en la audiencia de otorgamiento; desechando la improvisación y la celeridad a la que suelen apuntar las jóvenes generaciones, en desmedro de la responsable lectura y profunda reflexión previas a la suscripción; pues

todo el aspecto psicológico al que se alude en la nota al viejo código, sólo se garantiza mediante una adecuada técnica de acción por parte del funcionario instrumentador, la lectura del acto, la “cercioratio” que es el asesoramiento tempestivo a las partes (art. 311 inc. d), y la reiteración del consentimiento final⁹⁹.

Fácilmente puede advertirse la relación de este principio instrumental, con el surgido de la doctrina de los propios actos; más precisamente de la prohibición de ir en contra de sus propios actos. Recordemos que este principio romanista, se basa en la manifiesta contradicción entre lo dicho o actuado (conductas o dichos) con anterioridad que resultan contradichos o desconocidos en actos posteriores. El proloquio latino expresa "venire contra factum proprium nulli conceditur"; es decir: a nadie le está permitido ir en contra de sus propios actos. Sin dudas quien así lo hace está obrando de mala fe.

Solo a manera de ejemplo tomaremos algunos que menciona Moisset de Espanés¹⁰⁰: pedir el cumplimiento de un contrato cuya nulidad se ha afirmado en otro pleito; después de alegar que ha pagado una deuda, reconociendo por tanto que es válida, invoca luego la inexistencia o nulidad del contrato que le servía de causa; pedir la nulidad de la venta hecha por su mandatario, después de haberse aprovechado del precio.

Doctrina especializada expresa que lo dicho o hecho, para generar el efecto vinculante que produce la aplicación de la máxima “venire contra factum proprium...” debe tener relevancia y trascendencia en el mundo jurídico en el que se manifiesta o expresa. Se desechan así los actos que no tengan un valor vinculante, como las meras opiniones o expresiones de deseos. Sin dudas, lo manifestado en el instrumento público, sobre todo apreciado con el

⁹⁹ ORELLE, José María; “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 151; dice que las partes “(...) tienen la carga de expresar su negocio con claridad, como una derivación natural de la buena fe contractual y de la debida diligencia, que resulta intensificada cuando se interviene en un acto público”

¹⁰⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La Doctrina de los Actos Propios”, en Comercio y Justicia, N° 13.607, Córdoba 9/12/78.

criterio que hemos expuesto en los párrafos precedentes, cumple acabadamente con estas consideraciones¹⁰¹.

Lamentablemente la norma no prevé, como sí lo hacía su equivalente en el código derogado (art. 992) qué ocurre, o cuál será la suerte del documento en que los testigos o el escribano alegaren que modifican su declaración porque han sido víctimas de dolo o violencia, tal como prevé en su parte final. Es obvio que, en tales casos, la ley acuerda acción a quienes declararon mediante ese vicio de la voluntad; pero estimamos que hubiera sido menester una resolución en la norma, dado que no siempre que la parte, funcionario o testigos aleguen esta situación, estarán dispuestos a enfrentar una acción. Veíamos un mayor acierto en el viejo dispositivo que expresamente decía que en tales casos el acto no valdrá. El pronunciamiento no aspiraba a liberar de prueba alguna al respecto, pero brindaba ya la solución acorde a dicha patología.

ARTÍCULO 298. Contradocumento. El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe.

SIMULACION

Para poder hacer un análisis del artículo 298 del CCCN, forzosamente debemos comenzar por referirnos, aunque brevemente, a la simulación como vicio de los actos jurídicos; puesto que el contradocumento no es otra cosa más que la herramienta para dejar sin efecto un acto simulado.

Hay simulación cuando el acto tiene la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, fechas que no son las verdade-

¹⁰¹ BORDA, Alejandro; “La Teoría de los Actos Propios”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2000, pág. 68, 69.

ras, o en él se transfieren o constituyen derechos a personas que no son las que realmente adquieren o a favor de quienes se constituyen los tales derechos. Este es el concepto legal de simulación que nos brinda el art. 333 del CCCN, transcripción literal del art. 955 del Código derogado.

Si bien la doctrina entiende que la simulación es solo concebible entre las partes, y prevén necesariamente la existencia de un acuerdo simulatorio entre ellas¹⁰², de nuestra parte entendemos en cambio, que bien puede ocurrir que la simulación proceda en la intención de una sola de las partes del negocio; la otra, en desconocimiento absoluto de la simulación, otorga el acto jurídico sin participación alguna en el acuerdo simulatorio que, por el contrario, solo existe entre la otra parte y un tercero. Es el supuesto en que quien adquiere lo hace mediante un mandato oculto que, como tal no se exterioriza en el acto jurídico. Como puede apreciarse, las partes del acuerdo simulatorio no coinciden con las partes del negocio simulado.

Como sabemos la simulación puede ser lícita cuando no tiene un fin ilícito y a nadie perjudica; o por el contrario será ilícita y reprobada por ley cuando así sea. Un típico ejemplo de simulación lícita es el del sujeto que, por alejarse del país durante un tiempo prolongado concierta con alguien de su total confianza en transferirle su propiedad; este titular simulado podrá así no solo administrar con totales facultades, sino que hasta podrá disponer del bien cuando su verdadero dueño se lo solicite¹⁰³.

Es obvio que para lograr un cierto grado de seguridad en el reconocimiento posterior del acto simulado, será menester la redacción de un acuerdo que deje constancia de la simulación. Ese es pues el llamado “contradocumento” al que alude la norma bajo análisis.

EFFECTOS DEL CONTRADOCUMENTO ENTRE LAS PARTES

¹⁰² CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 502, 503. ZANONI, Eduardo; “Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos”, Ed. Astrea, Bs.As. 2000, pág. 352.

¹⁰³ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, 10º Ed. TEA. Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 647, 648.

Ahora bien, este contradocumento, solo puede usarse en su plenitud, aun entre las partes, cuando la simulación es lícita; de lo contrario la natural limitación que impone el principio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, impedirá en principio la acción entre las partes del acuerdo simulatorio.

Por ello, en el art. 335 del CCCN, en general se niega la acción entre las partes cuando la simulación haya sido ilícita; y en tales casos, solo se concede cuando las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas de su ejercicio. La vieja norma del código derogado, que había sido modificada por la ley 17.711, agregaba otro requisito más amén de que las partes no debían obtener beneficio alguno, y era que la acción tuviera por fin dejar sin efecto el acto simulado. Se trata de una finalidad obvia, puesto que solo puede accionarse con ese fin; sin dudas esa ha sido la razón por la que se suprime esta exigencia de la nueva norma del art. 335 CCCN.

Lo importante a los fines de anotar la norma del art. 297 CCCN, es que el contradocumento resulta como regla general, imprescindible para dejar sin efecto el acto simulado. En efecto, el segundo párrafo del art. 335, exige de manera contundente que la simulación debe probarse mediante el respectivo contradocumento, del que solo puede prescindirse cuando la parte que alega la simulación justifica las razones por la que no existe o por las que no puede ser presentado, y además que medien circunstancias que hagan inequívoca la simulación. Idéntico pronunciamiento leíamos en el último párrafo del art. 960 del Código derogado.

EFFECTO RESPECTO DE TERCEROS

Los terceros que hubieren contratado ateniéndose al contenido del acto simulado, no pueden ser perjudicados por una acción de simulación, salvo, claro está, que hayan conocido dicho vicio. En estos supuestos, en aplicación del principio de buena fe, y del proloquio “*malitatis hominum non est indulgendum*”, que impide aprovecharse de situaciones supuestamente

ocultas, pero que en particular el sujeto conoce, la norma hace oponible la acción de simulación también a ese tercero que sabía de la simulación.

El Código derogado (art. 996) exigía, para poder ser opuesto a terceros a título singular, que el contenido del contradocumento estuviese transcrito en la escritura matriz y en la copia por la cual hubiere obrado el tercero. Esta exigencia constituía en nuestra opinión un total despropósito; pues fuere lícita o ilícita la simulación, en ninguno de los dos casos resultaba factible. Si fuere ilícita, las partes en la nota marginal confesarían ingenuamente su torpeza; y si fuera lícita no cumpliría sus fines, puesto que los terceros no querrían contratar, por ejemplo, con quien no fuere el verdadero propietario; tanto más si luego pudieran aplicarse los efectos de la simulación en su contra.

SECCION 5ª

Escritura pública y acta

ARTICULO 299. Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

LA ESCRITURA PÚBLICA

Como hemos visto al anotar el art. 289 CCCN, la escritura pública y sus copias o testimonios, constituyen el primer instrumento público enumerado. Aparece en primer lugar por la especial importancia que, tanto las leyes como la doctrina asignan a esta especie, que debe considerarse, por así decir, el instrumento público por antonomasia. En el Código Civil español,

directamente se define el instrumento público partiendo del notarial (artículos 1216 al 1224). En efecto, resulta ilustrativo de la especial jerarquía asignada al instrumento público notarial, el art. 1216 de ese Código, que dice: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Como puede advertirse, en ese Código los otros instrumentos públicos, judiciales y administrativos, deben considerarse regulados dentro del articulado referido a los notariales.

En el derecho argentino, por idénticos motivos, la escritura pública es la única que recibe un tratamiento diferenciado¹⁰⁴ (arts. 299 al 312 CCCN). También aquí, entre nosotros, se deben aplicar a los documentos judiciales y a los administrativos, normas que parecen referirse a los documentos notariales solamente. Ello puede advertirse sobre todo, en lo que respecta a valor probatorio, regulado en el art. 296 del CCCN. Se mencionan allí, en el inc. b, las ...“convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos...”; y estos elementos enunciados en el inciso, son más propios del contenido de una escritura pública, que de las otras especies de instrumentos públicos.

DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURA PÚBLICA “PROPIAMENTE DICHA” Y ESCRITURA ACTA

Ya en el título de esta sección, “Escrituras Públicas y Actas”, se advierte que, siguiendo lo que es una tradición en doctrina y legislaciones, se distingue la escritura pública propiamente dicha, de la escritura acta¹⁰⁵. En el art. 310 del CCCN, se regulan las actas separadamente de las escrituras públicas propiamente dichas, lo que nos exime de dar mayores argumenta-

¹⁰⁴ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 310. SIERZ, Susana Violeta; “Derecho Notarial Concordado”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 219, dice: “Vélez Sarsfield, en este primer inciso (se refiere al 979 del Código derogado), eligió colocar a la escritura pública como encabezando su importancia, dentro de dichos instrumentos”.

¹⁰⁵ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1970, Vol. 3, pág. 9 a 16.

ciones sobre la distinción. El CCCN, hoy, más allá de las opiniones que se puedan tener sobre el tema, le da sanción legislativa a la diferenciación, con la que, por otra parte, siempre hemos estado totalmente de acuerdo. Su diferente contenido, como se verá al analizar los arts. 310 a 312, repercute también en una menor exigencia formal y en una importante disminución de su eficacia convictiva, según veíamos al anotar el art. 296, comentario al que remitimos para completar esta apreciación.

El “fundamentum divitionis” de esta diferenciación, radica tan solo en el diferente contenido de cada una; pues mientras las escrituras propiamente dichas contienen actos jurídicos, es decir actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCCN), las escrituras actas, en cambio, dan cabida a la corroboración o constatación de simples hechos (art. 257 CCCN); es decir acontecimientos que producen o pueden producir el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

En las escrituras públicas propiamente dichas, hay una elaboración jurídica autoría del notario, que califica la intención de las partes y le da la forma y el contenido adecuados a las normas que prevén el contrato o acto jurídico instrumentado; hay en ellas una actividad técnica de jurista o especialista en derecho. En las actas, en cambio, se utiliza del notario solo su atribución fedataria. El instrumentador en ellas solo transcribe lo más literal y objetivamente posible lo visto, oído, o percibido en general por sus sentidos (“de visu et auditu suis sensibus”). A tales efectos, corresponde aclarar que todo lo que resulte perceptible en el mundo de los fenómenos, puede ser objeto de estas corroboraciones; para ello el notario desplegará su capacidad de apreciación con todos sus sentidos, y como habíamos ya expresado, lo dejará sentado por escrito de la manera más objetiva posible. Para cumplir esta difícil tarea, nos referimos a la descripción sin subjetividades, deben utilizarse técnicas documentales especiales, que solo apunten a la descripción de lo percibido, eliminando apreciaciones de valor, que siempre están teñidas de subjetividad, como “creo”, “estimo”, “parece”; que deben sustituirse por lacónicos “veo”, “oigo”, “percibo”, etc..

Núñez Lagos explica que en las llamadas “escrituras actas” no hay declaraciones de voluntad. A lo sumo podría haber declaraciones de verdad por parte de los interesados, que serían las actas de manifestaciones o de referencia. En las actas hay una verdadera narración y no redacción, puntualiza el Maestro Español, puesto que el funcionario se cuida de consignar en ella lo que ve, oye o toca¹⁰⁶. En definitiva, si bien es imposible evitar totalmente la subjetividad, el funcionario en las actas, como habíamos dicho, solo despliega una actividad “de visu et auditu suis sensibus”; y depende de su pericia en la técnica documental¹⁰⁷, que lo narrado corresponda lo más fielmente posible a lo realmente visto, oído, o percibido en general, en el momento de la corroboración.

El contenido de las actas, son los hechos patentes, evidentes, no los contratos ni negocios jurídicos. Tampoco los consentimientos o asentimientos, sino cuando ellos integran el negocio o acto jurídico mismo.

Para terminar corresponde brindar una definición de escritura pública, sin olvidar que integra una especie dentro del género de los instrumentos públicos. Diremos así que Escritura Pública es el instrumento público redactado por un notario, en uso de su atribución fedataria, en el protocolo, en cumplimiento de todas formalidades y demás exigencias previstas por las leyes, para su validez.

OTROS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE REDACTAR ESCRITURAS PÚBLICAS

Tanto el código derogado (art. 979 inc. 1º), como el nuevo CCCN (art. 299), expresan que también serán escrituras públicas las autorizadas por otros funcionarios, que no sean escribanos, pero que tengan idénticas atribuciones. En atención a esta posibilidad, cierta doctrina incurrió en el error

¹⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas Conceptuales del Instrumento Público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 109, 110.

¹⁰⁷ En materia de Técnica notarial es claramente perceptible una división: Técnica de acción, que analiza el procedimiento del notario en su desempeño funcional, y Técnica documental, que alude a la forma de redacción de manera adecuada, para poder aplicar el valor probatorio que corresponda a cada enunciación conforme a lo previsto en la tabulación legal, en nuestro caso el art. 296 del CCCN.

de creer que cuando el legislador atribuye la redacción de un documento que originariamente debía tener forma escritura pública, a otro funcionario que no sea un notario, estábamos en presencia de la acotación de la norma. Pero no es así, pues en muchos casos la escritura pública puede ser suplida por otro instrumento público, y eso no significa que estemos aplicando la posibilidad de la norma. Lo que la norma anotada significa es que el documento será escritura pública a pesar de no ser un notario el que lo redactó y autorizó. Por eso no creemos correctos los ejemplos brindados por Salvat, quien alude a las convenciones matrimoniales previstas en el Código derogado en el art. 1223, 1810 -antes de su subrogación por ley 17711-, y 3655¹⁰⁸. En estos casos la escritura pública es reemplazada por otra especie de instrumento público; pero ello no asigna carácter de escritura pública al acto así autorizado.

Entendemos pues, que el único funcionario habilitado para redactar escrituras públicas, al que alude la norma anotada, es el cónsul acreditado en legaciones extranjeras. Para ello cuenta con protocolo expresamente habilitado al efecto¹⁰⁹. Adviértase que la norma que estamos anotando exige protocolo, lo que va de la mano con el otro recaudo exigido: ser “instrumento matriz”.

Obviamente ello no significa que puedan otorgarse ante el cónsul cualquier tipo de actos jurídicos, como reza la norma en análisis; sino que su atribución se encuentra limitada expresamente por la especial función consular. Por eso el artículo quinto, inciso “F” de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963 que rige en la materia, asigna al Cónsul acreditado en legaciones extranjeras la de “actuar en calidad de notario, de funcionario de registro civil y en funciones similares y ejercitar otras

¹⁰⁸ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10º Ed. TEA. Bs.As. Tomo II, pág. 309 y 310.

¹⁰⁹ Rige a este respecto el llamado “Reglamento del Protocolo Consular” aprobado por Decreto 8714 de 1963, a partir de cuyo artículo 245, contiene casi una transcripción textual de los artículos 1001 y ss. del Código Civil argentino, derogado hoy por ley 26.994.

de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”¹¹⁰.

LAS COPIAS O TESTIMONIOS DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

La norma bajo análisis, reiterando lo ya expresado en el art. 289, inc. a, determina que también es instrumento público la copia o testimonio de la escritura matriz. Cabe resaltar que en la jerga notarial, a pesar de que el Código de Vélez solo se refería a copias, ya se hablaba de testimonios aludiendo a ellas; ahora la ley le da especial cabida, como expresión técnica legal a la palabra “testimonio” refiriéndose a la copia con valor ejecutivo de la escritura matriz.

Sabido es que una de las características del notariado tipo latino, en el que nos encontramos inmersos, radica en la particularidad de no ser el original del instrumento el que conservan las partes ni el que tendrá valor ejecutivo para probar y generar las acciones que se han de ejercer¹¹¹. Esta característica repercute en las formalidades que deben guardarse en el momento de la expedición de una copia de la escritura matriz. Sobre el punto, amén de los dispositivos del CCCN, tenemos igualmente lo dispuesto por las leyes orgánicas notariales; las que, algunas más otras menos, se pronuncian también sobre el texto a consignar en cada una de las copias, las características de las fojas en las que se han de plasmar, las exigencias para la expedición de segundas copias en caso de pérdida o destrucción de las primeras, etc.

Corresponde igualmente destacar que el CCCN, según hemos notado también en otros ámbitos, de manera constante remite a los usos y costumbres locales, así como a las reglamentaciones de cada provincia. Sin dudas

¹¹⁰ La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963, ha sido suscripta por Argentina en esa fecha, y aprobada luego su suscripción por ley 17.081 del 23 de diciembre de 1966.

¹¹¹ VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, Revista Notarial, Córdoba, N° 73, pág. 57 y ss.

ello es elogiado considerando el sistema federal adoptado por nuestro País en la Carta Magna, y la no delegación de ciertas facultades de las provincias a la Nación, según lo sentado en su art. 121; pero ello necesariamente complica el estudio sistemático de ciertas instituciones que varían considerablemente de una provincia a otra.

En realidad, lo único verdaderamente importante respecto de las formalidades que hacen a la expedición de los testimonios y copias, es que, mediante el cumplimiento de las formalidades establecidas por las leyes, tanto nacionales como provinciales, solo tenga la copia o testimonio aludido, quien deba ejercer alguna acción, o mejor dicho, quien deba poder ejecutar el derecho plasmado en el acto jurídico instrumentado. A eso llamamos valor ejecutivo del documento; y es, en definitiva, el efecto querido por las leyes (la “ratio legis”) mediante el cumplimiento de los recaudos que se exigen.

Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica notarial, lo que hemos dado en llamar la “técnica documental”, no están especificados los términos exactos que deben emplearse para todos los supuestos que se pueden presentar. Es así como cada jurisdicción, cada colegio notarial y aun a veces cada notario, tiene su forma particular de expresar las distintas variantes que la casuística cotidiana nos presenta.

Según lo impone el artículo 308 del CCCN, el notario autorizante del acto debe dar a las partes copia o testimonio del acto instrumentado; pues bien es a ese documento, o sea a la copia o testimonio de la matriz, a la que alude la última parte de la norma que estamos anotando. En su oportunidad efectuaremos dura crítica al art. 308, puesto que, a diferencia del Código derogado, no expresa que el notario “...debe dar a las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado”. Con la expresión “*que lo pidiesen*” usada por Vélez en el viejo Código, daba solución a un crucial problema práctico. La copia con valor ejecutivo, hoy testimonio, no se da a todas las partes, sino a “las que lo pidiesen” como decía el viejo dispositivo. Volveremos sobre este tema al anotar el art. 308 CCCN.

LA COPIA O TESTIMONIO NO TIENE EL MISMO VALOR QUE LA MATRIZ

La contundencia del título con el que encabezamos esta parte de nuestro comentario, busca efectuar el reproche que ya hacíamos al Código de Vélez. En efecto, el art. 1010 del código derogado, con idénticas expresiones determinaba que la copia tenía idéntico valor que la matriz; lo que no es cierto. El art. 1009 del viejo Código, atenuando lo expresado en el 1010, sostenía que en caso de diferencia entre la copia y la matriz, debía estarse al contenido de ésta¹¹².

Igualmente, en el nuevo CCCN se expresa el mismo desacierto, pero en el mismo párrafo de la norma que estamos analizando. El art. 299, luego de haberse pronunciado por el idéntico valor entre testimonios y matriz, tal como el código derogado, dice al final que si hay alguna variación entre la matriz y la copia o testimonio, debe estarse al contenido de la escritura matriz. Es obvio, entonces, que no tienen idéntico valor como se pregonaba en la frase precedente.

Remarquemos una vez más que, por tratarse de fe pública indirecta o refleja, la que emana de la copia jamás puede tener idéntica fuerza que la fe pública directa, que es la que sostiene el valor probatorio casi indestructible del título matriz. La nuestra no es una crítica meramente terminológica; pues sostener que tienen el mismo valor, tal como lo hace la norma antes de referirse a la variación entre matriz y testimonio, confunde bastante a la hora de agredir el contenido de la copia. Son muchos los supuestos que hemos visto en los que la parte impugnante, sin solicitar el previo cotejo que exigiría la última parte de la norma, directamente plantean redargución sobre el testimonio mismo, lo que no es correcto desde el punto de vista sustancial. Primero se coteja; y si hay coincidencia, recién ahí se impugna por falsedad. Ya nos hemos referido brevemente a la que hemos llamado “acción de cotejo” al anotar el art. 296 CCCN, al cual remitimos para un mayor desarrollo.

¹¹² SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 407.

Justamente una de las bondades del sistema notarial tipo latino, es el hecho de no ser el original del documento (matriz) el que circula ni tiene valor ejecutivo; sino una copia fiel de aquél. Es una de las consecuencias del principio de protocolo o registro, que se esgrime para fundar la seguridad brindada por el sistema¹¹³. En efecto, la guarda y conservación por persona o institución imparcial, impide totalmente la alteración, pérdida o destrucción de la matriz; avatares a los que se vería forzosamente sometida si se hubiese lanzado “in mundum”. Nada aportaría pues el principio de protocolo o registro, típico del sistema notarial latino, si luego no lo tomáramos en cuenta al juzgar sobre el contenido de esa matriz que ha estado especialmente conservada y alejada expresamente de intereses espurios.

EL “PRINCIPIO DE PROTOCOLO O REGISTRO”

Este principio se involucra también en el tema que analizamos, pues el funcionario notarial tiene a su cargo la formación, guarda y cuidado de un bien del Estado, cual es el protocolo notarial. El principio de protocolo o registro consiste principalmente en la particularidad de no ser el documento original el que circula con efecto ejecutivo¹¹⁴. En efecto, a diferencia del notariado anglosajón, en el que el documento circulante es el original, con los riesgos propios de ello, en el sistema notarial latino lo que las partes manejan y hacen valer en el tráfico probatorio, es una copia o testimonio del acto jurídico. El original queda siempre en custodia, guarda y conservación del Estado¹¹⁵. El notario lo conserva hasta su remisión a los archivos de protoco-

¹¹³ VENTURA, Gabriel B.; “Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino”; en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba, N° 89, año 2008, pág. 19 y ss.

¹¹⁴ Justamente la expresión “protocolo” proviene del latín “proto” y “collum” que se traduce correctamente como “primer ejemplar encolado”. Alguna doctrina incorrectamente traducen la expresión completa como “primera hoja encolada”, lo que no le atribuye el verdadero sentido al giro; así por ej. lo hace GONZÁLEZ, Carlos E. “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 481.

¹¹⁵ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, 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).

lo; pero en ningún momento el protocolo deja de estar custodiado por persona o institución imparcial.

Este principio garantiza que no pueda modificarse el contenido de la documentación, ni extraviarse, ni destruirse; salvo, obviamente, caso fortuito (art. 1730 del CCCN). Se cuenta para ello con un funcionario público¹¹⁶ que, como tal, es imparcial y forma el protocolo, lo cuida y lo conserva hasta su entrega definitiva al Archivo de Protocolos Notariales.

ARTICULO 300. Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

EL PROTOCOLO

Con la expresión “protocolo” se puede aludir al principio más típico del notariado latino, consistente en la circunstancia de que el original del acto o hecho instrumentado queda guardado por el Estado, y es una copia o testimonio lo que de él circula y tiene valor ejecutivo. Ya hemos anticipado al anotar los artículos anteriores, que ésta es una de las más importantes ven-

¹¹⁶ Aunque exceda el marco de este comentario, no podemos dejar de aclarar que es discutido en la doctrina nacional si el notario es o no funcionario público. De nuestra parte no nos quedan dudas en cuanto a que lo es. Aún más, no concebimos el ejercicio de una función pública en manos de particulares. Aunque más no sea en el instante mismo en que un sujeto cumple una función pública, con todo lo que ello significa (representación del Estado; voluntad del Estado; etc.) ya es funcionario público. En este caso, como expresamos en nuestras clases metafóricamente, al revés de lo dicho por el refrán español, “el hábito hace al monje”. En el Código Penal, por otra parte en lógica norma, el art. 77, se deja sentado expresamente lo que venimos puntualizando. También puede inferirse igual conclusión del mismo artículo que estamos analizando, el art. 299 del CCCN, que para definir la escritura pública dice que es el redactado en el protocolo de un escribano público “o de otro funcionario”.

tajas del sistema. Téngase presente que al no estar sometido a los avatares del tiempo y de la circulación, se encuentra mucho menos expuesto a la destrucción y alteración. La etimología de la palabra, como veremos, también apunta a este sentido.

Pero también, con la palabra “protocolo”, se alude concretamente al libro o registro que contiene los actos o hechos instrumentados. Ese es el sentido que la norma que estamos analizando asigna a la expresión.

Adentrándonos ahora en el concepto de protocolo como libro de registro de actos o corroboración de hechos, diremos que es la colección cronológicamente ordenada de escrituras públicas o actas, matrices, labradas por el escribano en un año calendario. Esta definición, expresamente ajironada a nuestro nuevo CCCN, en lo esencial se ha hecho corriente en doctrina, pues está tomada del art. 17 de la ley orgánica del notariado español de 1862.

En nuestra opinión son tres los países cuya historia, doctrina y legislación, han contribuido de manera decisiva a los conceptos y principios que integran el notariado tipo latino tal como hoy lo concebimos. España con su ley orgánica del año 1862; Francia, con su ley del 25 ventoso de 1803, del calendario revolucionario francés, que corresponde al 16 de marzo de 1803 del calendario gregoriano. Posteriormente Italia, con la ley de 1913, que hasta contempla la contratación a distancia, mediante teléfono o telégrafo, y la intervención notarial en cada punta de la línea de comunicación¹¹⁷.

Como dijimos, el concepto de protocolo que se maneja hoy en nuestro derecho, es prácticamente una transcripción del art. 17 de la ley orgánica del notariado español. En efecto, dice el artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado Español:

“El Notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos.

Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por

¹¹⁷ IGHINA, Carlos A. “Síntesis de la historia del notariado desde una perspectiva nacional”, en “Derecho Notarial N° 1”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2012, pág. 11 a 63. MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco; “Función Notarial”; Ed. Delta, Bs.As. 1997, pág. 33 a 36.

los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario.

Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes.

Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso”.

Es necesario puntualizar que el orden al que se refiere la definición precedente, no es un orden temático o por tipos de actos autorizados en el protocolo, sino que se refiere al orden cronológico, como fácilmente puede inducirse cuando se expresa “*autorizadas durante un año*”. Por eso en nuestra definición de párrafos más arriba poníamos que es la colección “*cronológicamente ordenada*”.

FORMACIÓN DEL PROTOCOLO

El protocolo básicamente está formado por las hojas oficiales que lo integran; sin embargo en ocasiones los actos jurídicos, o los hechos que hayan quedado instrumentados (arts. 259 y 257 del CCCN, respectivamente) requieren ciertas habilitaciones o legitimaciones de sus otorgantes¹¹⁸; pues bien en tales casos, por imperio del art 307 del CCCN, será menester agregar al protocolo la documentación que las acredite. Igualmente hay otras normas que exigen agregaciones de otra documentaciones al protocolo, como el art. 302 que requiere agregación de la minuta de traducción, cuando los comparecientes no hablen castellano; o el art. 304, que obliga a agregar la minuta en los casos de otorgantes con discapacidad auditiva, etc.

¹¹⁸ Aunque en general la doctrina no efectúa distingo, corresponde aclarar que no son jurídicamente equivalentes las expresiones “documentos habilitantes” y “documentos legitimantes”; mientras los primeros autorizan al otorgamiento de algún acto o acción, los segundos en cambio, acreditan la existencia del derecho mismo. Ejemplo del habilitante sería un poder, o un contrato social facultando a un gerente a realizar ciertos actos de disposición; y ejemplo del segundo sería una declaratoria de herederos que acredita el derecho de éstos.

La acreditación de las titularidades registrales, y la inexistencia de gravámenes e inhibiciones de los disponentes, mediante los respectivos certificados expedidos por los distintos registros jurídicos de bienes, constituyen otro importante ejemplo de documentos agregados al protocolo. En virtud de algunas reglamentaciones, directamente los citados certificados, en materia inmobiliaria, constituyen protocolo; tal ocurre, por ejemplo en Córdoba (ley 4183, art. 41), en la Ciudad de Buenos Aires (ley 404, art. 67), entre otras; pues bien esos documentos acreditativos también formarán el protocolo.

DIFERENCIA ENTRE “PROTOCOLIZAR” Y “AGREGAR AL PROTOCOLO”

Hay una gran ausencia en el CCCN en materia de protocolizaciones, que no podemos dejar de resaltar. En efecto, mientras el Código derogado contenía dos normas expresas que aludían a las llamadas “protocolizaciones” (art. 984 y 1003 del Código de Vélez), en el CCCN, en cambio, brilla por su ausencia toda norma general referida al tema.

El Código de Vélez, en sus arts. 984 y 1003, dejaba claro que la verdadera protocolización procedía siempre y solo mediante orden judicial. Ello porque se supone que el juez, interviniente en el trámite, se aseguraba de la autenticidad del documento a protocolizar, merced a la citación a reconocer las firmas insertas en el documento, o cualquier otra gestión judicial destinada a dejar acreditada la autenticidad del instrumento privado que se incorporaba al protocolo.

En el CCCN, en cambio, nada se dice al respecto; para más, una y otra vez se utiliza la expresión “protocolizar” sin el sentido técnico que las normas deberían dar al procedimiento. Esto también ocurría respecto de algunos artículos del viejo código que, sin embargo, resultaban atenuadas por las dos pautas generales sentadas en las dos normas citadas. Llega al extremo de tal nociva actitud, el segundo párrafo del art. 302 del CCCN, que con total desaprensión a la técnica expresión, llega a afirmar que “*Los otor-*

gantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero...”. En efecto se advierte en este párrafo que el legislador alude tan solo a agregación y no a protocolización. Volveremos sobre el punto al analizar el artículo 302 CCCN.

Cabe aclarar que en la doctrina clásica el tema se había diluido bastante ante la idea de que “protocolizar” podría implicar la transcripción dentro de las mismas hojas del protocolo, a diferencia de la agregación que solo apuntaría a la inserción del documento mismo entre las hojas del protocolo¹¹⁹.

De nuestra parte entendemos por protocolizar, la actividad funcional del notario por el cual se *inserta en el protocolo, por orden judicial, un instrumento privado original, homologado y previamente calificado de auténtico, en cuanto a la autoría y contenido.*

Conforme a lo expresado, es obvio inferir que cuando el juez ordena la protocolización el instrumento privado se transforma en instrumento público. Por ello no sería dable negar su autenticidad una vez ordenada la protocolización, salvo, según lo previsto en las normas específicas, redargución de falsedad (art. 296 CCCN). Este pronunciamiento era el que surgía claramente del art. 984 del Código derogado; y estimamos que es el que corresponde seguir aplicando a las nuevas normas del CCCN.

Lo que las partes intervinientes en una escritura o un acta, pueden solicitar al notario es la agregación de alguna documentación, no la protocolización; pues ésta solo debe proceder mediante orden judicial. A tales efectos corresponde aclarar que el notario debe estar proclive a acceder a dichas solicitudes mediante una simple evaluación de su trascendencia; así por ejemplo, creemos que debe accederse cuando el notario, corroborando la ocupación de una vivienda, accede a la incorporación de un contrato de locación a solicitud del requerido, que intenta acreditar que tiene derecho a ocupar la cosa en carácter de tenedor.

¹¹⁹ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1971, Vol. 4, pág. 147 y ss.

Constituyen simples agregaciones y no protocolizaciones las previstas en los artículos 302, 304, 306 inc. a, 307; ello es así aun cuando algunas de las normas citadas se refieran a “protocolizaciones”.

EFFECTOS DE LA PROTOCOLIZACIÓN

Sin dudas el principal efecto de la protocolización es transformar en público el instrumento privado que se protocoliza. De ello deviene su autenticidad, su perdurabilidad, su matricidad y cuantas más cualidades y beneficios acompañan al protocolo en todo su sentido jurídico.

Se protocolizan los testamentos ológrafos, los títulos de derechos reales sobre inmuebles celebrados en el extranjero, las actas de subastas, etc. En todos ellos es menester, tal como quedó dicho, la orden judicial disponiéndola.

No creemos que la desaparición en el CCCN, de las normas de los arts. 984 y 1003 del viejo Código, haya sido ex profeso; al contrario, estamos convencidos de su omisión involuntaria. En prueba de ello adviértase que, al regularse el testamento ológrafo, en el segundo párrafo del art. 2339 CCCN, se alude a la protocolización en sentido técnico, tal cual hemos reseñado párrafos más arriba. En efecto dice el segundo párrafo del citado artículo que *“...Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo...”*.

Corresponde lo mismo efectuar reproche al dispositivo transcripto, pues se desliza al final un error bastante grave. En efecto, una vez ordenada la protocolización ya no es dable dudar de su autenticidad. Justamente los trámites previos tuvieron por fin dejar acreditado ese extremo; quien le negase ese carácter tuvo ahí su instancia propia para impugnarlo y quejarse; luego de la protocolización se habría operado la preclusión y estaría vedada

esa posibilidad, hasta por los más elementales principios procesales (progresividad, cosa juzgada, preclusión, etc.).

Sin embargo, tal como adelantáramos, en la última parte del art. 2339 del CCCN, se comete un error bastante grave, pues se confunde “autenticidad” con “validez” y de ello resulta la “posibilidad legal” de cuestionar la autenticidad del testamento. Este error es inadmisibles en un legislador. Efectivamente, al final del art. 2339 puede leerse: *“La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso”*. Atreviéndonos a un pronunciamiento “contra legem”, creemos que no sería admisible dudar de la autenticidad del testamento, una vez ordenada la protocolización. El principio de cosa juzgada y el de progresividad, entre otros, obligan a considerar auténtico el testamento. Otra cosa sería cuestionar su validez, pues aun siendo auténtico un documento, puede resultar nulo; pero no todo lo nulo es necesariamente falso.

LA MATRICIDAD COMO ELEMENTO FUNDANTE DE LA PROTOCOLIZACIÓN

La matricidad que se gana merced a la protocolización es tenida especialmente en cuenta en los casos de los títulos de derechos reales sobre inmuebles celebrados en el extranjero, referidos a inmuebles ubicados en el País. El caso estaba previsto en el viejo Código, en materia de contratos, en el art. 1211; pero no aparecía norma equivalente para los testamento que determinasen legados de bienes concretos.

Recordemos que, tanto el Código derogado (arts. 499, 500 y viejo 2505 antes de la reforma por ley 17.711.), como el nuevo CCCN (arts. 281, 282, 1013, entre otros) son esencialmente legislaciones causalistas. Ello implica que una y otra vez pueda acudir a las causas que originan los derechos respectivos y que constituyen su base y fundamento. Así, por ejemplo, un estudio de títulos exige analizar detenidamente las causas de adquisición hasta llegar al último propietario; obviamente esa tarea sería imposible de realizar si el título estuviese fuera del País.

También debe considerarse que en materia de derechos reales impera el orden público, lo que equivale a decir que el legislador regula con un especial celo su problemática, y en ella encuentra un lugar preferencial la causa. Si a ello le sumamos el hecho de ser derecho real sobre inmueble, la importancia que el legislador le asigna es extraordinaria. Recordemos el proloquio latino “res mobilis res vilis” que impera en los países de tradición romanista.

Ante estos extremos puede fácilmente comprenderse porqué el legislador, cuando regula la posibilidad de contratar sobre la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el País, no duda en exigir otro recaudo para que el derecho quede efectivamente constituido. Así, en el artículo 1211 del Código derogado, exigía que el título celebrado en el extranjero se protocolizase por orden del juez para que la tradición opere sus efectos constitutivos. Otro tanto surgía del artículo 3129 del viejo Código, en el que se exigía igual recaudo para los títulos hipotecarios.

De estas normas podemos concluir que lo que el legislador quiere es que, tratándose de derechos reales (en los que impera el orden público) y para más sobre bienes inmuebles (que el sistema romanista tutela de manera especial), la causa de adquisición tenga existencia física, en lo cartular, en Argentina. Por ello, si bien el título ha sido celebrado en el extranjero, debe tener un reflejo fiel en el país, lo que se logra mediante la protocolización aludida en el veiejo artículo 1211 y 3129 del Código derogado.

Lamentablemente, estimamos que por una omisión involuntaria del legislador, la norma del viejo 1211 no aparece en el nuevo CCCN. Sí hay un tratamiento para el título celebrado en el extranjero en parecidos términos, en el art. 2667 CCCN, en cuyo segundo párrafo se determina que *“Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”*. Pero, como puede advertirse, no hay norma que exija protocolización alguna. Estimamos que, a pesar de la omisión, no pue-

de prescindirse de ella; y deberemos aplicar la doctrina y costumbre referidas a este necesario trámite.

Otro tanto ocurría y ocurre con los testamentos que contengan legados sobre cosas inmuebles. Este supuesto tampoco estaba contemplado en el Código de Vélez, en razón de lo cual opinábamos que debía aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. 1211 del Código derogado. El fundamento es, como ya lo expresáramos, la necesidad de contar en el País con un título matriz que contenga la causa de adquisición, constitución, modificación o extinción del derecho real sobre los inmuebles ubicados en nuestro País.

APLICACIÓN DE LAS REGLAMENTACIONES LOCALES

Con todo acierto a nuestro parecer, el CCCN hace aplicable al protocolo, las reglamentaciones locales referidas a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos a la forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, y su conservación y archivo. Sin dudas constituyen las facultades no delegadas por las Provincias a la Nación, según lo preceptuado en el art. 121 de la Constitución Nacional.

En general en casi todas las provincias se prevén similares recaudos: hojas móviles oficiales de protocolo, agrupadas en cuadernillos de diez folios (art. 67 inc. a ley 404 de la CABA), impresas por los Colegios Notariales y hojas de actuación notarial para las copias. En todas las provincias se prevén plazos de encuadernación de los protocolos y su entrega a los Archivos de Protocolos Notariales, que por lo general son controlados y dependen de los mismos Colegios Notariales. Igualmente, por ser documentos oficiales provinciales, en general tienen los recaudos propios de los folios de seguridad, y están impresos con detalles variados procurando ese objetivo: filigranas gráficas, hilos metálicos internos, sellos holográficos, etc. Todo ello contribuye con la característica “apariencia” a la que nos referimos al analizar el principio de autenticidad en nuestro comentario al art. 289 CCCN.

ARTICULO 301. Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

RECEPCIÓN DE LAS DECLARACIONES DIRECTAMENTE POR EL ESCRIBANO – EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

La fe pública conferida por el Estado al notario a los fines de receptar actos jurídicos o corroborar hechos (art. 299 y 310 CCCN), es indelegable, en razón de lo cual resulta toda una obviedad la exigencia de la norma. Ya hemos expresado, al anotar el art. 296, que el notario expresa en el instrumento todo lo visto y oído por él en el ejercicio de sus funciones.

Habíamos visto también en esa instancia, que se les asignaba un valor probatorio especial solo a los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él mismo o pasados en su presencia; puesto que lo que no ha pasado en su presencia no ha sido corroborado por el Estado que ha delegado solo en el notario la facultad de dejarlo acreditado con la fuerza preventiva y ejecutiva de la fe pública. El documento aportará esa prueba extraordinaria, sobre ciertos hechos, siempre que hayan sido vistos u oídos por el mismo funcionario fedatario. Él no es un simple testigo, ni tan solo el autor del documento; además de ello, es un oficial público dotado de fe pública.

La necesidad de esta apreciación directa de los hechos y dichos en presencia del funcionario, que exige la norma bajo análisis, es lo que se conoce como “principio de inmediatez”; y es justamente lo que fundamenta el especial valor probatorio otorgado a los hechos cumplidos por el oficial público o pasados en su presencia¹²⁰. El oficial público pues, ha debido escuchar por sí mismo cuando el vendedor dijo que vendía, y cuando el comprador aceptaba la compra; él a debido percibir “de visu et auditu suis sensibus” todos los elementos que involucran la manifestación de voluntad de los contratantes en la escritura pública, o los hechos corroborados en la escritura acta.

Desde el punto de vista de la técnica documental, exigimos que la redacción del documento lo sea en tiempo presente, denotando así la inmediatez a la que nos referíamos en párrafos más arriba. En efecto, junto con el principio de “unidad de acto”, que abordaremos más adelante, la inmediatez para ser coherente con el tiempo y el espacio, exige una redacción actual, en presente; sólo se alude al pasado respecto a las actividades previas, o pre escriturarias, que han debido diligenciarse para dejar el camino expedito a la otorgación. Hoy pues, el vendedor dice que vende, y el comprador que compra; no que “el vendedor dijo que vendía” y el comprador “dijo que compraba”; ambos lo hacen aquí y ahora; puesto que, como surge de la redacción así exigida, se advierte claramente la presencia del funcionario en el momento y el lugar en que están acaeciendo los hechos relatados.

LA CALIFICACIÓN DEL ACTO - RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Podemos definir la calificación del acto, a la que apunta la norma, como la actividad funcional del notario tendiente a precisar la intención de las partes que requieren sus servicios, la determinación axiológica de sus pretensiones y la posibilidad de configurarlas válidamente, conforme a la legislación en vigencia.

¹²⁰ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 151.

Esta apreciación no surgía del viejo código de Vélez. La doctrina la imponía en atención al carácter de asesor que se atribuye al notario en el sistema tipo latino. En cambio, la nueva norma del art. 301 del CCCN, la exige de manera expresa. Dice que el instrumentador debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlos técnicamente.

Correctamente en nuestra opinión, se han mezclado en la exigencia legal aspectos que hacen a técnica de acción y a técnica documental; puesto que se trata en los hechos de una tarea compleja que es, en parte extra documental, y en parte documental. El notario latino, como conocedor del derecho, previa determinación y adecuación de la intención de las partes, debe configurar el negocio apropiado a la pretensión de los contratantes. Podríamos sintetizar esta actividad, como el dar forma a la intención de las partes.

Pero profundizando un poco más la actividad del notario en punto a la calificación, advertimos, como dijimos al comienzo de este título, que se da en tres pasos: a) Precisar la intención de las partes; b) la determinación axiológica de esa intención; y finalmente c) la posibilidad legal de configurarla válidamente.

Veamos separadamente cada una de estas instancias.

a) LA INTENCIÓN DE LAS PARTES: Esta etapa surge en la llamada audiencia previa o informativa¹²¹. En esta instancia, las inquietudes de los requirentes permitirán al notario perfilar adecuadamente qué es lo que desean instrumentar. No siempre el tema es sencillo; a manera de ejemplo imaginemos que el requirente informa al notario, que desea que a su muerte el único bien inmueble que posee, quede en propiedad para una sobrina que lo ha atendido y cuidado durante su vejez. El notario entonces podrá asesorar sobre la institución de heredero, designando a la sobrina como tal, o

¹²¹ Entendemos por audiencia notarial, el ámbito espacial o físico, y temporal, en el que el notario, en presencia de las partes o comparecientes, despliega su actividad funcional fedataria. Pueden distinguirse tres tipos básicos de audiencias: a) La audiencia previa, de presentación o información, que sirve para conocimiento de las partes y del notario, para las consultas, aportes de documentación, etc. Es una audiencia informal y en general solo verbal. b) La audiencia de requerimiento, en la que las partes solicitan ya en concreto al notario la celebración del acto, o la corroboración de un hecho. Esta audiencia ha desaparecido en general en las escrituras públicas propiamente dichas. c) La audiencia de otorgamiento (u “otorgación”) o de diligenciamiento, según estemos en el ámbito de escrituras propiamente dichas (actos jurídicos – art. 299 CCCN) o de escrituras actas (art. 310 CCCN).

efectuar un legado de cosa cierta a favor de la misma; o podrá sugerir la donación del usufructo sobre el bien, reservándose el requirente la nuda propiedad. Brindadas estas posibilidades, queda al requirente la elección del acto jurídico que más se adecue a sus pretensiones, pues el notario habrá también explicado las ventajas y desventajas de cada una.

b) LA DETERMINACIÓN AXIOLÓGICA DE LA PRETENSIÓN: Podríamos sintetizar esta etapa de la calificación, como la verificación de la honestidad de la intención del requirente. Puesto que lo notarial no puede instrumentar ni cobijar una conducta ilícita, no ética o inmoral, no efectuar esta previa valoración, antes de encaminarse a la actividad funcional, redundaría en un verdadero despropósito de la institución del notariado, y generaría lo que podría designarse como una aberración jurídica. Como ejemplo de esta apreciación, podríamos imaginar al requirente expresando que quiere que su hijo no reciba nada de lo que quede en su patrimonio al momento de su fallecimiento; o que como ha tenido un accidente y probablemente sea demandado, quiere “ponerse en insolvencia” para evitar el cobro compulsivo de los daños que ha ocasionado.

c) POSIBILIDAD LEGAL: En esta etapa el notario busca la figura jurídica adecuada para llevar a la práctica la intención de las partes. Hay en ello un verdadero patrocinio notarial, que permite encauzar con los términos correctos, precisos y técnicos, la intención de las partes, a los fines de lograr el cometido buscado. Deontología

Frente al claro deber atribuido al notario en la calificación por la norma anotada, no queda sino atribuir también responsabilidad por mala praxis a dicho instrumentador, frente a la calificación errónea de lo solicitado por los requirentes. Así, a manera de ejemplo, si un requirente solicita al notario que instrumente una cesión de derechos y acciones a favor de un hijo, y el notario redacta instrumento de cesión porque no logra advertir que en realidad se le está solicitando una donación de parte indivisa, sin dudas, en nuestra opinión, habrá responsabilidad del notario actuante; pues si bien es dable que el requirente no advierta diferencia entre una cesión y una donación, lo que es corriente en los legos, tal actitud no es aceptada en un notario que hubie-

ra cumplido adecuadamente con la calificación a la que nos estamos refiriendo.

IMPRESIÓN INDELEBLE Y LEGIBLE

Sin un punto aparte, que hubiera sido menester según nuestra opinión, el artículo exige que las escrituras públicas sean escritas empleando cualquier medio: manuscritas o mecanografiadas; y agrega que pueden utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos. En verdad poco debería importar la forma en que se accede a una impresión legible e inalterable, que debe ser el único imperativo legal. Pero la norma, con una reminiscencia histórica, apunta a evitar las discusiones que se produjeron cuando se incorporaron las antiguas máquinas de escribir en las notarías a mediados del siglo pasado, que sustituyeron la pluma del escribiente o del propio notario.

Las leyes locales hacen hincapié sobre todo en la indeleble escritura para evitar el deterioro con el transcurso del tiempo. Se han dado casos de escrituras impresas con sistemas que no resultan persistentes ni indelebles¹²² que comienzan a borrarse o deteriorarse con el tiempo dificultando su lectura cuando no haciéndola desaparecer directamente.

LA UNIDAD DE ACTO

Dentro del mismo párrafo en el que se mencionan las técnicas de impresión, aparece una exigencia mucho más sustanciosa e imprescindible. Se trata del principio de “unidad de acto” (*“unitas actum”*), que exige la unidad de tiempo y espacio ante el labrado de cada escritura. Tanto el notario como las partes intervinientes y los testigos en su caso, deben estar todos presentes en el instante mismo de la lectura y suscripción del acto.

¹²² Es el caso de algunas impresoras “láser” cuya impresión resultaba fácilmente borradas con solo pasar la mano, o por la natural fricción entre sus páginas.

La unidad de acto puede analizarse desde lo sustancial, o desde lo puramente formal. Así, si aludimos al aspecto material, al negocio mismo instrumentado en la escritura pública, perfectamente podemos advertir la falta de unidad cuando una parte vende en una escritura, y la otra acepta la compra en otro instrumento; en cambio, cuando nos referimos a la unidad de acto en un plano solo formal, la exigencia apunta necesariamente a la presencia física simultánea en tiempo y espacio de todos los que aparecen como comparecientes en el acto.

En verdad, aunque de nuestra parte lo calificamos de obvio y de elemental lógica, el tema de la unidad de acto formal, había sido discutido largamente en la doctrina nacional. Para más, cuando Vélez regulaba la unidad de acto, solo aludía a ella en el testamento cerrado o místico; y ello tenía su lógica. En efecto, para esta forma testamentaria, se preveía que el testador, en presencia de cinco testigos, entregara un sobre cerrado al notario indicando que éste contenía su testamento; el notario labraba un acta en la cubierta del sobre, que contenía el nombre, apellido y residencia del testador y de los testigos (art. 3666 del Código de Vélez). Pues bien, como puede advertirse, todas estas exigencias posibilitaban que, durante su tramitación, se sustituyera el sobre sin advertencia del notario ni de los testigos. Por eso en el artículo 3667 del mismo Código, se exigía que *“La entrega y suscripción del testamento cerrado debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente lo exigiere”*¹²³. El propio Vélez explica esta circunstancia en la nota al citado art. 3667; y lo hace con términos más claros aún, en la del art. 3622 de su código: *“La ley exige unidad de tiempo y de acción en la presentación y suscripción del testamento cerrado, a fin de que el testador y los testigos no pierdan de vista el paquete cerrado antes de haber todos comprobado su identidad por sus firmas, y que la sustitución de otro paquete fuere absolutamente imposible”*.

La norma del art. 3667 del Código de Vélez y, entre otras, las notas citadas, son los únicos pronunciamientos del Codificador sobre la exigencia de

¹²³ Ocurre igual en el Código Civil español y en el italiano. La unidad de acto aparece solo como exigencia en los testamentos cerrados. Ello por los motivos expresados en el texto.

unidad de acto. Todos, como puede apreciarse, en el ámbito de los testamentos. Sin embargo, la unidad de acto, se ha erigido como uno de los principios básicos del notariado latino.

Salvat agrega que la ley, mediante la exigencia de la unidad de acto, ha querido asegurar una vez más la veracidad del escribano, sobre la cual reposa la fe y el valor probatorio de las escrituras públicas. Todos los comparecientes, al estar presente y juntos ante el escribano, se solidarizan en la veracidad de lo expresado, haciéndoles partícipes de la falsedad que se cometiere en tal sentido¹²⁴.

Núñez Lagos, en defensa de la unidad de acto, expresa que debe ser *“Un solo texto leído, un solo texto consentido simultáneamente por todos los comparecientes expresados como tales en la comparecencia; todos los comparecientes a una y en el mismo texto (...), bajo pena de falsedad”*¹²⁵.

En la actualidad, la unidad de acto ha perdido adherentes, y aparece como una exigencia anticuada y ultra formalista. Por ello tiende a alivianarse con el transcurso del tiempo.

La norma no hace más que receptar lo que ya se veía como una lógica avanzada de los tiempos modernos. No obstante, de nuestra parte estimamos que eliminar la unidad de acto, o tornarla discrecional por el notario, importa un grave riesgo, amén de la falsedad que lleva implícita. Téngase presente que cuando el notario expresa: “Ante mí comparecen...” está haciendo una afirmación que pasa por ante sí, con todo el rigor del valor probatorio que la norma del art. 296 CCCN concede a ese tipo de afirmaciones¹²⁶. Pues bien, en tales casos, cuando el notario expresa que las partes están en presencia y no lo están, no hay fundamento para negar la falsedad ideológica que dicha expresión encierra. La única forma de evitar esta patología sería con una redacción coherente, en la que se dejara constancia de la adhesión posterior por parte de los contratantes que no comparecieron desde el comienzo.

¹²⁴ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 401.

¹²⁵ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas conceptuales del instrumento público”, ob.cit, pág. 94.

¹²⁶ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, 1971; pág. 411.

El recaudo aparece en algunas legislaciones locales con mayor o menor rigor. Así por ejemplo en Córdoba, la ley 4183 expresamente en el art. 56 dice que *“La lectura y firma de una escritura por las partes, testigos y escribano autorizante, deberá efectuarse en un solo acto...”*. La ley riojana 6971, para nuestra sorpresa, superando toda modernidad, expresa en su artículo 79 que *“Las escrituras deberán quedar firmadas dentro de los treinta días de su fecha, pasado lo cual deberá procederse a su anulación”*. En la ley 404, Orgánica notarial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el recaudo aparece tangencialmente, y justamente para liberar al notario de su cumplimiento cuando no deban entregarse en el acto dinero, valores o cosas en presencia del notario, con idéntica redacción que la última parte de la norma que estamos analizando. Es evidente que ha sido ésta su fuente directa.

Expresamos una vez más nuestro desacuerdo con la citada licencia. El texto de la escritura no puede modificarse, según la lógica expresión de la norma, y ello encierra un grave riesgo para la libertad negocial. Recomendamos en consecuencia, no hacer uso de la prerrogativa que la norma propicia.

LA UNIDAD DE ACTO EN LAS ACTAS

Antes de la vigencia del nuevo CCCN, ya se sostenía, equivocadamente en nuestra opinión, que en materia de actas resultaba imposible el mantenimiento de la unidad de acto, dado que forzosamente entre el requerimiento y el diligenciamiento se cortaba la ilación temporal cuando el notario se disponía al cumplimiento del cometido. En nuestra opinión se estaba confundiendo la unidad de acto formal con la sustancial. Es obvio que si se le requiere a un notario un acta de notificación, el requerimiento será suscripto en la notaría; y éste se encaminará luego al domicilio del requerido a efectuar la diligencia. Ese corte, desde que se suscribió el requerimiento, hasta que el notario llegó al domicilio en el que debe notificar, ha significado un corte en lo sustancial; pero ello no implica que deba dejar de cumplirse con

la unidad de acto formal, tanto en el requerimiento, que ha debido ser suscripto por todos los comparecientes en el mismo tiempo y lugar; como en las audiencias de diligenciamiento, que igualmente exigirán autorización simultánea y unidad de texto y contexto. En definitiva, tanto el requerimiento, como cada diligenciamiento, exigirán unidad de acto.

Sin embargo no ha sido esa la interpretación doctrinaria moderna; por ello puede leerse, por ejemplo, en el art. 83 de la ley 404 para la Ciudad de Buenos Aires, que las actas no requieren unidad de acto.

ARTICULO 302. Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.

Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

REDACCIÓN EN IDIOMA NACIONAL

Tal como lo hacía el código derogado, el CCCN utiliza la expresión “idioma nacional”; y no “castellano” o “español” como podría haberse supuesto. Según la Academia Argentina de Letras, las expresiones “castellano” y “español” son equivalentes. Sin embargo, tanto Vélez, como los modernos legisladores, desdeñando estas locuciones, han preferido referir a “idioma nacional” con lo cual, al no existir “oficialmente” un idioma, ingresarían también en ella, los dialectos aborígenes usados aún en el noreste argentino.

Hay acuerdo no obstante, en que el idioma nacional al que alude la norma, es el español; lo que no significa desatender los aportes que han efectuado, casi imperceptiblemente, los idiomas vernáculos al español. En efecto, tanto el guaraní como el quechua son aún utilizados en varias zonas de nuestro País, con más de un millón de habitantes que los hablan. Obvio es suponer entonces, que en esas zonas, habrá una mixtura idiomática que no sólo no es desdeñable, sino que representa y sostiene un marco cultural importante que hoy, a partir de la reforma de 1994, recibe el amparo constitucional del art. 75 de la Carta Magna, que determina que entre las atribuciones del Congreso está la de *“Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales ... Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”*.

Ya con motivo del art. 999 del Código derogado, la doctrina entendía de manera indiscutida, que la referencia al idioma nacional apuntaba al español o castellano; puesto que los instrumentos públicos representan el actuar del Estado, y no es dable que éste se exprese mediante una lengua extranjera. El idioma, como bien manifiesta Neri, representa en alguna medida el ejercicio de la soberanía del Estado¹²⁷. Si el documento es oficialmente estatal, como lo es todo instrumento público, debe respetar dicha consigna.

Sin embargo, en la comunidad globalizada en la que nos toca vivir, hay una serie de términos indiscutidamente foráneos que, no obstante, resultan de indispensable utilización para referir a nuevos elementos que nos da la tecnología, o a nuevos contratos. Obvio es que lo sentado por la norma no se reciente por su uso. A manera de ejemplo podríamos citar las expresiones que aluden a objetos como “living”, “club house”, “country”, “software”, etc.; o contratos que han nacido en otros países y se han adoptado en el nuestro sin su equivalente denominación en castellano como “leasing”, “Know how”, etc. Corresponde remarcar que estas expresiones ya tan arraigadas en el hablar cotidiano en nuestro País, son fácilmente entendibles por

¹²⁷ NERI, Argentino I. “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1970, Vol. 3, pág. 321, 322.

cualquier nacional, y no dejarían de constituir, con cierta licencia, el “idioma nacional” al que alude la norma. Entendemos así que la “*ratio legis*” del dispositivo es que un documento oficial sea comprensible por todos los habitantes de la nación.

COMPARECIENTES QUE NO HABLAN EL IDIOMA NACIONAL

Ahora bien, ¿cómo cumplir esta exigencia cuando los interesados en el acto no hablan el idioma nacional? Ese es el punto que resuelve la norma que estamos analizando. Si los comparecientes declaran que no lo hablan, la escritura se redactará conforme a una minuta por ellos suscripta, que deberá ser volcada al idioma nacional, conforme a lo establecido en los párrafos precedentes, por un traductor público. En caso de no existir dicho traductor en el lugar de celebración, la norma atribuye al notario la posibilidad de juzgar él sobre la pericia de un idóneo o práctico que pueda efectuar el trasvase de un idioma a otro de manera correcta y fiel. Adviértase que en atención a esa carencia, podrá ser un práctico aun sin título ni designación oficial. Esta situación, sin dudas, hará responsable al notario si la aprobación del idóneo ha sido liviana, y la traducción no resulta fiel a las intenciones del compareciente que no habla el idioma. No puede interpretarse otra cosa frente a la delegación de la valoración de la aptitud del traductor que hace la norma en la persona del notario.

Una especial diferencia entre este artículo 302 del CCCN y el viejo artículo 999 del Código derogado, nos mueve a alguna reflexión. En efecto, mientras la vieja norma exigía que la firma de la minuta y de su traducción fuera puesta por las partes en presencia del escribano, la nueva disposición en cambio, nada dice al respecto; no obstante entendemos que debe continuar de la misma manera. El notario, en seguimiento de lo reglado en la norma analizada, redactará él mismo una minuta, o verificará la que las partes han traído, y exigirá la suscripción en su presencia, tanto de la redactada en castellano, como de la trasvasada al idioma extranjero, dando fe de dicho acto, tal como lo preveía la vieja norma. Acto seguido, agregará la minuta al

protocolo, junto con su traducción, complementando el título matriz que estará redactado, conforme al principio rector, en el idioma nacional.

Otro punto que merece rescatarse como novedad, es que deja que el particular manifieste no entender el idioma; si bien ello aparece como una obviedad, podría sin embargo haberse responsabilizado al notario si el particular nada expresaba en tal sentido, y sus manifestaciones exteriores no dejaban entrever que realmente no comprendía las palabras usadas en el instrumento. La norma solo exige que las partes declaren no hablar el idioma nacional, sea en la forma que fuere. Solo en tales casos el notario estará obligado a usar el recurso de la minuta prevista en el dispositivo.

Remarquemos que “minuta” en el Diccionario de la Real Academia Española, se corresponde exactamente al sentido técnico atribuido en el mundo del derecho notarial. Dice, en su primera acepción, que minuta es un *“Extracto o borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección”*.

Resta resaltar cuáles serían las partes esenciales; es decir aquellas que no pueden faltar en la citada minuta. Para ello apelamos al mismo criterio que habíamos esbozado en oportunidad de anotar el art. 294 CCCN que prevé la nulidad de los instrumentos públicos cuando se encuentran borrados, enmendados, agregados, entrelineados o alterados, en parte esencial, sin salvar al final. Habíamos expresado en aquella circunstancia, que desde el punto de vista material o sustancial, los elementos esenciales serán los que hacen al acto jurídico mismo. Así, como regla general, corresponderá considerar parte esencial, la que se tenga con ese carácter en cada figura contractual; por ejemplo en la compraventa (art. 1123 del CCCN) serán elementos esenciales, la determinación de las partes, del objeto a transferir, con su básica descripción (ubicación, superficie, inscripción registral si correspondiere, etc.) y el precio. Obviamente cualquier modalidad a la que se encontrare sometido el acto jurídico (condición, cargo o plazo, arts. 343, 350 y 354 CCCN), deberá también surgir de la minuta. En definitiva lo que se busca es que el compareciente que no entienda el idioma, tenga un cabal

conocimiento, merced a la lectura de la minuta que podrá hacer en su propia lengua, de la esencia del acto jurídico que está otorgando, y que de ello quede la prueba documentada agregada al protocolo notarial.

OTRAS AGREGACIONES AL PROTOCOLO

Finalmente corresponde elogiar el dispositivo, cuando expresa que ambos instrumentos, la minuta y su traducción debidamente suscriptas por las partes, serán agregadas al protocolo. La vieja norma expresaba que tales elementos debían protocolizarse; y conforme ya lo hemos explicado al anotar el artículo 300 que regula el protocolo notarial, tal actitud no implica protocolizar, sino simplemente agregar al protocolo, que no es lo mismo.

Sin embargo, en el segundo párrafo del art. 302, se da la posibilidad de requerir al notario la “protocolización” de un instrumento original en idioma extranjero, cuando el documento constare también traducido por traductor público o intérprete que el notario acepte. De esta “protocolización” el notario deberá entregar copia certificada en el idioma en que está redactado. Pues bien, en este segundo párrafo se utiliza la expresión desafortunadamente, según habíamos explicado. En efecto, en oportunidad de anotar el art. 300 del CCCN, habíamos expresado que mientras el Código derogado contenía dos normas que aludían a las llamadas “protocolizaciones” (art. 984 y 1003 del Código de Vélez), en el CCCN, en cambio, brilla por su ausencia toda norma general referida al tema. En el viejo código se dejaba claro que la verdadera protocolización procedía siempre y solo mediante orden judicial. Ello porque se supone que el juez, interviniente en el trámite, se aseguraba de la autenticidad del documento a protocolizar, merced a la citación a reconocer las firmas insertas en el documento, o cualquier otra gestión judicial destinada a dejar acreditada la autenticidad del instrumento privado que se incorporaba al protocolo.

En el CCCN, en cambio, nada se dice al respecto; para más, una y otra vez se utiliza la expresión “protocolizar”, como en el artículo que estamos analizando, sin el sentido técnico que las normas deberían dar al pro-

cedimiento. En verdad esto también ocurría respecto de algunos artículos del viejo código que, sin embargo, resultaban acotados por las pautas generales sentadas en las dos normas citadas (art. 984 y 1003 del Código derogado).

Cabe aclarar que en la doctrina clásica el tema se había diluido bastante ante la idea de que “protocolizar” podría implicar la transcripción dentro de las mismas hojas del protocolo, a diferencia de la agregación que solo apuntaría a la inserción del documento mismo entre las hojas del protocolo¹²⁸.

De nuestra parte entendemos por protocolizar, la actividad funcional del notario por el cual se *inserta en el protocolo, por orden judicial, un instrumento privado original, homologado y previamente calificado de auténtico, en cuanto a la autoría y contenido.*

Lo que las partes intervinientes en una escritura o un acta, pueden solicitar al notario es la agregación de alguna documentación, no la protocolización; pues ésta solo debe proceder mediante orden judicial. A tales efectos corresponde aclarar que el notario debe estar proclive a acceder a dichas solicitudes mediante una simple evaluación de su trascendencia; así por ejemplo, creemos que debe accederse cuando el notario, corroborando la ocupación de una vivienda, accede a la incorporación de un contrato de locación a solicitud del requerido, que intenta acreditar que tiene derecho a ocupar la cosa en carácter de tenedor; o cuando, como en el caso que nos ocupa, las partes solicitan la agregación de un documento suscripto en otro idioma y acompañan la pertinente traducción oficial o practicada por un idóneo que el notario acepte, tal como reza la norma.

Remarcando la diferencia entre protocolización y agregación, corresponde destacar que la primera, transforma el instrumento privado en instrumento público, mientras que la segunda, a pesar de obrar en el protocolo, no hace instrumento público el documento agregado.

¹²⁸ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1971, Vol. 4, pág. 147 y ss.

Constituyen simples agregaciones y no protocolizaciones, amén de las previstas en la norma que estamos anotando, las que surgen de los artículos 304, 306 inc. a, 307; ello es así aun cuando algunas de las normas citadas se refieran a “protocolización”.

Complementando lo expuesto, remitimos a la nota al art. 300 CCCN.

ARTICULO 303. Abreviaturas y números. No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten en los documentos que se transcriben, se trate de constancias de otros documentos agregados o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.

REDACCIÓN DE CORRIDO SIN ESPACIADOS

Esta exigencia no aparecía en el Código derogado. No obstante las reglamentaciones locales contienen esta previsión que, en realidad no son sino el fruto de un mínimo recaudo de seguridad documental. Téngase presente que cualquier espacio en blanco podría facilitar su relleno por mano extraña en caso de tener accidental acceso. Es lo que se quiere evitar con este elemental cuidado práctico.

Así, solo a manera de ejemplo, citamos el artículo 61 de la ley 404, Orgánica del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dice que *“Todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto...”*. También se ocupa especialmente la ley salteña 5576 (1980), que en su artículo 60 expresa *“Todos los documentos serán escritos en un solo cuerpo sin que queden espacios en blanco. No se emplearán abreviaturas, iniciales ni guarismos...”*. Otro tanto hace la ley 5721 de la Provincia de San Luis, artículo 57.

La ley 4183 (1975) de Córdoba, determina en su artículo 53, inc. a, que *“No se dejarán claros entre una palabra y otra, una vez suscripta la escritura”*; y en el inc. b agrega *“cuando haya sido necesario dejar un claro, éste debe ser cubierto por el escribano, de su puño y letra antes de firmarse la escritura, inutilizando con una línea el espacio sobrante”*.

Puede ocurrir que por falta de un dato el documento haya sido impreso dejando expresamente el espacio suficiente para completarlo, una vez provisto por las partes; por ello la norma cordobesa transcripta, en previsión de ese supuesto, exige su llenado “de puño y letra del notario” y la inutilización del espacio sobrante con una línea.

PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE ABREVIATURAS O INICIALES

La ley impone una redacción clara y coherente, lo cual requiere del notario la necesaria formación en la lengua castellana. Aunque la norma no lo diga, por la evidencia que encierra, el notario debe redactar el documento con todos los recaudos gramaticales, puntuación y sintaxis que exige el idioma, para que su interpretación sea única y no admita dobles sentidos. Es también en tal seguimiento y para evitar malos entendidos, que la norma analizada prohíbe que so pretexto de economía de espacio, o por celeridad, se utilicen en el texto documental abreviaturas o iniciales.

Demás está aclarar que la norma no se puede estar refiriendo a las iniciales que suelen usar los sujetos para no escribir todos sus nombres. Sabemos que en el ámbito documental, más en los instrumentos públicos, el nombre de las personas debe ser siempre íntegro, apelativo y apellido, no como acostumbre usarlo en su vida social, sino tal como figura en el Registro de Estado Civil.

No obstante la genérica prohibición, el mismo artículo posibilita el uso de abreviaturas ya aceptadas por el uso social o la ciencia, como “DNI” por Documento Nacional de Identidad; “juzg.” por “juzgado”; “prov.” por “provincia”; “CABA” por Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; “AFIP”, por Administración Federal de Ingresos Públicos”, etc. Lo importante a remarcar en este

aspecto, es que la abreviatura, sigla o acrónimo, tengan sentido unívoco, tal como reza el dispositivo que estamos anotando.

Igualmente se podrán, y a veces deberán usar abreviaturas, aun cuando no resulten unívocas, cuando se trate de descripción o transcripción de documentos en los que así figuren esos datos.

PROHIBICIÓN DEL USO DE GUARISMOS

Cuando las cantidades entregadas en el acto jurídico, son parte esencial del mismo, como puede serlo el precio en la compraventa, el peso de las mercaderías que se dan en pago, etc. es obvio que, por integrar parte esencial del acto, requiere de un especial cuidado; por ello la norma exige su expresión no mediante los signos o guarismos que representan los números, sino las palabras completas de las dichas cantidades o sumas.

En verdad, cuando estampamos un guarismo en el documento, bien podría ocurrir que por un error en la tecla, o una doble presión, o el olvido de un cero, la suma exceda extraordinariamente o disminuya otro tanto. Ese es pues, el motivo de la exigencia legal; y por el que también Vélez, en el artículo 1001 del Código derogado, aludía a que tales datos debían estar consignados “en letras y no en números”. Más técnicamente hubiera correspondido prohibir “guarismos”, ya que esta palabra, según la Real Academia, significa *“Cada uno de los signos o cifras arábigas que expresan una cantidad”*.

Para evitar el riesgo de ese tan probable error, las costumbres han hecho de rigor que la consignación de las sumas de dinero, cantidades entregadas, plazos, etc. en tanto fueren esenciales, se consignen en letras y en guarismos. Hasta suele ser un recaudo legal, surgido de algunos dispositivos, como el art. 2 de la ley de cheque 24.452 (1995), que expresa en su inciso 5º que el cheque debe contener: *“La orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero, expresada en letras y números, especificando*

la clase de moneda. Cuando la cantidad escrita en letras difiriese de la expresada en números, se estará por la primera”.

ARTICULO 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

LA DISCAPACIDAD AUDITIVA

La norma cuyo análisis abordamos, no resulta de fácil interpretación. Si bien podría ayudar en alguna medida su cotejo con el artículo 1000 del Código derogado, se advierte fácilmente la diferencia, pues mientras el código de Vélez se refería a una persona plenamente capaz con un defecto físico, la sordera, la nueva norma, en cambio, usando una expresión quizás menos hiriente, pero también menos precisa, reprochable en el mundo del derecho, alude a “discapacidad auditiva”.

También hace lo suyo para complicar la interpretación del artículo, la eliminación de las causales objetivas de incapacidad que existían en el viejo código. En efecto, en el nuevo CCCN, no se menciona al “sordomudo que no saben darse a entender por escrito”, como lo hacía Vélez en el art. 54, inc. 4 del viejo código, que lo declaraba incapaz absoluto de hecho, y que generaba la contrapartida del capaz cuando podía darse a entender por escrito, posibilitando el protagonismo del viejo art. 1000. Hoy pues, con la nueva normativa, que solo menciona al discapacitado auditivamente, pero no hace referencia al sordomudo, éste, aún cuando no sepa darse a entender por escrito, solo tendrá las limitaciones que determine el juez en la sentencia que declare la restricción a su capacidad (art. 38 CCCN); pero no podrá, “prima facie”, considerársele incapaz, aun cuando fuere analfabeto; es decir

que no pueda darse a entender por escrito, conforme a la vieja consigna.

En atención a las más modernas corrientes, el CCCN evita pronunciarse por la incapacidad de las personas o aludir a sus defectos físicos. A ello se suma como dificultad interpretativa de la norma analizada, la utilización del absurdo eufemismo “discapacidad auditiva”, pues en realidad se apunta a proteger al sordo, justamente para evitar que éste, por la vulnerabilidad que le genera su falencia pueda ser engañado al momento de la lectura del acto. Obviamente la ley no desconfía del notario, en quien ve al sujeto digno de la fe pública, pero sí del resto del entorno negocial.

LOS TESTIGOS INTÉRPRETES

La norma no exige la presencia de simples testigos; son verdaderos intérpretes, o como se les designa en el moderno derecho procesal, “testigos expertos”, que además de verificar con su presencia el cumplimiento de ciertas normativas, aportan un conocimiento efectivo sobre el hecho motivo de su testimonio. Claramente la norma exige que estos testigos deben poder dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por el discapacitado. Esas son las expresiones textuales del artículo, por lo que podemos fundarnos claramente en ellas para argumentar que no son testigos instrumentales comunes, o al menos no solo testigos. Deben ser también personas idóneas para poder comunicarse con el compareciente que no oye, y tomar así conocimiento real de sus intenciones, habiendo sido previamente informado por ellos del acto que el sordo está por suscribir. El notario, por su parte, también deberá tener en cuenta la especial situación, y variar la técnica de acción para el labrado de una escritura en tales condiciones. Él pues, debe lograr el cumplimiento de la “*certioratio*”, exigida por las normas del CCCN en cuanto a la naturaleza del acto y sus efectos jurídicos, siempre a través de los citados testigos expertos.

No se ha retrocedido en este aspecto, respecto de las normas de Vélez; todo lo contrario, al haberse suprimido la incapacidad absoluta de hecho

del sordomudo que no sepa darse a entender por escrito, lo que surge de la previsión de la norma cuando expresa “si es alfabeto”, existe la posibilidad de su aparición en el ámbito documental; pero ahora tal situación, en vez de significar un impedimento para la ejecución del acto, exige los citados recaudos.

Por ello disentimos con Armella, quien critica la intromisión de los testigos en estos supuestos, alegando que “Es el mismo escribano público quien, representando al propio Estado en el acto de escrituración, califica que el otorgante con discapacidad auditiva conoce y comprende las ulteriores legales del acto jurídico que desea celebrar, pues en caso contrario no permitirá que él se configure y no autorizará la escritura pública requerida”¹²⁹. No acordamos, decíamos, con la destacada jurista, por la sencilla circunstancia de que no en todos los casos el notario estará en condiciones de apreciar la comprensión, ni podrá lograr una fluida comunicación con esos especiales comparecientes. Esa es pues, la razón que justifica plenamente la intervención de los dos testigos.

En definitiva, cuando en la audiencia notarial el escribano advierta que el sujeto tiene dificultad auditiva que le veda la posibilidad de la correcta comprensión del acto, y de los asesoramientos complementarios al mismo, deberá solicitar la presencia de los dos testigos exigidos por el dispositivo; será con ellos que el notario mantenga la entrevista en la audiencia previa y en la de otorgamiento. Al mismo tiempo, podrá en los hechos, en ese mismo momento dominado por la unidad de acto a la que ya nos hemos referido, advertir la comunicación por señas entre el discapacitado y los testigos intérpretes referidos.

La norma, cuando el sordo sea alfabeto, exige además la redacción de una minuta que será agregada también al protocolo. Esta minuta, sin dudas, otorga aún mayor certeza de la comprensión del acto por parte del discapacitado. Todos los comparecientes, incluidos los testigos, deben suscribir la escritura.

¹²⁹ ARMELLA, Cristina N.; en el “Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado y Concordado” Dirigido por Eduardo Gabriel Clusellas, Ed. Astrea, FEN, Bs.As. 2015, nota al art. 304, pág. 785.

ARTICULO 305. Contenido. La escritura debe contener:

a) lugar y fecha de su otorgamiento; si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento;

b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde;

c) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto;

d) la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura;

e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma;

f) la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.

CONTENIDO OBLIGATORIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA

En este artículo se reiteran, con algunas modificaciones, agregaciones y ausencias, las prescripciones contenidas en el art. 1001 del Código derogado. Veremos cada inciso por separado:

LUGAR FECHA Y HORA

En el inciso a) aparece la obligación de consignar el lugar y la fecha de otorgamiento del acto, lo que constituye una exigencia documental básica para cualquier tipo de instrumento, sea público o privado. En el caso de la escritura pública se trata de un recaudo de validez condenado directamente con la nulidad instrumental en el art. 309 del CCCN. Recordemos la trascendencia que, en el ámbito del derecho, se brinda a los momentos de adquisición o constitución de los derechos. La determinación precisa de la fecha de ejecución de los hechos o actos cumple incluso una elemental consigna pacificadora, adjudicando de manera automática un mejor derecho al primero en el tiempo (*“prior in tempore potior in iure”*).

Es en atención a estos básicos requerimientos, que también en el mismo inciso que estamos analizando, se posibilita que, por propia disposición del escribano, o cuando alguna de las partes del acto lo solicite, se consigne igualmente la hora de suscripción de la escritura.

Corresponde advertir que la incorporación de las horas en el cómputo de los plazos, dentro de nuestro derecho civil, constituye toda una novedad puesta ya de manifiesto en el art. 6 del CCCN, que incorpora este período temporal dentro de las posibilidades del cálculo. En efecto, dice el citado art. 6 CCCN que *“... En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”*. Pues bien, ante esta posibilidad legal, es lógico admitir supuestos en los que deba consignarse de manera precisa y cierta la hora de celebración, aun en una escritura pública.

Las leyes orgánicas prevén este contenido como primer requisito a consignar; el lugar y fecha aparecen en el encabezamiento, que comienza con un el número correlativo de la escritura. En definitiva, de todos los elementos surgidos del inciso, más los recaudos exigidos por las reglamentaciones locales, es decir el número de escritura, el folio del protocolo (art. 300

CCCN), el lugar y la fecha, aparece la total certeza de la data del instrumento que, entre otras circunstancias, confieren el extraordinario valor probatorio atribuido por ley a estos elementos, establecido en el art. 296 CCCN, que le hace caer solo mediante argución de falsedad¹³⁰.

COMPARENDO – DATOS PERSONALES DE LOS COMPARECIENTES

En el inciso b) se mencionan los elementos que hacen a lo que en técnica documental notarial se denomina “comparendo” o “comparencia”. Se determinan en esta parte los nombres y apellidos de los comparecientes, con sus domicilios reales y especiales; los números de documentos de identidad, fecha de nacimiento y estado de familia. Cuando los comparecientes fueren casados deberá igualmente dejarse constancia, según sus dichos, de si lo son en primeras o ulteriores nupcias.

Respecto de las nupcias, la nueva norma nos mueve a una reflexión, pues en los países que tienen ya una larga trayectoria divorcista, el divorciado comienza a auto proclamarse “soltero”; y de nuestra parte, no creemos que ello difiera demasiado de la realidad cuando el divorcio es vincular, como el que surgió en nuestro País luego de la sanción de la ley 23.515 en 1987, y que mantiene este CCCN en el artículo 403, inc. d; pues luego de esa ley, y hoy con el nuevo Código, el divorciado estaba y está habilitado para contraer ulteriores nupcias, lo que constituye en nuestro parecer el aspecto esencial de la soltería. Por ello no creemos necesario hacer cargar a las personas con una historia de vida que ya resulta fútil; y que en cambio, en ocasiones tortura innecesariamente a los sujetos, evocándole momentos de angustia y zozobra. Otro tanto corresponde aplicar a los casos de viudez.

Por ello, la norma que analizamos, con muy buen criterio en nuestra opinión, libera de estas apreciaciones cuando la circunstancia no resulte relevante en lo patrimonial para el acto que se está otorgando, o para uno pos-

¹³⁰ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1970, Vol. 3, pág. 334. En el Código de Vélez, se determinaba expresamente que debían coincidir el número, folio y fecha de la escritura, bajo pena de nulidad instrumental (art. 1005 del Código derogado)

terior que necesite apoyarse en éste. Por ejemplo, si quien adquiere un inmueble ya está divorciado, y ha cesado el régimen patrimonial al que se encontraba sometido, no sería menester la determinación de las nupcias; hasta podría llegar a consignarse simplemente “soltero”, sin que ello genere dificultad patrimonial alguna, ni que necesariamente deba considerarse una afirmación mendaz. Obvio es que si la situación nupcial del compareciente puede implicar alguna mengua o duda sobre la legitimación dispositiva posterior, deberá consignarse rigurosamente el número de las nupcias y precisarse también el nombre del ex cónyuge o del fallecido según los casos.

Corresponde una dura crítica al inciso que estamos comentando, pues en él se han ignorado olímpicamente las uniones convivenciales, que tienen una clara repercusión en el contenido de la escritura pública. En efecto, la unión convivencial, que está expresamente regulada a partir del artículo 509 del CCCN, busca justamente, entre otras cuestiones, regular la situación patrimonial entre los convivientes. Así, la pareja podrá suscribir pactos de convivencia (art. 515 CCCN) que regirán las relaciones económicas entre ellos; y hasta serán menester los asentimientos en procura de proteger la vivienda familiar, según lo prescripto en el art. 522 del CCCN, situación que podrá ser opuesta incluso a terceros, en atención a lo sentado en el último párrafo de la citada norma.

Obviamente la omisión del legislador en la norma que estamos analizando, no libera al notario de la obligación de dejar constancia de la unión, cuando las partes la declaren.

En cuanto a los documentos de identidad, obviamente este recaudo no siempre podrá ser exigido, pues los extranjeros acreditan su identidad en el País mediante los pasaportes que habilitaron su ingreso. Viene bien recordar que luego de la sanción de la ley 26.140 del año 2006, que modificó los artículos 1001 y 1002 del Código derogado, se generó como expresión técnica la locución “documento idóneo” que justamente apunta la necesaria distinción que hemos mencionado. La idoneidad a la que alude la ley, se refiere tanto al aspecto material, es decir al estado de legibilidad e integridad del documento presentado, como al aspecto intelectual o jurídico. En definiti-

va, si el compareciente es nacional, la ley 17.671 obliga a la presentación del documento de identidad; pero si es extranjero es suficiente con el pasaporte en vigencia.

Es importante destacar, porque marca una diferencia con el viejo dispositivo de Vélez (art. 1001) que la nueva norma no posibilita consignar simplemente si los comparecientes son o no mayores de edad, sino que lisa y llanamente obliga a dejar establecida la fecha de nacimiento. Si bien creemos que la “*ratio legis*” no difiere de la tenida en mira por la norma anterior, el criterio del máximo rigor¹³¹ que debe tenerse presente al redactar escrituras públicas, nos obliga a no salirnos del esquema legal.

Respecto del estado de familia, corresponde aclarar que también la expresión hace referencia a la ascendencia de los comparecientes, persiguiendo la más completa determinación de los sujetos; pero ya los usos y costumbres han eliminado ese antecedente de los documentos notariales, y solo esporádicamente nos encontramos con antiguos títulos en los que el escribano precisaba también algunos datos filiatorios. No son raras, sin embargo, las normas locales que todavía aluden a ello, como la ley 4183 de Córdoba se refiere a ese recaudo en forma facultativa en el art. 54, inc. b.

Si el otorgante fuera una persona jurídica, el inciso analizado requiere la consignación de su denominación completa, el domicilio social y los datos de registración de su constitución, en caso de corresponder.

Debe remarcarse una diferencia entre las personas físicas y las personas jurídicas en lo que a este ámbito notarial de la comparecencia se refiere; pues mientras para las personas físicas el notario no garantiza las circunstancias que exceden de su nombre y apellido, como su domicilio por ejemplo, otra cosa ocurre con las personas jurídicas. En efecto, como las personas jurídicas no son técnicamente comparecientes, sino que están siempre representadas por sus órganos respectivos (representación orgáni-

¹³¹ Sostenemos que las normas que imponen contenidos y formas a los instrumentos notariales, deben interpretarse con el criterio del máximo rigor; es decir tratar, en la medida de lo posible, de dar un cumplimiento literal exhaustivo al mandato legal, o acatar la opinión doctrinaria más estricta. Hay que tener presente que no debe quedar ningún pronunciamiento pendiente luego de una escritura pública; de lo contrario el instrumento notarial no habrá cumplido su cometido social preponderante.

ca), el notario ha debido tener a la vista los contratos constitutivos y modificatorios, la distribución de los cargos, etc. según el tipo social de que se trate; en razón de esta coyuntural circunstancia, los datos respecto al domicilio, por ejemplo, y algunas otras circunstancias, son mucho más fiables que los que pueden aparecer relacionados con las personas físicas. Téngase presente que no es habitual, ni las leyes lo exigen, que la persona física compareciente a una escritura pública acredite por ningún medio el domicilio que declare, ni su estado civil, salvo cuando este último dato resulte relevante para el bastanteo de su legitimación dispositiva.

Otro punto que es necesario destacar es que ni en el nuevo CCCN, ni en el Código derogado se exige la nacionalidad de los otorgantes, lo que no debe obstar a su consignación. Por otra parte ese dato surgirá indefectiblemente de la presentación del documento de identidad que revelará tal circunstancia, o del pasaporte, en su caso.

Tampoco se exige en la norma, la determinación del CUIT, CUIL o CDI, de los sujetos otorgantes del acto; pero debemos tener presente que tales elementos ya están impuestos por las leyes registrales, a las que, por ley 25.345 de 2000, se incorporaron artículos que exigen tal recaudo. En efecto, el art. 4 de esa ley se ocupa de los inmuebles incorporando a la ley 17.801, el art. 3 bis; en el art. 5 se establece idéntica exigencia en el ámbito de los automotores, modificando el art. 20 del Decreto ley 6582/58; en el art. 6 lo hace respecto de los buques, incorporando un segundo párrafo al art. 1, inc. b) del anexo A, de la ley 19.170 y en el art. 7 se dedica a efectuar idénticas modificaciones respecto del decreto 4907/73 que regula el registro de aeronaves¹³².

LA NATURALEZA DEL ACTO

¹³² VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, nota al art. 3 bis, pág. 111.

En el inciso c) se exige como contenido de la escritura, la naturaleza del acto. Este requisito también surgía del art. 1001 del Código derogado, y constituye sin dudas, uno de los elementos esenciales que pone el acento en la voluntad de las partes del acto jurídico. Si los otorgantes no conocieran la naturaleza del acto, no habría voluntad válida, según lo establecido en el art. 267 inc. a del CCCN; lo que también aparecía en el art. 924 del Código derogado. Por ello se impone este contenido como forma de configurar válidamente el acto jurídico.

Ahora bien, corresponde aclarar que no siempre resultará tarea sencilla la determinación de la naturaleza del acto; hay supuestos en que el acto a celebrar carece de nombre legal, se trata pues de un contrato innominado y atípico. Para esos casos, el notario deberá describir la operación con todo detalle, pues deben surgir de manera precisa los elementos y los efectos que el acto producirá. Cuando se trate de un contrato nominado, en cambio, su sola designación (“*nomen iuris*”) suele dejar determinados “*ab initio*” los derechos y obligaciones de las partes, así como los demás efectos jurídicos que el acto jurídico pueda generar, ya que la ley tiene perfilados en forma genérica tales circunstancias.

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS BIENES

En el mismo inciso se exige la determinación de los bienes que constituyen el objeto del acto. La vieja norma del art. 1001 no exigía tal mención, pues cuando aludía al “objeto” (expresión multívoca) en su primera parte, sin dudas hacía referencia al acto en sí, y no al objeto de éste; en tal sentido son objeto del acto, por ejemplo, una compraventa, una donación, una cesión de derechos, etc. Creemos que era correcta esa sola locución, pues en verdad la determinación de los bienes concretos que son el motivo de la contratación, no constituye una exigencia formal de la escritura, sino más bien material del acto jurídico que se instrumenta. Obviamente ese dato aparecerá también en la escritura; pero ello no debería ser consecuencia del cum-

plimiento de la norma analizada, sino resultado del acatamiento de las normas materiales que prevén los recaudos de cada acto jurídico instrumentado.

Como puede apreciarse la expresión utilizada por la norma es amplia, puesto que alude a bienes, y como sabemos, “bienes” es una palabra técnica que abarca tanto las cosas como los derechos, según lo sentado en los artículos 15 y 16 del CCCN. Es correcto el empleo de esta expresión, puesto que los actos jurídicos instrumentados en las escrituras públicas pueden referirse tanto a cosas como a derechos. Ejemplo de una escritura pública instrumentando un acto jurídico en que el objeto es una cosa, sería una donación de inmueble (art. 1542 y ss. del CCCN). En tal caso la individualización del inmueble se efectuará conforme a los recaudos exigidos por todas las normas que apuntan a la especialidad en el objeto en ese tipo de cosas; es decir el art. 12 de la ley 17.801 del Registro de Propiedades; el artículo 5 de la ley Nacional de Catastro 26.209¹³³, etc.

Si en cambio queremos ejemplificar con un acto jurídico en el que el objeto sea un derecho, nada mejor que acudir a la figura de la cesión, que por definición (art. 1614 CCCN) implica la transferencia de un derecho. Para la descripción del este tipo de objeto, deberemos acudir a la documentación que lo instrumenta; así si se tratare de un crédito documentado, deberá constar la descripción del documento: número, monto, deudor, emisor, librador, etc. según corresponda (factura, cheque, letra, etc.).

CONSTANCIA DE LA LECTURA DEL ACTO

Obviamente la escritura debe ser leída, pues de lo contrario no podría generar efecto vinculatorio entre las partes. Si bien es cierto que la suscripción supone la aceptación del texto, conforme explicáramos al referirnos al llamado “principio de irreprochabilidad de la firma” al anotar el artículo 288,

¹³³ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, nota al art. 12, pág. 187 a 217. VENTURA, Gabriel B.; “Análisis de la Ley Nacional de Catastro 26.209. Hacia una reglamentación adecuada”, en J.A., 2007 – II, Fascículo 7, pág. 3 y ss.

por el que se determina que reconocida la firma, o dada por reconocida, también queda aceptado el texto al que accede, dicho efecto en realidad da por supuesto, tanto más en una escritura pública, que el firmante conoce acabadamente el contenido del acto que firma.

A este respecto es curioso advertir la manera totalmente inversa de regular la obligación de la lectura del acto del nuevo código, en relación a la prevista en el Código derogado. En efecto, mientras el Código de Vélez exigía directamente la lectura expresando: "... El escribano concluida la escritura debe leerla a las partes...". En cambio en el CCCN la norma requiere tan solo que, entre los contenidos de la escritura, aparezca la constancia de su lectura, sin aludir a la obligación funcional material o sustancial del notario de hacerlo.

De nuestra parte remarcamos, como una conducta referida a técnica notarial, que cada vez que el legislador ordena al funcionario el cumplimiento de ciertos recaudos, lo que hace a la técnica de acción, tal actitud una vez cumplida debe reflejarse también en el documento, lo que se vincula con la técnica documental. Pero no cabe dudar que era más adecuada la regulación en el código de Vélez, pues no es admisible prever una obligación tan importante como la lectura del acto, acudiendo solo a la exigencia formal de su reflejo en el documento.

Sin dudas si el acto no ha sido leído, es nulo por inexistencia de consentimiento. Se trata de una nulidad sustancial que se manifiesta en el proceso como la "*exceptio de shaedula non lecta*". Y como bien expresa Núñez Lagos, "Notarialmente no hay más consentimiento que el que cubre la lectura..."¹³⁴ Pues bien, justamente la intervención del notario asegura la efectiva lectura y explicación de los efectos jurídicos del acto instrumentado (la llamada "*cercioratio*").

LAS ENMIENDAS, TESTADOS, BORRADURAS, ETC.

¹³⁴ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; "Los esquemas conceptuales del instrumento público", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 96, 97.

Debemos aclarar que la norma debería haberse referido a los “salvados” y no a las enmiendas, testados, etc., como lo hace. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española, “salvar”, en su novena acepción, significa *“Poner al fin de la escritura o documento una nota para que valga lo enmendado o añadido entre renglones o para que no valga lo borrado”*. Sin dudas a ello ha querido referirse la ley, pues en verdad las enmiendas, testados, borraduras, etc. no son contenido necesario de la escritura; es más, lo ideal sería que no hubiera sido necesario acudir a ninguna de estas patologías. Pero lo que sí es contenido necesario, es el salvado de ellas cuando hubieren sido menester por haberse cometido errores. En tales casos, los salvados deben ser de puño y letra del escribano; y el objetivo de esta última exigencia, es la posibilidad de peritar la autoría de las mismas en caso de sospecharse falsedad.

Remitimos para un mayor desarrollo de este punto, a nuestra nota al art. 294, en la que nos referíamos a las alteraciones en partes esenciales.

LAS FIRMAS – FIRMA A RUEGO

El último inciso de la norma anotada, exige las firmas de los otorgantes, testigos y del notario. Si faltare la firma de uno de ellos, el acto no valdría ni aun entre los que lo hubieren suscripto, según lo sentado en el art. 290 del CCCN para los instrumentos públicos en general, y en el art. 309 para las escrituras públicas en particular.

Ya nos hemos referido al aspecto jurídico de la firma en oportunidad de anotar los artículos 288 y 290 de este código.

Una ley que prevé la forma documental escrita, no puede prescindir de la firma, que será una de las primeras apreciaciones que hará la ley para determinar los derechos y obligaciones nacidos del documento. En definitiva, la firma constituye la prueba más acabada de la presencia del suscriptor al acto notarial, y de su voluntad de aceptación de los efectos jurídicos del acto.

Vélez aclaraba muy didácticamente, el efecto jurídico de la firma en la bellísima nota al art. 916 de su código, cuando explicaba, citando a Savigny, que *“...Desde la edad media (...) la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdrá por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviese también firmado. Esta forma era extraña a los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fue para muy pocas aplicaciones”*¹³⁵.

También es emblemática la aclaración del anterior Codificador, respecto de la firma colocada al final de los escritos, sentada en la nota al artículo 3639 referido al testamento ológrafo de su código, cuando especifica que no sería menester que la firma consigne el nombre del sujeto que la estampa, sino que se trate de un signo ológrafo trazado con cierta originalidad. Al efecto Vélez decía: *“La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales y de la enunciación de su dignidad”*. Ese obispo citado por Vélez, era Johan Baptiste Massillon, Obispo de Clermont, quien justamente había suscripto su testamento con una cruz, sus iniciales y su dignidad eclesial: *“J. B.M. Obispo de Clermont”*¹³⁶.

Remitimos para un mayor desarrollo de este punto a los comentarios a los artículos 288, 290 y 309 de este Código.

Para el caso en que alguno de los comparecientes al acto no pudiese o no supiere firmar, la ley prevé la llamada “firma a ruego”, mediante la cual, otro sujeto, de cuya identidad y domicilio debe quedar constancia en el acto,

¹³⁵ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 333.

¹³⁶ SEGOVIA, Lisandro; “El Código Civil Argentino – Su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Ed. Coni, Bs.As. 1881, Tomo 2, nota a la nota de Vélez al art. 3641 (luego 3639), pág. 573.

suscribe en su nombre. El notario, en tal supuesto, deberá dejar constancia de los motivos por los que el compareciente impedido no puede suscribir el acto. Igualmente se prevé la impresión digital del imposibilitado de suscribir.

Estimamos que la firma a ruego ostenta la naturaleza jurídica de un mandato no representativo, en razón de lo cual, si bien no es conveniente, no creemos que haya incompatibilidad en una de las partes del acto jurídico instrumentado, para ser firmante a ruego de la otra. Insistimos que ello no es conveniente, pues el criterio del máximo rigor que debe imperar en la interpretación de toda norma jurídica referida a la actuación notarial, impone la preferencia, como firmante a ruego, de un sujeto extraño al acto.

ARTICULO 306. Justificación de identidad. La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes;

b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

NECESARIA INTRODUCCIÓN

LA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS COMPARECIENTES

Este artículo obedece a la adopción del criterio doctrinario mayoritario en cuanto a la fe de conocimiento que debía dar el notario, según lo preceptuado por el viejo art. 1001 del Código derogado, que establecía como contenido obligatorio de las escrituras públicas que “El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes”.

En el año 2006, se dictó la ley 26.140 que justamente modificó no solo la norma apuntada, sino también el art. 1002 del viejo código que establecía la necesidad de los testigos de conocimiento cuando el notario no conociere personalmente a los comparecientes.

Antes de esa ley, en general la doctrina venía efectuando serias críticas a las normas originarias del Código de Vélez, dado que, se decía, ya no se adecuaban al nivel poblacional de la ciudad moderna. Virtualmente era imposible que el notario instrumentador pudiera conocer a todos los que comparecieran ante él. El supuesto tampoco podía solucionarse con los testigos a que aludía el art. 1002 del Código derogado; pues la exigencia de este artículo de acudir a dos testigos de conocimientos, no hacía más que duplicar el inconveniente; si ya era difícil en la ciudad moderna, que el notario conociese personalmente a los otorgantes, tanto más difícil debería ser que conociera personalmente a dos testigos, y que éstos a su vez fueran de conocimiento personal de los otorgantes.

Decía la doctrina que en la época de las primeras leyes notariales y aún del primer Código Civil argentino, era medianamente factible que el notario pudiera conocer personalmente a los otorgantes del acto instrumentado en su escritura; pero, en la actualidad esa situación resultaba un supuesto de excepción.

En atención a estas críticas, en diversos encuentros, jornadas y congresos se venía bregando por abolir la exigencia de la fe de conocimiento¹³⁷.

¹³⁷ En uno de esos encuentros, no podemos precisar cuál de ellos, nos llegó este pequeño poema escrito en broma por un autor anónimo, que con gran simpatía ironiza sobre la fe de conocimiento. Nuestro único mérito es haberlo rescatado del olvido, y ahora lo ponemos a consideración del lector:

Fe de conocimiento

A diario escribo mentiras
pecando casi obligado
es visto que es conveniente
un confesor contratado.

Quisiera pero no puedo,
en la escritura ponerlo,
que al vendedor del inmueble
acabo de conocerlo.

Que vino con la escritura
y el documento en la mano
con los impuestos pagados;
pero el hombre es entrerriano.

Como nadie lo conoce
y yo debo ser veraz

Destacamos, entre ellos por la entidad del encuentro y lo enjundioso de los debates que allí se dieron, las “Decimoterceras Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires en 1991.

En este encuentro, la comisión 1 estaba encargada del tema “El documento notarial: su valor probatorio”. Al referirse a la llamada “fe de conocimiento”, luego de enconadas polémicas, el despacho final terminó, como suele ocurrir con los temas más ríspidos, con dos pronunciamientos opuestos. El despacho A acotó: *“El conocimiento de que se trata puede ser adquirido en el acto, por lo que resulta preferible aludir a fe de individualización para designarlo. Esta posición se completa entendiendo que la identidad notarial del compareciente queda amparada por la fe pública (Código Civil, art. 993). El despacho B expresó: “Es preferible aludir a juicio de individualización, ya que cuando el conocimiento es adquirido en el acto, la identidad notarial del compareciente pasa a ser objeto de un juicio del notario, que en cuanto tal no produce fe pública”¹³⁸.*

Como puede advertirse, la disidencia no era menor; pero ninguna de las dos posturas elogiaba las viejas normas de Vélez. Se trataba de concluir si las identidades de los compareciente quedaban o no respaldadas por la fe pública emanada del notario; ello con todo lo que significa el principio de au-

no deo que firme nada;
se convirtió en incapaz.

Así, soñando con Vélez
tranquilo es que yo dormía
pero hicieron las escrituras
en otras escribanías.

Hasta que un ataque fenicio
mi esperanza dejó vencida
y ya conozco a cualquiera
como de toda la vida.

Por eso es que al confesarme
del cura exijo paciencia
pues por número de escritura
va mi examen de conciencia.
(Autor anónimo)

¹³⁸ “Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Ed. La Ley, Bs.As. 2005, pág. 108, 109.

tenticidad plasmado en el art. 993 del Código derogado (hoy 296 inc. a, del CCCN), que presume la verdad de todo lo pasado en presencia del notario hasta redargución de falsedad.

Tal como habíamos concluido, no sólo ninguna de las posturas procuraba mantener la interpretación clásica de las normas, en cuanto al rigor de exigir al notario el conocimiento personal de los otorgantes, sino que por el contrario, hubo una coincidencia en ambos despachos y es lo que más nos interesa destacar aquí. Fue en lo que respecta a una interpretación actualizada del art. 1001 y 1002 del Código derogado, en lo que hubo un unánime consenso. Se dijo, *“no puede hoy limitarse a su letra, y menos todavía a la intención del legislador que los redactó. [...] han sufrido la incidencia de las normas que se han venido incorporando al ordenamiento jurídico, acompañando la evolución social operada en la materia (así la ley 17671/68, que dispuso que la identidad de las personas se prueba con el documento nacional de identidad). Aquellos artículos, en definitiva, no pueden hoy ser interpretados como originariamente lo fueron, y por eso es que la identificación de los comparecientes con quienes el notario no ha tenido trato no está ya limitada a los testigos de conocimiento, pudiendo valerse, entre otros elementos, de los documentos de identidad que aquellos le presenten, para juzgar su identidad notarial con la prudencia que su investidura exige”*¹³⁹.

LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA

Salvo por la omisión de los testigos de conocimiento en la nueva norma del CCCN, que seguramente será observada, creemos que la doctrina moderna, en general, estará de acuerdo con la nueva norma que estamos anotando.

Ya Sierz, por ejemplo, respecto de la modificación introducida por la ley 26.140 expresaba que “Con esta modificación a la fe de conocimiento

¹³⁹ “Congresos y Jornadas...” Ob.Cit. pág. 109.

clásica, la legislación se *aggiorna* a la normativa notarial en el ámbito mundial. El documento público sigue teniendo el mismo valor, y el escribano continúa ejerciendo su función fideifaciente en similares términos. Siendo un profesional del derecho a cargo de una función pública desarrolla su ministerio dentro de todo el espectro jurídico-social, al cual no puede ser ajeno. Así la figura se fortalece al adecuarse en lo propio”. Más adelante agregaba que “La ley 26.140 que modifica los artículos 1001 y 1002 del Código en análisis, no hace más que adecuar la letra de la norma, a la realidad del ejercicio notarial en la República, siempre orientado dentro de los principios del notariado latino. Así, en su misión legitimadora y documentadora, el escribano continúa colaborando eficazmente a la seguridad jurídica sustancial y formal”¹⁴⁰.

Sin embargo, debemos tener presente que la misión legitimadora, a la que se alude en el párrafo precedentemente transcrito, está constituida, entre otros elementos legitimantes (titularidad del derecho y validez de la documentación) por la identidad del sujeto¹⁴¹. Por ello no sería válido expresar, como lo hace la destacada autora, que “continúa colaborando” con la legitimación y la seguridad jurídica.

Un importante sector de la doctrina, con la que coincidimos, y que podríamos llamar la doctrina clásica, siempre vio en la fe de conocimiento, uno de los valores fundamentales del documento notarial, que repercute de manera manifiesta en la seguridad en los negocios inmobiliarios cuando se trata de constituir, modificar o extinguir derecho reales sobre dichos bienes.

Nace de ahí la frase “La fe de conocimiento es el pilar del notariado latino”, con la que se advierte que dicho recaudo constituye un soporte fundamental que justifica y da vigor al sistema notarial latino, y sin la cual el producto notarial pierde un valor fundamental equiparándose cada vez más al sistema anglosajón.

Rescatemos que, en el ámbito de la negociación inmobiliaria, la escritura pública con todos sus recaudos sustantivos y formales no es más que

¹⁴⁰ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial”, Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 317.

¹⁴¹ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada” Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 250, 251. VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 97 a 101.

una pieza o elemento que, junto a otros contribuye a la seguridad jurídica de los títulos dominiales sobre inmuebles. Así, por ejemplo, alivianar demasiado la carga notarial en cuanto a adquirir la certeza de la identidad de los comparecientes, repercutirá de manera inmediata también en la presunción de exactitud que pregonan los asientos registrales.

Lamentablemente en todos los debates que se han efectuado sobre el tema, entra también a tallar, por no decir que ha sido el factor fundamental, todo lo relacionado con la responsabilidad del notario en caso de error en la identidad. Así, los fundamentos que brinda la doctrina, más que procurar seguridad jurídica al sistema, intentan ser un paliativo de la situación del notario cuando ha sido engañado en la identidad de quienes han comparecido al instrumento de su facción.

Pondé, manifestaba su disgusto con la exigencia de la fe de conocimiento exigida por el viejo art. 1001 del código derogado, antes de la sanción de la ley 26.140, mediante simpáticas ironías. Lamentablemente sus argumentos sólo apuntaban, a la responsabilidad notarial asumida por ella, llegando a expresar: “Si en los juicios que suelen promoverse en el fuero civil y las querellas que no faltan en el fuero penal, el notario tuviera que demostrar que *individualizó*, y no que *conocía*, ¡cuán distinta sería su posición ante la justicia!”¹⁴². Los intereses “gremiales” profesionales vienen aquí, en los argumentos del ilustre autor, a enturbiar su razonamiento científico. Igual criterio sostenía Gattari, quien manifestaba que debería sustituirse el conocer por individualizar, lo que de hacerse ley “(...) significaría un tremendo avance hacia el sinceramiento de la realidad”¹⁴³.

Orelle, con motivo de la sanción de la ley 26.140, que permitió sustituir la fe de conocimiento por la exhibición del documento idóneo, manifestaba a ese respecto, que no debía suponerse que por el nuevo artículo 1002 del Código Civil, los escribanos de ahora en más cumplirán su función con la mera exhibición de los documentos de identidad por parte de los intervinientes; sino que se exigirá al notario una especial diligencia en la acreditación

¹⁴² PONDE, Eduardo B. “Tríptico Notarial”, Depalma, Bs.As. 1977, pág. 219 y ss.

¹⁴³ GATTARI, Carlos N. “Manual de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1988, pág. 102.

de la identidad, partiendo de los citados documentos. Expresaba el prestigioso autor que “El escribano debe desplegar debida diligencia para identificar a los intervinientes en el acto”¹⁴⁴.

De nuestra parte¹⁴⁵ creemos que, antes que eludir las responsabilidades en que pudiera incurrir el notario, el interés social de la norma y el importantísimo aporte a la seguridad jurídica que brindaba la exigencia ineludible de la fe de conocimiento.

Por ello acordamos con Pelosi, quien a propósito de la crítica efectuada por la mayoría doctrinaria a la exigencia de la fe de conocimiento, explicaba que el temor de los notarios a reconocer su necesidad, estriba en que se le da un alcance excesivo. No se requiere, explicaba, haber tratado durante mucho tiempo antes a la persona ni haber asistido a su nacimiento. Basta pues con actuar con prudencia, cotejando, entre otros elementos, las firmas, las personas de conocimiento conjunto, los datos que surgen de la documentación respectiva y los datos y antecedentes de la operación requerida¹⁴⁶.

Igualmente González, se manifestaba a favor de la fe de conocimiento a la que calificaba de “(...) integrante vital del acto instrumental sin el cual éste perdería uno de los atributos que le caracterizan, dándoles las seguridades de una fuerza casi indestructible, salvo la querrela de falsedad que lo diferencian tan netamente del instrumento privado y que singularizan el alto valor del instrumento notarial en el derecho latino, en contraposición con los regímenes sajones y germanos, que igualan unos a otros, precisamente entre otros factores porque no dan certeza a la identidad o conocimiento de las personas (...)”¹⁴⁷.

Adrogué, a propósito de alivianar las responsabilidades de los miembros de la comunidad, expresa didácticamente respecto a la función notarial que “(...) el porvenir de ésta, como de cualquier profesión de especial tras-

¹⁴⁴ ORELLE, José M. “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 311 - 312.

¹⁴⁵ VENTURA, Gabriel B.; “La fe de conocimiento en las escrituras públicas – A propósito de la ley 26.240”, en “Derecho Notarial” N° 1, Ed. Zavalía, Bs.As. 2012, pág. 65 a 84.

¹⁴⁶ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 204 y ss.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 432.

cendencia en la vida social, está asociado a la plena asunción de las consiguientes responsabilidades”¹⁴⁸.

LA REGULACIÓN EN EL CCCN

Como vemos, en el art. 306 del CCCN, se ha seguido el criterio que hemos criticado en los precedentes párrafos, pero con un agravante, pues se ha omitido la posibilidad de acudir a los testigos de conocimiento; punto que indiscutidamente resultaba de vital importancia. En efecto, en muchas oportunidades, cuando el documento se encuentra deteriorado, o se ha extraviado, los testigos de conocimiento significaban un aporte importante para salvar la falencia.

Hoy, no sabemos si con un criterio de mayor rigor documental o por un simple olvido, el art. 306 del nuevo CCCN, no contempla la posibilidad de los testigos de conocimiento como una tercera opción. En consecuencia, quien tenga su documento deteriorado, desactualizado, o simplemente se le haya extraviado, solo podrá requerir los servicios funcionales de un notario que le conozca personalmente; lo que no es muy sencillo.

No creemos que la omisión de la expresión “El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes”, que utilizaba el Código derogado en su redacción originaria, y su sustitución por “afirmación del conocimiento” que usó la ley 26.140 (art. 1002, inc. a del código derogado), y que usa hoy el art. 306 inciso b), implique que lo afirmado no quede cubierto por la dación de fe notarial. En consecuencia con este criterio, creemos que tal mención queda atrapada por el inciso a) del art. 296, en cuanto a su valor probatorio. Sugerimos, para afianzar esta situación, cuando se utilice el inciso a) redactar el párrafo con la clásica fórmula “... a quien conozco, doy fe”.

En definitiva, el notario, conforme a la nueva regulación, puede dar fe de conocimiento de los comparecientes, o bien reemplazar ese conocimiento

¹⁴⁸ ADROGUÉ, Manuel I. en “La escritura pública y el derecho registral” en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979, pág. 263.

mediante la prolija y exhaustiva lectura e investigación de los documentos idóneos que se le presenten para su acreditación¹⁴⁹.

LAS VENTAJAS DE LA FE DE CONOCIMIENTO

Con independencia de considerar mejoradas o no las normas originarias del Código de Vélez, tanto por la ley 26140 como por el nuevo art. 306 del CCCN, al permitir el otorgamiento del acto sin que exista un conocimiento personal de los otorgantes por parte del instrumentador, corresponde destacar que no dar fe de conocimiento de los comparecientes al acto notarial, quita una importante atribución al notario, desde el punto de vista práctico. Nos estamos refiriendo concretamente a los supuestos en que los otorgantes figuran en varios instrumentos con nombres diversos; por ejemplo en una escritura su apellido aparece con “z” y en la otra con “s”; o sin uno de los nombres que, por costumbre o por abreviar, su titular se lo quitó en la vida civil, y por eso en varias documentaciones se le menciona con un solo nombre. En tales casos el notario, justamente por conocer personalmente al compareciente, aliviaba el trámite de hacer coincidir ambas denominaciones utilizando la conjunción disyuntiva “o” entre medio de los dos nombres. Así el notario decía: “ante mí comparece don Juan González o Gonzáles”.

El conocimiento personal por parte del notario torna innecesaria la información sumaria que se hará de rigor si el notario utiliza la fórmula basada en el inciso a) del art. 306 del CCCN. No olvidemos que la jurisdicción voluntaria en la que se enmarca la mencionada información sumaria, perteneció en los primeros tiempos a los notarios¹⁵⁰. Hoy, en el derecho argentino, a pesar de la crítica de la doctrina¹⁵¹, es atribución exclusiva de los jueces.

¹⁴⁹ ORELLE, José M. “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 311 - 312.

¹⁵⁰ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ed. Depalma, Bs.As. 1958, pág. 53.

¹⁵¹ ALSINA, Hugo; “Derecho Procesal”, 2º Ed. Ediar, Bs. As. 1957, Tomo II, pág. 430 – 431. Dice: “La principal misión de los jueces es resolver los casos litigiosos que se les sometan, y ese es, fuera de duda, el verdadero sentido de la jurisdicción [...]” Agrega luego que en la jurisdicción voluntaria “[...]”

Solo mediando fe de conocer, puede solucionarse notarialmente el problema que hemos ejemplificado, caso contrario será menester el procedimiento sumario judicial, con dos testigos, para declarar que el mismo sujeto aun con dos nombres diferentes, son una única e idéntica persona.

Es importante tener presente, en consecuencia, que cuando uno de los comparecientes aparezca con varios y diversos nombres en los documentos que servirán de base para el otorgamiento del acto notarial, por ejemplo en una partida de nacimiento, en una partida de defunción y en una escritura pública, sólo podremos acudir al saneamiento de dicha imprecisión con la conjunción “o”, si hemos dado fe de conocer (artículo 306, inc. b), caso contrario deberemos acudir a la información sumaria, en sede judicial.

Destacamos igualmente que nada impide dar fe de conocimiento de personas fallecidas a las que el notario haya tratado en vida. Ello permitirá paliar el efecto adverso de la diferencia ortográfica del nombre, o los apellidos compuestos que aparezcan en algunos documentos y no en otros, aún respecto de los causantes en los actos legitimados mediante declaratorias de herederos o sucesiones.

ARTICULO 307. Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

no puede hablarse con propiedad de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas”. En una nota al pié, explica Alsina que “La atribución de la jurisdicción voluntaria a los jueces no tiene sino un origen histórico. Como en el derecho romano no existía la separación de poderes y se reconocía la conveniencia de rodear de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídica de carácter privado. Con el andar del tiempo algunas de esas atribuciones pasaron a los notarios o a otros oficiales públicos”.

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA DE LOS ACTOS NOTARIALES

La expresión “documentos habilitantes” con la que el CCCN encabeza la norma cuya análisis abordamos, tiene en la jerga notarial cotidiana, un sentido muy diverso al que corresponde asignársele técnicamente. Suelen introducirse en este concepto todas las documentaciones que acompañan al acto jurídico instrumentado: Poderes, contratos sociales, declaratorias de herederos, cesiones de derechos, boletos de compraventa, partidas de nacimiento y defunción, copias de documentos de identidad, y hasta formularios procesados o presentados ante entes administrativos informando la instrumentación de ciertos actos, como la presentación del formulario COTI (“Código de oferta de transferencia de inmuebles”), constancias de CUIT, CUIL o CDI, etc. Recordemos que el artículo 300 del CCCN, referido al protocolo y su formación, expresamente dice que toda esta documentación, tanto la agregada por exigencia legal, como la que resulta anexada por solicitud de las partes, forma el protocolo; es decir concretamente: es protocolo, lo que desde el punto de vista formal ya asigna un valor especial a las tales acreditaciones.

Pero en rigor de verdad, no toda esa documentación agregada es, técnicamente hablando “documento habilitante”; en definitiva, lo que queremos expresar es que algunas no habilitan, sino que legitiman, que no es lo mismo; y otras agregaciones ni habilitan ni legitiman, sino que cumplen con recaudos puramente formales que buscan otro objetivo, como la necesidad de que el notario haya obligado a hacer cumplir a los requirentes con ciertas exigencias; como la constancia del COTI por ejemplo.

Es así que, para ser precisos debemos distinguir la habilitación de la legitimación. La distinción no es trivial, si se tiene en cuenta la importancia a la hora de evaluar su falta o falencia en general; es decir que no esté agregada, o que su agregación no cumpla con las formalidades previas exigidas por las leyes.

DOCUMENTACIÓN HABILITANTE

El vocablo “habilitar”, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción significa *“hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada”*; y en su quinta acepción alude a *“Subsanar en las personas falta de capacidad civil o de representación, y, en las cosas, deficiencias de aptitud o de permisión legal. Habilitarlo para comparecer en juicio”*. Como puede advertirse hay una total correspondencia entre el lenguaje vulgar y el técnico a la hora de explicar el sentido de “habilitar”.

Luego de estas aclaraciones estamos en condiciones de precisar que documentación habilitante es pues, en sentido técnico, toda aquella que acredita la autorización para actuar por otro, sea supliendo su ausencia en el acto y en el instrumento (como en el caso de los poderes, arts. 1319 y 366 CCCN), sea completando su habilidad, como en el caso de los incapaces de ejercicio (art. 24 CCCN) y los inhabilitados (art. 48). Otro tanto ocurrirá con las personas jurídicas, que deben actuar representadas por sus órganos respectivos (art. 158 CCCN). A estos fines es ilustrativo, por englobar casi todos los supuestos, el segundo párrafo del genérico art. 358 CCCN, que refiriéndose a la representación, dice que *“... es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica”*.

Tales son los casos más frecuentes que exigen la presentación y agregación al protocolo de documentación habilitante: Poderes y mandatos, contratos sociales, sentencias disponiendo restricciones a la capacidad, etc.

Compete al notario la determinación de la documentación habilitante para cada instrumentación. A ese respecto quizás la principal complicación la brinden las personas jurídicas, con sus variados tipos y la diversidad de actos a otorgar. Así, por ejemplo, si se trata de una escritura de compraventa y la vendedora es una sociedad anónima, el notario exigirá la presentación del contrato constitutivo; designación de autoridades y acta de distribución de los cargos; acta de donde surja la toma de decisión cuando el acto es notoriamente ajeno al objeto social (art. 58, ley 19.550). Igualmente deberá

proceder frente a cualquier otro tipo social, estudiando la facultades de los gerentes en las sociedades de responsabilidad limitada, el objeto social de la misma para determinar si el acto a otorgar se encuentran dentro o notoriamente fuera del mismo, etc.¹⁵²

Una de las más importantes modificaciones que ha sufrido la ley de sociedades 19.550 por ley 26.994, en lo que respecta al ejercicio notarial, creemos que es la atribución de personería a la sociedad irregularmente constituida. Antes de esta reforma, una sociedad de hecho, por ejemplo, adquiriría mediante los socios que comparecían todos y simplemente solían expresar que lo hacían para la sociedad de hecho; pero el bien quedaba en titularidad de cada socio en la parte proporcional indicada en el título, o la que surgía de la presunción del condominio, partes iguales (art. 2708 del Código Civil derogado). Hoy esta situación ha variado, pues con la modificación apuntada, la sociedad de hecho puede ser titular de bienes registrables directamente titularizados e inscriptos a su nombre.

Por ello vemos en el art. 23 de la ley 19.550, modificado por ley 26.994, un ejemplo novedoso de documentación habilitante; hasta podríamos decir que también es en cierta medida documentación legitimante. En efecto la existencia misma de la persona jurídica titular, depende de una declaración de los socios, otorgada en escritura pública o documento privado con firma certificada; pero remarquemos que no es el contrato mismo, sino una simple declaración de los supuestos socios. El citado artículo, como habíamos adelantado, admite la posibilidad de ser titular de bienes registrables a una sociedad irregularmente constituida, en los siguientes términos: *“Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad”*.

¹⁵² GATTARI, Carlos N.; “Manual de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs. As. 1988, pág. 148, 149.

Pues bien, cuando la sociedad adquiriera o transfiera bienes registrables, el notario, en conocimiento de esta nueva situación, deberá dejar constancia de la citada declaración y agregarla al protocolo en cumplimiento de la norma anotada. Obviamente nada impide que en el mismo acto en el que la sociedad irregular adquiriera, por ejemplo, se formule la declaración exigida por el nuevo art. 23 de la ley 19.550.

DOCUMENTACIÓN LEGITIMANTE

El concepto de legitimación ha ido evolucionando en su sentido técnico, hasta llegar a ser aplicado a las exigencias legales en los sujetos y derechos involucrados para conceder acciones determinadas. En principio *legitimar* es conceder el estado de legítima a una situación o derecho que obviamente antes de dicha concesión no lo era. Se parte pues de la idea de que en su estado natural esa situación o estado jurídico adolecía de alguna falencia o, al menos, no se conocía si cumplía o no los requisitos legales y, por virtud del legislador o de cualquier otra acción jurídica, se presume legítima o deviene en legítima.

Quien tiene efectivamente un derecho ya ostenta *legitimidad*, no legitimación, respecto de ese derecho, y sólo podrá hablarse de legitimación cuando el sujeto presenta la documentación acreditativa de la misma (que sería nuestro caso); o cuando el juez valora una prueba y así concluye que un sujeto está legitimado o no para una acción; o cuando el legislador consagra una presunción y considera expresamente legítimo el derecho y la acción que de él emana. Precizando el concepto, a manera de ejemplo, diremos que el titular del dominio está legitimado para disponer de sus bienes; o que el acreedor hipotecario está legitimado para accionar por reivindicación (art. 2248 CCCN, cuarto párrafo), etc.

En definitiva y luego de estos avatares del lenguaje, la expresión legitimación habría quedado reducida a determinar si cierta persona puede o no legalmente ejecutar un acto considerando el derecho que acredita.

Como puede advertirse documentación legitimante será, según las aclaraciones efectuadas, una escritura en la que conste la adquisición del dominio de un inmueble; o un auto de declaratoria de herederos que acredita el carácter de tal del compareciente; o la resolución judicial de adjudicación de un inmueble en un proceso de divorcio (disolución de la sociedad conyugal y su liquidación). Ahora bien, no toda documentación legitimante debe agregarse al protocolo, conforme a lo solicitado por el artículo analizado. En efecto, el testimonio registrado de una escritura dominial antecedente, por ejemplo, presentada por el vendedor acreditando su legitimación dispositiva, no se agregará al protocolo puesto que responde al claro encadenamiento del tracto sucesivo sustancial y registral; y el sistema da por supuesto que, con sólo acreditar su existencia mediante la presentación en forma al funcionario instrumentador, es suficiente. Por otra parte esa escritura traslativa ya es matriz en el protocolo del notario que celebró el título antecedente, o en el protocolo judicial si se tratare de una subasta por ejemplo.

Recordemos a este respecto que también la ley registral exige tener a la vista, amén del certificado registral, el título antecedente y obviamente se está refiriendo al primer testimonio con nota de inscripción¹⁵³. Tal documento legitimante es tan vital que la ley considera toda una obviedad su existencia; en cambio, si el disponente fuera un heredero, el auto de declaratoria que lo declara como tal, constituye también una legitimación; pero ésta sí debe agregarse al protocolo puesto que ya no es el titular dominial registrado, sino alguien que concurre con el derecho del causante.

EL BASTANTEO

Aunque parezca de Perogrullo, corresponde aclarar que el notario no cumple solo con la agregación exigida por la norma, sino que debe efectuar un análisis exhaustivo de la documentación habilitante, apuntando al contenido y también a la forma del acto que la contiene, su inscripción en los ca-

¹⁵³ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada, Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 377, 378.

sos que correspondiere, las facultades conferidas en los contratos y apoderamientos.

En todos los casos, esta actividad, conocida técnicamente como “bastanteo”, es responsabilidad exclusiva del notario autorizante y consiste en la verificación de la habilitación o legitimación correspondiente. Recorrerá el contrato buscando sus elementos vitales; leerá cuidadosamente el poder a los fines de determinar la suficiente facultad para el otorgamiento; verificará la declaración de los herederos en los casos de tracto abreviado, así como las habilitaciones de tales documentos para el acto concreto a instrumentar, etc.

AGREGACIÓN DEL ORIGINAL

Si el apoderamiento es especial para el acto que se va a instrumentar, el artículo exige la presentación y agregación del original mismo del poder, pues es dable sostener que, mediante la instrumentación del acto para el que se otorgó, el citado apoderamiento ya quedó agotado¹⁵⁴, y no resulta conveniente mantener la circulación de un instrumento cuyo fin ya se efectivizó. Sin embargo, acota Gattari que, como la norma que en ese momento estaba en vigencia (art. 1003 del Código derogado) hacía la salvedad de la devolución “si fuere menester”, sin aclarar el motivo, podría, en casos excepcionales operarse el reintegro al interesado del apoderamiento respectivo. Ello podría responder a la necesidad de ser presentado a una repartición pública o a algún banco, etc. Pero en tal caso, expresaba el prestigioso Maestro Notarialista, convendría dejar atestado en el original que el acto ya ha sido otorgado¹⁵⁵. Creemos que esta opinión mantiene su vigencia, puesto que la norma equivalente, el art. 307 que estamos anotando, expresa “...*excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros docu-*

¹⁵⁴ Designamos con la expresión “agotamiento”, la pérdida de eficacia funcional del instrumento cuyo objeto ya se ejecutó. VENTURA, Gabriel B. “Naturaleza del boleto de compraventa. Repercusiones procesales”, en Abeledo Perrot, Bs.As. 2012, Pág. 1155.

¹⁵⁵ GATTARI, Carlos N. “Manual de Derecho Notarial”, 2da. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2008, pág. 144.

mentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano...”

LIBERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE AGREGAR LA DOCUMENTACIÓN

Aunque la ley no haga distinciones, porque no se ha referido a la documentación legitimante, corresponde aclarar que, tanto respecto de la documentación habilitante como de la legitimante, si ya se encuentran agregadas al protocolo del notario instrumentador, bastará con la cita de la escritura en la cual obra ya la copia (Folio, Tomo y Año), y no será menester una nueva incorporación. Cabe remarcar, como bien apunta Sierz, que esta liberación, que ya existía en el art. 1003 del Código derogado, no exime al notario de tener a la vista el documento, sino solo de su nueva anexión¹⁵⁶.

No podemos dejar de reprochar la falta de lenguaje técnico de la norma, tal como lo hemos expresado al analizar el art. 300 del CCCN, en esta misma obra. Se trata, en estos casos de una simple agregación o anexión y no de “protocolización” como refiere el dispositivo en análisis.

Corresponde remarcar que ya, desde antes de la sanción del CCCN, por modificación del artículo 1004 del Código derogado, mediante ley 15.875 de 1961, se había suprimido la sanción de nulidad instrumental con que el viejo ordenamiento sancionaba la falta de agregación o transcripción de los documentos habilitantes. Sin dudas era un efecto excesivo que castigaba fundamentalmente a las partes más que al instrumentador.

Otra modificación introducida por la ley 15.875 al artículo 1003 del viejo código, consistió en posibilitar la simple anexión de los poderes o copias certificadas, sin necesidad de transcribirlos. Igualmente aparece ahí, la expresión “documentos habilitantes” que fue a reemplazar, con mejor técnica y mayor precisión la parte del anterior texto (modificado por ley 9151 y 11.846) que decía “Lo mismo debe hacer cuando las partes se refieran a algún otro instrumento público”.

¹⁵⁶ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, 2º Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 427.

Sin dudas “documentos habilitantes”, la que usa el nuevo art. 307 del CCCN, es una expresión más abarcadora de todo lo que se relacione con las legitimaciones, certificaciones y constancias, las que, por otra parte, no siempre serán instrumentos públicos, como decía la norma anterior. Ingresaron así, en esta expresión, tal como ocurre con la nueva norma, los contratos sociales, las actas, las partidas de defunción, de nacimiento, poderes, etc.

ARTICULO 308. Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

LA EXPEDICIÓN DE COPIAS

Una de las características del notariado tipo latino, radica en la particularidad de no ser el original del instrumento el que conservan las partes, ni el que tendrá el valor ejecutivo para probar los derechos y generar las acciones que se deban ejercer. Esta característica repercute en las formalidades que deben guardarse en el momento de la expedición de una copia de la escritura matriz. Sobre el punto, amén de los dispositivos del Código Civil y Comercial, están también las disposiciones de las leyes orgánicas de cada provincia, las que, algunas más otras menos, se pronuncian sobre el texto a consignar en cada una de las copias, las características de las hojas en las

que se transcriben, etc.¹⁵⁷ Pero lo único verdaderamente importante del tema, es que mediante el cumplimiento de las formalidades establecidas por las leyes, tanto nacionales como provinciales, se procura acatar la normativa del art. 289 del CCCN cuando expresa que también son instrumentos públicos las “copias o testimonios”¹⁵⁸.

Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica documental¹⁵⁹, no están especificados, como tampoco lo estaban en el viejo código, los términos que deben emplearse para todos los supuestos que pueden darse. Es así como en cada jurisdicción, cada Colegio Notarial, y a veces cada notario, tiene su forma particular de expresar las distintas posibilidades que se pueden plantear.

La norma analizada expresa que el notario debe dar a las partes, copia o testimonio de la escritura¹⁶⁰. Ahora bien, no toda copia que se expida a las partes será el testimonio al que alude la norma. Sino que también existe la llamada copia simple, cuya diferencia sustancial con el testimonio, es justamente que no es instrumento público.

LA LLAMADA “COPIA SIMPLE”

La llamada en la jerga notarial “copia simple”, solo consiste en una copia sin valor de primer testimonio y por ende sin valor de instrumento público. Es decir que respecto de ese documento no regirá el principio de autenticidad. En lo gráfico se diferencia del primer testimonio porque carece de las formalidades exigidas para éste. Puede ser copia mecanografiada en

¹⁵⁷ VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, en Revista Notarial, Córdoba, N° 73, 1997, pág. 57 y ss.

¹⁵⁸ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs. As. 1971, pág. 495 a 497.

¹⁵⁹ Hemos dado en llamar “técnica notarial de acción” a aquella disciplina que estudia el proceder del notario en su ejercicio profesional fedatario, mientras que reservamos la expresión “técnica notarial documental” para referirnos al contenido y redacción del instrumento notarial y a todo lo relacionado con lo que se denomina grafía del documento: el papel, el color de la tinta, la fotocopia, etc.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ, Carlos E. “Teoría General del Instrumento Público”, Ediar, Bs.As. 1953, pág. 418.

máquina de escribir o computadora, copia al carbónico, fotocopia o cualquier otro sistema de reproducción; pero no cumple con las condiciones exigidas para ser el instrumento público del que nos habla el art. 289 CCCN, y para las que las leyes orgánicas respectivas exigen ciertos recaudos formales. No basta pues con que el notario las suscriba.

En definitiva, aunque estuviere certificada, ella no genera acción, porque no prueba sobre el contenido del acto, sino solo sobre la existencia del instrumento copiado¹⁶¹. Por ello la copia simple no genera marginales y puede darse en el número que se quiera a cualquiera de las partes o por requerimiento judicial, cuidándose solo el secreto profesional y la privacidad del protocolo, previsto en el art. 153 del Código Penal. En conclusión, la diferencia esencial entre la copia simple y el primer o ulterior testimonio es que la copia simple no es instrumento público¹⁶².

Es importante destacar que, a pesar de la contundencia de nuestras expresiones en los párrafos precedentes, hay sin embargo numerosa jurisprudencia que sostiene la validez de las copias simples como títulos ejecutivos. En algunas oportunidades se ha resuelto la posibilidad de accionar hasta con una fotocopia del primer testimonio¹⁶³. Ello sobre todo se ha dado respecto de las ejecuciones hipotecarias.

Puesto que van en contra de las leyes y doctrina, los citados fallos deben ser examinados a la luz de las actuaciones concretas y no deben dar pié para sentar doctrina contraria respecto a lo que hemos desarrollado.

EL PRIMERO, SEGUNDO O ULTERIOR TESTIMONIO

¹⁶¹ PELOSI, Carlos; "El Documento Notarial", Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 284, dice que "...solo acreditarán la existencia, clase y contenido del documento al cual se refieren, sin que ello implique subrogarlo en su eficacia y efectos".

¹⁶² SPOTA, Alberto G.; "Tratado de Derecho Civil", Parte General, Ed. Depalma, Bs.As. 1953, Tomo I, Vol 9, pág. 317, 318. NERI, Argentino I.; "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial" Vol 2, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, pág. 119; dice: "Son copias sin fuerza jurídica y por consiguiente no constituyen instrumento público aunque hayan sido autorizadas, val decir, firmadas por el escribano que intervino en la otorgación del acto". GONZÁLEZ, Carlos E.; "Derecho Notarial", Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 487, sostiene que las copias simples "...firmadas o no por el escribano ..., sirven como constancia del otorgamiento, pero sin garantía por la transcripción".

¹⁶³ Ver la numerosa jurisprudencia interpretada en el hermoso trabajo de Elena HIGHTON; "Juicio Hipotecario", Ed. Hammurabi, Bs.As. 1993, pág. 103.

El primero, segundo o ulterior testimonio es aquel que cumple con los requisitos legales y que tiene valor de instrumento público (art. 289, inc. a, del CCCN), por lo que también se le confiere el valor ejecutivo. Debemos tener en cuenta que aun siendo instrumento público, su jerarquía probatoria está muy por debajo del instrumento matriz, ya que frente a cualquier variación entre la matriz y los testimonios se estará al contenido de la primera (art. 299 “in fine”, CCCN).

Desde el punto de vista de la técnica documental, las leyes exigen palabras, más o menos sacramentales, que aludan al carácter de testimonio con fuerza ejecutiva. Generalmente la expresión “concuerta fielmente con la escritura matriz...” y la alusión directa para referirse a la copia como “primer testimonio” suelen ser la forma de manifestarse.

Por otra parte, en la práctica, el notario ha hecho uso de diversas técnicas para dejar aclarado el valor de la copia expedida. Si es una copia simple suele cuidarse de aclararlo expresamente al comienzo o al final de la transcripción.

SUPUESTOS DE EXPEDICIÓN DE MÁS DE UN TESTIMONIO

En los casos de expedición de un solo testimonio el tema no plantea cuestión alguna. Pero hay supuestos en los que, sea por haber varias partes interesadas en el acto, o sea por extravío o destrucción del primer testimonio, se hace necesaria la expedición de más de un testimonio, y ello en algunos casos puede generar situaciones conflictivas.

Básicamente los supuestos son dos: a) Existencia de varias partes interesadas; y b) Extravío o destrucción del primer testimonio. Lamentablemente este último caso no se encuentra tipificado en la nueva norma del art. 308 del CCCN, como sí lo estaba en el viejo art. 1007 del Código derogado (*“Siempre que se pidiesen otras copias por haberse perdido la primera ...”*). Creemos que para solicitar otro testimonio la parte deberá justificar que se le ha extraviado o destruido, al menos mediante una exposición policial, de lo

contrario aparece como arbitraria y antojadiza su pretensión de tener otro testimonio. En este punto, sin dudas, era más completo el art. 1007 de Vélez.

EXISTENCIA DE VARIAS PARTES INTERESADAS

Este es un supuesto normal en que se hace menester la expedición de más de un testimonio. En los supuestos de escrituras con varias partes, es obvio que el notario deberá expedir una copia o testimonio por cada parte. Varios condóminos adquieren; hay un adquirente y un acreedor hipotecario sobre el mismo inmueble; hay varios acreedores en una hipoteca, varios socios o varios cesionarios, etc.

Corresponde aclarar que el viejo artículo 1006 del Código derogado, facultaba al escribano a no expedir copia a quien no lo solicitase, según surgía de su interpretación *a contrario sensu*. En efecto la norma citada expresaba que *“El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiera otorgado”*. Estas expresiones generaron la costumbre de no dársele al vendedor del inmueble, por ejemplo, ni al cedente del derecho, etc. Hoy esta actitud no tiene respaldo legal, por haberse omitido de la norma analizada, esa sabia expresión contenida en el viejo dispositivo.

Doctrinariamente se ha discutido sobre cuál debe ser la modalidad de expedición cuando son varias las partes. En cuanto a las leyendas del “con cuerda”, también varían según criterios. Para unos en caso de ser varias las partes deberá expedirse siempre con la leyenda de “Primer Testimonio” aunque fueran más de uno, aclarando por supuesto la parte o el nombre del interesado para quien se expide. En algunos casos con el aditamento “Primer Ejemplar”, “Segundo Ejemplar”, etc. puesto sucesivamente en cada testimonio expedido. Para otros, en cambio, siempre debe dejarse aclarado el número de testimonio que se expide; es decir si imaginamos un condominio entre tres sujetos, el notario consignará: “Primer testimonio para NN”; “Segundo Testimonio para XX” y “Tercer Testimonio para ZZ”. Pero, sea uno u

otro el criterio de expedición, estimamos que lo verdaderamente importante es que quede suficientemente aclarado que para cada parte es el primer testimonio. Ello para que aparezca también expresado cuándo se expide un segundo o ulterior testimonio para cada una de las partes involucradas. Debe entenderse la expresión “Primero” como el primero que recibe esa parte, ya que con independencia de su denominación lo importante es que es el primer ejemplar con valor ejecutivo que recibe ese compareciente.

EXTRAVÍO O DESTRUCCIÓN DEL PRIMER TESTIMONIO

Este es un supuesto patológico, que aun sin estar contemplado en la norma, como sí lo estaba en el viejo art. 1007 del código derogado, sin dudas es el que motiva la “solicitud de nueva copia” a la que alude la norma analizada. Téngase presente que puede haberse denominado, según ya dijimos, “segundo o tercer testimonio”; pero lo trascendente para este caso es que haya sido el primero para el sujeto en cuyo poder se extravió o destruyó. Es importante destacar que para la expedición de un segundo testimonio en estos casos se hace menester acreditar el motivo de la solicitud, que no puede ser antojadizo ya que se trata de un instrumento ejecutivo.

Por ello habíamos expresado la necesidad de una exposición policial que de seriedad y compromiso a la solicitud. Solo frente a la pérdida o destrucción pues, medianamente acreditada, procederá la posibilidad de una nueva expedición. Reiteramos que, aunque no surja expresamente de la norma bajo estudio, podemos extraer esta necesidad de los usos y prácticas, generados en la vieja norma (art. 1007 Código de Vélez) y de la remisión a ellos que hace el art. 1 del CCCN.

No puede alguien a su antojo exigir cuantos testimonios quiera; solo frente al caso de la pérdida del primero (destrucción o extravío), deberá considerarse legitimada la parte para solicitar otro testimonio. Remarquemos que es costumbre por parte de los acreedores, aun los hipotecarios, retener los títulos dominiales de sus deudores para impedir que éstos puedan disponer de su bien al no ostentar la titularidad cartular correspondiente (art. 23 de

la ley 17.801)¹⁶⁴. Téngase presente asimismo que mediante la expedición de un nuevo testimonio, se hace desaparecer virtualmente cualquier nota marginal de correlación o aclaratoria que hubiere sido insertada en el primer testimonio.

Este es pues el fundamento de la necesidad de la exposición policial que referíamos en párrafos precedentes. Aun sin contar con dispositivo legal expreso, la citada exposición se agregará al protocolo junto al título matriz, en respaldo de la actitud notarial de expedición de nueva copia. Esta exposición, si bien no acredita indubitadamente el extravío, expone al interesado a la sanción que corresponda por su declaración falsa, y acredita cierta diligencia responsable en el notario que la expide.

Hay quienes exigen también un informe registral previo, para dejar acreditada la situación del inmueble en cuanto a gravámenes y estado domini-¹⁶⁵. Pero en rigor de verdad, solo será exigible por parte de los jueces, en el orden nacional, cuando sea necesaria la expedición con su intervención (art. 308 “in fine”, CCCN), según lo que surge del art. 778 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en su art. 873 que prevé el supuesto, no exige tal recaudo.

LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PENDIENTES

El principal problema aparece en la norma del art. 308 del CCCN, cuando se exige para la expedición de nuevo testimonio, que no haya en la escritura obligación pendiente de dar o de hacer a cargo de otra de las partes. Ya el supuesto existía en el viejo art. 1007 y 1008 del Código de Vélez.

¹⁶⁴ VENTURA, Gabriel B.; “Transferencia de Inmuebles Hipotecados”; JA, “Número Especial – Estudio de Derechos Reales” 2008-IV, pág. 56. Decíamos ahí: “No estamos del todo convencidos de la posibilidad de pactar entre partes que el acreedor retendrá el título del adquirente cuando hay garantía hipotecaria de por medio. Creemos que la obligación de entregar a las partes que lo solicitaren el respectivo testimonio constituye una obligación funcional del notario, y como tal, imperaría a su respecto el orden público, por lo que estimamos que el notario, frente al pedido expreso del comprador, no podría negarle la copia con valor ejecutivo, aunque se hubiese pactado lo contrario con el acreedor”

¹⁶⁵ GATTARI, Carlos N.; “Práctica Notarial”, Ed. Depalma, Bs. As. 1988, pág. 123.

En tales casos, la nueva norma, superando en practicidad al código derogado, exige la acreditación de la extinción de la obligación mediante instrumento público; conformidad del acreedor de la obligación aun no cumplida, o la autorización judicial de expedición. El viejo artículo 1007 del código derogado, en cambio, cuando había obligaciones pendientes solo indicaba que debía procederse por autorización judicial, y apuntaba que el trámite se debía realizar mediante la citación de los interesados, que asistían al acto de expedición en sede judicial para corroborar la exactitud del nuevo testimonio con el título matriz (art. 1008 del Código de Vélez)¹⁶⁶.

En cuando a las obligaciones pendientes, adviértase que la norma es amplia y abarca “obligación de dar o hacer”. Así, por ejemplo, el precio no pagado en una compraventa (sea con garantía hipotecaria o sin ella) o la cosa no entregada, cumplen con el supuesto, ya que por definición la compraventa, según lo expresado en el art. 1123 del CCCN, genera las tales obligaciones, cuyo cumplimiento es conveniente dejar sentado en el título. Pero cuando expresamente se consigna que no se da satisfacción a esas obligaciones, entramos en el supuesto de las obligaciones pendientes a las que alude la norma, y obligará al notario requerido a la expedición de nuevo testimonio, a exigir los recaudos previstos en el “in fine” del dispositivo.

Resta aclarar que el ulterior testimonio expedido por extravío o destrucción del primero, entra en la órbita de acción del art. 28 de la ley 17.801, y debe acceder al registro para que se tome razón de su expedición¹⁶⁷. Dicha registración quitará valor ejecutivo al testimonio anterior, y a los fines del art. 23 de la citada ley, quien quiera transferir, hipotecar, etc. el inmueble, deberá presentarse el último testimonio expedido¹⁶⁸. Todo notario o juez negará la acción de que se trate, frente a la legitimación para obrar intentada mediante la exhibición de un testimonio dado de baja por este procedimiento. Solo en acatamiento de estos principios pueden el Registro, el notariado

¹⁶⁶ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs.As. 1971, pág. 499.

¹⁶⁷ VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 400, 401.

¹⁶⁸ GARCÍA CONI, Raúl; “Registración Inmobiliaria Argentina”, Ed. Depalma, Bs.As. 1983, pág. 99.

y los jueces garantizar la seguridad jurídica prevista como uno de los fines de la llamada “publicidad material”.

Pero para que ese efecto realmente se produzca frente a terceros, deberá quedar asentado en el Registro que se trata de la expedición de un segundo testimonio. Lógicamente también exigiremos que el testimonio haya sido expedido conforme a las reglas que hemos explicado; es decir que el notario haya consignado en la atestación del concuerda, que dicho segundo testimonio es para tal o cual de las partes; de lo contrario el registrador no sabrá cómo asentar la nota en el asiento respectivo. Todo ello a los fines de que tanto el futuro informante registral, como cualquier instrumentador puedan identificar claramente cuál de los primeros o ulteriores testimonios son los que han perdido valor ejecutivo ante la nueva expedición y asiento¹⁶⁹.

A propósito de la garantía de seguridad prevista por este sistema de título con valor ejecutivo a la vista en el momento de ejecutar el acto, con más la expedición de un certificado registral previo, corresponde efectuar crítica a ciertos jueces que, al momento de ordenar la subasta de un inmueble del deudor no solicitan el testimonio con nota de inscripción en cumplimiento del art. 23 de la ley 17.801.

En el Código Procesal de la Nación el recaudo está exigido de manera bastante contundente en el art. 576, cuando expresa que el juez “... *intimará al deudor para que dentro de tercero día presente el título de propiedad del inmueble, bajo apercibimiento de obtener testimonio a su costa. No se realizará la subasta mientras no se haya agregado el título o, en su caso, el testimonio*”.

Esta determinación obliga al juez a ordenar la expedición de segundos testimonios conforme a las pautas que hemos esbozado. Ante la falta de presentación del título por parte del ejecutado en forma espontánea, debemos asimilar el supuesto al extravío del mismo previsto en el art. 308 “in fine”, dado que el juez de la subasta no puede requerírsele apelando a la fuerza física. Con ello, la seguridad de la pérdida de valor ejecutivo del pri-

¹⁶⁹ VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, en Revista Notarial, Córdoba, N° 73, 1997, pág. 57 y ss.

mer testimonio que se halla en poder del subastado, es suficiente para garantizar la seguridad que se procura.

Por ello estimamos que aun en las demarcaciones en las que no estuviese previsto en norma procesal expresa, como tan claramente surge del Código Procesal de la Nación, la exigencia igualmente impera, en atención al art. 23 de la ley 17.801 que contundentemente lo determina. Sin embargo, en Córdoba, por ejemplo, en cuyo Código Procesal no aparece la necesidad de tener el título inscripto a la vista para los casos de subasta, lo que resulta reprochable y exigiría una reforma inmediata a los artículos que regulan las diligencias previas (art. 568 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba), los jueces no suelen exigir los testimonios inscriptos. Por ello a diario, en Córdoba, se formalizan subastas sobre bienes inmuebles, sin que el juez cumpla con el recaudo que la citada norma registral nacional exige de manera general para todos los documentos traslativos o modificatorios de derechos reales sobre inmuebles.

TESTIMONIO MAL EXPEDIDO

Un caso que merece nuestra especial atención, respecto a la necesidad de expedir otros testimonios, es el referido al error o mala confección de los primeros. En estos casos no hay anomalía en los documentos matrices, sino solo en las copias de los documentos originales.

A pesar de su similitud creemos que hay una gran diferencia entre estos supuestos y los que hemos referido en los precedentes párrafos de pérdidas o extravíos, pues aquí se advierte claramente el error por el simple cotejo con su matriz, o la mala impresión de la copia; pero el testimonio está en su existencia física fácilmente corroborable. No se haría menester, en nuestra opinión, aun existiendo las obligaciones pendientes, ni la acreditación de su cancelación, ni la conformidad del acreedor, ni la actuación judicial a las que alude la última parte del art. 308 CCCN. Sabremos pues que el título no ha sido retenido por el acreedor y que no se intenta eludir una nota marginal, tal como habíamos advertido.

El trabajo con computadoras, es justamente lo que ha hecho más común cometer este tipo de patologías, a pesar de que podría suponerse lo contrario; pues presumiendo que no puede haber errores, no se hace a veces el necesario control ni relectura de las copias que suelen quedar mal armadas, con el inmueble equivocado o cambiadas las partes; o mal relacionadas las firmas al pie, en el cierre de la escritura.

Advertido el problema, corresponde al escribano solucionarlo. Así aparecen normas como la del art. 299 "in fine" del CCCN (que corresponde al viejo 1009 del Código derogado) que determina que ante una variación entre la escritura matriz y su testimonio o copia, deberá estarse al contenido de la primera. Pero ante la claridad del precepto, nos queda sin embargo una duda; ¿el artículo se referirá sólo a una instancia judicial, donde se efectivizará el cotejo? O, podrá también la una autoridad administrativa, por ejemplo el Registro de Propiedades, dejar sentado el problema y por expediente administrativo, acreditado el verdadero contenido del instrumento, aceptar el nuevo documento en reemplazo del equivocado o mal expedido; obviamente nos referimos a los casos de actos traslativos o modificatorios de derechos sobre inmuebles.

De nuestra parte nos pronunciamos por esta segunda posibilidad; ya que estimamos que la Dirección del Registro de Propiedades, por ejemplo, tendría la atribución de evaluar el verdadero contenido documental, puesto que es ante él que el documento pretende ejecutarse. Así, mediante un brevísimo procedimiento administrativo, sin que en ello se hieran principios fundamentales, la autoridad registral, podrá analizar si existe la coincidencia a la que apunta la última parte del art. 299 del CCCN; asentará su pronunciamiento en una resolución especial, y el documento modificado solo en su testimonio, accederá al registro con el contenido adecuado a su matriz.

Por otra parte también, nos parece apropiado aplicar la solución del artículo 308 del CCCN, aun cuando el documento no se hubiere extraviado ni destruido; en primer lugar porque la norma, a diferencia del viejo art. 1007, no exige los motivos, y en segundo lugar porque aunque los exigiera, la ver-

dadera “ratio” del dispositivo, no impediría aplicar idénticos principios también a los testimonios que han sido mal expedidos.

Obviamente, de más está decirlo, este procedimiento no significa dejar sin atender las prerrogativas de terceros que pudieran verse afectados por la publicidad registral errónea; pues el documento con su modificación aparecerá oponible con ese nuevo contenido, recién a partir de la fecha de su ingreso y con esa prioridad registral. Si existiese conflicto con terceros, el asunto debe quedar ya en manos de la justicia¹⁷⁰.

También se han presentado casos de testimonios impresos con sistemas que no resultan persistentes ni indelebles¹⁷¹; y las copias comienzan a borrarse o deteriorarse con el tiempo dificultando su lectura cuando no haciéndola desaparecer directamente. El art. 308 del CCCN exige a ese respecto, que el medio de reproducción “*asegure su permanencia indeleble*” justamente para evitar esa patología.

Frente a esta anomalía estimamos que también puede aplicarse igual criterio y expedir otro testimonio, aun cuando existiesen obligaciones pendientes, puesto que, como se vio no se presentan en estos casos los riesgos que la ley tiende a impedir exigiendo la conformidad del acreedor, la acreditación de la cancelación, ni la autorización judicial.

ARTICULO 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.

¹⁷⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, Revista Notarial, Córdoba, N73, 1997, pág. 57 y ss. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 432, 433.

¹⁷¹ Es el caso de algunas impresoras “láser” cuya impresión resultaba fácilmente borradas con solo pasar la mano, o por la natural fricción entre sus páginas.

NULIDAD INSTRUMENTAL

Por ser la escritura pública una especie dentro del género instrumento público, se repiten algunos dispositivos que ya estaban previstos en forma general para éstos; y a la inversa algunos dispositivos parecieran solo aludir a la escritura pública, como el lugar y fecha de celebración del acto (art. 309 CCCN), que resulta de incuestionable aplicación también a los demás instrumentos públicos. Este fenómeno de reiteración, que se advierte también en otras situaciones, genera las que hemos dado en designar “normas reflejas”, que resultan bastante comunes cuando se reglamentan las distintas especies que integran un género mayor¹⁷². En efecto, como fácilmente podremos advertir, en el art. 290 inc. b) se prevé la exigencia de las firmas de las partes u otorgantes y este recaudo se reitera en el 309 que estamos analizando. Sin embargo, la exigencia de la data, el tiempo y lugar en que fuera labrado el instrumento, tal como ocurría en el Código de Vélez, solo aparece respecto de las escrituras públicas (art. 1004 del Código de Vélez y 309 del CCCN); lo que no debería impedir su aplicación, tanto respecto de la exigencia como la sanción, a los otros instrumentos públicos, aun cuando de la letra de la ley solo aparezca como obligatorio para las escrituras.

El incumplimiento de lo exigido en la norma del art. 309, motivo de nuestro análisis, acarreará sin más la llamada nulidad instrumental; puesto que la exigencia no apunta a lo material o contenido del acto jurídico, sino a su continente que es el instrumento mismo.

Vélez Sarsfield hacía expresamente el distingo entre la forma y su contenido (acto instrumental y acto instrumentado) en el Código derogado, en los artículos 1044 y 1045, que aunque no se han reiterado en el CCCN, se puede advertir su influencia en todas las normas que aluden a nulidad o

¹⁷² Un ejemplo muy claro de normas reflejas, lo brindan la regulaciones del dominio de la posesión. Nos hemos referido a ese tema en nuestro “Derechos y Obligaciones del Poseedor de Inmuebles” en “Liber Amicorum” en Homenaje al Prof. Moisset de Espanés, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, Tomo I, pág. 649 y ss.

invalidez en este sector del CCCN, en el que los dispositivos apuntan no tanto al acto jurídico, sino más bien a las formas por las que ellos se manifiestan o en las que quedan plasmados.

Por ello advertimos que las normas del CCCN, tanto las referidas a los instrumentos públicos en general, como las que estamos viendo en este sector, referidas a las escrituras públicas, constituyen la reproducción también de los artículos 980, 981, 982, 983, 988 y 1004 del código derogado, que regulaban expresamente recaudos formales.

Es importante tener presente, conforme a lo expresado en los párrafos precedentes, que las falencias, defectos o vicios enunciados en esta parte del Código, que alude a las formas, constituyen justamente por eso, falencias o vicios formales o instrumentales. Las normas que aquí estamos analizando apuntan a determinar nulidades del instrumento continente, que si bien arrastran también en sus vicios a los actos jurídicos en sí, ello ocurre como consecuencia de estar éstos contenidos en aquellos.

Ahora bien, como sabemos, la característica más saliente de las nulidades instrumentales es que siempre resultan nulidades absolutas. En efecto, tal como explica Buteler Cáceres, en los casos de exigencias formales, "...siempre la nulidad será absoluta porque todo lo atañadero a la forma instrumental, particularmente al instrumento público, es materia de orden público"¹⁷³; y conforme a lo sentado hoy en el art. 386 del CCCN, todos los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres, son de nulidad absoluta, y no pueden sanearse ni confirmarse (art. 387 CCCN).

LAS INOBSERVANCIAS QUE NO ANULAN LA ESCRITURA

En la norma analizada, las faltas que se describen en las escrituras públicas, están contempladas como una clara contrapartida de las exigencias de las normas que la preceden: arts. 301, 302, 303, 304 y en especial el art. 305 CCCN. En nuestra opinión, la norma estaría determinando qué san-

¹⁷³ BUTELER CÁCERES, José A. "Manual de Derecho Civil", Ed. Abaco, Bs.As. 1979, pág. 368. LLAMBÍAS, Jorge J.; "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Ed. Perrot, Bs.As. 1961, pág. 588 a 590.

ción corresponde aplicar al incumplimiento de los recaudos formales exigidos en todos esos dispositivos previos, pero en particular del contenido establecido en el art. 305.

Esta aclaración resulta de trascendental importancia sobre todo atendiendo a la última parte de la norma, que concluye expresando que la inobservancia de las otras formalidades, es decir las que no surjan del art. 309, que estarán incluidas en otras normas (entre ellas el genérico 305) no anularán las escrituras, y solo podrán generar sanciones a sus instrumentadores.

Hay algo de riesgoso en este pronunciamiento, que ya advertíamos también con motivo del art. 1004 del Código derogado. Éste también contenía la misma parte final del actual 309. En efecto, creemos que hay otros elementos, que de no cumplirse deberían generar asimismo la nulidad.

Analicemos, solo por poner un ejemplo, la falta de lectura del acto. Si el acto no ha sido leído, es nulo por inexistencia de consentimiento. Si bien se trata de una nulidad sustancial que se manifiesta en el proceso como la “*exceptio de shaedula non lecta*”, el pronunciamiento de la norma puede generar confusión. Núñez Lagos expresa que “Notarialmente no hay más consentimiento que el que cubre la lectura...”¹⁷⁴. Justamente la intervención del notario exigida por el ordenamiento, busca entre otras cosas, asegurar la efectiva lectura y comprensión del acto instrumentado y sus efectos jurídicos, merced a la explicación y asesoramiento del instrumentador que debe cumplir expresamente con dicho cometido mediante la llamada “*cercioratio*” (explicación de los efectos del acto instrumentado).

Se nos podrá replicar que el art. 305 inc. d, cuando se refiere a la lectura, solo apunta a la “constancia instrumental” de la misma, y no al hecho de haberse producido como recaudo sustancial; pero no debemos olvidar que no queda otra prueba de lo acaecido en la audiencia que lo que surja de la escritura; en razón de lo cual no es dable suponer que hubo lectura si el notario no dejó constancia de ella. En este caso, como puede ocurrir con otros, la forma justamente busca asegurar el cumplimiento de la sustancia.

¹⁷⁴ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 96, 97.

Tenemos expresado que cada vez que el legislador ordena el cumplimiento de una conducta al funcionario instrumentador, éste no solo debe acatarla y cumplirla, sino que le corresponde también dejar constancia de su cumplimiento; justamente la función práctica jurídica de la escritura es atrapar y apresar en el papel, el instante fugaz de los hechos y actos que pasen en presencia del notario. En definitiva, en nuestra opinión, dada la trascendencia de la lectura del acto, la omisión de referir a ella en la escritura, nos hace presumir que no se leyó.

EL TIEMPO Y LUGAR DE CELEBRACIÓN

El lugar y fecha integra el encabezamiento de la escritura, que comienza con el número, elemento que surge de las reglamentaciones locales (ej. Art. 68 de la Ley orgánica del notariado de la CABA, Ley 404) y sigue con el lugar y la fecha de celebración del acto. Como bien apunta Sierz, la correspondencia entre el número y el tiempo “(...) es la *garantía de la continuidad, de la cronología y de la correlatividad, base de la seguridad jurídica*”¹⁷⁵. A cada momento de instrumentación corresponde un lugar en el protocolo, cuya continuidad se hace perceptible y comprobable justamente por el número asignado por el instrumentador.

Sin dudas el lugar y la fecha constituyen elementos probatorios fundamentales en el entorno jurídico en que el documento está destinado a operar. Toda la cuestión relacionada con la prioridad temporal, tan utilizada en el orden jurídico para conferir prelación y dirimir conflictos, tiene una relación inmediata con este elemento; y por ello el legislador considera nulo el acto que lo omitiere. Recordemos el proloquio “*prior in tempore potior in iure*”, que juega un preponderante papel en la pacificación social, y que parte de la comprobación elemental del momento de celebración.

Tan importante es el tiempo en el derecho, que cuando no estamos en presencia de un instrumento público, el legislador se ve forzado a deter-

¹⁷⁵ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, 2º Ed. Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 176.

minar por otros medios la fecha indubitada del acto instrumentado, tal como puede advertirse en el art. 317 que regula la fecha cierta respecto de terceros.

Cabe remarcar que el Código CCN, innovando al respecto, abandona el período mínimo del día, establecido en el viejo art. 23 y 24 del Código derogado, e introduce también la hora en el cómputo del tiempo. Así, el art. 6 del CCCN, dice en su parte final que *“...En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de ese modo”*. Pues bien, en seguimiento de esta posibilidad, con coherencia, en la norma del art. 305, inc. b, se prevé la posibilidad de que si el escribano lo considera conveniente, o por solicitud de alguna de las partes, se consigne la hora de celebración del acto. Correspondería agregar aquí los supuestos en que por ley, se hace menester consignar la hora en concreto, como ocurre con los protestos regulados por Decreto Ley 5965/63, que en su art. 66, al referirse al contenido del acta notarial dice: *“El acta del protesto notarial debe contener esencialmente: 1° – La fecha y hora del protesto;...”*¹⁷⁶.

Como ejemplo de la trascendencia de la fecha de suscripción de la escritura, basta referirse a la prioridad registral, art. 17, 18, etc. de la ley 17.801; o los procesos concursales y el llamado “período de sospecha” que hace caer ciertos actos celebrados durante el mismo (art. 118 ley 24.522); o los testamentos cuya fecha determinará si ha sido revocado por otro o no (art. 2513 CCCN); las actas de intimación, protesto o notificación, que exigen el cumplimiento de plazos concretos, etc. Es por todo ello que el legislador condena con la nulidad instrumental absoluta e inconfirmable, la escritura que no tenga la data; ello como contrapartida de la exigencia previa del art. 305, inc. a) y las otras normas de su entorno.

EL NOMBRE DE LOS OTORGANTES

¹⁷⁶ GONZÁLEZ, Carlos E.; “Derecho Notarial”, Ed. La Ley, Bs. As. 1971, pág. 524 a 526.

Como contrapartida del art. 305, inc. b, la norma se refiere expresamente a la falta de consignación de los nombres de los requirentes del acto. Con buen criterio se alude a ellos como “otorgantes” y no “partes”, dado que procura ser lo suficientemente amplia como para abarcar tanto actos unilaterales, como bilaterales, hasta las actas mismas, supuestos en que los comparecientes no necesariamente son parte en ningún negocio o contienda.

Adviértase que el dispositivo no menciona en la enumeración de las falencias, los demás datos identificatorios ni las circunstancias de los sujetos. Nos referimos a los domicilios, nacionalidad, documento de identidad, al CUIT, a la fecha de nacimiento, sus nupcias, etc. Ello no resulta una contradicción con lo prescripto en el art. 305 y algunas otras normas especiales que los prevean; lo que ocurre simplemente es que la condena con la nulidad no abarca estas carencias del instrumento; la transgresión sancionada se circunscribe al nombre completo de los otorgantes. Los otros datos que pudieran faltar, no generarán nulidad instrumental y podrán ser agregados al acto jurídico, mediante escrituras complementarias o aclaratorias.

Creemos que la disposición no se refiere a los nombres de las personas jurídicas, pues éstas siempre actúan por sus representantes (orgánicos o voluntarios) y éstos son siempre los otorgantes. Si no se invocó la representación, luego podrá la persona jurídica acreditar la personería del compareciente, o ratificar lo actuado por éste (art. 369, 370 y 371 del CCCN).

LA FIRMA DEL ESCRIBANO Y DE LAS PARTES - LA FIRMA A RUEGO

Tal como exigía la firma de las partes el inciso b) del art. 290, respecto de los instrumentos públicos en general, el artículo 305 inc. f) lo hace para las escrituras públicas en particular; y finalmente el art. 309 que estamos comentando, se refiere a la sanción de nulidad de la escritura frente a su incumplimiento.

Ya habíamos lamentado, al anotar el art. 290 CCCN, inciso b, que no se hubiera aclarado lo suficiente en ambos artículos (que son normas reflejas, según ya hemos explicado) que las partes a las que aluden están referidas al instrumento y no al acto jurídico en él contenido. Nos remitimos al comentario al art. 290 inc. b, para un mayor desarrollo de la cuestión.

Pero para más, aumentando la incertidumbre de este silencio legal de no haber precisado que se alude a la totalidad de los comparecientes, y no solo a las partes del acto en sentido material, no se aclara en esta norma, como sí lo hace el art. 290, inciso citado, que aunque los otros hubieren firmado, el acto carece de validez para todos. Esta circunstancia puede aumentar la incertidumbre en su interpretación.

Un ejemplo nos puede aclarar lo que estimamos está buscado en el precepto. En una escritura de venta de un inmueble a un heredero forzoso del vendedor, por ejemplo, es importante la comparencia y conformidad de los otros legitimarios. Ello a los fines de que el día de mañana no pretendan presumir gratuidad en la transferencia. Su comparencia sería justamente para evitar esa alegación, conforme a lo sentado en el art. 2461 CCCN (supuesto que estaba medianamente contemplado en el viejo art. 3604 del código derogado); pero tales herederos no son parte del acto material, sino solo parte en sentido formal o instrumental. Así, en este caso, la falta de firma de uno de estos herederos, que solo comparece para verificar la onerosidad del acto y no poder luego cuestionarla, genera igualmente la nulidad del acto instrumental (nulidad instrumental) y por ende cae todo el acto jurídico, tanto en su forma, como en su materia.

Por ello expresábamos que la norma del art. 290, inc. b, lo dice con más claridad, pues agrega al final que, *“si alguno de ellos no firma por sí mismo o a su ruego, el instrumento carece de validez para todos”*.

También podríamos ejemplificar con la falta de firma del cónyuge que asiente la enajenación que realiza su esposa, y que ha estado presente a esos fines (art. 470 del CCCN). Si como decíamos, ese cónyuge que aparece mencionado por el instrumentador como presente en el acto, luego, por olvido o espontáneamente, no suscribe la escritura, el acto instrumentado

carece de validez; ello ocurre así aun respecto de los que suscribieron el mismo, tal como reza contundentemente el dispositivo del artículo 290 inc. b) y debería expresar el art. 309 que estamos analizando. Adviértase para apreciar correctamente el ejemplo, que la falta de asentimiento en verdad, en su materialidad, no redundaría en la nulidad del acto, sino que solo determinaría su inoponibilidad al cónyuge no asintiente; pero en la faz instrumental, en cambio, por haber sido mencionado por el escribano y no aparecer suscribiendo la escritura, la nulidad absoluta se impone, porque cae por nulidad instrumental el documento que lo porta.

Consecuencia de lo expresado, la falta de firma de uno de los que aparecen en el contenido documental como presentes en el acto, aun cuando no fueren comprador ni vendedor, ni cedente ni cesionario, etc. determina sin más, la nulidad instrumental; esta falencia a su vez, por dejar sin soporte formal el acto jurídico, generará también la nulidad de éste¹⁷⁷. Recordemos una vez más que, como toda nulidad instrumental, es absoluta e inconfirmable (art. 387 CCCN).

En cuanto a la firma del funcionario actuante, hay en este nuevo precepto, y en el 290 inc. b citado, una novedad respecto del código derogado, ya que éste no contenía normativamente el supuesto en los artículos que se referían a la exigencia de las firmas (art. 988, para los instrumentos públicos en general, y 1004 para las escrituras públicas en particular). Existía sí una nota de Vélez, vinculada en el artículo 987 del viejo Código, pero no tenía sanción legislativa. En esta nota, el anterior Codificador explicaba que *“(...) un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdría, ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley viene sólo en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal”*.

Como se determina también en los artículos 290 y 305 del CCCN, la norma bajo análisis prevé la firma a ruego para el caso en que los otorgantes

¹⁷⁷ En nuestras clases solemos ejemplificar, para aclarar el efecto de la nulidad instrumental, con una copa de un buen vino. El vino representa el acto instrumentado, y la copa el acto instrumental. Quebrada la copa (nulidad instrumental o extrínseca), el vino se derrama, y por más bueno que haya sido, no habrá “somelier” dispuesto a catarlo del piso.

no supieran o no pudieran firmar. Así, otro sujeto, de cuya identidad y domicilio debe quedar constancia en el acto, suscribe en su nombre. El notario, en tal supuesto, deberá dejar constancia de los motivos por los que el compareciente impedido no puede suscribir el acto, tal como se exige en el art. 305 del CCCN; igualmente se prevé la impresión digital del imposibilitado de suscribir, en aplicación de la norma expresada, que resulta complementaria también de la que estamos analizando.

Estimamos que la firma a ruego ostenta la naturaleza jurídica de un mandato no representativo, en razón de lo cual, si bien no es conveniente, no creemos que haya incompatibilidad en una de las partes del acto jurídico instrumentado, para ser firmante a ruego de la otra. Insistimos que ello no es conveniente, pues el criterio del máximo rigor que debe imperar en la interpretación de toda norma jurídica referida a la actuación notarial, impone la preferencia, como firmante a ruego, de un sujeto extraño al acto que se instrumenta.

ARTICULO 310. Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

LAS ESCRITURAS ACTAS

En oportunidad de anotar el art. 289 inc. a) en esta misma obra, habíamos aclarado que dicha norma, por ser general incluía los dos tipos de instrumentos notariales: Las escrituras públicas propiamente dichas, conforme a la denominación que se les venía asignando, que son las que contienen uno o más actos jurídicos (art. 299 CCCN), y las escrituras actas, que corroboran hechos que se encuentran reglamentadas a partir de la norma cuyo análisis abordamos en este punto.

El Código derogado no efectuaba esta diferenciación, pero la doctrina venía utilizando la expresión “escritura pública propiamente dicha” para diferenciarla de la “escritura acta”, que solo corrobora hechos.

Ya en el título de la sección 5, antes de comenzar el art. 299, se advierte la idea de los codificadores de continuar con la clara distinción que aportaba la doctrina, entre la escritura pública propiamente dicha y de la escritura acta¹⁷⁸.

En el art. 310 del CCCN cuyo análisis estamos encarando, se regulan las actas separadamente de las escrituras públicas propiamente dichas. Consideramos todo un acierto este criterio legislativo. Su diferente contenido y finalidad jurídica, forzosamente repercute en su regulación, como podremos apreciar al determinar sus requisitos en el art. 311 del CCCN.

Para paliar la ausencia de estas normas en el código derogado, debíamos recurrir a la doctrina y a algunas leyes orgánicas, entre ellas la más expresiva al respecto, sin dudas, es la ley 404 orgánica del notariado de la Ciudad de Buenos Aires, que le dio cabida expresa en su normativa (art. 81 a 92) y algunas de cuyas expresiones aparecen reflejadas en las del CCCN.

Hay en esta especie de documento notarial un menor rigor formal; pero también, correlativamente, se advierte una importante disminución de su eficacia convictiva, según veíamos al anotar el art. 296, comentario al que remitimos para completar esta apreciación.

Es el contenido del acta lo que la diferencia ontológicamente de la escritura pública propiamente dicha, pues mientras ésta contiene actos jurídicos, es decir actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCCN), aquellas, en cambio, solo corroboran o constatan la existencia y circunstancias de simples hechos (art. 257 CCCN).

En las actas no se utiliza tanto la preparación y capacidad técnica del notario como jurista o especialista en derecho, sino más bien solo su atribu-

¹⁷⁸ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1970, Vol. 3, pág. 9 a 16.

ción fedataria; lo que no implica que no deba utilizar recursos técnicos para los que debe estar correctamente formado.

El notario, al redactar una escritura acta solo refleja, lo más literal y objetivamente posible, lo visto, oído, o percibido en general por sus sentidos (“de visu et auditu suis sensibus”). Pero corresponde aclarar que, aunque pretenda objetividad, siempre dejará algo de su impronta, a veces imperceptiblemente; por ello recomendamos en nuestras clases, como recurso de técnica documental, poner el acento en la objetividad de los términos utilizados.

Así por ejemplo, cuando el acta estuviere encaminada a corroborar el mal estado de conservación de un departamento que se restituye luego de una locación, el notario desechará expresiones como “están mal pintados los muros”; “el departamento está sucio”, etc. Aunque no lo parezca estas palabras están teñidas de subjetividad pues involucran las costumbres, apreciaciones y capacidad de observación muy personales del redactor; y por ello darán pie a una fácil impugnación por falta de objetividad de lo corroborado, que podría atribuirse, en una ingeniosa argumentación de la parte contraria, a cierta parcialidad del notario en el acto de su instrumentación. Corresponde más bien expresar: “se advierten pinceladas de pintura en los muros”, “hay manchas de pintura en el piso”, “hay tierra y diversos objetos desparrramados por el suelo”, etc. sin pronunciarse, en fin, por la valoración positiva o negativa de estas apreciaciones.

Núñez Lagos explica que en las llamadas “escrituras actas” no hay declaraciones de voluntad, ni tienen una finalidad negocial. A lo sumo podría haber declaraciones de verdad por parte de los interesados, que serían las actas de manifestaciones o de referencia. En las actas hay una verdadera narración y no redacción, puntualiza el Maestro Español, puesto que el funcionario se cuida de consignar en ella lo que ve, oye o toca¹⁷⁹.

El contenido de las actas, son los hechos patentes, evidentes, no los contratos ni negocios jurídicos. Por ello expresamente el CCCN, pone énfasis

¹⁷⁹ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas Conceptuales del Instrumento Público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 109, 110.

sis en este asunto y exige en el art. 312, a cuyo análisis remitimos, que *“Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial”*. Ya la doctrina venía destacando que no puede haber un acto jurídico dentro de un acta. El contenido de ésta no debe tener carácter negocial, y consiste fundamentalmente en la documentación de acciones o hechos¹⁸⁰.

DISTINTAS CLASES DE ACTAS

Como todo lo que tenga la virtud de generar efectos jurídicos que tengan manifestación física pueden ser objeto de las escrituras actas, las encontramos de las más variadas.

Por ello es dable distinguir ciertas especies que, aunque no tengan demasiada diferencia ontológica (puesto que todas corroboran al fin hechos), presentan sin embargo, algunos matices propios en su facción. Así veremos actas de corroboración; de notificación; de intimación; de remisión de correspondencia; de protesto; de supervivencia; de sorteo; etc. Obviamente podremos encontrar otras, y que exijan otros procedimientos más sofisticados que las que hemos enumerado. Veremos brevemente algunas de ellas para una mejor comprensión de la especie.

Las Actas de Corroboración o Constatación, son aquellas en las que el notario debe dejar sentada la existencia de ciertas circunstancias, como un vehículo en estado de abandono en la vía pública, un inmueble ruinoso o abandonado, un pozo en una calle pública, el estado de avance de una construcción; en fin cualquier situación u objeto en determinado tiempo y lugar que resulte de interés para el requirente.

Las Actas de Notificación, ponen en conocimiento de ciertos sujetos algunas situaciones que pueden generar consecuencias jurídicas. Se usan por ejemplo, para rescindir un contrato, para informar sobre un daño producido, para intimar al cumplimiento de una obligación (notificación e intimación).

¹⁸⁰ ETCHEGARAY, Natalio P.; “Escrituras y Actas Notariales”, Ed. Astrea, Bs.As. 1997, pág. 267, 268.

Las Actas de remisión de correspondencia, exigen del notario la intervención en el texto a remitir, y la diligencia posterior de concurrir a la oficina de correos y proceder él mismo al envío, dejando constancia de todo lo sucedido y anexando luego al protocolo los comprobantes emitidos por la oficina.

La moderna tecnología nos brinda ejemplos cada vez más sofisticados, como la corroboración de envíos de mensajes por internet, o por líneas telefónicas celulares. En tales casos el notario debe él mismo ingresar a las páginas o manipular los aparatos informáticos o telefónicos, para que no pueda luego interpretarse que ha sido engañado en la percepción.

Las Actas de protesto, están relacionadas con el incumplimiento de afrontar el pago de pagarés o letras, y se encuentran reglamentadas al detalle en los arts. 66 y siguientes del Decreto Ley 5965/63. Ya hemos expresado que este decreto ha sido de fundamental utilidad para ser aplicado por analogía a las notificaciones e intimaciones, también para otros supuestos no regulados.

Las Actas de supervivencia de personas, suelen ser exigidas por las entidades previsionales para abonar pensiones o jubilaciones cuando los beneficiarios superan ciertas edades.

Las actas de sorteo, son las que se usan en los actos públicos de extraer bolillas, boletas o cupones de urnas o canastas de lotería; en ellas se deja constancia de los números o nombres extraídos por el notario, por otro sujeto o por procedimientos mecánicos. Lo importante en ellas es que el notario, con su presencia y relación, deje claramente establecido que no ha habido una extracción ardidosa en beneficio de ciertas personas, y que se han cumplido los recaudos exigidos en los instrumentos que reglamentan ese sorteo en particular.

LAS “PARTES” EN LAS ACTAS – REQUIRENTE Y REQUERIDO

Como no tienen contenido negocial, no es dable en este tipo de documentos notariales hablar de partes en sentido estricto (por eso hemos en-

trecomillado la expresión en el título); hasta puede ocurrir que sea solo un sujeto quien aparezca durante toda su elaboración.

Imaginemos, a manera de ejemplo, que simplemente se solicite un acta de corroboración de un pozo existente en la calzada, para poder reclamar luego a la Entidad Pública su reparación y prevenir su responsabilidad. Es obvio que allí, a los fines de la comprobación del hecho, no será menester tratar con ningún otro sujeto más que con el interesado y compareciente. Pero si además de la corroboración mencionada, el interesado requiriera del notario que se dirija a la Municipalidad a los fines de notificar de la existencia de la calle en mal estado e intimarla a la reparación del bache en un lapso determinado, el notario deberá dirigirse a la Autoridad y tratar con otro sujeto. Pues bien, en estos casos no se habla de partes, sino de requirente y requerido. El primero designa al interesado o compareciente, como solemos designarle; y el segundo es aquél a quien nos dirigimos en el diligenciamiento; este no será necesariamente la contraparte en un futuro juicio, pues en ocasiones quien atiende es un familiar o un empleado del destinatario final. Son expresiones técnicas que buscan facilitar la comprensión y redacción del documento, por lo que es muy conveniente su utilización en el ejercicio y en la redacción del instrumento.

ARTICULO 311. Requisitos de las actas notariales. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:

a) se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;

b) no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente;

c) no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;

d) las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;

e) el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;

f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;

g) pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.

REQUISITOS GENERALES DE LAS ESCRITURAS ACTAS

Constituye toda una novedad en el derecho privado argentino, que el CCCN haya reglamentado detalladamente las escrituras actas. No dudamos en el acierto de que así sea, pues la incertidumbre existente en relación a esta útil herramienta jurídica, obedecía en general, a la falta de una regulación que diera unidad a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que las habían ido perfilando¹⁸¹.

Ya hemos expresado, al anotar el art. 299, que la doctrina tenía perfectamente diferenciadas ambas especies de documentos notariales¹⁸², pero la falta de una reglamentación única, impedía brindar la necesaria seguridad jurídica que toda herramienta práctica debe brindar. Existían dudas sobre los

¹⁸¹ A ese respecto dice Núñez Lagos: *“Las actas han sido la cenicienta en los formularios notariales. Esto unido a la multiplicidad de hechos que pueden integrar su contenido hace más difícil su esquematización conceptual”*. NUÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas Conceptuales del Instrumento Público”, Ed. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, Madrid, 1953, pág. 109.

¹⁸² NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1970, Vol. 3, pág. 9 a 16. PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 275 y ss. GATTARI, Carlos N.; “Manual de Derecho Notarial”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2008, pág. 29. ETCHEGARAY, Natalio P.; “Escrituras y Actas Notariales”, Ed. Astrea, Bs.As. 1997, 267 y ss. SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, 2º Ed. Di Lalla, Bs. As. 2007, pág. 610.

hechos o actos que podían corroborarse, sobre el contenido, y su definitivo valor probatorio. Hasta se ha llegado a sostener que el notario no debe asesoramiento cuando se encuentra instrumentando actas; criterio que no compartimos, pues estimamos que tanto en la audiencia previa, como en la recepción del requerimiento, el notario, como profesional del derecho, no sólo puede sino que debe sugerir los medios y las formas de lograr que el acta obtenga la mayor eficacia; ello no significa perder imparcialidad, sino que se busca lograr de la manera más clara posible la corroboración de la verdad. Por ello Orelle, refiriéndose al tema del asesoramiento en las actas, aclara que aunque “atenuada” la obligación de asesoramiento subsiste en las actas. *“La configuración, en vez de evaluar alternativas negociales (escrituras con contenido negocial), apuntará a la mejor estructuración técnica de la fijación de los hechos respecto a los cuales se ha requerido el acta”*¹⁸³

A pesar de todas estas discrepancias doctrinarias, había sin embargo un cierto consenso en cuanto a considerar que esta especie de escritura presentaba un menor rigor formal que las escrituras públicas propiamente dichas, y correlativamente tenía un menor valor probatorio.

Por todo ello no podemos sino elogiar los dispositivos contenidos en el nuevo CCCN al respecto, que darán un poco más de unidad a los dispares criterios; pero no dejaremos de remarcar algunos aspectos, que creemos deberían ser revisados en una futura reforma.

Como vimos, en el art. 310 del CCCN, dando un marco legal a las escrituras actas, se las define correctamente, con sencillez y buena técnica, pues se usan conceptos que previamente ha dado el mismo Código, como el de hecho jurídico, que evoca inmediatamente el art. 257 que lo define. Pues bien, en la norma cuyo análisis abordamos aquí, se prevén ahora los recaudos y formalidades que deben tenerse en cuenta durante el diligenciamiento de las actas, así como un detalle de su contenido.

La norma comienza aclarando que los requisitos de las escrituras actas serán, en principio, los mismos que los de las escrituras públicas propia-

¹⁸³ ORELLE, José M.; “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 202, 203.

mente dichas, pero con las modificaciones que se dejarán sentadas en ese dispositivo.

El contenido de las actas responde exactamente, tal como se las conceptúa, a la definición que sobre los hechos contiene el CCCN en su art. 257, por oposición a las escrituras públicas propiamente dichas que trabajan en el ámbito del acto jurídico, es decir de lo descrito en el art. 259 del CCCN.

Ahora bien, respecto del concepto de hecho jurídico brindado por el art. 257, en el que enmarcamos las escrituras actas, corresponde hacer algunas aclaraciones, pues la norma define el hecho jurídico como “... *el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico de la ley, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*”. Si cotejamos esta norma con su equivalente del Código derogado, el art. 896, la principal diferencia que advertimos será que la norma anterior, a cambio de expresar “*que... produce el nacimiento...*”, dice “...*susceptibles de producir...*”. Parece una diferencia trivial, pero ante un breve análisis podemos advertir que hay, desde el punto de vista de la práctica, una mayor aproximación a la realidad en la vieja norma que en la nueva. En efecto ¿Cómo ha de saberse previamente si el hecho producirá o no el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas? Es obvio pues, que hasta que las dichas consecuencias no se hayan producido, la previa valoración de que así ocurrirá, será pura conjetura. En definitiva, lo que queremos expresar al trasladar ese concepto al ámbito de las actas notariales, es que el notario cuando se encamina a dejar corroborado un hecho, ignora si producirá o no una consecuencia jurídica de las tres enumeradas en el artículo 257.

Esto tiene una repercusión directa en cuanto a la prohibición del contenido negocial que pesa sobre las actas notariales en el art. 312 del CCCN. Ilustremos con un ejemplo los problemas que suelen plantearse. Un notario se encamina a diligenciar un acta de intimación, pues el locatario de un inmueble no ha abonado varias mensualidades de la locación; pero al intimar a su pago, el locatario, sin queja, pretende abonar en el acto la suma adeu-

dada. Así las cosas, ¿Qué inconveniente puede verse en que, el notario, cuya intimación no es más que el inicio del poder coactivo del derecho para exigir el cumplimiento de una obligación (art. 730 del CCCN), reciba el monto entregado cancelándose ahí, sin más, la obligación? Obviamente el recibo obrará en los actuados notariales. Pues bien, en este ejemplo, el diligenciamiento del acta derivó en el pago de la obligación (art. 865 CCCN). La actuación del notario, en los hechos, posibilitó la celebración de un acto jurídico; cuya consecuencia fue la extinción de una relación jurídica, tal como reza el artículo 259 que define ese acto¹⁸⁴.

REQUISITOS PARTICULARES DE LAS ACTAS

El “fundamentum divitionis” que permite diferenciar las escrituras públicas propiamente dichas de las escrituras actas, tiene la suficiente entidad como para generar también distintas situaciones en su elaboración. Para empezar, corresponde aclarar que como regla general no tendremos en las actas más que una sola parte o un solo compareciente, que será quien efectúe el requerimiento al notario para que se dirija a tal o cual lugar y corrobore; que se dirija al domicilio de un deudor e intime, etc. Pues bien estas diferencias no sólo técnicas sino algunas más sustanciales, son las que se encaran en los siete incisos que la norma contiene.

CONSTANCIA DEL REQUERIMIENTO

El artículo 311, inc. a), indirectamente está exigiendo el cumplimiento sustancial de la rogación; no sólo que conste en el documento la misma, sino que efectivamente se haya dado en la realidad. Toda actuación notarial se encuentra sometida al principio de rogación, que como tal, ha sido erigido en uno de los básicos principios del notariado latino.

¹⁸⁴ ORELLE, José M.; “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 201. Este autor manifiesta que el recibo, en caso de abonar el intimado, el recibo debería instrumentarse por separado.

No podemos dejar de reprochar al legislador no haber consignado la actitud notarial, antes que la constancia documental. En efecto, hubiéramos visto mejor, que la norma comenzara por expresar que el notario solo puede actuar a petición expresa de parte, y remarcar luego que de dicha petición debe quedar constancia en el mismo documento que la instrumenta.

Pero no podemos negar que, sea directa o indirectamente, la norma pregona que el notario, como casi todos los funcionarios, salvo excepciones, tiene vedado obrar por propia iniciativa. Por ello, a este principio se le designa también "principio de instancia". El interesado en utilizar el servicio notarial, para dejar alguna constancia cierta e incuestionable amparada por la fe pública, debe presentarse ante el notario y peticionarla. El notario luego de haberse interiorizado de los motivos del pedido, y haber asesorado adecuadamente sobre la conveniencia o inconveniencia de su actuación y de su procedimiento, dejará constancia documental de tal requerimiento, exigirá su suscripción al pié que cerrará con su autorización, y recién luego de ello se encaminará, si correspondiere, al diligenciamiento de la petición. Recién a partir de esa solicitud y su instrumentación documental en la audiencia de requerimiento, se podrá iniciar una válida actuación notarial.

Corresponde igualmente remarcar que, el artículo 311, inc. a, no sólo exige la constancia del requerimiento, como habíamos apuntado al comienzo, sino igualmente el cumplimiento efectivo de la solicitud. Pero también tácitamente, en el mismo dispositivo, se está vedando o prohibiendo al notario iniciar su labor fedataria por decisión unilateral propia. La actuación sin una constancia del requerimiento permitirá suponer, en nuestra opinión, interés particular en la corroboración, intimación, notificación, o cualquier otro motivo que generara el interés de su intervención. Por ello no podemos dejar de estar de acuerdo con la exigencia de la norma, al requerir su constancia escrita.

En cuanto al contenido del requerimiento, decimos que debe ser claro, preciso y completo, pues salirse de los puntos que se han encomendado al notario, puede significar dar pié a una justa observación por parte de aquellos sujetos a quienes el contenido del acta pueda perjudicar. En efecto, en el

caso de apartamiento de los puntos requeridos, como habíamos adelantado, se hará difícil al notario argumentar su imparcialidad o extraneidad, erigida en otro de los principios fundamentales del notariado tipo latino. A este respecto hay gran diferencia en la actuación cuando el notario es acompañado por el interesado en su actuación, y cuando el notario se encamina solo en su cometido, situación que queda autorizada en el inciso e) de la norma que estamos anotando. En el primer caso, frente al cambio imprevisto de situaciones de hecho, como la mudanza del domicilio del requerido, que es informado por quienes atienden al notario, o el error en la consignación de la calle o número de la vivienda en donde debía efectuarse la notificación o intimación, etc., el problema quedará totalmente zanjado frente a la aclaración formulada “in situ” por el requirente, sin que pueda reprocharse falencia alguna al documento; la solicitud primitiva habría sido modificada parcialmente por el interesado en actuación posterior, pero dentro del mismo documento.

El mismo inciso a) que estamos analizando, exige que el compareciente exprese si actúa por interés propio o de terceros, y que de esas manifestaciones quede también constancia en el requerimiento. Esta apreciación se complementa con el inciso siguiente que justamente libera de acreditar el interés de los terceros, así como la personería por la que podría actuar el compareciente.

Sabemos que, desde el punto de vista de la técnica documental, cuando el interesado obra en interés de un tercero, pero no acredita dicho interés (ser apoderado, ser socio, etc.), el notario pondrá en sus labios esa circunstancia, y se cuidará expresamente de no dar por acreditada en el documento dicha representación o personería. Por ejemplo, cuando comparece un sujeto que dice venir en representación de una firma comercial o de otra persona física, pero no viene provisto de la documentación fehaciente que así lo acredita, el notario deberá consignar: “Y el Señor XX dice que concurrir a este otorgamiento en representación de ...”; mientras que cuando la tal representación está respaldada con el testimonio de un poder de representación, el escribano expresará en el documento que “el Señor XX concurre a este acto en representación de la Entidad ...”. En el primer caso la fe pública

cubre con su autenticidad, el dicho de la parte; en el segundo en cambio, queda cubierta con la autenticidad, la representación misma y las facultades suficientes para el acto, según explicáramos al referirnos al “bastanteo” cuando anotamos el art. 307, punto al que remitimos para un mayor desarrollo.

NO SE EXIGE ACREDITACIÓN DE PERSONERÍA

El inciso b) del art. 311, libera al interesado de acreditar personería o el interés del tercero por quien supuestamente actúa. De nuestra parte estimamos que esta facultad debe ser utilizada solo excepcionalmente, dado que actuar sin dejar comprobada la personería o los poderes por los que obra el compareciente, puede traer problemas luego, frente a la conducta que podrán asumir los requeridos, aquellos sujetos en contra de quienes será usada el acta.

Adviértase que si no se ha documentado el carácter en que comparece el interesado, y el notario no acompaña con la fe pública dicha circunstancia, el sujeto a quien se dirige la actuación notarial podrá fácilmente evadirse de responder, de pagar o de cumplir con lo que se le exige. Argumentará pues que desconoce si quien concurre al acto viene realmente en representación de su acreedor o de quien puede legítimamente exigirle la conducta por la que se le intima. En definitiva el acta no habrá cumplido con sus fines. Por ello sostenemos que, a pesar de la permisión legal de no acreditar personería ni interés, es conveniente hacerlo. El oportuno asesoramiento del notario podrá evitar esta liviana actuación, si realmente el interesado puede acreditar su personería o representación.

En los casos en que el interesado acredite la actuación por otro, por el medio que fuere, se procederá conforme a lo previsto en el art. 307, agregando la documentación que lo habilite. Ya ha quedado expresado, en la primera parte de la norma, que en general se aplican iguales reglas que para las escrituras propiamente dichas.

NO ES NECESARIO IDENTIFICAR AL REQUERIDO

El inciso c) del artículo 311, expresa de manera bastante confusa que no es necesario que el notario conozca ni identifique a las personas con quienes trata en su actuación, cuando elabora las escrituras actas; pero un lector desprevenido puede interpretar que se está refiriendo también al requirente, y no es así. No hay norma que impida exigir al interesado, compareciente o requirente, que acredite al notario su identidad, cuando no es conocido personalmente por éste (art. 306 CCCN). Para más, hubo cierta doctrina apócrifa que, abrevando en la supuesta liviandad de las actas, tanto en su ínfimo rigor formal como en su escaso valor probatorio, sostenía que en las actas no era necesario recabar acreditación de identidad de los comparecientes. Ello podría contribuir a mal interpretar el inciso que estamos comentando.

El inciso se refiere solo al requerido. Es muy frecuente que los sujetos interrogados, intimados o notificados, para evitar el efecto nocivo que el acta pueda producirles, renieguen de exhibir sus documentos o contestar con sinceridad cuando se les interroga sobre su identidad. Pues bien, en tales casos el notario cumple igualmente con el requerimiento desplegando su actividad respecto de ellos, salvo claro está cuando han renegado de ser quienes realmente eran. Tal como el abogado suele asesorar a sus clientes recomendando no atender al correo para evitar la recepción de un telegrama de despido, por ejemplo, también puede ocurrir que exhorte a la no atención a nadie, o a no brindar información de ningún tipo, mientras pende la situación jurídica por la que está transitando.

A tales efectos hubiéramos visto con agrado la reproducción ligeramente adaptada para situaciones más genéricas, del artículo 65 del Decreto Ley 5965 de letra de cambio y pagaré, que al regular el protesto previene hasta con quienes puede entenderse el requerimiento. En efecto, la norma citada dice que: *“Las diligencias del protesto por acta notarial deben entenderse personalmente con el que debe aceptar o pagar, aun cuando fuese un incapaz, en cuyo caso se hará constar esta circunstancia. Si no se encontra-*

se presente, se entenderá con los factores o dependientes o, en su defecto, con el cónyuge o los hijos mayores. Si no estuviese ninguna de estas personas, la diligencia se tendrá por cumplida, dejándose constancia de tal circunstancia en el acta.

En nuestra opinión, esta norma debe ser de aplicación para todas las actas por interpretación analógica, según lo sentado en el art. 2 del CCCN.

LA PRESENTACIÓN FUNCIONAL – EXPLICACION DE LO ACTUADO “CERTIORATIO”

Según lo exigido por el art. 311, inc. d) el requerido deberá ser informado del acta y sus efectos. Está vedado al notario la actuación en la clandestinidad.

Antes de encaminarse a interrogar, notificar o corroborar en lugares privados, deberá efectuar lo que hemos dado en llamar “la presentación funcional” que deberá quedar también plasmada en el instrumento. A tales efectos el escribano expresará “Soy atendido por quien dijo ser... a quien impongo de mi cometido”. Esta última manifestación, “a quien impongo de mi cometido”, indica que el notario se presentó al requerido y le informó acabadamente sobre su presencia en el lugar y el motivo que lo mueve.

Creemos que si el notario no procede así, estaría vulnerando el derecho de defensa previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, y más allá de lo dificultoso de su prueba, ello generará como consecuencia, la pérdida de toda eficacia convictiva del acta así elaborada (Ver nuestro comentario al art. 296, en donde explicamos el sentido de la expresión “eficacia convictiva”). En definitiva un juez, por haberse violado una garantía constitucional, no debe atender a lo corroborado o acreditado en el acta que adolece de semejante patología.

Pero además de la presentación funcional del notario, éste está obligado a dar una somera explicación de los efectos jurídicos de su actuación,

una especie de “cercioratio”, en los términos de Núñez Lagos¹⁸⁵. Esto involucra necesariamente el asesoramiento debido al requerido, en cuanto a su posibilidad de responder o no a los requerimientos, a suscribir o no el acta, etc. Obviamente si responde a lo requerido, el notario debe dejar constancia fiel de sus dichos. En todos los casos se debe invitar al requerido a suscribir lo actuado, dejándose constancia de su aceptación o negativa.

Creemos que esta obligación es de aplicación inexcusable, por lo que no estamos de acuerdo con el artículo que la exige solo “*en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita*”. Siempre pues, bajo sanción de la pérdida de eficacia convictiva, el notario debe presentarse y explicar el motivo y los efectos de su actuación, tal como hemos explicado en los párrafos precedentes.

NO ES NECESARIA LA CONCURRENCIA DEL REQUIRENTE

Lo expresado en el inciso e) no constituye novedad respecto a lo que venía siendo de práctica en las actas. Si bien no es lo común, suele ocurrir que el requirente no desea acompañar al notario en su actuación funcional cuando de actas se trata; hasta suele ser conveniente cuando el encuentro de contrapartes presentes o futuras pueda generar escenas de violencia que dificultan la labor notarial. La suscripción del requerimiento hará lo suyo a la hora de acreditar efectivamente su solicitud.

En caso de que el requirente acompañe al notario éste dejará la debida constancia en su actuación: “Seguidamente me dirijo, en compañía del compareciente, al domicilio indicado...”. Caso contrario no surgirá de lo actuado la presencia del compareciente. La ventaja que puede tener la presencia del requirente es, por ejemplo, que hará factible la aceptación de pagos parciales en las intimaciones, pues esa decisión es solo del interesado direc-

¹⁸⁵ Núñez Lagos, Rafael; “Esquemas Conceptuales del Instrumento Público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 99 y 100. Explica el Maestro Español, refiriéndose en realidad a las escrituras públicas (que contienen negocios) que el notario “(...) *debe advertir a los comparecientes la significación y consecuencias legales de las cláusulas del instrumento*. Lo dice en verdad para las escrituras públicas no para las actas, por eso en el texto aclaramos “una especie de *cercioratio*”.

to; o la recepción o no de llaves en las locaciones resueltas, etc. Igualmente, tal como dijimos al comentar el inciso a) del artículo que estamos analizando, la presencia del requirente permitirá paliar errores o modificaciones imprevistas en los términos del requerimiento.

NO REQUIEREN UNIDAD DE ACTO – SÍ UNIDAD DE DÍA

Corresponde aclarar que no estamos de acuerdo con el inciso f) del artículo 311, al menos no con su forma de expresión. Recordemos que la unidad de acto (*“unitas actum”*), tal como explicamos al comentar el art. 301, en esta obra, erigida en uno de los principios del notariado latino, responde a la verdad de los hechos. En una escritura redactada en tiempo presente, en la que el notario dice “veo, siento, percibo” en tiempo presente, es obvio que todo está ocurriendo en unidad de tiempo y espacio.

Tanto el notario como las partes intervinientes y los testigos en su caso, deben estar todos presentes en el instante mismo de la corroboración y suscripción de cada diligenciamiento. Mediante la exigencia de la unidad de acto, el legislador ha querido asegurar una vez más la veracidad de los dichos del escribano, sobre la cual reposa la fe y el valor probatorio de las escrituras públicas.

Núñez Lagos, en defensa de la unidad de acto, expresa que debe ser *“Un solo texto leído, un solo texto consentido simultáneamente por todos los comparecientes expresados como tales en la comparecencia; todos los comparecientes a una y en el mismo texto (...), bajo pena de falsedad”*¹⁸⁶.

Ya habíamos adelantado, al comentar el citado art. 301 CCCN, que en la actualidad, la unidad de acto ha perdido adherentes, y aparece como una exigencia anticuada y ultra formalista. Por ello el CCCN, ha atenuado su exigencia, no solo en las actas, sino como vimos, también en las escrituras públicas propiamente dichas (art. 301 “in fine”).

¹⁸⁶ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas conceptuales del instrumento público”, ob.cit, pág. 94.

La norma que analizamos recepta la opinión mayoritaria, que de nuestra parte, como ya dijimos, no compartimos.

Por otra parte, creemos que en la norma se está confundiendo la unidad de acto formal con la sustancial. Ilustramos con un ejemplo: si se le requiere a un notario un acta de notificación, el requerimiento será suscripto en la notaría; y el escribano se encaminará luego al domicilio del requerido a efectuar la diligencia. Ese corte, desde que se suscribió el requerimiento, hasta que el notario llegó al domicilio en el que debe notificar, ha significado un corte en lo sustancial; pero ello no implica que deba dejar de cumplirse con la unidad de acto formal, tanto en el requerimiento, que ha debido ser suscripto por todos los comparecientes en el mismo tiempo y lugar; como en las audiencias de diligenciamiento, que igualmente exigirán autorización simultánea y unidad de texto y contexto.

En definitiva, tanto el requerimiento, como cada diligenciamiento, exigirán tantas “unidades de acto”, si se nos permite la expresión, como diligenciamientos sean menester; pero, insistimos, en cada una de esas actuaciones todos los requirentes presentes y los requeridos suscribirán, y los hechos corroborados y diligencias cumplidas lo habrán sido en un mismo lapso, sin solución de continuidad.

Sin embargo no es esa la interpretación doctrinaria mayoritaria; por ello puede leerse, tanto en el art. 83 de la ley 404 para la Ciudad de Buenos Aires, como en el moderno CCCN, que las actas no requieren unidad de acto.

Para que no queden dudas en su interpretación, la ley expresa con toda claridad que *“pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día”*. También exige que se conserve el orden cronológico de las actuaciones.

En este entorno, no resulta lógica la exigencia de unidad de día para la redacción final de todas las actuaciones. También lo hace el art. 301, que usa la expresión *“distintas horas del mismo día de su otorgamiento”*. Nos preguntamos si una escritura pública o una escritura acta comenzada a las

23:55 hs. no podrá concluir a las 0:10 del día siguiente. Tal prohibición aparece antojadiza y arbitraria, pero respeta positivamente el mandato legal.

REQUERIDO QUE SE NIEGA A FIRMAR LO ACTUADO

El inciso g) prevé el supuesto tan común en que el requerido se niega a suscribir la actuación notarial¹⁸⁷. Ello no quita valor probatorio al acta, pues la presencia del notario como dador de fe pública, basta para la acreditación de lo ocurrido en el diligenciamiento. Por otra parte no debe olvidarse que el efecto fundamental de la firma, es manifestar aceptación del texto en que se inserta, y no podríamos exigir un acuerdo total del requirente, con lo narrado por el notario. Si el requirente responde a lo interrogado, o relata cualquier circunstancia atinente al motivo de la actuación, el notario, como vimos al comentar el inciso d), tiene la obligación de consignar sus dichos. En estos casos el requerido tiene especial interés en corroborar lo narrado por el notario, y por ello también manifiesta predisposición a suscribir el acta, en señal de acuerdo.

ARTICULO 312. Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS

Creemos que esta norma no era necesaria. Si tenemos en cuenta que las actas son también instrumentos públicos, según lo expresa el artículo

¹⁸⁷ Es reprochable la palabra “interesados” que usa la norma, obviamente no siempre los requeridos son “interesados”; generalmente no lo son. Creemos que debió usarse mejor la expresión técnica “requeridos”.

289 del CCCN, no puede entenderse porqué el legislador deba asignar un dispositivo expreso para aplicarse a ellas. Para más, en verdad, respecto a la prueba ese artículo no hace más que reiterar lo ya reglado.

El artículo 296 CCCN debe ser de aplicación rigurosa para todos los instrumentos públicos, incluidas las actas notariales. Por ello, insistimos, en materia de valor probatorio, no vemos ninguna novedad en el pronunciamiento de la norma que comentamos.

Adviértase que, en total coincidencia con lo normado en el art. 296, dice que el valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, la verificación de su existencia y su estado. Pues bien estas circunstancias, con otras palabras, pero son las mismas contenidas en el inciso a) de la citada norma; es decir *“hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él”*.

Corresponde destacar, entonces, para completar el pronunciamiento, que esa prueba solo caerá mediante redargución de falsedad, conforme lo sienta el mismo art. 296 en la parte final del inc. a).

Respecto de la acreditación de la identidad de las personas, corresponde hacer un distingo; si se trata del requirente, ya dijimos que el notario debe desplegar toda la actividad exigida por ley para identificar al compareciente, según lo sentado en el art. 306 del CCCN; es decir que exigirá el documento de identidad si no fuere personalmente conocido, en cuyo caso bastará con la fe de conocimiento. Diferente es el caso cuando aludimos a los requeridos, pues éstos no necesariamente deberán ser conocidos por el notario, ni puede exigírseles legalmente que acrediten su identidad. Vimos expresamente el caso regulado en el inciso c) del art. 311 CCCN. Si el sujeto requerido se niega a identificarse, nada puede hacer el notario para lograrlo, pero eso no obsta a la validez de la actuación.

DECLARACIONES SIN CONTENIDO NEGOCIAL

La última parte del dispositivo prohíbe un contenido negocial en las actas, pues exige que las declaraciones se refieran como hechos y no como

contenidos. No estamos de acuerdo con este pronunciamiento. Creemos que no hay un fundamento serio para impedir que lo que comenzó como un simple hecho jurídico, se transforme en el devenir de las conversaciones en un acto jurídico. La forma no debería impedir la producción de un acto jurídico, sobre todo si tiende a pacificar y terminar con una situación de incertidumbre.

Nada puede impedir que, entre los dichos de los requeridos, se hagan, aun sin quererlo, reconocimientos, ofertas, pagos y hasta transacciones. Pues bien, más allá de la prohibición legal, si las tales declaraciones existen, será difícil que el legislador les reste eficacia tan solo por haberlas prohibido.

El ejemplo que propusimos al anotar el art. 311, inc. a) contribuirá a aclarar nuestra opinión. Si un notario se encamina a diligenciar un acta de intimación, pues el locatario de un inmueble no ha abonado varias mensualidades de la locación; pero al intimar a su pago, el locatario, sin queja, pretende abonar en el acto la suma adeudada. Así las cosas, ¿Qué inconveniente puede verse en que, el notario, cuya intimación no es más que el inicio del poder coactivo del derecho para exigir el cumplimiento de una obligación (art. 730 del CCCN), reciba el monto entregado cancelándose ahí, sin más, la obligación? Obviamente el recibo obrará en los actuados notariales. Pues bien, en este ejemplo, el diligenciamiento del acta derivó en el pago de la obligación (art. 865 CCCN). La actuación del notario, en los hechos, posibilitó la celebración de un acto jurídico; cuya consecuencia fue la extinción de una relación jurídica, tal como reza el artículo 259 que define ese acto¹⁸⁸.

SECCION

6ª

Instrumentos privados y particulares

ARTÍCULO 313. Firma de los instrumentos privados. Si alguno de los fir-

¹⁸⁸ ORELLE, José M.; “Actos e Instrumentos Notariales”, Ed. La Ley, Bs.As. 2008, pág. 201. Este autor manifiesta que el recibo, en caso de abonar el intimado, el recibo debería instrumentarse por separado.

mantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento.

LA FIRMA EN LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

La norma no expresa de manera contundente que el instrumento privado no valdrá como tal si no está suscripto por las partes. Advertimos que sí lo ha hecho respecto de los instrumentos públicos en el art. 289, inc. b, del CCCN.

En los instrumentos privados, la firma necesariamente está supeditada al reconocimiento posterior al que se alude en el art. 314 del CCCN. Esta circunstancia subsana cualquier falencia en cuanto a firma se refiere. Por tal motivo, aun cuando no cumpliera con todas las exigencias, no podría ser impugnada una vez reconocida. El acto de reconocimiento cubre como tal cualquier falencia que pudiera invocarse a su respecto. Es lógico que así sea, pues aun tratándose en principio del nombre y apellido de la persona y su estampado de una manera original por el autor, el verdadero efecto jurídico de la firma resulta de su función vinculante. Sea o no auténtica, esté realizada o no como la parte acostumbra hacerlo, falten o no alguno de los nombres o letras, por el solo hecho de estar reconocida, el acto adquiere total eficacia ejecutiva.

Sin dudas, aun cuando no se diga expresamente en la norma anotada, el instrumento privado exige para su validez la suscripción por las partes, tal como lo expresaba el viejo Código en el art. 1012.

En principio, como expresáramos al anotar el art. 288 del CCCN, la firma es el nombre y apellido que una persona estampa de su propia mano, en un documento, con el fin de expresar que aprueba su contenido y se somete a él. Vélez Sarsfield tenía muy bien explicado ese efecto jurídico, en la nota al art. 916 del Código derogado. En efecto, se expresaba ahí, citando a Savigny, que *“...Desde la edad media (...) la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece*

*que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdrá por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviese también firmado. Esta forma era extraña a los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fue para muy pocas aplicaciones*¹⁸⁹.

Una interesante doctrina en materia de firma, en toda legislación, aparece prevista en lo que respecta a testamentos, institución en la que se refuerzan especialmente las formalidades, por tratarse de una figura que cobra virtualidad luego del fallecimiento del autor, lo que imposibilita toda refrenda posterior de su voluntad. Por ello el viejo código, con un excesivo celo, en el art. 3633, llegaba a ordenar que la firma debía escribirse *“...con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando solo se ha suscripto el apellido, o con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia a la cual no pertenece el testador...”*.

Sin embargo, recordemos que el propio Vélez, en la nota al art. 3639 del viejo Código, recuerda la firma del Obispo de Clermont, en su testamento, que había sido declarada válida por una corte francesa. La firma del obispo solo consistía en una cruz, las iniciales del nombre y apellido, y la enunciación de su dignidad. Se trata de Jean Baptiste Massillon, quien había suscripto su testamento con una cruz, seguida de sus iniciales y su dignidad eclesial *“+ JBM Obispo de Clermont”*. Es por ello que, en coherencia con esta nota aclaratoria, en el mismo artículo 3633, que ya hemos transcripto parcialmente, Vélez terminaba expresando que *“... Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados”*¹⁹⁰.

En atención a estas circunstancias el nuevo CCCN, atemperando todo rigorismo, en el art. 2476, prevé que los errores ortográficos, o la omisión de algunas letras del nombre o apellido, no vician necesariamente la firma, y el juez deberá apreciar su validez en cada caso puntual.

¹⁸⁹ NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 333.

¹⁹⁰ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, Ed. TEA, Bs. As. 1958, T II, pág. 445 a 449.

En definitiva, hoy más que por expresar el nombre y apellido del firmante, este signo atribuye autoría por la particularidad y originalidad con que ha sido estampada¹⁹¹.

Por ello se involucran también en la particularidad de la firma, hasta las características personales del sujeto firmante, tanto de carácter cuanto físicas. En caso de no ser reconocida, el largo del brazo del supuesto signatario, la mayor o menor habilidad manual y rigidez de sus miembros, marcarán la impronta personal del firmante, que cotejada con otros documentos por él suscriptos, serán elementos que el perito calígrafo tendrá en cuenta a los fines de pronunciarse sobre la autenticidad o falsedad de una firma puesta a su consideración, cuyo dictamen final estará a cargo del juez al dictar sentencia.

PERSONAS QUE NO SABEN O NO PUEDEN FIRMAR – LA IMPRESIÓN DIGITAL

Constituye toda una novedad lo dispuesto por la norma analizada, cuando una de las partes en un instrumento privado no sabe o no puede firmar. En tales casos el dispositivo determina que podrá estamparse la impresión digital, dejándose constancia de ello en el documento privado al que accede. Pero también se admite como alternativa, la presencia de dos testigos que deben suscribir el documento.

Esta solución merece un detenido análisis, pues en primer lugar debemos atender a que las soluciones, frente a la circunstancia de que una de las partes no sabe o no puede firmar, se presentan como alternativas: O el impedido estampa su impresión digital, o se hacen presentes dos testigos. Si bien es cierto que nada impide que se cumplan los dos recaudos (la impresión digital y los testigos), la redacción disyuntiva de la norma admitirá la

¹⁹¹ PELOSI, Carlos A.; “El Documento Notarial”, Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 226 a 230.

posibilidad de la firma digital sola, o la presencia de los testigos sin la impresión digital. Pues bien, creemos que debieron exigirse ambos requisitos de manera conjunta.

Si se utiliza la posibilidad de la impresión digital, el documento adolece de firma, con lo cual deja de ser instrumento privado y pasa a ser instrumento particular. En efecto, según la doctrina legal, sentada en el art. 287 CCCN primer párrafo, cuando el documento privado no está suscripto, se denomina “instrumento particular”; y su valor probatorio resulta muy inferior al privado. A ese respecto corresponderá aplicar lo expresado en el artículo 319 CCCN. O, según también podrá válidamente suponerse, el instrumento solo tendrá valor de “principio de prueba por escrito”, pues esa es la suerte que le asigna el art. 314 “in fine”, cuando a cambio de estar suscripto, tiene la impresión digital.

Resta analizar si hay realmente diferencia práctica entre considerarlo instrumento particular, como permitiría el art. 287 CCCN, o atribuir a su contenido el valor de principio de prueba por escrito.

Para ello debemos tener en cuenta que el principio de prueba por escrito, tal como surgía del art. 1192, segundo párrafo del Código derogado, y lo que expresa ahora el art. 1020 del CCCN, también segundo párrafo, que dice: *“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”*. Pues bien, como puede advertirse, lo expresado por dicha norma, no dista demasiado de los elementos que debe tener en cuenta el juez para valorar el instrumento particular, según lo mandado en el art. 319 CCCN.

En verdad en el ámbito laboral, y sobre todo previsional, la impresión digital ya estaba prevista como una forma de acreditar una cierta conformidad del trabajador y administrado, cuando no supiere firmar. Igualmente la Dirección Nacional del Registro Automotor, cuando el peticionante no pudiese o no supiere firmar, tiene prevista la firma a ruego de otra persona y la impresión digital del interesado, certificada por escribano público o por el encargado del Registro.

De nuestra parte no dudamos en calificar de nulos los actos en los que se sustituía la firma por la impresión digital, por proceder manifiestamente en contra del mandato legal del art. 1012 del Código derogado. No negamos sin embargo, que estos documentos podrían llegar a tener algún valor vinculante (lo que hemos denominado “fuerza obligatoria” al anotar el art. 296 CCCN) si previamente se considera que son documentos particulares, tal como los calificaba el viejo art. 1190, y lo hace hoy el CCCN en su art. 286. En tales casos deberá aplicarse lo estatuido en el art. 319 del CCCN.

LA PRESENCIA DE DOS TESTIGOS

En cuanto a la presencia de los dos testigos, aun cuando la norma no lo aclare, su designación como “testigos” nos evoca la posibilidad de declarar respecto a la presencia, y sobretodo el consentimiento de la parte del acto que se vio imposibilitada de suscribir, por no saber o no poder hacerlo. En efecto no creemos que el testigo solo sirva para afianzar el día de mañana el hecho de la presencia física de la parte impedida; también apunta a refrendar la conformidad de ésta con el texto negocial, de lo contrario dicho testimonio aportaría muy poco al valor probatorio del acto.

Pero es importante consignar que el hecho de haber sido designados como testigos, les aparta de su condición de firmantes a ruego. Por ello disentimos con Compagnucci de Caso, cuando expresa que *“El art. 313 del CCCN permite suplir la imposibilidad de alguna de las partes que no sabe o no puede firmar, por la impresión digito pulgar o bien por denominada ‘firma a ruego’”(Sic)*¹⁹².

El firmante a ruego firma por el impedido, puesto que, como expresáramos al anotar el art. 305, inc. f), la naturaleza jurídica de la firma a ruego es la de un mandato no representativo (Ver nuestro comentario al art. 305 inc. f, para un mayor desarrollo). En el caso previsto en la norma, en cambio,

¹⁹² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Su comentario al art. 313 del CCCN, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2014, Tomo 1, pág. 267.

el instrumento no estaría firmado por la parte, técnicamente hablando, los testigos solo afianzan su presencia y conformidad.

Por ello hacemos el distingo; aquí, en el art. 313 no hay firma a ruego, sino solo testigos que afianzan la presencia y conformidad de la parte no firmante. Se tratará, sin duda alguna de un instrumento particular, tal como lo dejáramos establecido para los casos de reemplazo de la firma por la impresión digital. Por lo que su valor probatorio estará sujeto a las ponderaciones del juez, determinadas de manera bastante detallada, en el art. 319 del CCCN.

ARTÍCULO 314. Reconocimiento de la firma. Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio.

El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.

OBLIGACIÓN DE DECLARAR SOBRE LA AUTORÍA DE LA FIRMA

Tal como se expresaba en el Código derogado en su art. 1031, por el solo hecho de atribuírsele una firma, ya el sujeto está obligado a declarar si es o no suya. Es uno de los casos en los cuales el silencio afirma, conforme lo surgido del art. 263 del CCCN. Debemos tener presente que silencio no solo implica no hablar, o no manifestarse por escrito, sino que es toda actitud

omisiva, de manera tal que no expresa nada; no se produce ninguna de las manifestaciones de la voluntad enumeradas en el art. 262 CCCN¹⁹³. Pues bien, al encontrarnos en uno de los supuestos en que el silencio afirma, concretamente el caso previsto en el art. 263, cuando hay obligación de expedirse por resultar de la ley (la misma norma que estamos analizando), si el sujeto supuestamente autor de la firma debidamente citado, no comparece a la instancia de reconocimiento, o haciéndolo se negare a declarar dicha circunstancia, la firma se da por reconocida. Se trata también de una coherente aplicación de la “ficta confetio”, analizada en el derecho procesal frente a la incomparecencia de la parte o testigo, o su negativa o evasiva a declarar (Art. 417 del CPCN).

Cuando se trate del reconocimiento de la firma del causante por sus herederos, la norma anotada en coincidencia con lo que ya estaba previsto en el art. 1032 del Código de Vélez, libera de la declaración cierta a éstos en cuanto a si la firma pertenece o no a aquél. Ellos pueden declarar que no saben si es o no la firma del causante. Debe tenerse presente que el reconocimiento no solo apunta a la coincidencia de los signos gráficos de la firma con que el causante acostumbraba a suscribir, sino también la circunstancia concreta de su estampado. Los herederos aun cuando pudieran tener un cierto grado de certeza respecto de su grafía, pueden ignorar los actos y negocios de su causante.

Cabe preguntarse qué ocurrirá si los herederos no concurren al acto de reconocimiento de la firma. Podría suponerse, aplicando la confesión ficta, que la han reconocido; pero no es así. Como ellos pueden no saber si es o no del sujeto a quien se atribuye la firma, conforme a la permisión de la norma, no es dable imaginar una obligación de hacerlo; y en consecuencia la ausencia o negativa a declarar de los herederos, no generará el efecto de dársela por reconocida¹⁹⁴. La parte interesada, en estos casos, deberá instar

¹⁹³ APARICIO, Juan M.; “Contratos”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1997, Tomo 1, pág. 227, 228. FERRERA, Edgard A.; “Principales Efectos de la Contratación Civil”, Ed. Abaco, Bs.As. 1978, pág. 66, 67.

¹⁹⁴ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10ª Ed. TEA, Bs. As. 1958, Tomo II, pág. 474.

un peritaje, mediante cotejo de escritura y análisis de la grafía del estampa-
do. La propia norma analizada determina que la prueba de la firma se puede
lograr por cualquier medio.

Si en cambio los herederos reconocen la firma, esta circunstancia
permite darla por auténtica; y el documento sin más, genera todo el efecto
vinculante del art. 959 CCCN, entre los acreedores y los herederos. Ello trae
la consecuencia, en lo patrimonial, de obligar directamente a los herederos
al cumplimiento de las obligaciones asumidas por su causante.

El viejo código contenía a este respecto una muy expresiva norma,
que lamentablemente no se ha reiterado en el CCCN. Nos referimos concre-
tamente al art. 3417 del Código derogado que consideraba, mediante una
ficción jurídica, que el heredero ocupa el lugar del causante; “... y es *propie-
tario acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o
deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por
sucesión*”.

Pero el hecho de no haberse reproducido la ficción sentada en la vieja
norma, no significa que ella no funcione en las nuevas disposiciones. Todo lo
contrario, del artículo 2337 del CCCN surge que el heredero tiene derecho
de ejercer todas las acciones que competían al causante; y aun cuando no
se pronuncie por el supuesto contrario, es dable considerar en esta norma,
que será también sujeto pasivo de todas las acciones que pudieran ejecu-
tarse en contra de su causante. En efecto, el art. 2337 del CCCN, dice expre-
samente que el heredero “... *Puede ejercer todas las acciones transmisibles
que correspondían al causante*”.

Recordemos, tal como ya se ha expresado al analizar el art. 288 del
CCCN, que una vez reconocida la firma, o dada por tal mediante resolución
judicial, queda también reconocido el texto del documento, conforme al efec-
to que hemos dado en llamar “principio de irreprochabilidad”. Sólo se admite
como excepción o defensa a ese inexorable efecto, la invocación de que el
documento ha sido sustraído contra la voluntad del firmante, o ha sido sus-
cripto en blanco, conforme a lo previsto en el art. 315 CCCN, y completado
sin responder a las instrucciones del suscriptor; es decir el supuesto deno-

minado “abuso de firma en blanco”, sancionado también por el Código Penal, art. 173 inc. 4.

En definitiva lo que se quiere incorporar al sistema jurídico, en cuanto a validez y eficacia documental, es que la firma puesta al pié del documento implica una manifestación de voluntad conforme al contenido de él¹⁹⁵; y que no está permitido, en principio, reconocer la firma y negar el contenido documental en el que se encuentra. Por lógica consecuencia, este efecto también se produce aun cuando el firmante negare la autoría pero la misma fuere impuesta por resolución judicial, en base a una prueba eficaz.

El segundo párrafo de la norma, determina que tanto en los supuestos expresados en los párrafos anteriores, como cuando estuviese certificada por escribano público, la firma no podrá ser impugnada, salvo que el reclamo apunte a denunciar algún vicio en el proceso mismo del reconocimiento. Corresponde sin embargo efectuar algunas críticas a esta parte del artículo; pues en primer lugar no se comprende por qué la norma remite exclusivamente a la certificación por escribano, cuando en verdad la firma puede quedar certificada cuando se suscribe el documento ante cualquier autoridad certificante, como un secretario de juzgado, juez de paz, o cualquier autoridad administrativa con atribución fedataria. En segundo lugar, es obvio que la prohibición en el caso de certificación notarial, no impedirá la argución de falsedad prevista en el art. 296 inc. b, que expresamente prevé la impugnación de instrumento público, mediante ese procedimiento (art. 395 del Código Procesal de la Nación).

LA INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Luego de todos los pronunciamientos expresados, lacónicamente, sin un necesario punto y aparte que imponen las reglas de la puntuación, el art. 314 dice que la prueba rendida es indivisible. De nuestra parte creemos que se ha incurrido en un error al incluir tal efecto.

¹⁹⁵ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”; 10º Ed. TEA, 1958, actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Tomo II, pág. 478.

Lo regulado en la primera parte de la norma procura impedir que el declarante reconozca la firma y niegue el contenido documental; pues bien, la indivisibilidad expresada, genera justamente una consecuencia inversa a la querida. En efecto, este principio de indivisibilidad, sentado en el art. 424 del Código Procesal de la Nación, obliga al juez a apreciar la declaración en toda su integridad.

Dice el art 424 del CPCN que *“En caso de duda la confesión debe interpretarse a favor de quien la hace.*

La confesión es indivisible, salvo cuando:

1º El confesante invocare hechos impeditivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros.

2º Las circunstancias calificativas expuestas por quien confiesa fueren contrarias a una presunción legal o inverosímiles.

3º Las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad”.

De esta manera, por ejemplo, si el firmante es citado para que reconozca su firma en un documento, y éste expresa que en efecto es suya, pero que cree que el documento ha sido alterado, por el principio de indivisibilidad de la confesión solo puede admitirse ese reconocimiento con el aditamento del declarante. El juez no podría admitir la declaración, sino adscribiendo también al proceso la posibilidad de la adulteración, declarada en el mismo acto por el confesante. No creemos pues, en definitiva, tal como lo expresáramos, que se haya querido generar este efecto¹⁹⁶.

EFEECTO JURÍDICO DE LA IMPRESIÓN DIGITAL SUSTITUTIVA DE LA FIRMA

Si el instrumento se halla signado por la parte, mediante el estampado de la impresión digital, tal como ya lo expresáramos al anotar el artículo anterior (314), se tratará de un documento particular, ya que la citada impresión

¹⁹⁶ Ver sobre la indivisibilidad de la confesión DEVIS ECHANDIA, Hernando; “Compendio de la Prueba Judicial”, Ed. Rubinzal – Cuzoni, Santa Fe, 1984, Tomo I, pág. 329 a 337.

no constituye firma técnicamente hablando. Por ello también habíamos planteado la disyuntiva que se presenta, pues el documento debería recibir el tratamiento del privado no firmado, o sea del documento particular, según la denominación que le asigna el art. 287 CCCN, que nos remitirá forzosamente a la regulación prevista en el art. 319 CCCN. Pero también podría considerarse, conforme lo prevé la norma que estamos anotando, que genera el efecto de principio de prueba por escrito, con la regulación prevista en el art. 1020 CCCN.

También habíamos expresado que no hay demasiada diferencia entre ambos efectos: considerar el documento como “documento particular” (art. 319) o atribuir a su contenido el valor de principio de prueba por escrito (art. 314 “in fine”). (Ver nuestro comentario al art. 313)

Para ello debemos tener en cuenta que el principio de prueba por escrito, tal como surgía del art. 1192, segundo párrafo del Código derogado, y lo que expresa ahora el art. 1020 del CCCN, también segundo párrafo, que dice: *“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”*. Pues bien, como puede advertirse, lo expresado por dicha norma, no difiere demasiado de los elementos que debe tener en cuenta el juez para valorar el instrumento particular, según lo mandado en el art. 319 CCCN.

Corresponde destacar, sin embargo, que conforme al art. 314 “in fine” CCCN el contenido del documento signado mediante impresión digital, puede ser impugnado.

Una grave omisión puede advertirse en la norma bajo análisis, pues mientras se pronuncia claramente por el efecto jurídico del documento signado mediante impresión digital, nada dice en cambio, respecto de la opción prevista en el art. 314 CCCN, o sea la presencia de dos testigos que suscriben el acto. ¿Podría la sola presencia de los tales testigos imponer valor probatorio al acto cuya parte no lo reconoce? Creemos que la respuesta negativa se impone. El vínculo que genera el documento entre las partes; es decir la fuerza obligatoria que desarrollamos al analizar el art. 296 CCCN,

que surge igualmente del art. 959 del CCCN, titulado como “efecto vinculante”, solo puede generarse ante el reconocimiento de la firma, o la imposición coactiva de su reconocimiento por resolución judicial. Sin dudas los testigos podrán aportar algún grado de convicción que se adicionarán a los previstos en art. 319 del CCCN.

ARTÍCULO 315. Documento firmado en blanco. El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito. El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena fe.

Cuando el documento firmado en blanco es sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio. En tal caso, el contenido del instrumento no puede oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si han adquirido derechos a título oneroso en base al instrumento.

LA FIRMA EN BLANCO

Es importante comenzar por dejar sentado que la ley permite la suscripción de un instrumento privado totalmente en blanco. No hay una conducta antijurídica en dicho obrar. En consecuencia con la legalidad y normalidad del supuesto, se confiere al documento plena validez ejecutiva, una vez llenado o cubierto.

Si bien resulta difícil hoy concebir semejante acto de confianza¹⁹⁷, la previsión normativa apunta a aquellos excepcionales casos que relacionan a dos personas cuya lealtad entre ellos es incuestionable, sea por su relación

¹⁹⁷ BUTELER CÁCERES, José A.; “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 304. El autor califica de “...inusitado, diríase insólito, acaso difícil de imaginar en estos tiempos...”. SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, 10ª Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 450.

parental o afectiva. Tal sería el supuesto, por ejemplo, en el que un padre encarga un trámite a su hijo, y por si se requiriera una autorización especial, o algo que no hubiera sido previsto al encargársele, deje suscripto en blanco un papel con el objetivo de ser cubierto conforme a la necesidad manifestada en el momento.

Tal como surge de nuestro ejemplo, el caso normalmente suele presentarse cuando no resulta previsible cuál deberá ser el contenido del instrumento. En general, si se pudiera determinar con total precisión, lo más probable es que directamente el documento hubiera sido completado por el signatario. El firmante, en estos supuestos, deposita toda su confianza en el tenedor del documento en blanco; y tiene la certeza, por la fe que le merece, que el mismo será llenado conforme a lo que se requiera.

Como puede advertirse hay una mayor ductilidad entre un mandato, en el cual puede resultar muy dificultoso enumerar todos los actos que fueren necesarios y que aparezcan en el momento de intentar su utilización, y un documento en blanco susceptible de ser llenado conforme a la precisa necesidad exigida; obviamente sin salirse de los presupuestos básicos de la instrucción dada por el signatario.

Es atendiendo a esta necesidad que ya el artículo 1016 del Código de Vélez, se pronunciaba por la validez de un documento en esas condiciones; y luego, en las normas siguientes (arts. 1017, 1018 y 1019 del Código de Vélez), se completaba la regulación en similares términos que lo que hoy hace el nuevo CCCN tan solo en una norma, que es el artículo 315 que estamos analizando. La principal diferencia a nuestro entender, radica en que el nuevo Código, da por sentada la validez del documento suscripto en blanco y solo se limita a determinar en qué casos el firmante puede impugnar su contenido; es en razón de esta metodología que se economizan las tres normas del viejo Código.

Otra diferencia digna de resaltarse, es que el viejo Código no determinaba que la prueba de testigos, para acreditar que el documento había sido llenado con un contenido diverso, podría ser valorada si es acompañada

también con un principio de prueba por escrito, tal como lo prevé la norma analizada, lo que nos remite al art. 1020 del CCCN, según veremos.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DOCUMENTO SUSCRITO EN BLANCO

Sin dudas este depósito de confianza constituye una suerte de mandato amplio y tácito. La doctrina en general no ha dudado en asignarle esa naturaleza¹⁹⁸; y Buteler Cáceres agrega que es “amplísimo” considerando la facultad implícita de ser llenado con total arbitrio por parte de su portador¹⁹⁹. Agrega que es poco recomendable para estos tiempos, considerando no solo la posibilidad de deslealtad del tenedor del documento, que podría utilizarlo para otros asuntos que no sean el encomendado, sino también por el peligro de su pérdida o extravío.

Nuestro pronunciamiento respecto a la atribución de naturaleza de mandato, implica que se aplicará a esta situación todo lo reglado en el CCCN para esta figura negocial; tanto el ejercicio dentro de las facultades efectivamente conferidas, como sus formas de extinción. Obviamente a ello hay que agregarle la particularidad que encierra lo oculto de sus mandas; ya que los terceros, en la generalidad de los casos, ni siquiera sabrán que están contratando o decidiendo en base a un documento suscripto en blanco por el interesado directo. La suscripción del documento no permite ver en su portador a quien dice representar a la parte del negocio o situación jurídica, sino directamente la voluntad de ella, conforme al efecto jurídico de la firma al pie determinado en el art. 288 CCCN que ya hemos analizado.

EL LLENADO CON CONTENIDO DIVERSO AL PREVISTO – SUSTRACCIÓN DEL DOCUMENTO SUSCRITO EN BLANCO

¹⁹⁸ SALVAT, Raymundo M.; Ob.cit. Tomo II, pág. 450, dice: “...la entrega de un documento firmado en blanco (...) constituye un mandato general, tácitamente conferido por el firmante a la persona a quien lo confía (art. 1869, 1873, 1874 y 1879)”. Obviamente el Maestro entrerriano se está refiriendo a las viejas normas del Código derogado. Pero en ello no difieren de los actuales arts. 358, 367, 375 y 1319 del CCCN. NERI, Argentino I.; “Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Tomo 2, pág. 336.

¹⁹⁹ BUTELER CÁCERES, José A.; Ob.cit. pág. 304.

El hecho de admitirse la firma en blanco de un documento privado, no implica dejar desprotegido a quien lo haya hecho, si luego resulta burlado por la deslealtad del portador, que en vez de proceder al llenado para los fines previstos, utiliza el documento abusando de la confianza del firmante, para otros fines. En efecto, bien puede ocurrir que el documento se llene con un contenido diverso al autorizado por el signatario, consignando una obligación a su cargo, por ejemplo, o un recibo cancelando una deuda que en realidad no ha sido pagada. Pues bien, en tales casos, obviamente mientras no se comprometan intereses de terceros, la ley posibilita esgrimir esa situación aportando debida prueba.

La norma, en su primer párrafo, se cuida de no dar prevalencia a esos fines la mera declaración de testigos, si no existe principio de prueba por escrito; lo que resulta atinado si se tiene en cuenta que, en caso de existir discrepancia entre lo escrito y un testimonio, siempre debe primar la prueba por escrito²⁰⁰.

Como bien enseña Neri, de admitirse que una simple testimonial pudiera desvirtuar el contenido de un acto escrito, dicha prerrogativa permitiría dejar sin efecto obligaciones en verdad contraídas²⁰¹.

Sin embargo, la novedad de esta norma, en relación a la regulación contenida en el Código derogado, radica en que, receptando lo que ya había expresado la jurisprudencia²⁰², faculta al juez, hacerla valer complementándola con el principio de prueba por escrito sentado en el segundo párrafo del art. 1020 del CCCN, que establece que “*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*”. En nuestro caso, adaptando el efecto, deberemos decir “... que haga verosímil el llenado con otro contenido”.

²⁰⁰ SALVAT, Raymundo M.; Ob.cit. Tomo II, 451.

²⁰¹ NERI, Argentino I.; Ob.cit. Tomo 2, pág. 340.

²⁰² Id. Nota anterior.

Obviamente, en caso de resultar exitosa la prueba, el documento no podrá hacerse valer en contra del firmante; pero no podrá evitarse su normal efecto, como si nada hubiera pasado, respecto de terceros de buena fe que hubieran contratado onerosamente en base al documento suscripto en blanco, aunque llenado con un contenido diferente al previsto. El principio rector de la buena fe, deja a salvo a los terceros; pues quien debe pagar las consecuencias del ilícito de abuso de firma en blanco (art. 173 inc. 4, del Código Penal), es la víctima; es decir el firmante; y no los terceros que nada tienen que ver con esa situación. Por otra parte es el firmante quien ha asumido el riesgo de semejante depósito de confianza; constituiría una manifiesta injusticia hacer cargar a todo posible contratante con la eventual contingencia facilitada por la poca previsión del signatario.

Igual ocurrirá cuando logre probarse que el documento ha sido sustraído, según lo preceptúa el segundo párrafo del art. 315 CCCN. Tal situación puede acreditarse por cualquier medio de prueba; y si resulta exitosa, al igual que cuando se llena con un contenido diferente al indicado por el firmante, el documento no podrá oponerse al signatario. Obviamente, tal como lo vimos para el supuesto anterior, tampoco pueden sufrir las consecuencias de dicho entuerto los terceros de buena fe, que hubieran adquirido derechos a título oneroso merced al instrumento suscripto en blanco.

LA CERTIFICACIÓN NOTARIAL DE LA FIRMA EN UN DOCUMENTO EN BLANCO

Corresponde efectuar una aclaración que resulta propicia no solo para anotar el artículo 315, sino aclarar el anterior 314 CCCN en cuanto a la certificación de la firma en sede notarial. Como el CCCN, admite y regula expresamente la suscripción de un documento total o parcialmente en blanco, na-

da impedirá que la firma sea certificada por escribano público o funcionario habilitado a esos efectos²⁰³.

Es así como surge la particular situación de un documento cuya firma resulta indubitada por ser instrumento público (art. 296 inc. a, del CCCN) y que, en consecuencia, solo caerá ante su expresa declaración de falsedad por el trámite de redargución (art. 395 del CPCN); pero que, sin embargo confiere el derecho a su firmante de probar el llenado con un texto diverso al que se había mandado; o argumentar y probar respecto de su sustracción una vez suscripto.

Para tales supuestos, todas las leyes orgánicas notariales, o las reglamentaciones que prevén el supuesto, exigen al funcionario instrumentador que deba certificar firmas, a dejar constancia de la suscripción en blanco (sea total o parcialmente). Así, con dicha atestación, el derecho del signatario de impugnar su contenido no resulta en lo más mínimo vulnerado ni alterado. Hasta nos atrevemos a sostener que se facilita con ello su empeño probatorio, dado que al menos la suscripción en blanco ya quedará acreditada²⁰⁴; y solo restará al signatario probar la deslealtad de su portador, o que el documento fue sustraído por un tercero.

ARTÍCULO 316. Enmiendas. Las raspaduras, enmiendas o entrelíneas que afectan partes esenciales del acto instrumentado deben ser salvadas con la firma de las partes. De no hacerse así, el juez debe determinar en qué medida el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento.

LOS ERRORES GRÁFICOS Y SUS SUBSANACIONES

²⁰³ SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, 2º Edición Di Lalla, Bs.As. 2007, pág. 507 a 512.

²⁰⁴ La ley Orgánica del Notariado de la CABA, Nº 404, dice en su artículo 98, segundo párrafo que: “... En caso de autenticación de firmas o impresiones digitales puestas en documentos total o parcialmente en blanco, el notario deberá hacer constar tales circunstancias”.

No hay obra humana perfecta; por ello, tanto en los instrumentos públicos, art. 294, como en los privados, art. 316 CCCN, están previstos los errores que no deben constituir una rareza, como hemos expresado, dentro del mundo documental. El legislador ha previsto expresamente la posibilidad de su salvado mediante una explicación del error puesta al pié del documento y debidamente suscripta por las partes.

Pues bien ante tal situación, el legislador pretende deslindar aquellos errores concebibles en cualquier actividad humana, que no necesariamente implican el dolo que se quiere prevenir con el precepto, de aquellos que han sido efectuados, por mano extraña, y que justamente por este motivo, no cuentan con el correspondiente salvado que permita advertir al intérprete del documento, que se trata del error humano.

Ya habíamos expresado, a propósito de nuestro análisis al art. 294 CCCN que prevé estas patologías gráficas en los instrumentos públicos, que el legislador pretende deslindar aquellos errores concebibles en cualquier actividad humana, y que no implican el dolo que se quiere prevenir con el precepto, de aquellos que han sido efectuados por una mano extraña a la voluntad de las partes, o por una de ellas en perjuicio de la otra.

En el Código derogado no había disposición alguna referente a las patologías gráficas que pudieran presentarse en los instrumentos privados; creemos que ello era consecuencia de haber considerado el legislador cubierto todo riesgo mediante la exigencia del doble ejemplar, prevista en el art. 1021 del Código de Vélez. En efecto, téngase presente que de estar modificado el texto en uno de los ejemplares, si en el que obraba en poder de la otra parte no tiene la misma alteración, ello daba pié a considerar una falsedad material del instrumento y haría desaparecer toda virtualidad probatoria a esa modificación.

Sin embargo, los usos, costumbres y prácticas, desde siempre, han dado solución a los errores gráficos en los instrumentos privados, mediante su enmienda en el texto y el “salvado” final, al pié del documento. Igualmente, son dichas prácticas las que recomiendan que la corrección en el texto, se haga con la misma máquina o la misma mano del autor material del escri-

to. En efecto, aun sin ser un recaudo ineludible, dicha costumbre sin dudas confiere más confiabilidad al contenido; ya que si ha sido en el momento previo a la suscripción cuando se advirtió el error, lo lógico es suponer que se estaba aún en presencia del autor material del documento, quien podría fácilmente haberlo enmendado o interlineado, contando para ello con los mismos elementos con que se elaboró el documento (misma tinta, misma máquina, etc.).

SUSCRIPCIÓN AUTÓNOMA DE LAS ENMIENDAS

Es nuestra opinión que en la norma que estamos analizando, la exigencia de que los raspados, enmiendas y entrelíneas, sean salvados con la firma de las partes, se apunta a una firma autónoma, estampada solo a esos fines y separada del recaudo documental previsto en el art. 313 CCCN. En efecto, adviértase que ya la suscripción del documento privado estaba prevista, aunque tangencialmente, en el art. 313; por ello, cuando en la norma analizada aparece la necesidad de la suscripción de los salvados por las partes del acto, no podemos sino asumir que se está aludiendo a lo que no era una costumbre muy arraigada, pero constituía toda una previsión en seguridad del contenido documental: suscribir nuevamente el acto cuando el mismo hubiere necesitado un raspado, enmienda o entrelínea. Ahora, merced a este acertado dispositivo, cuando el documento se encuentra alterado en lo gráfico: Testado, interlineado, sobrelineado, sobre escrito, etc. las partes que hubieren consensuado dicha alteración, deberán suscribir nuevamente el acto, en grafía separada con manifestación expresa de lo que dejan a salvo con motivo de la alteración.

La norma deja en libertad al juzgador para determinar en qué medida la falta del salvado final incidirá en el valor probatorio del instrumento privado. Para ello deberá tenerse presente la importancia de las palabras u oraciones alteradas, así como todo el entorno probatorio aportado, tanto las periciales, los informes psicológicos para determinar la autoría de la frase o texto alterado; considerando su coherencia, estilos, etc. En definitiva, la

prueba aportada por las partes, tanto periciales como de cualquier otra índole, brindarán apoyo al decisorio judicial. Estimamos que de no poderse acreditar la autenticidad del alterado; es decir que la alteración ha sido consensuada, el cambio de sentido de la frase, la obligación extinguida o nacida de la alteración, no podrán ser admitidos.

EXIGENCIA DE TANTOS ORIGINALES COMO PARTES NEGOCIALES

Corresponde efectuar un duro reproche a la regulación de los instrumentos privados en el nuevo CCCN, que se pone especialmente de resalto en esta parte de nuestro análisis; nos referimos justamente al denominado genéricamente recaudo del “doble ejemplar” que exigía el art. 1021 del Código de Vélez. En realidad, tal como reza la norma del viejo Código, no se refiere a dos ejemplares, sino a tantos como partes haya en el instrumento privado. Buteler Cáceres alude a “ejemplar o testimonio plural”²⁰⁵. Sin dudas esta exigencia deja a cubierto un gran número de casos como los que hemos reseñado en los párrafos precedentes. Si el documento de una de las partes hubiera sido alterado sin consenso, el ejemplar en poder de la otra permitiría acreditar fácilmente dicha situación. Pues bien este requerimiento, brilla por su ausencia en las nuevas disposiciones.

Dice el art. 1021 del Código derogado que *“Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto”*. Creemos que, a pesar de su omisión en el nuevo Código, la exigencia de que cada parte negocial tenga un ejemplar del documento privado, suscripto por las otras partes, debe considerarse en toda su vigencia. En efecto, si no es por la lógica del supuesto que permite avizorar como ineludible su cumplimiento, será por aplicación de los usos, prácticas y costumbres, sentados como obligatorios en el artículo 1 del CCCN, que nos remite a la norma del art. 1021 del Código de Vélez.

²⁰⁵ BUTELER CÁCERES, José A.; “Manual de Derecho Civil – Parte general”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 308.

Obviamente esta formalidad no es menester en las escrituras públicas, puesto que, como sabemos, por el principio de protocolo al que ya nos hemos referido al analizar los artículos 299 y 300 de este CCCN, el documento original, aquel que tiene en lo gráfico la firma auténtica de las partes, permanece en poder del notario, y pasa luego al archivo. Ello impide totalmente su alteración por los otorgantes o extraños. Solo el notario, o el funcionario archivador (Director del Archivo de Protocolos) tendrán en adelante contacto con las escrituras o documentos matrices. La inalterabilidad está así, totalmente garantizada.

Pero en los privados constituye un recaudo de tal trascendencia, que estimamos que su omisión por ejemplo en el ámbito contractual, generará la nulidad; tal como surgía de los arts. 1023 y 1024 del Código derogado, que planteaba supuestos de excepción a la ineficacia pronunciada en el art. 1021. Estas excepciones eran cuando quedara acreditado el cumplimiento de todas las obligaciones nacidas del acto, cuando posteriormente se ejecutaren sin cuestionamiento, o cuando el documento en un solo ejemplar quedare en poder de un escribano o de otra persona encargada de conservarlo²⁰⁶.

La nulidad generada por la omisión del cumplimiento de “ejemplar o testimonio plural”, aun siendo inevitable, no tiene hoy una norma en el CCCN que la sancione. Sin dudas deberá ser contemplado expresamente el supuesto en una futura eventual reforma.

ARTÍCULO 317. Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después.

²⁰⁶ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Tomo II, pág. 455 y ss.

La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

CONCEPTO DE “FECHA CIERTA”

En el mundo de las relaciones jurídicas, la fecha de celebración de los actos tiene una vital importancia. Basta con recordar el proloquio latino “*prior in tempore potior in iure*”, que puede traducirse como “primero en el tiempo mejor en el derecho”, para advertir la trascendencia que se le asigna. La certeza de la fecha pues, busca justamente hacer jugar ese mecanismo natural de prioridades, cuando los derechos instrumentados puedan colisionar entre sí.

Por ello podríamos decir que la locución “fecha cierta”, utilizada en la norma que estamos analizando, ha ido evolucionando paulatinamente hasta transformarse en una verdadera expresión técnica. El concepto, que es de antigua data²⁰⁷, se aplica hoy a un documento privado, aludiendo a la circunstancia de poder fiarse de la fecha consignada en el mismo a los fines de hacerlo jugar en el mecanismo de oposición con otros derechos instrumentados en otros documentos. Adviértase que, de no ser por el amparo que brinda el instituto a los terceros a quienes el documento podría llegar a perjudicar, sería sumamente sencillo cometer fraudes y burlar los derechos de los terceros.

Obviamente, conforme a lo que venimos expresando, no corresponde aludirse a fecha cierta respecto de los instrumentos públicos; ya que éstos,

²⁰⁷ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General” 10 Ed. TEA, Bs.As. 1958, pág. 482.

por imperio del art. 296, inc. a) del CCCN, por su especial naturaleza, no permiten cuestionar la certeza de todos sus elementos esenciales, entre los que cobra una especial importancia, justamente su fecha. Estos elementos y su veracidad, como sabemos, por imperio del llamado principio de autenticidad, solo podrán ser puestos en dudas mediante su impugnación por el procedimiento de la redargución de falsedad (art. 395 del CPCN). Igual ocurre respecto del documento privado con firma certificada; pues como sabemos, la certificación de las firmas en un instrumento privado, si bien no transforma en instrumento público al documento al que accede, sí participa de esa naturaleza la firma misma, y la atestación del funcionario certificador en el documento anexo.

FECHA CIERTA ENTRE PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS

Es necesario hacer un distingo que no hace el CCCN, y que aparecía sin embargo, a *“contrario sensu”* en el Código derogado. Nos referimos al aspecto relativo del concepto. En efecto, en virtud de lo determinado en el art. 1034 del Código de Vélez, los instrumentos públicos tienen fecha cierta una vez reconocidos, según vimos al analizar el art. 314 CCCN; pero esa fecha, mejor dicho su certeza, es solo oponible a los suscriptores del acto, y no a los terceros ajenos a él. Dice el art. 1034 del Código derogado: *“Los instrumentos públicos, aún después de reconocidos, no prueban contra terceros, o contra los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos”*.

Por ello es dable distinguir, como decíamos, una fecha cierta relativa, entre las partes (*“erga aliquis”*), de una fecha cierta absoluta, oponible respecto de todos (*“erga omnes”*). Pues bien, es a esta última significación a la que debe atender de manera especial el derecho, ya que la fecha cierta en-

tre las partes resulta toda una obviedad ante el efecto jurídico asignado a la firma en los arts. 288, 313 y 314 CCCN. En efecto, todo suscriptor, por el solo hecho de haber signado el documento privado, está reconociendo lo expresado en el texto documental, entre otras cosas, la fecha que se ha consignado en el mismo. Atento a ello no será factible luego de su reconocimiento, impugnar la fecha, tal como lo prevé el mismo art. 314 citado, del CCCN, salvo que la impugnación se base en alguna irregularidad del mismo acto del reconocimiento, según lo pregonan las normas. No deja de ser el efecto vinculante previsto en el art. 959 del CCCN, y que resaltáramos en nuestro comentario al artículo 296 para distinguir la “fuerza obligatoria” del valor probatorio.

Debemos asumir que, con buen criterio, el legislador, desdeñando lo trivial, se ocupó del principal efecto de la fecha que, sin dudas, lo constituye la posibilidad de oponer el contenido del acto, a los terceros ajenos a la facción del documento. Es justamente por ello que, en general, cuando se alude a “fecha cierta”, la expresión está refiriéndose, por antonomasia, a la que es posible de ser opuesta a terceros, por lo que no extrañaremos demasiado el viejo pronunciamiento del art. 1034 del Código de Vélez, que solo regulaba el efecto entre las partes que habían signado el acto y sus sucesores universales.

LA CONTEMPLACIÓN DEL SUPUESTO EN ABSTRACTO – SIN ENUMERACIONES

También constituye todo un acierto de la nueva norma, evitar la enumeración que se efectuaba en el art. 1035 del viejo código y afrontar en cambio, los supuestos abstractos en los que se considerará que el documento tiene fecha cierta oponible “erga omnes”.

Eso es lo que hace el nuevo art. 317 del CCCN, pues determina con claridad y sencillez que la fecha cierta estará dada por el acontecimiento de un hecho, del que resulte como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado en ese momento, y que no pudo ser suscripto luego de ese suceso. ¿Qué más puede faltar para determinar de manera indubitada la fecha cierta?

Siempre hemos sido partidarios de evitar las enumeraciones en las normas jurídicas; es preferible, en nuestra opinión, dar los elementos básicos de la institución o situación, para facilitar al intérprete la adecuación a los supuestos concretos. Tanto más cuanto la norma que efectúa enumeración no deja suficientemente claro si son casos taxativamente impuestos o son meros ejemplos ilustrativos del concepto. Casi siempre las normas que enuncian en diversos incisos o párrafos determinadas situaciones, generan la tediosa discrepancia entre quienes dicen que la enumeración es taxativa y los que sostienen que es meramente ejemplificativa, tal como había ocurrido con el viejo art. 1035 del Código derogado²⁰⁸.

En nuestra opinión era claro que debían admitirse otros casos aunque no surgieran de la enumeración del dispositivo, mientras dejaran la total certeza de que hubiera sido imposible la suscripción después de una determinada fecha. Pero debemos reconocer que doctrina encumbrada sostenía la taxatividad de la norma. En primer lugar atendiendo al riesgo de considerar oponible la fecha de un documento a terceros extraños, con la consiguiente facilidad de generar fraudes; y en un segundo lugar por aplicación del principio hermenéutico que obliga a interpretar con carácter restrictivo las normas de excepción.

²⁰⁸ Eran partidarios de la enumeración taxativa, entre otros, SEGOVIA, Lisandro; “El Código Civil de la República Argentina. Con su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Ed. Coni, Bs.As. 1881, Tomo I, nota al art. 1036, pág. 279; y SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, pág. 490. En tanto sostenían la simple enunciación NERI, Argentino I. “Tratado teórico práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 368, 369 y SIERZ, Susana V.; “Derecho Notarial Concordado”, 2º Ed. Di Lalla, pág. 267; entre otros.

Sin dudas, atendiendo a dicha regla interpretativa, la imposición de una fecha establecida en un instrumento privado a terceros extraños al acto, debe considerarse de carácter excepcional, ya que como regla general los contratos no pueden oponerse a los sujetos que no son parte, según lo dejaban totalmente claro los arts. 1195 y 1199 del Código derogado. Hoy hacen lo propio los arts. 1021 y 1022 del CCCN. Se trata de la aplicación del proloquio de Ulpiano: “*alteri stipulari nemo potest*” (nadie puede estipular por otro)²⁰⁹, que sólo admite la excepción expresamente prevista en el art. 1027 del CCCN (Estipulación a favor de terceros), y que permite así, en ese caso concreto, justamente por serle favorable, extender los efectos del contrato a favor del estipulado.

La vieja norma del artículo 1035, no impedía a nuestro entender la aplicación por analogía a otros supuestos no expresamente mencionados²¹⁰; pero que cumplían con la certeza a la que alude el nuevo art 317 del CCCN. Así, por ejemplo, el caso de que una persona hubiera perdido las dos manos en un accidente, no era un supuesto comprendido en la norma, pero nos deja la certeza de que luego de dicho suceso la parte no hubiera podido suscribir el acto. Otro tanto ocurre en los casos en que el sujeto firmante hubiera sufrido una parálisis total en una fecha perfectamente determinada, o hubiese entrado en coma; estas situaciones hacen indubitada la suscripción del documento antes de dichos eventos.

En la norma del art. 317 del CCCN, que estamos analizando, se recepta la postura mayoritaria de la doctrina que consideraba que la enumeración del artículo 1035 del Código de Vélez, era solo enumerativa y que podrían presentarse otros casos que, mientras no dejaran dudas sobre la certeza de la data, debían también considerarse supuestos de adquisición de fecha cierta oponible “*erga omnes*”.

²⁰⁹ Digesto 45, I, 38, 17.

²¹⁰ BUTELER CÁCERES, José A.; “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 310.

Es de advertir, como prueba de su acierto, que la redacción amplia de la nueva norma, admite todos los casos que estaban ya enumerados en el viejo art. 1035 del Código de Vélez. En efecto decía la vieja norma, que la fecha cierta de los instrumentos privados será: “1) La de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; 2) La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren; 3) La de su transcripción en cualquier registro público; 4) La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo”.

La trascendencia de la fecha del documento, a los fines de la determinación de las prioridades, obliga a exigir al juez una ponderación minuciosa de las pruebas aportadas a los fines de acreditar la data; apreciando las situaciones de hecho esgrimidas por la parte que pretende hacer valer el documento respecto de terceros, con sumo rigor. Ya hemos expresado que ello también obedece a tratarse de un supuesto de excepción. A estos efectos, Neri, en referencia a la vieja norma del art. 1035 del Código derogado expresaba que “La fecha cierta no es otra cosa que una fecha en que no hay error ni mentira: se juzga razonadamente que es así por convicción, por estar seguro de que ella se ha adquirido en virtud de alguno de los medios legales estatuidos, o por haberse demostrado judicialmente (...) que se está ante una seguridad o confianza de que ella no acarrea peligro²¹¹ .

ARTÍCULO 318. Correspondencia. La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

²¹¹ NERI, Argentino I. Ob. Cit. Vol. 2, pág 369, 370.

LAS CARTAS MISIVAS

El viejo Código de Vélez en el artículo 1036, vedaba la posibilidad de exigir el reconocimiento de la firma en las cartas misivas dirigidas a terceros. Decía el art. 1036 de dicho Código que: *“Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento”*. Como bien apuntaba la doctrina, no debía interpretarse que una carta no pudiese ser reconocida en juicio, pues se veda solo aquella que va dirigida a un tercero, que no sean las partes del proceso. Tocará al juez, en definitiva desentrañar primeramente si el que solicita el reconocimiento es el destinatario; y siendo así, podrá ser exigida su exhibición y su reconocimiento en juicio. Es una perfecta interpretación *“a contrario sensu”* cuya lógica surge de la propia redacción del artículo.

Otro impedimento para exigir el reconocimiento de una carta misiva, resultaba del carácter reservado o confidencial de su contenido. Recordemos que el artículo 18 de la Constitución Nacional expresamente pregona la inviolabilidad de *“... la correspondencia epistolar y los papeles privados...”*. En razón de esta garantía constitucional, si se produjera un reconocimiento sobre una carta misiva en las condiciones prohibidas, este aporte carecerá de eficacia convictiva, según habíamos sentado al comentar el art. 296 del CCCN, que se refiere al valor probatorio. Recordemos que, según lo expresado, ello no implica negarle valor probatorio, sino impedir su apreciación en juicio, por haberse vulnerado un precepto constitucional²¹².

En definitiva, podemos concluir que la correspondencia, según lo sentaba la norma del código derogado, podría ser exhibida en juicio y exigido su reconocimiento, siempre que quien lo requiriese fuera su destinatario, y el

²¹² NERI, Argentino I. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1969, Vol. 2, pág. 397, 398. Dice: “La ley no admite que las cartas exhibidas en juicio puedan ser reconocidas. Si se viola esta norma, el reconocimiento no producirá efecto alguno, pues lo hecho contra la prohibición de la ley carece de valor (art. 18 del Código Civil). Esta sanción tiene por objeto mantener el secreto de las cartas que se despachan y se reciben (...)”,

contenido de la correspondencia no fuere confidencial²¹³. Igualmente el juez debía tener presente y ponderar si la prueba que aportaba la misiva tenía realmente trascendencia para el caso que se dilucidaba.

La norma del nuevo CCCN, que estamos analizando, se ocupa primeramente de la permisión de la presentación en juicio de la correspondencia; todo lo contrario a lo que hacía el viejo dispositivo; pero partiendo directamente del supuesto en que sea el destinatario quien la exhibiese. Para estos casos la única limitación que deja sentada el dispositivo, es el carácter confidencial de su contenido. Si se tratara de ese supuesto, el juez solo podrá admitir su presentación si el remitente consiente su exhibición.

En la segunda parte del art. 318 del CCCN, se regula la situación de los terceros; y es donde se advierte la principal diferencia con el código derogado. Los terceros podrán presentar en juicio la correspondencia, pero con el expreso asentimiento del destinatario; y si su contenido fuera confidencial, también deberán contar con el del remitente. Esta última exigencia ya había sido expresada por la doctrina, aun referida al código de Vélez, atendiendo a que en los supuestos de cartas reservadas o confidenciales, también se halla en juego la privacidad del remitente y no solo la del destinatario²¹⁴.

Es importante remarcar igualmente que la norma no alude al reconocimiento, que de por sí daba por sentado que la misiva estaba firmada, ya que el reconocimiento apunta exclusivamente a la autoría de la suscripción. Obviamente, la anuencia del destinatario y aun la del remitente en el caso de ser necesario, involucran el reconocimiento que no aparece exigido de manera directa en el texto.

EL CORREO ELECTRÓNICO – LAS REDES SOCIALES EN LA INTERNET

²¹³ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Fuentes de las Obligaciones”, Ed. TEA, Bs.As. 1954, Tomo I, pág. 144 y 145.

²¹⁴ SALVAT, Raymundo M.; Ob. Cit, pág. 145: “(...) el consentimiento del destinatario solo no basta; para que el tercero pueda invocarlas en juicio, es necesario el del destinatario y el del expedidor”.

Evidentemente el nuevo CCCN, al referirse a “correspondencia” y evitar la alusión a “cartas misivas”, como expresaba el código derogado, ha pretendido incluir también en la norma todos los sistemas de comunicación modernos, basados en la tecnología que impuso la internet. A ello responden las palabras usadas en el dispositivo, cuando dice *“cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla”*. Así, no podemos dejar de considerar comprendidos en el precepto como correspondencia, tanto el correo electrónico, como los sistemas grupales de mensajes que brindan “Facebook”, “Instagram”, “Twitter”, “LinkedIn”, “Xing”, etc.

En nuestra opinión, en todos estos sistemas comunicacionales aparecen las “correspondencias” a las que alude la norma analizada; y si bien en la mayoría de los casos estos mensajes no se encontrarán firmados, nada impide que en algunos supuestos puedan suscribirse digitalmente, tal como está previsto en la ley de firma digital 25.506, vigente en nuestro País desde el año 2001, y que permite tener certeza respecto de su autoría y contenido documental, lo que confiere al documento la irreprochabilidad característica de la firma, es decir la presunción de autoría e integridad documental, a la que nos hemos referido al anotar el art. 288 de este CCCN²¹⁵.

Corresponde remarcar igualmente que, aunque el documento lanzado por internet al ciberespacio no estuviese suscripto digitalmente, tal circunstancia no le impedirá valer como documento particular, en aplicación de las normas contenidas en los artículos 286 y 287 del CCCN; es decir que deberá ser apreciado por el juez conforme a las reglas determinadas en el art. 319 del CCCN. Téngase presente que el mismo artículo 286 CCCN, expresamente se refiere a este tipo tan especial de documentos al precisar que *“Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”*.

²¹⁵ LUZ CLARA, Bibiana; “Ley de Firma Digital Comentada”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2000, pág. 55 a 58. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 25.506 – Firma digital” en “Código Civil y Normas Complementarias – Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2011, pág. 509 a 583.

ARTÍCULO 319. Valor probatorio. El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PARTICULARES

Esta norma, aunque su título no lo exprese con claridad, está aplicada exclusivamente al documento particular, y procura regular el valor probatorio del mismo; es decir el instrumento privado que no tiene firma, según lo expresado en los arts. 286 y 287 del CCCN, sea cual fuere el soporte que lo contiene.

Puede consistir en cualquier tipo de escritos, grabaciones visuales o auditivas de cosas o hechos, por el procedimiento y técnica que fuere, tal como surge de las citadas normas.

Obviamente este tipo de instrumentos, justamente por no estar suscritos, no podrían ser reconocidos técnicamente hablando, conforme a lo estipulado en el art. 314 del CCCN. Pero corresponde aclarar sin embargo, que nada impide que frente a la prueba presentada, se produzca una aceptación espontánea de la otra parte, de los hechos documentados; en cuyo caso no creemos que, al menos entre las partes, no pueda asignársele un valor probatorio pleno.

Haciendo una interpretación armónica de los artículos 313, 314, 319 y 1020, aparece una relación muy estrecha entre la apreciación del documento particular, tal como resulta de la norma en análisis, y lo que surge del concepto de “principio de prueba por escrito” o “principio de prueba instrumental”, determinado para los contratos en el segundo párrafo del art. 1020 del CCCN. En efecto, en esta norma se expresa que es principio de prueba ins-

trumental “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”.

Remarquemos, pues será de utilidad para una correcta interpretación de las normas, que en nuestra opinión, el aporte no resultará útil solo para probar un contrato, sino cualquier hecho relacionado a él, tal como surgía del Código derogado, que al definir el llamado “principio de prueba por escrito”, expresión sustituida en el art. 1020 del nuevo CCCN por “principio de prueba instrumental”, usaba las expresiones: “verosimilitud del hecho litigioso”, en vez de “verosímil la existencia del contrato” como lo hace la nueva norma en análisis. En el Código de Vélez, quedaba más claro que el valor de dicha prueba, no solo se aplica al ámbito contractual, sino también al mundo de los simples hechos (art. 257 del CCCN)²¹⁶.

En definitiva cualquier hecho podrá ser objeto de prueba mediante documento particular; pero por no tratarse de una plena prueba, su valor se verá notablemente disminuido; lo que obliga al legislador a instruir minuciosamente al juez, exigiéndole una ponderación del aporte conforme a reglas más o menos rigurosas.

Corresponde destacar que, la carencia de firma impide totalmente oponer este tipo de documentos a los terceros. En efecto, si ya los instrumentos privados suscriptos, no pueden ser opuestos a los terceros, menos aún (“*a fortiori*”) lo serán los particulares no firmados. Respecto de terceros pues, el documento particular no prueba nada²¹⁷.

Recordemos, tal como lo habíamos expresado al analizar los artículos 313 y 314, al referirnos a los documentos signados mediante impresiones digitales, y la presencia de los dos testigos aludidos en la primera de las normas citadas, que el art. 319, también nos brindará las pautas básicas para apreciar el valor probatorio del documento en dichas condiciones.

²¹⁶ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil – Fuentes de las Obligaciones”, Ed. TEA, Bs.As. 1954, Tomo I, pág. 164 a 166.

²¹⁷ SALVAT, Raymundo M.; Ob. Cit., Tomo I, pág. 138. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Teoría de los Contratos – Parte General”, 2º Ed. Zavalía, Bs.As. 1975, pág. 281, 282.

INSTRUCCIONES AL JUEZ

Dice la norma que el juez deberá efectuar su apreciación sobre el valor probatorio en este tipo de documentos, teniendo en cuenta la congruencia entre lo narrado y los hechos ya probados. Se refiere a lo narrado o surgido del documento particular; es decir no apreciará solo lo que diga o exprese el instrumento, sino la correspondencia con los hechos que ya han ganado alguna certeza, y que el documento, justamente por estar medianamente acreditados, viene a reforzar.

También es lógico suponer que mientras más claridad y precisión técnica tenga el documento particular, mayores serán las posibilidades de ser apreciados favorablemente en el silogismo judicial. A ello se agregarán, conforme lo expresado en la norma, los usos y prácticas, pues bien podría ocurrir que por determinadas circunstancias se acostumbrara registrar ciertas situaciones sin las formalidades que serían de desear, entre las que podrían estar la carencia de las firmas de los sujetos implicados en la relación jurídica.

La parte final del dispositivo apunta a la confiabilidad del soporte: informático, fotográfico, etc. Se trata de una apreciación técnica dirigida al sistema, en cuanto a que su contenido pueda ser o no de fácil alteración. Obviamente el juez deberá aplicar mayor o menor valor probatorio según cual fuere el grado de certeza que el sistema otorgue; todo ello luego de haberse peritado adecuadamente los soportes presentados, de ser factible conforme al sistema.