

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

realmente incalificables -, cuyo incremento parecería, también, estar ligado con el exceso de publicidad, ya que, como los robos a los colectivos, hay quienes siguen deleznable modas. Sería deseable que se impusiera, asimismo, la moda de aprehender y condenar a los responsables y que nadie - desde ningún sector - se valiera de aquéllos para su propio provecho.

La Dirección

DOCTRINA

LA FE DE CONOCIMIENTO NOTARIAL La interpretación actual y propuestas() (76)*

E. JORGE ARÉVALO

Al escribano Héctor Esteban Tamagno

SUMARIO

I. Prólogo. II. Significados. II - a) Literal. II - b) Filosófico. II - c) Jurídico. III. La trascendencia de una adecuada individualización de los otorgantes del acto notarial. IV. La fe pública y la fe de conocimiento. V. La jurisprudencia y la fe de conocimiento. VI. Los artículos 1001 y 1002 del Código Civil. VII. Los distintos medios de individualización. VIII. La omisión de la constancia instrumental sobre fe de conocimiento. IX. Responsabilidad del escribano: A. Penal; B. Civil. X. Conclusiones y propuestas. XI. Bibliografía.

I. PRÓLOGO

Pese a la continua preocupación que causó al notariado lo inherente a la mal llamada "fe de conocimiento" (de una vez por todas se debe aceptar que se trata de un trabajo de individualización) de los otorgantes de actos escriturarios, los pronunciamientos jurisprudenciales hasta la década precedente habían conferido una "cuasiinfalibilidad" a esa leyenda que rutinariamente repite el escribano en todos los instrumentos que autoriza: "personas de mi conocimiento, doy fe"; "doy fe que conozco a los comparecientes"; "personas hábiles y de mi conocimiento, doy fe".

Para algunos jueces, al dar fe el escribano de que conoce a los comparecientes, "...las sustituciones se hacen poco menos que imposibles, a menos de contar con su complicidad o negligencia" (Cámara Nacional Civil, Sala D, 4/8/83, Zeus 16/5/84).

Se omite en ocasiones considerar una serie de factores tales como la dinámica vertiginosa de los tiempos actuales, la masificación de la sociedad cuyo principal reflejo es el virtual estado de anonimato de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inmensa mayoría de los seres humanos, el crecimiento desmesurado de los casos de corrupción, que también encuentra apoyo en falsas identidades que sorprenden tanto al escribano como a un sinnúmero de sujetos, todo lo cual viene desde hace tiempo comprometiendo la responsabilidad del fedatario a niveles muy superiores al razonable.

Por ello, sin pretender que se libere al notario del deber de asegurarse mediante la adopción de todos los recaudos posibles de la real identidad de los comparecientes, se propone una interpretación del precepto que obra en el art. 1001 del Cód. Civil más acorde con las circunstancias históricas.

También esta monografía, en las "Conclusiones y propuestas", ofrece una versión que se entiende como plausible para el art. 1002 del mismo Código, suprimiéndose además la arcaica exigencia de que "el escribano dará fe de que conoce a los comparecientes".

II. SIGNIFICADOS

II - a) Literal

Merece ser desarrollado con la mayor precisión posible el significado literal de los términos "conocer", "conocimiento", "individuar o individualizar", "individuidad", e "identificar", por cuanto su correcta asimilación facilitará el intento interpretativo de los arts. 1001 y del Cód. Civil en relación con el tema que nos ocupa, y que se emprende a través de esta monografía.

Si se acude a tal fin al Diccionario de la Lengua Española (20^a. ed., t. I, pág. 361, Madrid, 1984), se podrán leer, entre otros, estos conceptos: Conocer: "Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas". 4. "Tener trato y comunicación con alguno"; sobre "conocimiento", se reproducen estas acepciones que son de interés: 3. "Conocido: Persona con la que se tiene algún trato pero no amistad"; 8. "Documento o firma que se exige o se da para identificar la persona del que pretende cobrar una letra de cambio cuando el pagador no le conoce" (pág. 361). En cuanto al término individuar o individualizar, el Diccionario explica su significado de esta manera: "especificar una cosa, tratar de ella con particularidad y por menor"; 2. "Determinar individuos comprendidos en la especie". De individuidad, dice: "Calidad particular por la que se distingue de otro" (t. II, pág. 768): respecto a identificar, y con relación al tema que nos ocupa, se indica: "Reconocer si una persona es la misma que se supone o busca" (pág. 754, t. II);.

Las ideas trascritas inducen a inferir que se llega a conocer los objetos o las personas cuando se ha practicado para cada caso un examen que permita aprehender las características o particularidades individuales; se trata del resultado de una labor intelectual en la que predominan tareas de observación, recopilación de informes o antecedentes e indagación documental, según los casos.

Las averiguaciones tendrán la complejidad y duración que requieran los objetos que se pretenda captar a través del intelecto humano: no presenta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las mismas dificultades el conocimiento de un nuevo modelo de automóvil como el de un aparato médico de tecnología sofisticada, al menos para las personas no vinculadas con el arte de curar o con la fabricación y distribución de tales elementos.

El conocimiento de las personas presenta además esta particularidad: cada uno de nosotros es un ser único e irrepetible, aun cuando responda a tipos étnicos, nacionalidades, antecedentes familiares, y otras características psicofísicas que pueden ser comunes a muchos seres humanos.

En otras palabras, una persona "nunca es fungible" y aun cuando una amplia gama de actos y diligencias puedan ser cumplidas por otra en su nombre, el derecho exige como regla general que el representante esté previamente facultado a tales fines.

Una acotación sobre "conocido" (véase el significado que se reproduce más arriba): debe quedar claro que cualquier persona con la que se tenga amistad es de por sí un "conocido", pero no todos los "conocidos" son amigos, sino tan sólo una especie del género ya indicado.

II - b) Filosófico

Se conceptuará filosóficamente el conocimiento realizando su descripción o investigación fenomenológica preliminar(1).(77) Se trata de aislar el "conocimiento" de cualquier aspecto histórico o relación existencial o no existencial; el proceso guarda alguna semejanza con el que cumple un técnico cuando separa una pieza de algún artefacto para controlarla. La investigación fenomenológica procurará establecer lo que es esencial a todo conocimiento, en qué consiste su estructura general"(2)(78).

Si se analiza el problema de la manera indicada, se encontrarán los siguientes elementos: conciencia, sujeto cognoscente o simplemente sujeto, por un lado; objeto conocido u objeto por el otro, y la relación entre ambos que configura el conocimiento.

En modo alguno, sujeto y objeto pueden fundirse entre sí; lo esencial es la existencia de los dos miembros referidos que se correlacionan entre sí, pero manteniendo cada uno sus características inmutables(3)(79).

De esta manera, puede señalarse que el conocimiento surge de la aprehensión que hace el sujeto del objeto a través del pensamiento; por intermedio de este último se produce la captación de las propiedades del segundo que proyecta una suerte de "imagen" de éstas al recipiendario (el sujeto).

Para que el conocimiento pueda considerarse como tal, debe ser verdadero; esto es, la asimilación que realiza el sujeto del objeto debe ser concordante con la realidad de este último.

En caso contrario, no existe conocimiento, porque sólo será auténtico cuando corresponde al objeto(4)(80).

III - c) Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la fe de conocimiento es la expresión del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resultado de la labor individualizante que realiza el notario por los medios que considera adecuados de los intervinientes en las escrituras públicas que autoriza, en cumplimiento de mandatos legales y que produce una presunción de concordancia entre el sujeto designado en el instrumento y su verdadero otorgante.

III. LA TRASCENDENCIA DE UNA ADECUADA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS OTORGANTES DEL ACTO NOTARIAL

Históricamente se puede advertir que apenas en la llamada baja Edad Media, cuando se afirma la actividad fedante del notario, aparece la exigencia del conocimiento de los intervinientes en los actos escriturarios(4 bis)(81).

En la antigüedad, durante la vigencia del derecho romano, el notario o tabelión o tabulario no gozaba de gran prestigio; su acceso a la potestad fedante se produce mucho tiempo después, hacia el siglo XIII.

A tal punto que la Novela 73 (Constitución 76) del año 538, de origen bizantino, imponía a los instrumentos realizados por el tabellio la presencia de los testigos, situación que debía constar por escrito; asimismo, recomienda a las partes que los testigos no fueran "desconocidos para los contratantes".

Se observa ya, en esos tiempos, una preocupación por establecer con certeza la identidad de los intervinientes(5)(82).

Los problemas atinentes al conocimiento van aumentando a medida que se producen un mayor crecimiento demográfico y un incremento sustancial de la actividad económica impulsado fundamentalmente por la entonces embrionaria burguesía; por otra parte, el desplazamiento cada vez más frecuente de las personas por todos los puntos del orbe pone fin al virtual estado de aislamiento de muchas comarcas y regiones, pero paralelamente produce un aumento en la incertidumbre respecto de la identidad de una considerable proporción de los intervinientes en actos negociales(6)(83).

La literatura jurídonotarial ha sido reiterativa acerca de la trascendencia de una correcta identificación de los otorgantes de los actos escriturarios. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en las oportunidades que ha debido abocarse a la cuestión(7)(84).

A los fines de esta monografía, alcanza con insistir en que únicamente existiendo certeza de que el fedatario tiene la convicción de la real identidad de los requirentes, se podrá considerar que la escritura pública satisface con plenitud la razón de su existencia: otorgar seguridad a las relaciones jurídicas que contiene.

IV. LA FE PÚBLICA Y LA FE DE CONOCIMIENTO

Para determinar con precisión los alcances que tiene la expresión que se transcribe en las escrituras públicas: "personas de mi conocimiento, doy fe",

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o "doy fe de que conozco a los comparecientes", u otras leyendas afines, interesa recordar el concepto de "fe pública" y relacionarlo con el que se refiere a esa actividad que cumple el escribano, a fin de asegurar la identidad de los otorgantes.

Se entiende por fe pública la aceptación como veraz, con carácter obligatorio, del relato instrumental que realiza un sujeto investido previamente al efecto sobre hechos y situaciones percibidos por su vista y oído que tienen relevancia jurídica.

El concepto reproducido se enrola en la idea unívoca de la fe pública, cuya división en administrativa, judicial, registral o notarial debe interpretarse únicamente de acuerdo con la clase de actos que se encuentran bajo su resguardo(8)(85).

Las manifestaciones dotadas de fe pública deben considerarse verdaderas; no sólo entre las partes que concurren a otorgar el instrumento, sino también contra terceros, porque así lo establece el ordenamiento jurídico; nuestro Código Civil regula dicho instituto a través de los arts. 993, 994, 995, que se encuentran dentro del título "De los instrumentos públicos", cuya enumeración preceden las escrituras públicas (art. 979, inc. 1°).

Para que las afirmaciones que hacen plena fe en la forma antes referida puedan quedar sin efecto, será necesario que prospere la querrela de falsedad(9)(86).

Si se pretende que la narración de los hechos o situaciones tenga la fuerza probatoria de la fe pública, es necesario que esté contenida en ciertos documentos, o sea: objetos corporales que tienen función representativa, escritos que deben extenderse de conformidad con expresas prescripciones legales(10)(87).

La afirmación instrumental de los hechos y situaciones producirá el efecto al que nos estamos refiriendo, únicamente si es realizada por persona designada por el Estado a tales fines y dentro de los límites de su competencia territorial y material(11)(88).

Finalmente, es preciso recalcar que la fe pública debe referirse a hechos y situaciones que puedan ser percibidos a través de la vista y del oído en forma simultánea con su descripción en el documento. La captación a través de esos sentidos reduce a su mínima expresión el papel que les cabe al juicio, al razonamiento y a la memoria humanos, porque se trata de objetos de fácil aprehensión(12)(89).

De allí que ya en el Medievo se sostenía que "solamente puede hacer las escrituras (se refiere al notario) sobre las cosas que caen dentro de los dos sentidos: la vista y el oído".

El sucinto reconocimiento de la fe pública nos permite clarificar los alcances de la fe de conocimiento.

Examinando la prolífica bibliografía existente sobre el tema, pueden encontrarse autores para quienes la declaración del escribano sobre el conocimiento de las partes hace plena fe sobre su identidad hasta que la escritura sea argüida de falsa; dentro de esa corriente se ha sostenido que se trata de un atributo de la fe pública circunscrito al escribano(13)(90).

Se advierte que la posición anterior difícilmente pueda compadecerse con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los significados de conocimiento que en sentido literal y filosófico se han esbozado. Si se acepta, como afirma un autor enrolado en esa corriente, que conocimiento es sinónimo de ciencia, para dilucidar por medio de los atributos mentales la realidad de las cosas, se debe inferir que, cuando el autorizante del documento notarial asevera que conoce a los comparecientes, está dejando constancia de que ha realizado la correspondiente indagación sobre su identidad; sólo hace plena fe dicha declaración, pero nunca su resultado: que la persona individualizada sea realmente la que se tiene por tal.

El razonamiento anterior parece que desde hace mucho lo hizo suyo el legislador: si se repasa el texto de la Partida III, Título XVII, Libro XXX, Ley 54 de las Siete Partidas, tantas veces citado, se comprueba que el mandato para el escribano es el de "...ser muy acucioso de trabajarse a conocer a los homes...", se le exigía que fuese diligente (acucioso) en tomar toda clase de precauciones que impidieran cualquier sustitución(14)(91). Es lo que se puede exigir a quienes se desenvuelven mayormente en lugares donde la densidad de la población y la sucesión vertiginosa de acontecimientos que se difunden amontonadamente, sin conceder tiempo para su asimilación, relegan al anonimato a millones de seres, aun aquellos que fugazmente ocupan la atención de muchos.

Facilitará la comprensión de la premisa que se viene exponiendo el desarrollo de una situación análoga: el escribano está facultado para dar fe, si es requerido al efecto, de que observa objetos tales como cuchillos y su cantidad; pero los efectos de esa dación de fe no se extienden a manifestaciones acerca del tipo de acero con el que se han fabricado las hojas, y mucho menos la calidad; esto último constituye una declaración pericial o un juicio que puede ser rebatido por otro informe fundado.

A lo sumo y siguiendo el ejemplo, el notario podrá dar fe de las inscripciones grabadas que indiquen la marca y otros detalles relativos a la mercadería que examina.

A lo largo de la abundante literatura jurídica y notarial, se puede encontrar desarrollado con mayor o menor precisión el criterio de que el escribano asienta en su instrumento un juicio o calificación sobre la identidad de los otorgantes(15)(92).

Para algunos autores, esa convicción sobre la identidad es una presunción *Juris tantum*(16)(93).

En sentido similar se han pronunciado resoluciones de congresos, jornadas o reuniones notariales. Se reproducirán aquí partes que corresponden a las conclusiones emanadas de esas reuniones, con la finalidad de reflejar la orientación conceptual que predomina en la actualidad.

El II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) conceptuó la certificación o dación de fe de conocimiento como "... la calificación o juicio que el notario formula o admite, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela" (punto 3° de la declaración).

En oportunidad de realizarse el II Encuentro del Notariado Americano (Brasil, 1966), la Comisión se expidió en esta forma: "Es función y deber

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indelegable del notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos" (punto 1°). "La calificación del conocimiento que el notario formule debe estar basada en la convicción racional que tenga o adquiera por los medios que estime adecuados, actuando con la escurpulosidad que su función exige" (punto 2°).

Se advierte una contradicción entre los puntos citados, ya que el primero se refiere a la dación de fe de conocimiento en el sentido indicado por el art. 993 del Código Civil y, en cambio, el segundo, directamente, trata sobre el "juicio de conocimiento", coincidiendo con lo que se opina en estas líneas.

La VII Jornada Notarial Argentina (Tucumán, 1957), con el título "Medios para la formulación del juicio. Identificación de las partes", incluyó, al decir de Frontini, varios elementos definitorios, entre ellos la naturaleza que se asigna a la fe de conocimiento: la formulación de un juicio de identidad(17)(94).

En la XVI Jornada Notarial Bonaerense, el despacho de la mayoría hizo hincapié en la necesidad de mantener la dación de fe en toda su amplitud, y definió la fe de conocimiento como el "...convencimiento racional y subjetivo que tiene o adquiere el notario de los comparecientes...".

La II Jornada Notarial del Cono Sur (Asunción, 1977) trató la cuestión en su tema III; en sus recomendaciones, la Comisión propuso: "...el conocimiento de los sujetos de las relaciones jurídicas que se formalizan ante el notario importa un juicio sobre su identidad..." (punto I).

En los pronunciamientos que se han transcrito precedentemente se reconoce al conocimiento notarial el carácter de un juzgamiento o calificación que emite el fedatario, apoyado en los elementos que tiene a su alcance; como se ha dicho, la fe pública surge de la percepción que hace, a través de la vista y del oído, de los hechos que ocurren en su presencia o que practica personalmente y no constituye juicio o declaración de ciencia.

V. LA JURISPRUDENCIA Y LA FE DE CONOCIMIENTO

La jurisprudencia se ha expedido sobre el particular, en la forma que se verá seguidamente, de acuerdo con lo consignado en los fallos que se seleccionan.

Un fallo de principios del siglo (30/6/17), dado por la Cámara Civil I de la Capital Federal, entendió, respecto de las disposiciones de la ley que le imponen el conocimiento por el escribano de los otorgantes, que "...su misión se reduce a constatar la identidad personal de los contratantes, dando fe de esa certidumbre por sí, o con la afirmación de los testigos..."; "para el tribunal, tal hecho"... merece la plena fe que tiene todo instrumento público.

En esa oportunidad se expresó sobre la inexistencia de preceptos que impongan la acreditación del estado de familia; sin embargo, la Cámara opinó sobre la conveniencia de una comprobación plena del estado civil, "tomando las mayores precauciones en tal sentido"(18)(95).

La Suprema Corte de Tucumán, en fallo del 3/6/42, sostuvo que "el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano está obligado a conocer a los otorgantes (art. 1001 del Cód. Civil)" o a remitirse a la justificación de la identidad por dos testigos(19)(96).

El 28 de abril de 1948, la Cámara Civil 1º de Capital Federal confirma una sentencia del juez de la instancia en la cual se resolvió la responsabilidad notarial en los caso de sustitución de los otorgantes, estableciendo que "la declaración del escribano de que reconoce a las partes personalmente, por lo demás, recayendo sobre un hecho de su conocimiento personal, hace plena fe sobre su identidad".

Tanto el fallo de 1º instancia como el de alzada se apoyan en conceptos de Machado, Llerena y Salvat(20)(97).

El 19 de junio de 1962, la Cámara Nacional Civil, Sala F, afirmó que "la fe de conocimiento de las partes en la forma establecida en las disposiciones legales . . . por tratarse de actos cumplidos personalmente por el oficial público, hace plena fe mientras no se pruebe su falsedad por acción civil o criminal" (cita expresamente el art. 993 del Cód. Civil).

De la sentencia se desprende que la fe de conocimiento debe ser asentada no sólo por el escribano, sino también por el oficial público o funcionario autorizante; en esa oportunidad se había considerado un poder autorizado por cónsul argentino que había omitido cumplir el requisito(21)(98).

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, el 30 de agosto de 1976, indicó que "...el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes, pues la escritura, como todo instrumento público está destinado a hacer plena fe de su contenido contra todo el mundo y así lo exige la seguridad de las transacciones para evitar incertidumbres y los perjuicios que resultarían de la sustitución de personas..."(22)(99).

El 4 de marzo de 1983, la Cámara Nacional Civil, Sala D, sentó las siguientes bases sobre la fe de conocimiento: 1) que constituye una de las bases en que descansa la institución notarial: su exigencia se justifica en relación con las necesidades del tráfico jurídico moderno; 2) que al cumplir los notarios esta exigencia, las "sustituciones se hacen poco menos que imposibles, a menos de contar con su complicidad o negligencia"; 3) la afirmación de la fe de conocimiento está cubierta por la fe pública; 4) su pertenencia a los "actos de ciencia propia, pues se trata de un juicio que emite el notario basado en una convicción racional actuando con prudencia y cautela"; 5) la carencia de medios basados legalmente para adquirir la certeza sobre la identidad de los otorgantes; 6) la posibilidad de dar fe de conocimiento aun respecto de personas que carecen de amistad o mucho trato con el escribano, si las circunstancias lo hacen posible; 7) la inadmisibilidad de emitir el juicio de conocimiento limitándose a la confrontación del documento de identidad.

Finalmente, se relaciona lo que dispuso la Cámara Nacional Civil, Sala F, el 31 de mayo de 1984. Para el tribunal, "resulta insuficiente que el escribano se conforme con la exhibición que se hace ante él de un documento de identidad; exige que además efectúe un análisis de los "elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y en relación a los restantes elementos vinculados al negocio... debiéndose extender tal análisis a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

circunstancias que rodean la operación... y que pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes". Entiende dicha sala que "el escribano debe conocer... específicamente, la identidad personal del otorgante, la individualización del mismo..."(23)(100).

De lo extraído y condensado en esta nota, se desprende que el Poder Judicial ha realizado la aplicación de los arts. 1001 y 1002 del Cód. Civil, ajustándose a la interpretación tradicional de esos preceptos: equiparó la fe de conocimiento con la dación de fe y aun más: le adjudicó una "cuasicerteza" con relación a la identidad de los otorgantes que en muchas ocasiones no se compadece con la realidad. Afortunadamente, se admitió que la certidumbre de la identidad personal no se extendía al estado de familia.

En épocas más recientes (hacia los años 1980), la judicatura reconoce la existencia de un juicio que formula el notario sobre la identidad de los otorgantes, apoyado en el análisis de los elementos a su alcance. Sin embargo, no distingue con claridad la "fe de conocimiento" de la dación de fe(23 bis)(101).

VI. LOS ARTÍCULOS 1001 Y 1002 DEL CÓDIGO CIVIL

En los apartados anteriores se ha mencionado la interpretación tradicional que ha recibido "la fe de conocimiento". Por otra parte, se la ha distinguido de la dación de fe, por cuanto la anterior constituye tan sólo la expresión escrituraria de un juicio o una calificación que efectúa el escribano a modo de corolario en su tarea individualizadora, y en modo alguno puede otorgársele los alcances del art. 993 y concordantes del Código Civil.

El mandato del art. 1001 del Cód. Civil ("El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes...") deberá entenderse como la declaración de que el fedatario ha individualizado a los requirentes, porque a través de la acumulación de los datos y antecedentes particulares ha llegado a distinguirlos del resto de las personas y está cierto de su identidad a menos que se demuestre lo contrario.

En la interpretación precedente, se intenta guardar cierta coherencia con los significados literal y filosófico de "conocimiento" que ya fueron tratados.

De tal manera, puede indicarse que el oficial público, empleando sus atributos intelectuales, llega a la convicción de que alguien (el otorgante) es quien dice ser; esto es así porque como "sujeto cognoscente" ha efectuado la aprehensión del objeto (el compareciente) a través del pensamiento.

La alternativa identificatoria que se ofrece por medio de los testigos que determina el art. 1002 del Cód. Civil ayudaría a sostener la posición que se viene expresando en esta monografía: si indubitablemente los llamados "testigos de conocimiento" carecen de aptitud para que la identidad que abonan esté alcanzada por la fe pública, resulta razonable que la fe de conocimiento declarada por el notario tampoco tendrá los efectos del art. 993. del Cód. Civil, porque en tal caso, parafraseando a Solari, habrá escrituras de "primera" (con fe de conocimiento) y de "segunda" (donde la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

identidad proviene de la manifestación del testigo o por el empleo de otro medio supletorio), y esto es, sencillamente, un disparate(24)(102).

Es preciso destacar que, de acuerdo con lo que se viene postulando, no cabría diferenciar si la individuación está a cargo del mismo oficial público o de un tercero, porque se tratará, como se ha dicho, de una calificación que se hace en un instrumento público. Pero igualmente debe quedar en claro que sólo será a cargo del autorizante la dación de fe de que se ha cumplido el proceso individualizante, y por cierto esta última expresión tendrá los efectos del art. 993 del Cód. Civil.

En resguardo de la seguridad de los actos jurídicos, tiene importancia que sea el notario quien individualice a los comparecientes.

Para una reforma legislativa futura, el "testigo de conocimiento" debe admitirse tan sólo como un medio más del que podrá valerse el escribano en su diligencia individuante(25)(103).

VII. LOS DISTINTOS MEDIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN

Se debe partir de la premisa de que resulta conveniente no limitar legalmente al escribano o al funcionario autorizante de actos jurídicos la elección de los medios que le posibilitan la individualización de las personas.

Desde el denominado "conocimiento preexistente", que proviene de un largo y continuo trato, pasando por la llamada "presentación" a cargo de sujetos de la confianza del fedatario, el examen de la amplia gama de documentos de identidad mencionados en la ley nacional 17671 (con las modificaciones de la 20974/75), la confrontación de instrumentos públicos que prueban los estados de familia, sin pasar por alto las posibilidades del sistema antropométrico y el reconocimiento por las huellas dactilares, ningún procedimiento debe ser desechado.

No se debe perder de vista la circunstancia de que algunos de los métodos enunciados no resultan en principio fácilmente aplicables al ámbito notarial (sistema antropométrico) y otros (identificación dactiloscópica) requerirán una capacitación especial del oficial público y el suministro de información a cargo de los organismos administrativos, procedimiento que difícilmente podría ser implementado con inmediatez(26)(104).

En la actual coyuntura parece oportuno tomar las siguientes prevenciones:

1) no descartar ningún procedimiento que a juicio del profesional pueda contribuir a fortalecer la certidumbre sobre la identidad de las personas; 2) recordar que la jurisprudencia ha dicho que resulta insuficiente la exhibición ante el escribano de un documento de identidad, y que además "debe (el escribano) efectuar el análisis de los elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que habría de instrumentar"(27)(105); 3) la mención en la escritura de la mayor cantidad de datos individuantes que coadyuvarán a la singularización de cada otorgante.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(N° 10160 y su modificatoria 10166) amplía en el art. 408, inc. 2°, los requisitos que exige el Cód. Civil en el art. 1001 (donde sólo basta la indicación de los nombres y apellidos de los otorgantes, la mayoría de edad, el estado de familia y el domicilio o vecindad); en Santa Fe debe precisarse: edad (habitualmente se hace mención a la fecha de nacimiento; para el Cód. Civil la edad se deberá indicar respecto de los testigos en los testamentos por acto público, bajo pena de nulidad, art. 3657), nacionalidad, las nupcias, en caso de ser el otorgante casado o viudo, apellido materno o nombre de los padres, o número de enrolamiento y del domicilio real.

Resulta de interés destacar que el inciso que se menciona hace alusión expresa al propósito que fundamenta el agregado de otros datos: literalmente dice: "... en miras de una mejor individualización de los otorgantes".

Un párrafo especial merecen el nombre y apellido de las personas naturales.

El nombre constituye el principal elemento individuante de una persona es imprescindible, por tanto, evitar cualquier equívoco o confusión posible(28)(106).

Resulta atinado examinar no sólo los documentos de identidad de cada otorgante (que por lo general contienen la designación completa del interesado), sino también el cotejo con el asiento de la partida de nacimiento, ya que el contenido de este último instrumento indica el verdadero nombre y apellido de las personas con carácter de inmutabilidad(29)(107),

Aun cuando se trate de personas con las cuales se han mantenido vínculos permanentes y de larga data, es posible que sólo se conozca su primer nombre y apellido, su seudónimo o sobrenombre; igualmente es bastante habitual el desuso del primer nombre o el ocultamiento del segundo y el tercero, publicitando sólo su primera letra en mayúscula seguida del apellido.

La referida Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe requiere, en el último párrafo de su art. 408, la indicación completa del nombre y veda las iniciales.

Sin embargo, permite que se mencione en su totalidad y "... además por iniciales o en forma incompleta con la grafía similar usada por los otorgantes en el título, constándole al escribano la verdadera identidad...".

Esta atribución que se confiere al notario debe considerarse desde un doble aspecto: 1) Por un lado, se trata de una previsión legislativa atento la realidad de que algunas escrituras públicas contienen escritos los nombres de los otorgantes en forma incompleta (particularmente las de fines y principios de siglo, cuando lo habitual en las ciudades, pueblos y comarcas, era el conocimiento entre las personas). 2) Por otra parte, constituye, junto con el texto total del art. 408, un reconocimiento de que el oficial público individualiza a los requirentes.

En ocasiones, convendrá prestar atención al seudónimo que cuando adquiere notoriedad goza de la misma tutela que el nombre (art. 13, ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

18248).

Bien entendido que, en principio, compromete a las personas en actos jurídicos ligados a su actividad profesional(30)(108).

El sobrenombre o apodo también podría tener importancia jurídica en la identificación del sujeto y excepcionalmente podría comprometerlo(31)(109).

De modo que facilitaría, en algunos casos, la gestión individuante, reproducir el seudónimo del otorgante junto a sus nombres y apellidos completos, si la notoriedad de ese dato lo justifica.

En lo que hace al apodo o sobrenombre, se podría adicionar si el interesado lo consiente y no fuere ridiculizante u ofensivo; teniendo en cuenta este último aspecto, se estaría actuando en armonía con el lineamiento fijado por el art. 3º, inc. 1 de la ley nacional 18248, que específicamente impide la imposición de nombres agraviantes.

VIII. LA OMISIÓN DE LA CONSTANCIA INSTRUMENTAL SOBRE FE DE CONOCIMIENTO

Hay quienes se han pronunciado con el máximo de severidad si se llega a producir la situación a que alude el título; no sólo estaría ante un caso de invalidez del acto escriturario, sino que el notario sería responsable por las consecuencias que se derivaren(32)(110).

La jurisprudencia estableció en una oportunidad que la carencia de la expresión sobre fe de conocimiento, si bien no era sancionada en el art. 1004 con la nulidad del acto jurídico, "debe entenderse que ella implica una violación de una de las exigencias esenciales de éste".

Se apreció que, en tal caso, el instrumento adolece de un vicio ante el cual el comprador de un inmueble puede abrigar un temor fundado de ser molestado en su posesión o a tener dificultades si deseara celebrar contratos relativos al bien(33)(111).

No obstante, la exigencia del art. 988 del Cód. Civil, según el cual es preciso cumplimentar los aspectos formales del acto jurídico bajo pena de nulidad, el no acatamiento de la dación de fe de conocimiento no estaría comprendido dentro de esa sanción, en virtud de que el art. 1004 preceptúa que "la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras..." y de que otras normas del mismo ordenamiento legal (arts. 980, 988, 989, 1005, 3657, 3658) no la mencionan como una de las causales productoras de ese efecto(34)(112).

Ha sido el propósito del legislador mantener incólume el acto notarial aun cuando el fedatario nada haga constar sobre la individualización de los otorgantes: el recordado párrafo del art. 1004 del Cód. Civil permite sostener esta posición aun frente al supuesto de que se adhiera a la doctrina que en derecho civil admite la existencia de nulidades virtuales(35)(113).

El acto de las partes contenido en el instrumento notarial será inexistente o nulo, según el criterio que se adopte, si, como consecuencia de haberse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prescindido de la individualización de algún requirente, se facilita o se produce una sustitución; para algunos autores la inexistencia se configura ante la falta de algún elemento esencial a la relación jurídica: el sujeto(36)(114).

Si en la escritura no se efectuó la mención expresa sobre la individualización de los requirentes, debe presumirse igualmente que esa gestión se ha cumplido; la consignación de los datos identificatorios que determina el art. 1001 del Cód. Civil, complementados con los que aluden las leyes orgánicas, constituye una evidencia importante de tal hecho(37)(115).

IX. RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO

A. Penal

Si deliberadamente el escribano inserta en la escritura pública que autoriza una constancia equívoca sobre la individualización del otorgante de modo que sea susceptible de producir perjuicio, estaría encuadrado dentro del llamado delito de falsedad ideológica; también podría estar incurso dentro de ese tipo penal en nuestro derecho positivo el llamado "testigo de conocimiento", si hiciere asentar tal declaración.

La falsedad deviene porque el instrumento público está probando a través de la dación de fe de conocimiento que el fedatario ha individuado a los comparecientes, y sobre esa base emite un juicio sobre su identidad; si se comprueba que esta última es falsa y se ha utilizado ese medio documental auténtico para hacer aparecer como cumplida una diligencia (la individualización) que en los hechos no se ha realizado, o se la ha concretado con la única finalidad de apoyar la afirmación inexacta, se estará en presencia de la figura delictual(38)(116).

En suma, el delito de falsedad ideológica requiere para su configuración la concurrencia de estos elementos: la falsa constancia del funcionario o de un tercero (en este caso, la dación de "fe de conocimiento" asentada en el instrumento público), que ese hecho deba ser probado por el medio aludido (hará fe de la individualización realizada por el notario), y la aptitud para producir perjuicio (si, como consecuencia de la declaración mendaz, se produce la sustitución de personas otorgantes).

Por otra parte, la acción del escribano debe ser dolosa; al decir de Soler, debe tener conciencia de la criminalidad del acto, aun cuando no haya querido intencionalmente ese resultado(39)(117).

Es procedente recordar que según resulta del art. 77 del Cód. Penal el escribano está incluido, a los fines de la aplicación de las normas contenidas en ese cuerpo normativo, en la categoría de funcionario público(40)(118).

B. Civil

Para los que consideran que la función individuante del escribano es una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación de resultado, la comprobación de un obrar cuidadoso y previsor resulta indiferente si no se obtiene el fin perseguido por el acreedor (que es el requirente perjudicado ante la inexactitud de la declaración); de modo que, si la identificación no se cumple, sólo salvaría el escribano su responsabilidad ante el fortuito (art. 514 del Cód. Civil).

Sin ánimo de descalificar a esta corriente, cabe preguntar si no resulta excesivo imponer al escribano la garantía casi absoluta sobre el resultado satisfactorio de un proceso individuante que en ocasiones debe realizarse dentro de tiempos reducidos (autorización de escrituras que no admiten demoras); que el profesional, donde el anonimato es el factor común de los habitantes, se desempeña generalmente en grandes conglomerados urbanos; que ciertos lugares de trabajo (ciudades fronterizas o sitios de tránsito) aumentan las dificultades operativas a causa de la falta de arraigo de las personas; que el engaño suele realizarse con frecuencia no sólo al fedatario y al cliente, sino también a terceros o a conjuntos de personas (incluso las afectadas a tareas de control: policías, agentes de Migraciones) que también están persuadidas de una falsa identidad.

No resulta un privilegio, como pretende la corriente a que se hace referencia, eximir al notario de responsabilidad si demuestra que desplegó la mayor diligencia posible para efectuar una correcta individualización(41)(119).

Debe admitirse la caracterización del escribano como un profesional del derecho que ejercita una función pública, y, en consecuencia, la relación que existe entre él y los otorgantes surge de un contrato de locación(42)(120).

Su responsabilidad será de origen contractual, la cual se generará si, como consecuencia de su desempeño irregular, se produce un perjuicio para su cliente.

A éste último le bastará probar la "mala praxis" para fundar su pretensión(43)(121).

En materia de individualización, deberá precisarse qué alcances tiene la idea "desempeño irregular".

Porque una cosa es que el notario olvide datar la escritura, que la redacte en fojas que carezcan de la habilitación correspondiente, que por su inadvertencia algún compareciente omita estampar su firma, que ignore el orden cronológico, en suma, todos hechos en los cuales la falencia puede ser detectada con claridad meridiana; y otra muy distinta es saber cuándo la atribución de una falsa identidad al sujeto proviene del manejo inadecuado de los elementos de juicio.

No debe olvidarse que se trata de un juicio que se formula en base a un conocimiento que, como tal, tiene un carácter relativo (44)(122).

Resulta más atinado establecer este criterio de responsabilidad: la indicación en la escritura de que el escribano ha individualizado a los requirentes (por ahora plasmada en la leyenda "doy fe que conozco a los comparecientes" o similar) debe ser entendida como una presunción de que la identidad es cierta.

Ante la demostración de parte interesada (cliente o tercero perjudicado) sobre alguna sustitución, será a cargo del fedatario la prueba de que su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proceder se ajusta a lo que debe entenderse en la tarea que nos ocupa como "desempeño regular"; en este último supuesto no será alcanzado por la responsabilidad(45)(123).

Al no existir reglas precisas que determinen un método individuante, la valoración de la conducta del notario estará librada al criterio que sustente el tribunal que tuviere alguna causa o resolución.

Recientemente, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones entendió, ante la demanda interpuesta por el titular de un inmueble que había sido gravado con derecho real de hipoteca por quien falsamente se atribuyó la condición de propietario, que la sucesión de los hechos no hacía entrever que quien "comparecía como propietario fuera un impostor"(46)(124).

Sólo la mayor cautela y minuciosidad que pueda acreditar el escribano en la diligencia individuante enervará el riesgo de la responsabilidad civil que será de orden contractual ante su cliente, y extracontractual o aquiliano ante los terceros perjudicados por las consecuencias de un acto jurídico irregular. De ser posible, las precauciones que se adopten deberán constar en el instrumento autorizado y agregarse constancias documentales al mismo.

X. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A. Tanto desde el punto de vista literal como filosófico, el conocimiento es la resultante de una labor intelectual o de captación de un objeto que permite aprehender su naturaleza y características.

La imagen que proyecta el objeto quedará incorporada al sujeto a través de la conciencia.

B. Como toda investigación, la tarea que realiza un sujeto para llegar al conocimiento de un objeto puede alcanzar el resultado pretendido (que la imagen que se forme el sujeto del objeto se corresponda a la realidad) o, por el contrario, que la captación del objeto no sea posible, o que se arribe a conclusiones incorrectas.

Sólo en el primer supuesto se habrá alcanzado el conocimiento.

C. El notario, cuando hace constar en el instrumento que autoriza la dación de "fe de conocimiento", está resumiendo, a través de esa leyenda, que se ha cerciorado por los medios a su alcance de que los sujetos que designa y lo suscriben coinciden con los reales.

CH. Teniendo en cuenta la falibilidad del juicio o calificación que realiza el escribano en la escritura sobre la identidad de los otorgantes, la manifestación de que los conoce tiene el efecto de una presunción de certeza.

D. Los conceptos de fe pública y "fe de conocimiento" tienen una diferencia sustancial que debe ser precisada adecuadamente por las consecuencias jurídicas que en cada caso se producen.

Todos los hechos que el notario u otra persona investida al efecto narra como vistos u oídos por ellos en el instrumento y en forma inmediata a su percepción, serán reputados verdaderos mientras no prospere la querrela de falsedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La manifestación de conocer a las partes constituye el corolario de una tarea individuante en la que se examina documentación, se recuerdan anteriores encuentros o tratos con los otorgantes, se cotejan datos; en suma, "se aísla" a los comparecientes del resto de los seres humanos en procura de asegurar su identidad.

La fe pública no puede abarcar procesos que como el descrito presuponen un análisis (cuyas dificultades dependerán fundamentalmente de la antigüedad en el trato que se tenga con cada persona) que excede captaciones sensoriales inmediatas(47)(125).

E. Por lo que se ha expuesto, el autorizante podrá dar plena fe únicamente de haber individualizado a los intervinientes de los actos que pasan ante él, pero no de que los conoce. Esa es la interpretación que debe darse actualmente al mandato del art. 1001 del Cód. Civil ("El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes...").

F. Convendrá en reformas legislativas futuras no establecer sistemas tabulados para la individualización de los otorgantes porque la continua evolución de la tecnología presumiblemente ampliará el actual espectro de posibilidades y garantizará una mayor certeza.

Indicar medios de identificación como lo hace el segundo párrafo del art. 23 de la ley española de 1946 limitaría normativamente las opciones del notario(48)(126).

G. Sería conveniente que en una futura redacción del art. 1001 del Cód. Civil se suprima la obligación de "dar fe de conocimiento" y a la vez se requiera al notario la consignación de datos personales que actualmente pueden ser extraídos de los documentos de identidad y los que acreditan los vínculos familiares.

Tienen especial relevancia los datos que se refieren a los nombres, apellidos, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, la designación de los progenitores (todos ellos de carácter permanente); respecto del estado civil, su mención irá acompañada de los nombres completos y apellido del cónyuge y las nupcias.

En un todo de acuerdo con el art. 13 de la ley nacional 17671 (con las reformas introducidas por la ley 20974), en los casos que sea posible se hará constar el número de documento nacional de identidad, atento la importancia que esa ley le atribuye (obligatoriedad de presentación cada vez que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en la misma norma)(48 bis)(127).

Ello no significa que se descarte la utilización de otros documentos de identidad complementarios o alternativos del anterior.

H. Se propone que el art. 1002 del Cód. Civil establezca lo siguiente: "El escribano individualizará a los otorgantes de los actos escriturarios y dará fe de haber realizado esa diligencia".

"Podrá utilizar a tal fin los medios que considere adecuados a fin de adquirir la convicción de la identidad cuya exactitud se presumirá, salvo prueba en contrario".

El proyecto difiere del presentado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Argentina del Notariado) en estos aspectos: se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confiere a la gestión individualizante del notario plena fe, conforme al art. 993 y concordantes del Cód. Civil; en cambio, su resultado o el juicio de la identidad sólo se reputará certero mientras no se demuestre el error(49)(128).

Se sugiere que la referencia a datos personales y documentos de identidad quede establecida dentro del art. 1001 del referido cuerpo normativo.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Arata, Roberto Mario, Fe de conocimiento, presentado al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950.

Avila Alvarez, Pedro, Estudios de derecho notarial, 3ª. ed. revisada, Ed. Nauta SA, Barcelona.

Baldana, Juan, Teoría aplicada y práctica notarial. Legislación y jurisprudencia. Ed. La Facultad, 1932.

Bardallo, Julio R. y autores varios, Fundamentación de la fe de conocimiento, presentado a la II Jornada Notarial del Cono Sur, Asunción (Paraguay), 1977.

Bollini, Jorge A. y Gardey, Juan A., "Fe de conocimiento", Revista del Notariado N° 701, 1968, pág. 1059.

Bollini, Jorge A., "Fe de conocimiento y fe de identificación", Revista del Notariado N° 795, 1984, pág. 691.

Diez Pastor, José Luis, "Fe de conocimiento", en Ponencias presentadas por el notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Junta de Decanos de los Colegios Notaria]es de España, págs. 317 y sigtes., vol. I.

Ferrari Ceretti, Francisco, "La fe de conocimiento de los notarios y los Registros de la Propiedad", Jurisprudencia Argentina, 1979, I, págs. 824 y siguientes.

Gagliardi, Oscar E. F., "Fe de conocimiento y documentos de identidad", Revista del Notariado N° 807, pág. 2237.

García Coni, Raúl Rodolfo, "Fe o fuente del conocimiento", Revista del Notariado N° 815, 1988, pág. 1523.

Giménez Arnau, Enrique, Derecho notarial español, vol. II, Cap. XXXI, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964.

Giménez Arnau, Enrique, Introducción al derecho notarial, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Argentina del Notariado), Fe de conocimiento. Introducción, opiniones de miembros del cuerpo, proyecto de modificación de los arts. 1001 y 1002 del Cód. Civil. Su fundamentación.

Larraud, Rufino, Curso de derecho notarial, Ed. Depalma, 1966.

Lassaga, Omar A., El documento notarial. La fe de conocimiento. El juicio de capacidad de los otorgantes, presentados al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950.

Navarro Azpeitia, Fausto, El conocimiento notarial de los otorgantes antes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la Ley del Notariado de 1962, Estudios Históricos, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1964 págs. 472 y siguientes.

Negri, José A., La fe de conocimiento. Publicación del II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950.

Núñez Lagos, Rafael, Hechos y derechos en el documento público, Madrid, 1960.

Núñez Lagos, Rafael, Los esquemas conceptuales del instrumento público, publicación del Instituto de España, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Núñez Lagos, Rafael, El documento notarial y Rolandino. (Notas de historia), Madrid, 1951.

Núñez Lagos, Rafael, "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. I, Madrid. 1945.

Pelosi, Carlos A., El conocimiento notarial, Ed. Astrea, 1980.

Pondé, Eduardo Bautista, Tríptico notarial, Ed. Depalma, 1977.

Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino, Parte General II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires. 1951.

Solari, Osvaldo S., "Fe de conocimiento. Necesidad de su abrogación", Revista del Notariado N° 806, 1986, pág. 1899.

Zinny, Mario Antonio, El acto notarial (dación de fe), Ed. Depalma, 1990.

BIENES EN PARTE PROPIOS Y EN PARTE GANANCIALES EN EL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL(*) (129)

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Un plenario de la Cámara Nacional Civil. II. El origen del pleito. III. Los fundamentos del fallo mayoritario. IV. El pensamiento del Codificador. V. Clara respuesta del escribano Jorge Allende Iriarte. VI. Nuestro razonamiento. VII. Conclusión

I. UN PLENARIO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL(1)(130)

La mayoría del fallo, por 23 votos contra 13, se pronunció por la teoría monista de los bienes, sosteniendo: "Por todo lo expuesto y respondiendo al tema de la presente convocatoria como doctrina legal aplicable (art. 303, Cód. Procesal), se resuelve:

Reviste carácter propio la totalidad del bien cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal".

Concordamos con la tesis minoritaria que se pronunció por la doctrina