

## TEORÍA GENERAL DEL ACTO NOTARIAL(\*)

JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. - PRELIMINARES. - 1.1. Repaso de conceptos: 1.1.1. "Persona". 1.1.2. "Órgano". 1.1.3. "Agente". 1.1.4. "Capacidad". 1.1.5. "Competencia". 1.1.6. "Habilidad". 1.1.7. "Función". 1.1.8. "Legitimación". - 1.2. El reverso : negativo de algunos conceptos. - 1.3. Tales conceptos y lo notarial. 1.3.1. Función: Fideitatio ("Fedación"). 1.3.1.1. Caracteres. 1.3.1.1.1. Generalidades. 1.3.1.1.2. Función "pública". 1.3.1.1.3. "Potestad". - 1.3.2. "Órgano" notarial. 1.3.3. Competencia notarial. 1.3.3.1. Competencia racione loci. 1.3.3.2. Competencia racione materiae 1.3.3.2.1. Métodos para determinarla. 1.3.3.2.1.1. Determinación por inclusión. 1.3.3.2.1.2. Determinación esencial. 1.3.3.2.1.3. Determinación por exclusión. 1.3.3.2.1.4. Nuestra opinión. - 1.3.3.3. Competencia racione personae. 1.3.3.3.1. Interpretación a contrario del artículo 985 del Código Civil. 1.3.3.3.2. La opinión de Martínez Segovia. 1.3.3.3.3. Nuestra opinión. - 1.3.4. El "agente" 1.3.4.1. Caracteres. 1.3.4.1.1. "Persona física". 1.3.4.1.2. ¿"Funcionario público"? 1.3.4.1.2.1. Argumentos antifuncionaristas. 1.3.4.1.2.2. Nuestra opinión. 1.3.4.1.2.2.1. Corolario. - 1.3.5. Capacidad. 1.3.5.1. Naturaleza de las "incompatibilidades". - 2. EL "ACTO NOTARIAL". 2.1. El "acto del oficial público" en el Código Civil. - 2.2. Estructura. 2.2.1. "Percepción". 2.2.2. "Declaración". - 2.3. Caracteres del acto notarial. 2.3.1. Acto "jurídico". 2.3.2. Acto "público". 2.3.3. Acto "rogado". 2.3.4. Acto "formal". 2.3.4.1. Forma "constitutiva": documental. - 2.4. "Requisitos" del acto notarial. 2.4.1. Requisitos "esenciales". 2.4.1.1. "Forma": Documental. 2.4.1.2. "Autor: escribano público. 2.4.1.2.1. La "suspensión". 2.4.1.2.2. La "firma". - 2.4.1.3. Contenido "fedacional". - 2.4.2. Requisitos "de validez". 2.4.2.1. Idoneidad del objeto. 2.4.2.2. Competencia del órgano. 2.4.2.3. "Causa" del acto notarial. 2.4.2.4. "Legitimación" del órgano. 2.4.2.5. "Habilidad" del agente. 2.4.2.6. "Legitimación" del agente. 2.4.2.7. Forma. - 2.5. "Presupuestos" y "elementos" del acto notarial. 2.5.1. "Presupuestos". 2.5.1.1. "Subjetivos". 2.5.1.2. "Objetivos" 2.5.1.3. "Mixtos". - 2.5.2. "Elementos". 2.6. "Efectos" del acto notarial. 2.6.1. Los efectos del acto. 2.6.1.1. Su valor "prueba". - 3. "PATOLOGÍA" DEL ACTO NOTARIAL. 3.1. Enumeración y análisis de las Causales de invalidez. 3.1.1. Legitimación del órgano. 3.1.2. Idoneidad del objeto 3.1.3. Incompetencia del órgano. 3.1.3.1. Incompetencia racione loci 3.1.3.1.1. excepción prevista en el artículo 981 del Código Civil. 3.1.3.2. Incompetencia racione materiae. 3.1.3.3. Incompetencia "por razón del agente". - 3.1.4. Inhabilidad del agente. 3.1.5. Legitimación del agente. 3.1.5.1. Excepciones. - 3.1.6. Causa ilícita. 3.1.7. Defectos de forma. 3.1.8. Falsedad. 3.1.9. Los "vicios de la voluntad". - 3.2. Carácter de la invalidez del acto notarial. - 3.3. ¿"Nulidad" o "anulidad"? - 3.4. "Ámbito" de la nulidad. - 4. ACTO NOTARIAL., INSTRUMENTO PÚBLICO Y NEGOCIO JURÍDICO. 4.1. Acto notarial e instrumento público. 4.1.1. "Nulidad parcial" del instrumento público. - 4.2. Acto notarial y negocio jurídico. - 4.3. Acotaciones finales. - COLOFÓN.

### INTRODUCCIÓN

Intentar la formulación de una "Teoría General del Acto Notarial", es obra que se nos presenta con caracteres de real complejidad. Amén de la resistencia que todas las "doctrinas generales" encuentran en ciertos sectores de estudiosos de la ciencia jurídica - según nos ilustra A. Martín Pérez(1)-, es posible que nuestro ensayo sea censurado, en su propósito,

cual excesivamente pretencioso o - aun esto es más probable - reiterativo. (¿No existe ya, acaso, una perfecta exposición del acto administrativo, a la que nada podría añadir nuestro estéril esfuerzo?) Y en punto a los resultados a obtener, nos sentimos obligados a agregar a tales riesgos, los que nacen de nuestra propia limitación, de la que tenemos plena conciencia.

Ello no obstante, encontramos estimulantes razones para persistir en la tarea.

Ante todo, la convicción que experimentamos acerca de la importancia capital que todo acto - jurídicamente relevante - posee para el Derecho. Allí están - demostrándolo, con su enorme entidad - el "delito" y el "negocio jurídico", piedras angulares de dos de las más importantes disciplinas. Su mención es sólo enunciativa, puesto que es dable señalar, en cada rama autónoma, similares ejemplos(2), incluyendo el ya mencionado acto administrativo. Con relación a éste, entendemos que las elaboraciones doctrinarias han centrado el enfoque en su engarce dentro del cuadro de la Administración Pública y en sus relaciones con los administrados - medios de control, recursos, etc. -, descuidando (o, al menos, sin ahondar en profundidad) los aspectos vinculados a los diversos tópicos en que puede ser descompuesto, para su estudio, el propio acto. Y para el caso que nuestras proposiciones nada agreguen a lo ya producido, nos conformará el hecho de su formulación circunscripta a una especie de tanta trascendencia y, paradójicamente, escaso tratamiento.(3)

La doctrina notarial, en efecto, ha dedicado muchísimos esfuerzos al "instrumento público". Lejos estamos de disminuir su importancia, como asimismo de desconocer los relevantes logros alcanzados. Pero debemos señalar que aquél - aprehendido en su esencia - no es otra cosa que la "forma" del acto notarial, o sea su aspecto estático. La elucidación integral de las cuestiones vinculadas a su fase dinámica - el acto en sí - estamos convencidos que redundará positivamente para una mejor comprensión de la problemática de aquél(4). Y ello así, se impone que intentemos su replanteo ubicándonos en el verdadero núcleo, con la consiguiente variación del ángulo de mira. De tal modo creemos que habrá de lograrse un mayor rigor sistemático y un más lógico encuadre de cada tema(5).

Debemos advertir, además, que entendemos por "acto notarial" el de ejercicio de la función "fedacional" por parte de un órgano "escribano público". Queda desplazada, así, toda la otra actividad que el notario realiza y que - aun - la doctrina mayoritaria ha remarcado con acentos de gran importancia; tales, la "redacción" y el "asesoramiento". Queremos explicar nuestro criterio: sin desconocer la realidad de tales funciones, pensamos que su carácter es "contingente". A pesar de que el notariado de tipo latino presenta un modus operandi en que el escribano se sitúa la mayoría de las veces como "asesor" de las partes, creemos que esa labor debería ser - en algunas oportunidades - de competencia de otros profesionales del Derecho(6). Lo dicho implica negar su naturaleza esencial dentro de las funciones notariales, y para cuya demostración bastan los pocos casos en que ella no se presta(7). En lo referente a la "redacción", entendemos que la entidad que reviste en el quehacer notarial se sustenta en una poderosa - pero accidental - cuestión de hecho: la frecuente "atipicidad" de los negocios jurídicos que hacen a nuestra competencia real, en razón del valor que el orden jurídico reconoce a la autonomía de la voluntad en tales materias. Pero, insistimos, ella no es de la "esencia" del cometido notarial, que no vería menguado su relieve en el supuesto de imponerse un procedimiento "formulario" - a la usanza de las Siete Partidas(8)-, del mismo modo que no se disminuye la trascendencia de la función de otros órganos "fedantes" (el oficial del Registro Civil, por ejemplo).

Nos limitamos, por lo tanto, a la consideración del acto notarial público, que no otro carácter - para nosotros - reviste el emanado de la potestad "autenticadora". Y tal afirmación nos conduce a otro delicado tópico, de incuestionable significación: dejar establecido el carácter de "funcionario público" del escribano investido. Estamos persuadidos de ello, como también de la importancia que adquiere para el notariado toda la toma de conciencia

de esa realidad. Conocemos las autorizadas opiniones contrarias a nuestra tesis - a las que hacemos objeto de respetuosa consideración - pero comprometemos todo nuestro esfuerzo para demostrar la validez de la anterior afirmación, convencidos de sus saludables efectos. Por último, quizá nuestro ensayo sirva - indirectamente - a dejar mejor perfilada la autonomía del Derecho Notarial, puesto que toda ciencia requiere, para serlo, un objeto especial de conocimiento, al cual acceder por un método propio. Tenemos la esperanza de que el acto del notario pueda convertirse en uno de sus focos centrales.

En la medida en que - siquiera mínimamente - alguno de los propósitos que hemos enunciado cristalicen en la realidad, se verá colmada nuestra mayor aspiración: coadyuvar al perfeccionamiento del notariado argentino, honrando - de tal modo - a quien hoy nos convoca, y que tanto ha contribuido para ello.

## 1. PRELIMINARES

Razones sistemáticas nos llevan a abordar - previo el tratamiento del tema central - ciertas cuestiones conceptuales, intentando, al mismo tiempo, decantar la terminología. El esfuerzo presente que ello implica, consideramos que ha de verse compensado con exceso cuando llegue el momento de recurrir a tales nociones para aplicarlas al objeto específico de este trabajo. Y entonces, además, podremos usar de ellas despreocupándonos de los riesgosos albures que provocan las acepciones múltiples o equívocas.

### 1.1. REPASO DE CONCEPTOS

#### 1.1.1. "Persona"

Uno de los temas fundamentales de la Ciencia Jurídica, y aun de la Filosofía del Derecho, es la dilucidación del concepto de "persona". Interesa destacar aquí que la noción formulada por la Filosofía General y la Moral(9) no es de aplicación a nuestra disciplina, en la que se han producido numerosos intentos. Conviene señalar que éstos, en su gran mayoría, se han dirigido a la consideración especial de las "personas colectivas", como asunto totalmente desvinculado del concepto de "personalidad jurídica". Se ha incurrido así en el "funesto error" - según condenatoria frase de Recaséns Siches - de conferir distinto tratamiento a dos cuestiones que, en el plano de la pura teoría del Derecho, conforman una sola e idéntica situación. Las diferencias existentes - computables tan sólo en el campo "metajurídico" - surgen en virtud de la heterogeneidad de sus "substratos reales", y provocan aquel yerro - según el mismo autor - porque: a) el ser humano es una realidad sustantiva, de fácil reconocimiento; b) La justicia - o el Derecho Natural - exige que todo hombre sea "persona"(10). Aun así, procede advertir que lo que actúa como "persona" en la esfera jurídica no es el ser individual en plenitud - en el sentido filosófico de "individualidad auténtica" - sino, únicamente, fracciones o partes de aquél en tanto desempeñe "roles" relevantes para el Derecho. A éste, en efecto, interesa el "juez", el "ciudadano", el "comprador", en tanto "juzga", "vota" o "compra". De tal manera, el hombre no se ubica jurídicamente en su sentido "plenario" - en tanto individuo, "yo y no otro" - ; lo hace tan sólo en dimensión "funcionaria" : en cuanto encuadra en "figuras" prefijadas, para "actos" preestablecidos(11).

Por lo expuesto, debemos adherir a una teoría que formule la noción de "persona" - jurídicamente entendida - con criterio unitario, desprovisto de componentes extraños al Derecho(12). Tal, la de Hans Kelsen: "Persona" no es ni "realidad" ni "ficción"; es un concepto: la duplicación del "deber jurídico" y del "derecho subjetivo", concebido de modo "sustancializado". Es el sujeto de Derecho; es el "quién" destinatario de las normas jurídicas, su término de imputación unitario. Queda borrada así toda diferencia entre la "persona individual" (hombre) y la "persona jurídica" (colectiva), puesto que son

conceptualmente "homogéneas": ambas son creaciones del Derecho - la "personalidad" es un medio técnico - científico - para el que sólo existen "personas jurídicas"(13). En lo que hace a nuestro ordenamiento positivo, forzoso es poner de resalto la exactitud de la definición contenida en el art. 30 del Código Civil: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones"(14). En virtud de la misma, el criterio expuesto supra - y al que hemos adherido - puede sustentarse en nuestra dogmática, en la que tiene cómoda cabida ante la ausencia de preceptos torpes que harían - si no infructuoso - al menos difícil el intento. Y deseamos aprovechar tal ocasión para poner en evidencia un fenómeno - frecuente, mas no siempre percibido - que juzgamos importante: La autonomía de la norma jurídica respecto del ser pensante que la elabora. La Ley - en efecto, según entendemos - se independiza ab initio de la voluntad del legislador. Lejos estamos de descartar la búsqueda de la ratio legis, procedimiento fecundo que, muchas veces, permite hallar en un Derecho inmutable las justas soluciones para realidades cambiantes. Nuestra impugnación va dirigida a la vigencia de los motivos "psicológicos" personales y convicciones doctrinarias del autor de la norma, dado que a ésta le asignamos una vida propia(15). De allí que todo el articulado del Código, referido al tema presente, se emancipe de la proclamada adhesión de Vélez Sársfield a la teoría de la "ficción", según tendremos oportunidad de remarcar luego(16).

### 1.1.2. "Órgano"

Las "personas colectivas" constituyen, en la esfera del Derecho, una incuestionable realidad, entendida ésta en su significación "ideal - jurídica"(17). Pero el concepto de "persona" - debemos agregar a lo ya señalado - no se agota en la sola potencia de titularidad de derechos u obligaciones; lleva ínsito, en su sentido pleno, el ejercicio de actos de relación jurídica, los que - con carácter necesario - deben adoptar una forma "exterior"(18). Ello nos enfrenta a otro problema: el de la elaboración de su "voluntad".

Para dilucidar tales cuestiones, forzoso es que incursionemos en el plano de la realidad "corporal - sensible". En él adquieren cuantía las diferencias - irrelevantes en la pura teoría del Derecho - que es posible señalar comparando el "substrato" de la persona colectiva con la "materia" de la individual. En ésta, su voluntad jurídica es producto de la "volición" del propio ser humano al cual el acto se adscribe(19). Ante aquélla, por el contrario, es menester que el Derecho acuda, invariablemente, a un recurso técnico: la "imputación diferenciado", en cuya virtud voluntad y actos de la persona colectiva serán los de un individuo o un grupo de individuos, operados en especiales condiciones.

Pero tal tipo de "imputación" no es dispuesta por el ordenamiento normativo respecto de hombres "determinados" en cuanto tales, sino en tanto se hallan, en la contextura del ente, en especiales emplazamientos. Y éstos, recíprocamente, están previstos como "impersonales" unidades abstractas permanentes. Arribamos, así, a la noción de "órgano - institución" (o, simplemente, "órgano" todo "cargo" (o "puesto") existente en la estructura de la persona colectiva, mediante cuyo ejercicio se decide o expresa - en forma exclusiva o concurrente - la voluntad jurídica de aquélla(20).

Y, como lo anticipáramos en el punto anterior, remarcamos el fenómeno allí señalado, ahora en lo referente a la cabida que el concepto que dejamos perfilado - como asimismo toda la teoría construida en su torno - tiene en nuestra ley civil. No obstante la terminología en ella empleada ("representantes": art. 35; "representantes legales": art. 36 "mandatarios": arts. 36 y 37) un profundo análisis hermenéutico permite detectar la presencia de auténticos "órganos" en los "representantes legales" (arts. 35 al 37), las "direcciones o administraciones principales" (art. 44), la "dirección o administración" (art. 90, inc. 3º), y los "representantes especiales" ("agentes locales" de "establecimientos" o "sucursales" - art. 90, inc. 4º - )(21). Resta decir tan sólo que igual recepción se ha producido en la más autorizada

doctrina comercialista y - aun antes, y con mayor facilidad - en la del Derecho Administrativo(22).

Pero no queremos desaprovechar la oportunidad que nos ofrece el tratamiento de este tema para expresar una personal opinión respecto de un punto conexo: el de la naturaleza de los órganos "colegiados".

Reflexionando acerca de la misma, hemos llegado al convencimiento de que agotar la consideración de aquéllos con la simple referencia a su composición "pluripersonal" entraña una insuficiencia, si no un error conceptual(23). Trataremos de explicar en qué consiste: mientras entre el órgano "unipersonal" y el individuo que lo ocupa no hay "categorías intermedias", entre el órgano colegiado - Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo - y uno de sus integrantes hallamos la entidad "Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", cuya esencia es preciso establecer. Y no hesitamos en proclamar su calidad de "órgano". En tal virtud, proponemos la sustitución de los adjetivos "colegiado" y "pluripersonal" por compuesto y el de "unipersonal" por simple. Creemos que de tal forma quedará evidenciada su real naturaleza ("uni" o "pluriorgánica", si se nos permite la expresión).

Por último - quizá innecesariamente, por cuanto se desprende de todo lo hasta aquí consignado - nos permitimos advertir que el "órgano" no es "persona". Así considerarlo sería "errar en la esencia de la constitución de la persona jurídica"(24).

### 1.1.3. "Agente"

Caracterizado el órgano" como abstracción impersonal, se evidencia la necesidad de que en él se inserte la concreta realidad del hombre, cuyos actos de ejercicio del "cargo" se adscribirán - nuevo caso de "imputación diferenciada" - a aquél. Tal individuo, "titular" del "órgano", es el agente(25).

Queda cerrado así el ciclo de formación de la voluntad jurídicamente trascendente de la persona colectiva, que - formulado en orden inverso al expuesto - puede describirse de la siguiente forma:

- a) Acto de un determinado individuo ("agente").
- b) Adscripción del mismo al respectivo "órgano", en razón de ser su autor "sujeto titular de tal "unidad permanente".
- c) Imputación del acto a la "persona colectiva" que aquel órgano integra.

El proceso señalado podría continuar con otras etapas en caso, por ejemplo, que la "persona colectiva" integrara un ente de segundo grado (verbigracia: Federación) de uno de cuyos "órganos" fuera "agente". Debe señalarse, además, la posibilidad de una fase intermedia (b') en el supuesto que el "órgano simple" ("b") forme parte de otro "compuesto" - según hemos expresado en el punto anterior -, al cual se adscribirá la decisión de aquél sólo si coincide con la voluntad mayoritaria(26).

Como corolario de lo consignado, podemos concluir reconociendo que, no obstante ser el "hombre" - en un estricto enfoque técnico científico - nada más que un "especial" - e irrelevante, si se quiere - substrato de ciertas categorías jurídicas, las normas del Derecho casi invariablemente desembocan en él.

### 1.1.4. "Capacidad"

No incluimos la "capacidad" en este punto para introducirnos en los numerosos y complejos problemas que plantea el concepto, ni - menos aún - para dar a cada uno de ellos una satisfactoria respuesta. Algunos - distinción entre capacidad de "hecho" y de "derecho", entre "relativa" y "absoluta", su relación con el "hombre" - serán tratados, en forma

tangencial, posteriormente. Los más - también de suma importancia - son omitidos en aras de la brevedad de este trabajo y en la medida en que no hacen a su finalidad.

Nos limitaremos, en consecuencia, a intentar una noción primaria y general, notas éstas que posibilitarán su mejor aprovechamiento para nuestro objetivo.

Así advertido, corresponde en primer término hacer notar la sinonimia del vocablo con otro que usaremos de patrón: "idoneidad". Hecho ello, procede determinar la categoría jurídica a la cual se "adscribe", o - expresado de otro modo - la entidad de derecho a la que "califica". (¿A quién - en su género mayor - puede adjetivarse con la palabra "capaz"?)

Se impone responder: a la persona.

La relación entre "capacidad" y "personalidad" es tan íntima, en efecto, que la recordada definición del art. 30 del Cód. Civil es casi valedera para ambas. A pesar de ello - y no obstante que luego sostendremos que la quita total de la capacidad implica negación de la segunda - no participamos de la opinión de Carnelutti en tanto conceptúa a ésta la "medida" de la personalidad(27).

Entendemos por capacidad, sí, el "ámbito" asignado por el ordenamiento normativo a la persona para ejercer esa función "jurígena" atribuida, consistente en participar de relaciones de Derecho.

Tal, la noción básica que interesaba establecer.

#### 1.1.5. "Competencia"

El concepto de "competencia" ha sido acuñado en el Derecho Administrativo y, especialmente, por la doctrina procesal. Esta, sin embargo - según nuestra opinión -, no ha logrado a través de todos sus expositores concretar felizmente, en sintética fórmula, la noción sub examen con exactitud, en especial cuando se ha pretendido relacionarla con la de "jurisdicción". Hasta nos atrevemos a afirmar que, en esos casos, tales proposiciones han contradicho - implícitamente - algunas notas de la función jurisdiccional que los mismos autores se habían preocupado en poner de resalto. Nos limitamos - aquí - tan sólo a estas consideraciones generales respecto de tan importantes cuestiones, por cuanto más adelante habremos de referirnos específicamente a ellas(28), y pasamos a intentar una enunciación elemental del concepto.

Para ello basta señalar la sinonimia del término respecto del vocablo "idoneidad" - ya propuesto como "básico" - y el hecho de su invariable adscripción al ente "órgano", cuya noción ha sido elucidada con anterioridad.

En consecuencia, concluimos en definirla - anticipando el empleo de una fórmula paralela a la estructurada respecto de la "capacidad" - cual el "ámbito" asignado por el orden jurídico al órgano para ejercer la función atribuida.

Sólo resta una breve mención a las distintas "especies" de competencia(29), para apuntar que las mismas se estructuran en base a diversas pautas clasificatorias de la realidad - relevante para el Derecho - que se contiene en el "ámbito" señalado.

#### 1.1.6. "Habilidad"

El propósito que nos hemos impuesto de lograr una depuración conceptual y terminológica, nos obliga a fijar significados "unívocos" para cada vocablo, y - como en el presente caso - a sugerir, en ausencia de uno que ya exprese lo que pretendemos, el empleo de determinada palabra con la apuntada "univocidad".

Según nuestra opinión, el vocabulario jurídico carece de un término específico que indique lo que la "capacidad" y la "competencia" son a la "persona" y al "órgano" respectivamente, con relación al "agente". O - dicho de otro modo - el vocablo que exprese la "idoneidad" de éste.

Hemos echado mano para tal fin, en anterior trabajo, al concepto de "capacidad"(30). Reconocemos hoy el error cometido al atribuir a aquél tal "bivalencia", y aspiramos a rectificarlo.

Proponemos, por ello, la adopción de la voz "habilidad" para significar - reiterando la fórmula - el "ámbito" asignado por el ordenamiento normativo al agente para el ejercicio de la función atribuida al "órgano" del cual es titular.

Si bien así perfilada, la noción aparece como de exacta similitud a "competencia" - con lo que podría llegarse a considerarla innecesaria - conviene advertir que posee un contenido propio, el que se manifiesta con nitidez en supuestos de empleo del correspondiente adjetivo derivado "Hábil", en efecto, no es sólo el sujeto titular de un órgano competente. Tal conceptualización peca, en su simplicidad, por defecto, en razón de circunscribirse a un mero encuadre de jure. Es menester que el agente - además, y sin considerar los supuestos de "ilegitimación" - goce de determinadas cualidades "fácticas", que integran lo que podíamos denominar habilidad "de hecho"(31). Así, deberá concluirse en la "inhabilidad", por ejemplo, de un escribano público ciego no obstante ser titular de un órgano con competencia para el acto de que se trate. De tal forma queda despejada toda posible incertidumbre, al mismo tiempo que demostrada la necesidad de contar con un término con la aceptación propuesta(32).

#### 1.1.7. "Función"

Quizá hubiese correspondido estudiar esta noción anteriormente, atendiendo a su mayor generalidad respecto de otras ya consideradas. De tal modo - abordándola, por ejemplo, antes de "competencia" - aquélla habría ocupado el lugar correcto en orden a un proceso lógico - sistemático.

No obstante ello - salvadas las posibles objeciones con la precedente advertencia - hemos optado por relegar su tratamiento hasta después de haber fijado ciertos conceptos con los que se relaciona y cuyo empleo es más frecuente.

La mayoría de la doctrina, en efecto, pocas veces se ha detenido a formular una idea general de "función", quizá por preferir concentrar sus esfuerzos en la de una de sus especies(33). Cuando se lo ha hecho, el resultado obtenido es - a nuestro entender - tan sólo parcialmente exitoso, por incurrirse - casi siempre - en el error de perfilarla como algo privativo del ente "órgano"(34).

Pensamos, por el contrario, que la entidad "persona" tiene también a su cargo "funciones", que nos permitimos denominar, en forma genérica, "jurígenas". Queremos significar, con dicho término, ese haz de aptitudes - ínsitas en la propia definición de "capacidad" - que se resumen en la de participar en relaciones de Derecho, y reconoce su punto más alto en la creación de normas con contenido de autonomía privada(35). Coincide así el significado jurídico del vocablo que examinamos con el que posee en las ciencias biológicas - de las que lo toma nuestra disciplina - en tanto en ellas indica el conjunto de operaciones por las cuales se manifiesta la vida de una célula, de un tejido, de un órgano a de un ser viviente(36). Con esto queda casi perfilada la noción que indagamos: "función" es el género del hacer jurídico - en acto o en potencia - atribuido por el ordenamiento normativo a un ente de derecho; es el que hace - o puede hacer - (entendido en su generalidad) la "persona", el "órgano" o el "agente".

Interesa establecer ahora la relación que existe entre este concepto y otros vistos anteriormente: tales, los de "capacidad", "competencia" y "habilidad". Aprovecharemos, para ello, la construcción que la doctrina procesal ha elaborado en torno a "jurisdicción" y "competencia". La función jurisdiccional consiste en la potestad de "decir el Derecho", de juzgar. Todo "juez" (órgano) tiene atribuida esa función por el sólo hecho de serlo; recíprocamente, todo órgano a que se atribuye la misma es "jurisdiccional" (llámese o no

"juez"). Sobre esa base, se postula que la atribución - por el Derecho - de aquella potestad se realiza en una única medida; la "jurisdicción", en consecuencia, no reconoce cuantums; ante ella, sólo existen dos posibilidades: o se la posee (en forma "inmensurable") o no; no hay tercera alternativa. Por ende, todo "juez" - en punto a la misma - es igual a otro "juez".

¿Qué es, entonces, la "competencia"? La idea de "límite" - incluso en el concepto - dificulta su comprensión en algunos autores. Y de allí el sintético pensamiento, de reiterada invocación: "La competencia es la medida de la jurisdicción"(37).

El error se hace evidente apenas se releen las líneas anteriores.

Hemos sostenido - y esta opinión es unánime en la doctrina - que la potestad jurisdiccional reconoce una medida única: la de su "inmensurabilidad". Conceptuar la "competencia" en la forma consignada supra, implica una palmaria contradictio in terminis: la de mensurar lo inmensurable, de la que se deriva la inadmisibile posibilidad de órganos con mayor jurisdicción ("más jurisdiccionales" - o "más jueces" -) que otros(38).

Por ello hemos definido la "competencia" cual el "ámbito" asignado por el orden jurídico al "órgano" para el ejercicio de la función atribuida (en el caso que examinamos, la potestad "jurisdiccional", que todo juez ostenta en plenitud).

La "función", reiteramos, es el qué del hacer relevante para el Derecho; la "competencia", el dónde - en sentido "pluridimensional"(39)- de ese "hacer".

Por idéntica razón, rechazamos - lo hemos anticipado ya - la fórmula "carneluttiana" que aprehende a la "capacidad" como la medida, de la "personalidad". Así como para la Antropología un ser es o no "hombre" - y ninguno más ni menos que otro -, para el Derecho un ente es o no "persona", y todas iguales. El accidente de la mayor o menor "capacidad", en nada altera la esencia de aquélla.

#### 1.1.8. "Legitimación"

El concepto cuyo tratamiento iniciamos es - quizá - el de más reciente incorporación a la ciencia jurídica, de todos los que es nuestro propósito abordar. Acuñado en su origen por la doctrina procesal - en torno a la teoría de la "acción" - penetra en el Derecho privado como uno de los presupuestos del "negocio jurídico" y adquiere - en tal carácter - definitiva permanencia.

Por considerarlo imprescindible para nuestro propósito central, intentaremos su formulación en base a un enfoque propio, si bien computando - es obvio - los valiosos aportes de las construcciones ya elaboradas(40).

Para ello es necesario señalar, ante todo, que con "capacidad", "competencia" y "habilidad" se indican "ámbitos abstractos" de actuación asignados a "categorías" igualmente abstractas ("persona", "órgano" y "agente").

El carácter general que - por definición - poseen las normas, se origina, en efecto, en la imposibilidad de realizar previsiones pormenorizadas que agoten la infinita gama de relaciones que puede establecer un elenco de protagonistas en constante mutación. De allí que jamás se prescriba en atención a un sujeto considerado en su individualidad, sobre determinado objeto, ni respecto de otros entes aprehendidos en sus peculiaridades propias(41).

Por ende, la enunciación genérica y categoría debe ser complementada necesariamente - en cada caso concreto - con múltiples operaciones de "encuadre" de diversos aspectos conformantes de la "especie" en la disposición normativa. Con otras palabras - y ejemplificando - no basta la invocación a los principios generales: "la capacidad es la regla" (arg. arts. 35, 52 y 53, Cód. Civil) y "las cosas cuya enajenación no sea prohibida pueden venderse" (art. 1327, Cód. Civil) para concluir - sin más - en que el ente "A" puede celebrar - como vendedor - un contrato de compraventa con "B", sobre el objeto (lícito) "c". Para arribar a tal conclusión, por el contrario, se requiere establecer:

- a) El carácter de "persona" de "A" y "B".
- b) La calidad de dueño de "c" en el vendedor(42).
- c) La inexistencia de impedimento respecto a la disposición de "c"(43).
- d) Que no existe obstáculo para la venta de la cosa a "B"(44).

Advirtiendo que nos situamos fuera de los supuestos de "incapacidad de hecho" y "representación", señalamos que los pasos indicados conforman supuestos de "legitimación", y nos permiten ahondar en el concepto, según pasamos a exponer. Ante todo, apartándonos de la terminología adoptada por Betti(45), proponemos la siguiente clasificación:

A) Legitimación "subjettiva":

- a) Absoluta: del sujeto en sí (como "persona")(46).
- b) Relativa: del sujeto en relación con los otros sujetos actuantes(47).

B) Legitimación "objetiva": respecto del "objeto" del acto.

- a) Absoluta: con relación al objeto considerado en sí(48).
- b) Relativa: Relativo al objeto, pero en función del acto de que se trate(49).

Hecho ello, creemos necesario puntualizar que la "legitimación subjettiva absoluta" ha sido mencionada alguna vez bajo el distinto rubro de "existencia de la persona", al considerarse la "capacidad"(50). Entendemos que es viable su encuadre en el punto que estamos examinando - sin perjuicio de asignarle, más adelante, el lugar que le corresponde en orden a un proceso lógico - toda vez que se repare en la noción de "persona" a que hemos adherido (en cuya virtud, ningún ente es tal "por derecho propio", sino en tanto el ordenamiento normativo así lo dispone).

En lo que hace a la "legitimación objetiva absoluta", consideramos procedente señalar que la "capacidad" es formulada, de ordinario, como el ámbito del "hacer"(51)- o sea en tanto aspecto dinámico -, en desmedro de la situación, estática que, muchas veces, lo posibilita jurídicamente(52), y que no, encuentra cabida - por ende - bajo rótulo alguno que no sea el sub examen.

Sin perjuicio de posterior ampliación, podemos fijar, en este punto, el siguiente concepto de "legitimación": la "idoneidad" de un ente para asumir determinado "rol" en una situación jurídica concreta (con sujetos y sobre objetos igualmente determinados).

## 1.2. EL REVERSO NEGATIVO DE ALGUNOS CONCEPTOS

No incluimos el presente tópicó por el deseo de ampliar la extensión de este trabajo, ni - menos aún - por el de una excesiva prolijidad. Tampoco nos satisface la mera formulación de conceptos que pueden ser deducidos espontáneamente de las nociones ya estudiadas. Lo haremos, no obstante, porque de tal modo habrá de manifestarse una falencia terminológica - y conceptual - que pretendemos señalar.

Los sustantivos "incapacidad", "incompetencia" e "inhabilidad" designan - obviamente - las zonas ubicadas fuera de aquellos "ámbitos" con que hemos caracterizado las opuestas nociones positivas(53). En forma paralela, los adjetivos "incapaz", "incompetente" e "inhábil" califican - denotando "inidoneidad" - a "persona", "órgano" y "agente". Con "ilegitimación", por último, se expresa la misma idea(54) respecto de un ente y situación concretos.

Con lo anterior, podría cerrarse el punto. Pero, desde hace largo tiempo, estamos meditando en torno a una idea, y creemos que éste es el momento de expresarla. Lo intentaremos. Estamos convencidos de que el vocabulario jurídico requiere un término específico para indicar la "idoneidad" de la función para el acto de que se trate. Frecuentemente, en efecto, se recurre a palabras con distinto significado para expresarla, lo mismo que en relación a la idea opuesta.

Ejemplificamos: Si a un juez en lo Penal se le somete una cuestión "civil", estamos frente a un supuesto de "incompetencia" (en razón de la materia). Si al mismo juez se le requiere que dicte una "ley" (en sentido formal), aquél no es sólo "incompetente"(55). Entendemos que le falta algo más que "competencia"; carece de "función legiferante". Mientras en la primera hipótesis el requerido tiene a su cargo una función idónea para el caso ("jurisdicción"), en la segunda se encuentra desprovisto de ella.

En consecuencia, proponemos el uso del vocablo "aptitud" para indicar la "idoneidad funcional" (órgano "apto", por ende, será el que la posee, e "inepto" el que carece de ella). Creemos haber contribuido así - no obstante lo minúsculo del aporte - a una mayor claridad del tema.

### 1.3. TALES CONCEPTOS Y LO NOTARIAL

#### 1.3.1. Función: "Fideidatio" ("Fedación")

En congruencia con el concepto expresado respecto de la "especie" de acto en que centraremos nuestro estudio(56), sentimos la necesidad de hacer notar que la "función" que ahora tratamos no es exclusivamente notarial, puesto que se halla atribuida a "órganos" de diverso tipo, uno de los cuales es, sí, el escribano público(57). Advertido ello, acuñamos sobre el modelo de la jurisdicción(58)- la expresión latina fidei - da - tio(59), y de ella el neologismo castellano "fedación"(60), con la que entendemos denominar correctamente la función que nos ocupa.

##### 1.3.1.1. Caracteres

###### 1.3.1.1.1. Generalidades

Reiteramos aquí lo antes expresado, en punto a la "inmensurabilidad" de la "función", que es atribuida al órgano - por el orden jurídico - en una medida única, principio que mantiene invariable vigencia respecto de la "fedación". Los entes investidos de ella, en consecuencia, la tienen en idéntico quantum, y frente a la misma tan sólo caben las dos posibilidades extremas: o se la posee o no.

###### 1.3.1.1.2. Función "pública"

El carácter "público" de la función "fedacional"(61)es reconocido por la gran mayoría de la doctrina, que no ofrece - en este punto - el vasto mosaico de tendencias que se perfilan respecto de la calidad de "funcionario público" del escribano, según tendremos oportunidad de analizar. Las únicas opiniones disidentes provienen, como es obvio, de los partidarios de la tesis "profesionalista" que, en su embestida negatoria de todo nexo con aquella figura, llegan al extremo de negarlo(62).

Por nuestra parte, sólo concebimos la "fedación" - con todos sus perfiles característicos - como dimanante del poder supremo del Estado. ¿De dónde - sino de dicho imperium - pueden provenir los efectos erga omnes de la dación de fe, que se imponen - aún - a los órganos estatales? La presunción de verdad de que se halla revestida y que resiste toda prueba - no obstante su evidencia - que no sea hecha valer en el calificado procedimiento de

la "querella", ¿es propia de una función "privada"? De allí que no hesitemos en ubicarla en el cercle d'affaires con que Mayer define genéricamente a la "función pública"(63). Conviene, a nuestra vista, poner de resalto la evolución que ella presenta a través de los tiempos, a efectos de percibir el paralelismo de ese proceso con relación al de las demás potestades estatales. La Historia del Derecho enseña, en efecto, que a la primera etapa - de concentración de aquéllas en una sola cabeza(64)- suceden otras, de progresiva "diferenciación de funciones", confiadas - cada una - a distinto sujeto. Del mismo modo, cuando el orden jurídico comienza a valorar la especial trascendencia de ciertos hechos - sea cual fuere la época - y dispone la "fijación" de los mismos como remedio a su "fugacidad", no asigna la "fedación" a órganos específicos, con atribuciones excluyentes. Todavía más, esa situación perdura varios siglos, como lo demuestra el siguiente párrafo de la Ley 114 del Título 18 de la 3ª Partida(65):

"Ca si alguno quisiesse vsar en juyzio, para prouar su intencion, del traslado de alguna carta, o preuillejo, non deue ser creydo, a menos de mostrar el original, onde fue sacado; fueras ende, si en ese traslado fuesse autenticado, e firmado con sello del Rey, o de otro Señor, que deuiesse ser creydo, e fuesse sin sospecha."

La autonomía de su ejercicio funcional, por ende, ha sido consecuencia de las transformaciones operadas en la configuración del Estado. Tal, al menos, la lección que nos brinda la historia de los poderes públicos, que es decir de las propias funciones estatales(66).

#### 1.3.1.1.3. "Potestad"

En orden a las ideas que estamos exponiendo, no resulta extraño señalar cierta nota de "supremacía" que trasunta la función que consideramos. Aclarando conceptos, queremos expresar así la posición en que se ubica el órgano investido de la misma, respecto de los demás "sujetos" vinculados a la situación jurídica en la que el acto "fedacional" se proyecta. Avanzando un poco más en esa dirección, nos permitimos proponer - para su posterior estudio y desarrollo - el encuadre de la "fedación" en el género de las funciones "de autoridad"(67), no en cuanto su ejercicio implica "poder de mando" sino por importar declaraciones para todos obligatorias(68) en punto a la veracidad de los hechos objeto de la misma, con jerarquía de "prueba legal". Su posible impugnación - y caída - por querella, en nada alteran aquel carácter, que ofrece marcada similitud en sus efectos - según la brillante conceptualización de Núñez Lagos(69)- con la "cosa juzgada formal".

A la posible observación en punto al carácter "convencional" que origina - en algunas especies(70)- su prestación, respondemos con el argumento que se desprende del siguiente párrafo de Berthelemy: "La misión de ejecutar actos de autoridad puede ser conferida a cualquiera, por elección o por una designación que, por suponer la aceptación del funcionario, no es menos acto de autoridad, aun siendo contractual"(71).

Del mismo modo - entendemos - el voluntario acuerdo "funcionario - partes" no desnaturaliza el carácter señalado.

Con tales perfiles, la "fedación" puede ser encuadrada en el marco de las "potestades", si bien modificando la concepción que de éstas nos brinda Carnelutti, en tanto el iubens - en la especie - no "manda", sino que ejerce el iussum super partes mediante declaraciones obligatorias, como antes señaláramos(72).

#### 1.3.2. "Órgano" notarial

El "órgano" notarial ha sido estructurado invariablemente - al menos, según nuestro conocimiento - en calidad de "simple" empleando la terminología propuesta supra(73). Tal característica - que implica, recíprocamente, la total ausencia de entes "pluriorgánicos" en la especie que analizamos - no se excepciona en ciertos supuestos que consagra la legislación francesa y que son mencionados por Bonnier(74): la participación de dos notarios en actos de determinada naturaleza. Y es así, por cuanto ellos no integran un órgano "compuesto", dado que el segundo escribano concurre como "testigo" - calificado - y no en ejercicio de la función "fedacional"(75).

Entrando en una cuestión terminológica, entendemos que los vocablos "fedatario" y "fedante" deben ser empleados para expresar - respectivamente - los aspectos "pasivo" y "activo" del órgano, en tanto es depositario o ejercita la pertinente función. En consecuencia, el uso del primero se circunscribirá a las relaciones con el Estado que lo inviste de la misma, reservando el otro término para calificar al ente en los aspectos de su quehacer fedacional relativos a los demás sujetos participantes.

### 1.3.3. Competencia notarial

Como ya lo anticipáramos, la fideidatio no es función exclusivamente atribuida a órganos "escribanos públicos", si bien su ejercicio - por parte de éstos - ofrece algunas particularidades(76). Por el contrario, lo típicamente "notarial" habremos de hallarlo en punto a "competencia"(77).

Hay acuerdo general respecto de la realidad de dos de sus especies: "territorial" y "material". Con relación a una "tercera" - en razón de las personas - no existe unanimidad doctrinaria, fenómeno que nos mueve a intentar un ensayo que rectifique - al mismo tiempo - algunas formulaciones que juzgamos insatisfactorias.

#### 1.3.3.1. Competencia "ratione loci"

El ejercicio de la potestad fedante atribuida al órgano que nos ocupa se encuentra limitado a un preciso ámbito "territorial" - expresión que entendemos comprensiva de "suelo", "subsuelo" y "aire"(78)-, y que el Código Civil argentino denomina "distrito"(79).

Creemos necesario puntualizar que el mismo comprende todo el territorio del Estado creador del órgano(80), salvo expresa disposición respectiva. Cuando esto ocurre, la norma que le asigna sólo una circunscripción estatal(81) se nutre de motivos que podemos llamar - sin mengua de su seriedad - "utilitarios"(82), en confronte al carácter "esencial" del principio que establece su límite "máximo". En virtud de éste en cuya consideración nos extenderemos más adelante(83)-, el distrito no puede exceder el territorio del respectivo Estado, puesto que sólo en él el órgano es tal.

Sentado ello, nos proponemos despejar equívocos precisando la relación "hecho - espacio", básica para aprehender correctamente el tipo sub examen. Podría sustentarse, al respecto, la idea de que el hecho deba producirse en el ámbito espacial asignado para ser objeto de legítima "fedación". Consideramos defectuoso tal criterio, por excluir hipótesis válidas. Es menester reparar, para demostrarlo, en que el cometido notarial se presta sobre el apoyo de percepciones(84) que el agente hace de la realidad. No interesa, por ende, el lugar del hecho, sino el de su percepción. El notario se encuentra autorizado a receptor - con algunos o todos sus sentidos - no sólo las manifestaciones producidas en el espacio asignado. También lo está respecto de las que acaecen fuera del mismo pero que él percibe desde su distrito(85). Creemos que esa distinción - sea o no novedosa - tiene su importancia.

#### 1.3.3.2. Competencia "ratione materiae"

Pasamos a considerar el verdadero "núcleo" - en punto a "tipicidad" - de la competencia notarial: la que se estructura en razón de la materia.

Podría pensarse que corresponde precisarla enumerando las distintas especies y subespecies de "contenidos". Tal criterio apuntaría fundamentalmente a destacar las apreciables diferencias que separan a los hechos, "actos" y "negocios" jurídicos, base de la distinción - en nuestra disciplina - entre "escrituras públicas" y "escrituras actas"(86).

Opinamos que tal enfoque - legítimo y provechoso con miras a una sistematización del "instrumento" - distorsiona la realidad del "objeto" de la función fedacional, que es - invariablemente - un hecho (o una pluralidad de hechos)(87). Es indiferente, a nuestro fin, que los mismos conformen o no un "acto" o "negocio". No se minimiza, de tal forma, el valor de la función fedante; por el contrario, se la ajusta a la preceptiva legal, según intentaremos luego desarrollar in extenso(88).

Por ello, preferimos no avanzar más del género "hecho jurídico". Ese será nuestro punto de partida.

#### 1.3.3.2.1. Métodos para determinarla

Adoptamos la clasificación propuesta por Martínez Segovia en su excelente obra *Función notarial*(89), a la que nos remitimos en detalle. Repasaremos someramente, en consecuencia, los métodos allí enumerados.

##### 1.3.3.2.1.1. Determinación por inclusión

Por las razones que habremos de exponer más adelante, consideramos fallido todo intento realizado sobre la base de este criterio. Adelantando opinión, entendemos que existe una verdadera imposibilidad práctica en enumerar la casi infinita gama de hechos que conforman la competencia "real" asignada al órgano "escribano público".

##### 1.3.3.2.1.2. Determinación esencial

Deseamos hacer objeto de especial atención el plausible ensayo del mencionado autor, tendiente a la determinación "esencial" de la competencia que analizamos.

Allanamos las diferencias que nos separan - en el plano doctrinario, no así en el del afecto - interpretando su alusión a las "relaciones jurídicas" en el sentido de los "hechos" que las conforman.

Aún así, persisten las discrepancias respecto de dos tópicos: su exclusión de las hipótesis de "voluntades divergentes" y de las de interés de la "comunidad jurídica" (Estado).

En razón de que habremos de ocuparnos de estas últimas al tratar la competencia *ratione personae*, nos circunscribiremos aquí a las primeras.

Para ello, transcribimos el siguiente párrafo:

"El divorcio, en cambio, está fuera del área de la función notarial porque existe la particularidad de las voluntades divergentes, de la disociación de la voluntariedad anterior y la compulsión para una o ambas partes. Siempre me refiero al aspecto extrapatrimonial."(90)

No creemos que la divergencia de voluntades obste a la competencia notarial. La formulación de una oferta y su no aceptación por el destinatario - verbigracia - son "hechos" contenidos en ella (nos desentendemos de la suerte del "negocio" que se haya pretendido realizar, que - obviamente - no se concluirá).

Igual opinión manifestamos con relación a los supuestos de "disociación de la voluntariedad anterior", con el irrefutable argumento del "distracto".

Compartimos, sí, su opinión inicial acerca del "divorcio" - imposible de rescatar para el notariado en esa época - pero por diferente razón: la irrelevancia de la "autonomía de la voluntad" para configurarlo, toda vez que debía fundarse en causales taxativamente enumeradas en la ley(91), de demostración necesaria.

La introducción, por la ley 17711, del divorcio por mutuo acuerdo - sin prueba causal - modifica el estado del asunto, posibilitando - idealmente - la postura contraria respecto de esta nueva especie.

#### 1.3.3.2.1.3. Determinación por exclusión

Creemos que es éste el método que debe adoptarse para elucidar el tema que consideramos. No nos mueve a ello - debemos aclararlo - su evidente comodidad. Por el contrario, pretendemos fundar tal conclusión - lo habremos de hacer en el siguiente punto - en reflexiones que nos sugiere la actual estructura del cometido notarial.

Previo a todo, consideramos conveniente repasar algunas opiniones doctrinarias recogidas en la citada obra respecto de las cuales - no obstante la coincidencia metodológica - disentimos en cuanto a contenido.

Tales las de Giménez Arnau, Monasterio y Gómez de Mercado(92)en tanto adjetivan a la función fedante de "anticoncenciosa" y reservan a la competencia notarial los derechos "en la normalidad y sin contienda", con exclusión de toda "cuestión controvertida, colisión o anormalidad".

Lejos estamos de calificar a la fideidatio de potestad concenciosa, carácter que tampoco posee - no obstante la frecuente cita en tal sentido - la "jurisdiccional"(93). Sólo deseamos impugnar el corolario final que se desprende de tales posturas, que el autor de la obra expresa así:

"Tiene importancia que se adquiriera plena conciencia de ese deslinde, porque la actitud notarial cambia fundamentalmente en cualquier instante en que advierte el comienzo de la contienda.

La actitud, entonces, es de haber entrado en un caso de incompetencia material que obliga a separarse del conocimiento del asunto."(94)

Anticipamos - también a reserva de mejor justificación en el siguiente punto - nuestra opinión contraria a ese criterio tan general y restrictivo. Basamos ella en las propias palabras de Martínez Segovia:

"Cuando debe asentar un hecho en acta notarial, formular una protesta o realizar cualquier otro acto notarial conservatorio o preparatorio del caso judicial inmediato o potencial, el asesoramiento, consejo y actuación pericial corresponden al abogado. Son casos en que las escrituras deben realizarse con minuta previa del letrado defensor, como es frecuente, también, en los mandatos. Actúa entonces el escribano como mero documentador, afirmando la existencia del hecho y descargando sólo allí toda la fuerza del acto notarial, pero las reservas, las fundamentaciones de carácter jurídico están excluidas, por excepción de su competencia profesional, porque están relacionadas con el «caso judicial»."(95)

Dicho de otro modo, exactamente lo que expresáramos al comienzo de este trabajo, al tender las grandes líneas a que ajustaríamos su desarrollo.

#### 1.3.3.2.1.4. Nuestra opinión

Un precepto reviste la calidad de "piedra basal" de toda la construcción normativa que el Código Civil argentino ofrece en torno a la fideitario. Nos referimos al artículo 993, que dispone:

"El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia."

Le asignamos al mismo el valor de una norma general, que comprende - en su amplitud - todas las especies del quehacer fedante, carácter que igualmente proclamamos respecto del propio Título en el que aquél se inserta. Por ende, no consideramos adecuada la sistematización genérica del "instrumento público" en el cuerpo legal destinado a reglar, en exclusividad, la materia civil, en la que se proyectan sólo algunos de sus tipos. El hecho se manifiesta palmariamente en el inicio del artículo 979 - "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:... - y oscurece, al mismo tiempo, la visión del intérprete. No obstante ello, insistimos en nuestra anterior afirmación - de no hacerlo, pagaríamos tributo al error metodológico, sacrificando la primacía del contenido - y señalamos el carácter general de las disposiciones del mencionado Título III (Sección II, Libro Segundo), aplicable a todos los instrumentos públicos, salvo los casos de real incompatibilidad. Centrando ahora el enfoque en la competencia notarial *ratione materiae*, deseamos poner de resalto un fenómeno singular: la amplitud que a la misma contienen los diversos ordenamientos locales, excediendo el ámbito de los "actos jurídicos"(96). Señalado ello, nos apresuramos a consignar su formal legitimidad - dado el carácter igualmente local del órgano "escribano público"(97)- y a expresar la idea de su validez *in substantia* - en punto a la inclusión de meros "hechos" - atento a lo dispuesto por la norma primera transcrita. Tales consideraciones nos llevan a conceptuarlo - sin esfuerzo - como el órgano fedatario nato teniendo asignada - en principio - una competencia *in totum* respecto del género "hecho jurídico". Los casos sustraídos de la misma implican consiguientemente, expresas excepciones legales que evidencian el carácter excepcional de su "incompetencia". De allí que - desechando el método "enumerativo" - formulemos el principio por exclusión. La competencia que analizamos comprende todos los hechos que no han sido asignados en exclusividad(98) a otro órgano fedatario. Acorde a tal premisa - y a las leyes que presiden la lógica formal - se infiere que la excepción a la excepción torna vigente el enunciado principio(99). Cerramos este punto remitiendo al rubro "Idoneidad del objeto", en el que consideraremos algunos tópicos vinculados al tema.

### 1.3.3.3. Competencia "*ratione personae*"

Siendo ésta la especie de "competencia notarial" que menos tratamiento doctrinario ha merecido, creemos factible - y conveniente - introducirnos en su estudio repasando las posiciones sustentadas.

#### 1.3.3.3.1. Interpretación "a contrario" del artículo 985 del Código Civil

La postura tradicional de la mayoría de los tratadistas argentinos consiste en aprehenderla mediante una interpretación a contrario de la preceptiva del artículo 985 del Código Civil. De tal modo, la competencia examinada estaría constituida por los supuestos en que el autorizante "o sus parientes dentro del cuarto grado" no "fuesen personalmente interesados", criterio que ha concitado una casi unánime adhesión(100).

Por nuestra parte, hemos fustigado ese enfoque, con argumentos expuestos en anterior trabajo(101). Sin perjuicio de la remisión que a él hacemos, insertamos aquí la idea básica: el error conceptual estriba en considerar "competencia" lo que es "habilidad", según las nociones ya vistas ("ámbito del órgano" y "ámbito del agente"). Analizando el reverso negativo, en consecuencia, se percibe que la prohibición contenida en la norma citada no se dirige al "órgano" - que, es obvio, no puede tener "interés personal" ni "parientes" - sino al "sujeto titular" del mismo. Por tratarse, además, de una "inhabilidad" en concreto, el caso configurado es de "ilegitimación" del agente. Y en dicho rubro habremos de incluirlo.

#### 1.3.3.3.2. La opinión de Martínez Segovia

En opinión de Martínez Segovia - a la que adheriríamos hasta hace poco tiempo - la competencia que se analiza comprende "los individuos", expresión que se encarga de explicar como equivalente - según entendemos - a la de "personas de derecho privado", cuyo uso rechaza(102).

#### 1.3.3.3.3. Nuestra opinión

Reflexionando sobre el tema, hemos concluido por apartarnos de tan autorizada opinión. Factor coadyuvante, asimismo, ha sido el percibir que no en todo acto de funcionario estatal hay "fe pública", puesto que tan sólo la poseen los de aquellos investidos de la correspondiente potestad fedante.

En consecuencia - y en orden a esa idea - conceptuamos que la incompetencia señalada, a contrario, por aquel autor sólo se da respecto de situaciones en que se inserta otro órgano fedatario competente, cuyo sujeto titular - es obvio - posee "habilidad" para autenticar todo el complejo de hechos, incluso los propios. En esas únicas hipótesis es superabundante el agregado de la fe notarial, y a ellas entendemos referida la siguiente frase de González Palomino: "la actuación del notario queda excluida de todos aquellos supuestos en los que el Estado (y sus órganos) se presentan investidos de imperium y con órganos propios de formalización."(103).

Por lo expresado, la competencia que examinamos queda ampliada hasta contener a las "personas de derecho público", sin excepción alguna.

Su reverso negativo deberá recibir - acorde a lo expuesto - la curiosa denominación de "incompetencia en razón del agente", bajo la cual habremos de tratarlo.

#### 1.3.4. El "agente"

Importante protagonista en la temática que estamos abordando, la figura del "agente" del órgano notarial ha promovido un continuo interés, suscitándose - en su torno - no pocas controversias doctrinarias. En nuestros días, el choque de opiniones adquiere mayor intensidad, quizá en razón de las tensiones propias de la época y las implicancias socioeconómicas del tema.

Quede en claro el propósito de ajustar la consideración de los siguientes tópicos a un estricto encuadre técnico - jurídico - desprovisto, por ende, de todo aderezo extraño - según nuestros conocimientos y convicciones. Creemos que sólo así - aunque no lo sea hoy - podrá alcanzarse la verdad.

##### 1.3.4.1. Caracteres

Corresponde establecer algunas notas que perfilan - con distinta importancia - la figura que se considera. Procede, asimismo, explicar - no sin necesidad - que empleamos los vocablos "escribano" y "notario" como equivalentes a "escribano público", "investido" o "de registro". Quedan incluidas, así, las dos grandes subespecies que ofrece el derecho argentino - "titular" o "regente" y "adscripto"(104) - con la única diferencia en punto al sistema de acceso a la función.

Nos desentendemos, por lo demás, de otros órganos con parecida denominación, que tienen asignada un área específica de competencia(105).

Ponemos de resalto el hecho de que el "agente" que nos ocupa es - en forma invariable - una persona física (o "individual"). Advertimos - justificando tal afirmación - la existencia de casos en que el ejercicio funcional se encomienda a una "persona colectiva". Así, el órgano legalizador de "los documentos notariales" (competencia *ratione materiae*) es - en algunas provincias - el "Colegio de Escribanos" (agente)(106).

#### 1.3.4.1.2. ¿"Funcionario público"?

Arribamos a uno de los más constantes focos de discordia en nuestra disciplina. El encuadre de la figura del escribano en la categoría conceptual "funcionario público" ha concitado - con pareja intensidad - oposiciones, simpatías, temores.

Si a ello se une el desacuerdo reinante acerca de esta noción en el seno de la propia rama que la acuñó - el Derecho Administrativo, a cuyos autores remitimos - se tendrá exacta idea de la complejidad que ofrece el tema.

Lo consideramos, no obstante, persuadidos de su valor y del de todo intento dirigido a su dilucidación.

Para ello, el camino no puede ser otro que el que indica un enfoque totalmente "subjetivo". Cualquiera sea el punto de llegada - y la significación de nuestros esfuerzos - ése es el que estamos prestos a seguir.

##### 1.3.4.1.2.1. Argumentos "antifuncionaristas"

En estricta observancia de la proclamada "objetividad", pasamos a enunciar las grandes líneas argumentales "antifuncionaristas" contenidas en la obra de Martínez Segovia ya citada, y que es - según nuestro conocimiento - la que pasa revista a un mayor número de opiniones.

En base a un prolijo estudio, las consignamos en orden "general - particular" - desechando el interesante criterio clasificatorio en ella adoptado(107)-, con indicación de autor y página en que cada una se menciona.

A) La función certificante o autenticadora no es "función pública" (Ignacio M. Allende, pág. 41).

B) El notariado no es un "servicio público" (Tavares de Carvalho, página 96).

C) La "fe" notarial no es "fe pública" (Ignacio M. Allende, pág. 41; Martínez Segovia, pág. 169).

D) Los "actos" e "instrumentos" notariales no son "públicos" (Laguerenne, pág. 74; Martínez Segovia, pág. 169).

E) El poder de "dar fe" deviene de la ley (Sanahuja y Soler, pág. 86; Martínez Segovia, pág. 169).

F) El escribano no desarrolla labor al servicio del Estado (Prunell, página 64).

G) La función notarial entraña un caso de ejercicio privado de funciones públicas (opinión de Zanobini, a la que adhieren Giménez Arnau, pág. 61; Couture, pág. 65; Riva Sanseverino, pág. 68).

H) El notario no es órgano del Estado (Otero y Valentín, pág. 52; Díaz de Guijarro, pág. 83; Sanahuja y Soler, págs. 87/88).

I) El escribano no es "funcionario público" (Carámbula, pág. 63; Díaz de Guijarro, pág. 82; Ignacio M. Allende, pág. 41; Allende Iriarte, pág. 43; Martínez Segovia, pág. 169).

J) El notario es "oficial público" (Gómez de Mercado y de Miguel, página 66; Giuliani, pág. 73; Laguerenne, pág. 74; Lovato, pág. 76; Tavares de Carvalho, pág. 99).

K) El escribano es un funcionario público sui generis (Planiol, citado por Tavares, pág. 98).

#### 1.3.4.1.2.2. Nuestra opinión

Pasamos a referirnos a cada uno de los argumentos consignados, ampliando su formulación.

A) Hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente el carácter de "potestad pública" de la fideidatio, sobre la base de un razonamiento riguroso.

Nos ratificamos acerca de la realidad de esa "atribución estatal... de dar autenticidad y fuerza probatoria al documento"(108).

Queda en claro, así, que no nos mueve a ello una simple creencia en "artificiosos poderes certificantes o legitimadores del Estado" (Villalba Welsh, pág. 104), toda vez que estamos persuadidos - y la doctrina mayoritaria con nosotros - de la veracidad de tal aserto.

El Estado - y sólo él - la ostenta y la atribuye con el peso de su imperium. En él - y sólo en él - se halla la "fuente" de la función. Por eso, ésta es "pública".

B) No deseamos introducirnos en el laberinto de la noción de "servicio público", que - por otra parte - no hace específicamente al tema que estamos considerando. Que el notariado lo sea o no, es asunto que no nos interesa sobremanera. Pero queremos señalar que - prescindiendo del hecho de no mantenerse "a través de los gastos públicos presupuestados" - la negativa a así apreciarlo no puede fundarse en las mismas razones que obstan al encuadre de otras actividades (tal, la de "levantar puntos en las medias de las señoras"). Con prescindencia, asimismo, de la calidad de "institución" - concepto más sociológico que jurídico - que, a la postre, Tavares de Carvalho asigna al notariado, rechazamos de plano tal criterio. Al menos, el que hemos aprehendido - salvo errónea interpretación - en base a las opiniones consignadas(págs. 95 y 96).

C) No sólo creemos que la "fe notarial" es "fe pública", sino que afirmamos su total identidad. La fides - en tanto elemento que integra la función "fedacional" - es, en efecto, una. El error estriba - en nuestra opinión - en pretender asignar a cada tipo de "órgano" investido de ella una correlativa "especie particular". Nos hemos extendido anteriormente acerca de sus "caracteres", por lo que no es necesario reiterarlos aquí. Baste señalar que lo "típico" del escribano no está en la "función" - común a todo "fedatario" - sino en su "competencia material", del mismo modo en que en punto a ella - y no respecto a jurisdicción - se distingue el juez Civil del juez en lo Contencioso Administrativo.

D) Por lo antes expuesto, es de gran evidencia el carácter igualmente "público" de todo acto de ejercicio de la fideidatio, de los que - para satisfacción de algunos criterios - se hallan claros ejemplos en los tres poderes del Estado(109). El acto notarial, en consecuencia, también lo es, careciendo de relieve su encuadre en alguno de aquéllos. En lo relativo al "instrumento público", nos resulta incomprensible la postura que lo aprehende como categoría diferente del documento notarial. Consideramos que éste es una "especie" de aquél "género", sobre el solo perfil clasificatorio de la "autoría". En efecto, la "función" ejercida - lo repetimos - es la misma(110), y la "competencia material" carece de entidad cuando es concurrente, por lo que no puede calificarse de "esencialmente distinta" (Martínez Segovia, pág. 169).

Creemos que el mejor argumento demostrativo de todo ello, es el propio texto del artículo 979 del Código Civil.

E) Afirmamos que toda "potestad" - no sólo el "poder de dar fe" - dimana del ordenamiento jurídico. En tal sentido, la ley es "la vida y la muerte del notariado" (Tavares de Carvalho, pág. 97) del mismo modo que lo es de la judicatura y de toda otra institución de Derecho. Pero ello no debe ser interpretado en tanto la atribución de la fideidatio se realice directamente por la ley respecto de cada escribano "en concreto", idea que Martínez Segovia (págs. 169/170) expresa así: "d) La facultad de autenticar, de dar publicidad y valor, proviene de la ley para el notario, y del nombramiento, pues es derivación de potestad, para el funcionario. No puede haber funcionario sin nombramiento, pero sí puede haber notario sin nombramiento". La "investidura" - de la que nos ocuparemos específicamente más adelante - es, en nuestra opinión, requisito necesario para el ejercicio de toda función pública.

F) Sólo en base a un enfoque parcializado del fenómeno es posible ignorar la existencia de un auténtico "interés del Estado" cual soporte del quehacer notarial. En efecto, la conclusión errónea se origina - según entendemos - en un punto de vista que únicamente permite abarcar un sector de la realidad: el de sus destinatarios. De tal modo, queda fuera del ángulo de mira el verdadero aspecto "calificador" de la función: su "origen". Mal se aprehende, por ejemplo, la naturaleza de la jurisdicción señalando su relativo valor en el circunscripto ámbito "actor - demandado", el que no adquiere la debida amplitud ni con la referencia a lo "que significa definir sus posiciones frente a la comunidad" (Díaz de Guijarro, pág. 85). Su captación esencial sólo habrá de lograrse ahondando el análisis, hasta percibir claramente que - aun destinada a "particulares" - la potestad de juzgar es pública. Y ello así, por cuanto su fuente es "estatal". ¿Podrá negarse el interés del Estado en que impere la Justicia? Del mismo modo - lo reiteramos - la fideidatio también lo es no obstante sus destinatarios inmediatos sean "los individuos". ¿Es posible desconocer el interés público en la "seguridad jurídica"?

G) La opinión de Zanobini - verdadero maestro del Derecho Administrativo - merece ser comentada con mayor detención, y sobre la base de una directa compulsión de su trabajo *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*(111).

Señala:

- a) El carácter público de la función: "si tratta del fine pubblico e staduale dell'attestazione in forma autentica dei fatti umani aventi rilevanza giuridica" (pág. 341).
- b) La denominación de "ufficiali pubblici" dada a los notarios por la ley del 16 de febrero de 1913, N° 89 (art. 1°), título que "é in aperto contrasto con l'idea di libera professione e di esercizio privato di funzioni pubbliche" (ídem).
- c) El concurso impuesto para acceder a la función por el art. 10 de la citada ley, que "implica l'esistenza nella organizzazione dello Stato di un certo numero di uffici notarili tassativamente determinato, ed esclude che coloro, che hanno i requisiti voluti dalla legge, abbiano un vero diritto a divenire notari, diritto che é proprio di chi si dedica alla libera professione legale" (ídem).
- d) El "nombramiento" ("nomina da parte dello Stato, fatta con decreto reale") - dispuesto por el mismo artículo - que "implica effettivamente l'assunzione del notaro in un ufficio statale" (ídem).

No obstante las notas consignadas, afirma que "il notaro nell'opinione comune é un professionista, e bisogna riconoscere que egli esercita le sue funzioni come privato" (pág. 342).

Funda tal conclusión en dos argumentos principales:

1º) Ejercita la función en interés propio ("per un proprio interesse", pág. 344).

Lo demuestran los siguientes hechos:

a) Carecen de oficina puesta a su disposición por el Estado ("debbono tenere a proprie spese studio aperto") (art. 25 de la ley citada) (pág. 342).

b) Los que se valen de su obra son llamados "clientes" ("clienti") respecto de los cuales aquél tiene "un diritto privato di credito (diritto all'onorario)" (ídem).

c) Entre notarios, limitadamente, se establece libre competencia, "che si basa sulla fiducia che il professionista personalmente sa guadagnarsi da parte dai cittadini" (ídem).

Por todo ello, sostiene que el notario es "un ufficiale che tali funzioni esercita in modo autonomo, come persona indipendente, per un interesse proprio e a proprio rischio e vantaggio", autonomía que "deriva tutta dalla forma speciale di remunerazione... per mezzo della sportule" (ídem), sistema que - se apresura a aclarar - "Nell'antico diritto era... la forma normale con la quale lo Stato provvedeva alle spese dei pubblici servizi e al mantenimento del necesario personal", lo que produjo "l'assurdo istituto della venalità ed ereditarietá degli uffici pubblici" (pág. 343). Señala seguidamente que "Eccezionalmente il sistema della sportula é rimasto per alcuni ufficiali, che rientrano specialmente nell'ordinamento giudiziario. Tali sono gli uscieri, gli ufficiali giudiziari é in parte anche i cancellieri" (ídem), entre los cuales y el notario encuentra - al respecto - "una profonda differenza: perché, mentre per questi ufficiali la sportula costituisce un mezzo secundario ed accesorio di remunerazione, di fronte allo stipendio che essi ricevono dallo Stato, per i notari gli onorari..., costituiscono l'intiera ed unica remunerazione" (pág. 344).

2º) Ejerce la función en nombre propio ("in nome proprio", página 344).

Apoya tal proposición en:

a) El "sello notarial", dado que mientras "il timbro d'ufficio, che debbono premettere aila propria firma tutti i pubblici ufficiali, contiene soltanto l'indicazione dell'ufficio in forma astratta, e costituisce la formula, attraverso la quale l'ufficiale appare titolare di questo ufficio statuale; il sigilo notarile, invece, serve a legittimare la persona del notaro: in esso é indicato il nome, cognome e paternitá di lui, con la qualifica di «notaro» e il nome del Comune nel quale egli esercita le sue funzioni (art. 23 della legge notarile)" (páginas 344/345).

b) La apertura de los actos notariales con el nombre del Rey "serve solo a ricordare che dal Re il notaro é stato investito della capacità di compiere gli atti del suo ministero, ma non implica che il notaro compia i suoi atti in rappresentanza del Re, che varrebbe in rappresentanza dello Stato" (pág. 345).

c) El hecho del concurso no basta "a conferire... la qualità di organo statuale" (ídem).

d) Otro tanto ocurre con el nombramiento, que - respecto del notario - "é una nómima a vita (art. 16 della legge vigente). Cosiché la posizione del notaro non va soggetta, come quella dei funzionari e impiegati, ai cosí detti limiti di età; ..." (págs. 345/346).

Tal la opinión del ilustre autor. Las siguientes, las reflexiones que - respetuosamente - formulamos acerca de la misma.

a) De los primeros postulados, sólo queda incólume el carácter público - que "non dá luogo ad alcun dubbio" (pág. 341) - de la función "fedacional".

b) La calidad de "oficial público" del notario se desvanece - fundamentalmente - en razón del régimen retributivo. Aunque habremos de ocuparnos más adelante de ese aspecto en su incidencia en la configuración del "funcionario público", deseamos señalar dos momentos del proceso - en el discurso de Zanobini - donde el autor no observa uniformidad de criterio:

1º) Al referirse a la "sportula" le asigna, por igual, el carácter de simple "ufficiale" (sin abundar en su sentido) y de "specie di pubblici ufficiali" (pág. 342).

2º) Al confrontarlos con los otros funcionarios con similar retribución, califica a los notarios de "liberi professionisti" (pág. 344).

c) No asignamos a la "clientela" la decisiva importancia pretendida. d) Idéntico juicio sustentamos respecto del "sello", debiendo señalar que, entre nosotros, los de muchísimos funcionarios contienen los datos que la comentada ley italiana dispone para el "sigilo notarile" (nombre, apellido, cargo, ciudad o provincia). Debemos agregar que, en nuestra opinión, en todos los casos al sello funcional puede imputársele finalidad "legitimante" (de la persona como "agente" del "órgano").

e) Aun compartiendo, en principio, sus opiniones respecto del "concurso" y del "nombramiento", entendemos que Zanobini extrae - de ellas - una conclusión equivocada. En efecto: es verdad que la "gara" y la "nómima" - acorde al sistema del "albo chiuso" - no convertirían en "funcionario" al abogado (pág. 345). Pero, ¿cuál es la razón? Creemos que no otra que la naturaleza de sus funciones. Y en este punto, precisamente, estriba la fundamental diferencia con las del notario, cuyo fin el propio autor proclama "pubblico e statale" (pág. 341).

Centrando el asunto en un correcto enfoque, en consecuencia, sostenemos que el nombramiento no produce la "publicistización" del quehacer "privado", pero - referido a funciones "estatales" - evidencia el carácter "público" del agente encargado de ellas. Con relación a su índole "vitalicia", negamos que esté reñida con la calidad de funcionario (la Historia nos ofrece reiterados ejemplos(112), dado que entendemos que la naturaleza jurídica no cambia en virtud de los regímenes jubilatorios(113). En consecuencia, partiendo de la propia premisa de Zanobini - calidad público - estatal de la fideidatio - entendemos que la expresión "ejercicio privado" es poco feliz, ya que deja sin elucidar el carácter del "agente" o - peor aún - postula su encuadre en la figura del "profesional liberal". Y a ello se llega por una equivocada elección del elemento calificador, al preferir el contingente "cómo se ejercita" antes que la valedera pauta del "qué se ejerce".

Adherimos a Gómez de Mercado y de Miguel en tanto propugna la revisión de aquella frase(114), criterio que hacemos extensivo a las de Gonella(115)- profesional libre que asume un munus publico -, Couture(116)- función pública a cargo de un particular - y Feyock(117)- simple portador de una función pública.

Por nuestra parte, además, nos autoconvocamos para esa tarea.

H) Hemos fijado anteriormente la noción de "órgano", y a ella nos remitimos. Tan sólo corresponde aclarar aquí que cuando se niega el encuadre del escribano público en aquella figura, tal juicio - obviamente - se formula con referencia al "cargo"(118). En nuestro concepto, la naturaleza "pública" de una función determinada es consecuencia de un proceso de concentración de su ejercicio por el Estado, que culmina al excluir totalmente de él a los particulares. Aleccionador, al respecto, es el ejemplo de la potestad jurisdiccional, que implica - hoy - la inexistencia de "justicias privadas" y de regímenes de "autotutela". El carácter "público" de la fideidatio, del mismo modo, entraña su "monopolio estatal", hecho ya puesto de relieve por Mustápic(119).

En consecuencia, ningún ente puede poseerla sino en virtud de expresa atribución por el Estado. ¿Cuál es el corolario de ello? Que toda "esfera abstracta de competencia" para el ejercicio de la función fedante constituye un órgano estatal. No otra cosa es, en efecto, cada cargo de escribano público, oficial del Registro Civil, secretario judicial, etc.

Pero, adviértase, dicha calidad no deviene de una especial situación del ente en la maquinaria "administrativa", en la que - por otra parte - existen "puestos" que no revisten el carácter "orgánico" que analizamos (verbigracia: auxiliar dactilógrafo), dado que el elemento calificante - repetimos - está en la naturaleza de la función. De allí la intrascendencia del criterio distintivo expuesto por Lovato (pág. 76) entre "órganos propios" y los que no lo son.

En lo que hace a la opinión de Sanahuja y Soler (págs. 87/88), que conceptúa al notario "órgano de la comunidad jurídica", creemos que trasunta un intento fallido por sustraerlo de la ubicación que corresponde. Amén de lo impreciso de la idea, ¿no es el Estado, acaso, la "comunidad jurídicamente organizada"?

I) Llegamos aquí al núcleo del problema ¿Es el escribano funcionario público? Muchos son los autores de prestigio que han respondido negativamente. Entre ellos, numerosos los que lo hacen aún reconociendo el carácter público de la función (Carámbula, págs. 63/64, además de los antes citados).

Las argumentaciones esgrimidas son de variado tipo. Trataremos de sistematizarlas.

a) Nombramiento: Ignacio M. Allende (pág. 41) sostiene que la designación por el Estado no es esencial, y que no está dispuesta en el Código Civil. Entendemos que - en tratándose de funciones públicas - toda atribución proviene del Estado, y que no otro sentido posee el vocablo en el artículo 982 de dicho Código(120). Martínez Segovia (pág. 171), por su parte, adhiere a Van Hoestenbergh y Van Hove en tanto hacen provenir la designación "de la ley y no del gobierno". Creemos que, si bien las "atribuciones" están determinadas por el ordenamiento legal, la "investidura" dimana del Estado. (Entre nosotros, en concreto, del Poder Ejecutivo).

Rechazamos, en consecuencia, la opinión de Guardiola (pág. 68), que la considera emanada "de la sociedad".

b) Respecto del Estado:

1) No lo representa (Ignacio M. Allende, pág. 41 y Díaz de Guijarro, pág. 85). Entendemos que todo el quehacer fedante implica auténtica representación orgánica estatal. En nuestro derecho no existen fórmulas mediante las cuales se evidencie dicha representación(121), lo que nos sustrae la posibilidad de recurrir al fácil expediente de su compulsas, y al que el propio Zanobini dedica no pocas líneas(122). Preferimos indagar su realidad. Y partiendo del recordado "monopolio funcional", nadie sino un agente del Estado puede ejercer la fideidatio.

2) No tiene delegación de facultades (Ignacio M. Allende, página 41). Aun con riesgo de reiterar observaciones ya formuladas, consideramos conveniente insistir acerca de algunas nociones. Recordemos, pues, que la "competencia" es el dónde del "hacer jurídico" del órgano, idea que lleva implícita otra: la del qué de ese hacer: la "función". Cuando el orden normativo dispone la existencia de una "unidad permanente estatal" no sólo asigna un "ámbito de ejercicio"; además - y aun antes de ello - le atribuye una función a ejercer Y en este aspecto, invariablemente se conforma una real delegatio.

3) No hay responsabilidad por los errores del escribano (Allende Iriarte, pág. 43, y Díaz de Guijarro, pág. 84). Reconocemos que - en estricta teoría jurídica - se impone que toda persona colectiva responda por los actos de sus "órganos", ya que a ella se imputan. No obstante, en el campo del Derecho Público - ¿privilegio estatal? - ese principio no se encuentra siempre consagrado. Aun más, algunas normas lo repudian expresamente; tal, el artículo 23 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos(123). En consecuencia, cae también la afirmación de que mientras "el notario es autor y responsable de su obra... el funcionario no lo es" (Martínez Segovia, pág. 170).

4) No forma parte de los poderes del Estado (Gallo, a quien adhiere Díaz de Guijarro, pág. 84). Coincidimos en la afirmación, no así en la consecuencia que de ella se pretende sacar. Lo hemos afirmado antes, la calidad de "órgano" no depende de una peculiar situación "burocrática". La estructura de los poderes del Estado, no obstante, encuentra en ella una sólida armazón, cuya importancia no negamos. Pero es necesario reparar en un detalle: la referencia a tales "poderes" se dirige, casi invariablemente, a los tres tradicionales. ¿Son los únicos? Lo dudamos. ¿Corresponde a cada uno una función propia y exclusiva? No. Y así resulta difícil encuadrar auténticos órganos con típicas atribuciones estatales si no se cuenta, para el caso, con el sencillo recurso de la "dependencia" (aunque más no sea "presupuestaria"). ¿Dónde ubicar a un "convencional constituyente"? ¿Y al presidente de un comicio? No pretendemos se estructure un nuevo "poder fedacional"; pensamos, incluso, que su existencia no modificaría el estado de la cuestión. Únicamente deseamos señalar que si bien en la mayoría de los casos el órgano estatal integra la "administración", ello no se da siempre. En ciertas hipótesis, en consecuencia, sólo el análisis de la naturaleza de la función atribuida podrá dar la respuesta correcta.

5) No hay "vinculación constante" (Díaz de Guijarro, págs. 84/ 85). La cita de la opinión de Bielsa, nos lleva a considerar aquella expresión equivalente a la nota de "continuidad" que señala este autor(124). En virtud de la misma - y de la "designación especial" - se diferencia, aclara, el funcionario público "de aquel que, sin serlo, puede ser considerado circunstancialmente como funcionario público, en razón de la naturaleza de la actividad que realiza (ya sea por obligación legal, ya espontáneamente)".

Así entendida, rechazamos la opinión de Díaz de Guijarro, puesto que no hay tal "accidentalidad".

c) Con relación a los derechos y deberes del funcionario público: No está sujeto a ellos (Gallo, a quien adhiere Díaz de Guijarro, pág. 84).  
Los trataremos separadamente.

1) Remuneración por el Estado (Ignacio M. Allende, pág. 41).

Este aspecto ha dado lugar a una de las más brillantes formulaciones en torno a los caracteres esenciales del funcionario público. Nos referimos al estupendo trabajo de Petrozziello: "Il rapporto di pubblico impiego"(125).

Traducimos sus pasajes más significativos. referidos a la distinción entre "funcionario" y "empleado":

"Es necesario decir que los dos términos no están puestos entre sí en antítesis, ni usados indiferentemente, en cuanto designan dos posiciones lógicas distintas. El concepto de funcionario, en efecto, toma en consideración sobre todo el contenido objetivo de las atribuciones, que se despliegan al servicio de la Administración Pública; el concepto de empleado, a su vez, prescinde de esa consideración, para referirse a aquel particular modo, con el cual las personas físicas son asumidas por el Estado o por otro ente público, o sea a la relación de empleado público.... De las expuestas premisas, se sigue:

1º) Entre los dos conceptos - funcionario público y empleado público - no existe antítesis ni confusión, sino distinción lógica.

2º) Las dos calidades pueden coincidir en la misma persona, pero pueden también no coincidir, dando así lugar a esta clasificación tripartita:

a) Empleados - funcionarios.

b) Empleados no funcionarios.

c) Funcionarios no empleados, o sean «funcionarios honorarios»."

Queda en claro, así, que la retribución estatal es de la esencia del "empleado público" y no del "funcionario".

En lo que hace a la figura del escribano, conviene señalar que ello no implica que "el Estado se desentiende de la buena o mala fortuna de sus sirvientes", al menos en los términos absolutos en que lo plantea Tavares de Carvalho (pág. 97). Según creemos, la limitación del número de registros notariales se funda - amén de en razones de un más estricto control funcional - en posibilitar, genéricamente, mejores recursos económicos a este especial tipo de "fedatarios".

2) Jubilación: Bouche - citado por Allende Iriarte, pág. 43 - estima a ésta esencial para todo funcionario público. Aun no compartiendo su criterio, puntualizamos que - en la actualidad - el escribano goza de dicho beneficio.

3) Obligatoriedad de la prestación funcional: Parece negarla Tavares de Carvalho (pág. 96) en tanto sostiene que el notario "puede negarse a celebrar cualquier acto que se le solicite". Desconocemos los fundamentos de tal afirmación, que es imposible aceptar a la luz de nuestro ordenamiento positivo. Al respecto, el artículo 34 de la ley 3700 de la provincia de Entre Ríos dispone:

"Son deberes de los escribanos de registro:

...

d) Tomar la intervención profesional para que fuere requerido, no siendo contraria a las leyes y no hallándose impedido por otras obligaciones profesionales de igual urgencia..."

Ello no implica, además, negar la posibilidad de "excusación" en ciertos casos - atento al peculiar carácter de la actividad desempeñada -, nota común a otros funcionarios (los jueces, por ejemplo), y que en nada altera su naturaleza,

En consecuencia, podemos suscribir las palabras de Villalba Welsh (págs. 101/102): "El notario ha aceptado desempeñar sus funciones notariales y ello le obliga a prestarlas cada vez que sea requerido. El Estado y el escribano celebran un contrato de derecho público".

4) Dependencia jerárquica: Martínez Segovia (pág. 167), lo que importa el recurso de revisión de los actos del funcionario (ídem) y de la que deriva el "deber de obediencia" (Villalba Welsh, citado por Tavares de Carvalho, pág. 98).

La validez de las afirmaciones anteriores está condicionada a un engarce "burocrático" del órgano. Y aun así, no en términos absolutos. Es evidente que tan sólo en la "administración estatal" tales notas adquieren carácter cierto y necesario. A pesar de ello, entendemos que - aun en ese ámbito - el "deber de obediencia" - cuyo correlato es el "poder de mandar" - no cubre, invariablemente, toda la actividad del sujeto, atento a que hay sectores que implican competencia "de grado" exclusiva(126). Además, lógicamente se percibe que el principio no rige respecto del cargo superior de cada entidad autárquica o de los propios "poderes"(127). Por lo que hace a la "revisión" de los actos del funcionario, a menudo tal proceso se agota - en sede administrativa - antes de alcanzar el punto más alto de su estructura, pasando luego a la esfera jurisdiccional.

Con respecto al notario, entendemos que existe cierta dependencia jerárquica de otros órganos estatales(128)circunscripta, obviamente, al "modo" del ejercicio funcional. En cuanto a sus actos, su "irrevisibilidad" es elocuente demostración de jerarquía, antes que prueba de su valor "privado".

Lejos estamos de proclamar su ejercicio "soberano" de la fideidatio (Saage, pág. 47) o la sola obediencia a "su voluntad" (Torres, pág. 69). Únicamente pretendemos advertir que - por no integrar la "administración" - no se dan, respecto del escribano, algunas notas que la doctrina ha señalado como esenciales de la figura que consideramos, pero que son propias de su especie "administrativa".

De allí que la "autonomía" del notario (Tavares de Carvalho, pág. 96) sea sólo relativa frente al Estado - del cual es "agente" - y se reduzca al aspecto financiero.

Por encima de esos detalles accidentales, el análisis de su real naturaleza nos lleva a insistir en esta afirmación: sólo un funcionario público puede autorizar instrumentos provistos de efectos similares a los de la "cosa juzgada formal".

5) Delitos: (Ignacio M. Allende, pág. 41). No estamos totalmente convencidos de que los delitos previstos en torno a las "funciones públicas" - verbigracia, desacato - no sean aplicables respecto del escribano. Más aún, nos afianzamos en la idea de que algunos de ellos - los tipificados en los artículos 246, inc. 1º y 253 del Cód. Penal(129)- alcanzan a la materia notarial. Por otra parte, la legislación italiana - según nos ilustra Lovato (pág. 77) - así lo dispone.

6) Residencia, asiduidad, incompatibilidades: Sostiene Ignacio M. Allende (pág. 41) que son "sólo obligaciones reglamentarias que lo acercan al funcionario público, pero no son esenciales del notariado". Por nuestra parte, en ellas - y en la distribución de competencia *ratione loci* y régimen de "licencias" - encontramos un poderoso refuerzo argumental para la tesis a que adherimos, y - congruentemente - las consideramos propias de la naturaleza "pública" de la función atribuida.

J) El concepto de "oficial público" que es posible extraer del articulado del Código Civil argentino(130)es en nuestra opinión - la del sujeto investido de la potestad fedante, noción que se asemeja a la expresada por Tavares de Carvalho (págs. 99/100).

Nos apresuramos a añadir - despejando posibles equívocos - que constituyen una "especie" del género "funcionario público" - calificados en punto a la "naturaleza" de la función -, pasible de subdivisiones, según diversos criterios.

Ejemplificamos:

A) Atento a la competencia material:

- a) Escribanos públicos.
- b) Secretarios judiciales.
- c) Oficiales del Registro Civil, etc.

B) Según exista o no "relación de empleo público":

- a) Oficiales públicos no empleados: escribano público.
- b) Oficiales públicos empleados: 1) Secretarios judiciales; 2) Oficiales del Registro Civil.

Queda en claro, así, que la expresión no es antitética a las de "empleado" o "funcionario" - como parece entenderlo Gómez de Mercado y de Miguel (pág. 66) - y que los escribanos - al menos aquí - no somos los únicos "oficiales públicos", como señala Laguerenne (pág. 74) respecto de la legislación francesa.

K) Por último, aun compartiendo la opinión de Curti - Pasini (citado por Tavares, pág. 98) en tanto advierte que no hay posible confusión entre los conceptos de "funcionario público" y "oficial público", entendemos que ello deriva del hecho de ubicarse en diferentes órdenes: género y especie.

Entendemos que ciertos aditamentos a la expresión "funcionario público" - sui generis (Guardiola, pág. 67), ad hoc (López Palop, página 67, a quien adhiere Gómez de Mercado y de Miguel), "no plenamente" (Gerona, pág. 64, citado por Carámbula) - ni aclaran ni resuelven la cuestión.

Frente al problema que estamos considerando, entendemos que el eclecticismo pierde su mérito en razón de una tajante alternativa: ¿Es o no funcionario público el escribano? En consecuencia, responder sui generis o ad hoc implica reconocerle esa calidad, y contestar "no plenamente" entraña negársela.

#### 1.3.4.2.2.1. Corolario

El Estado tiene a su cargo "funciones exclusivas" que, por tal razón, se denominan "públicas". La fideidatio es una de ellas.

Para ejercerlas - atento a su "imposibilidad de hecho", propia de toda persona jurídica colectiva - dispone de "unidades abstractas permanentes" - los "órganos" - a quienes las atribuye dentro de determinada competencia.

Tales "unidades" integran o no la "Administración estatal". En el primer caso, los gastos que demanda su funcionamiento se satisfacen por medio del erario público; en el segundo, ello no ocurre. Pero, en ambos, se trata de auténticos "órganos estatales".

En razón de que éstos no son "realidades concretas", es menester que el Estado requiera el concurso de personas físicas: los "agentes", a los que " nombra " en calidad de sujetos titulares.

Del mismo modo que los "órganos", los "agentes" pueden o no ser "administrativos", según sean o no pagados por el Estado. Si ello ocurre son, además, "empleados públicos". Cuando el agente es titular de un órgano estatal investido de una función pública es, obviamente, "funcionario público".

Interesa, en consecuencia, la "titularidad" de una "unidad permanente"(131)- lo que implica "nombramiento" y "continuidad"(132)- y la "naturaleza" de la función(133).

Por ello, sostenemos que el escribano es "funcionario público". Pretendemos "revivificar" el concepto, que, para algunos, "está en franca quiebra" (Pérez de Olivares y Gavira, pág. 80).

No tememos - como documentadores - ser desalojados "por los avances de la técnica en materia de reproducción" (Carnelutti, pág. 72), del mismo modo que los jueces no creen en su sustitución por computadoras.

Tampoco propiciamos el cambio de la expresión "escribano público", dado que el problema no es denominativo, sino conceptual. Sigámosla usando, como proponen Díaz de Guíjarro (pág. 86) y Villalba Welsh (pág. 105).

Pero en la inteligencia que, al hacerlo, designamos a un funcionario público. Si se pretende mayor precisión - llegando a la "especie" -, a un "oficial público"(134).

### 1.3.5. Capacidad

Pasamos a ocuparnos del engarce de este concepto en la esfera del quehacer notarial.

Quizá innecesariamente, aclaramos que se trata de establecer el punto de contacto entre el "ámbito" asignado a la "persona" - así hemos definido a la "capacidad" - y el ente "notario", o - con otras palabras - la "idoneidad" requerida para asumir el "rol" "escribano público".  
Procede advertir que el mismo - como muchos otros - no es pasible de ejercicio por vía de representación, por lo cual toda causa obstativa se resuelve en una "incapacidad de derecho"(135).

Debe ponerse de resalto, además, otra circunstancia: si bien en el campo civil el principio es el de la plena capacidad, no ocurre lo mismo con relación a los "roles" de la categoría que analizamos - de "Derecho Público" - en las que se la perfila expresamente en base a una enunciación de requisitos(136).

En ese orden de ideas, en consecuencia, el acto estatal de "investidura" se halla condicionado legalmente, lo que implica que no toda persona puede aspirar al cargo ni ser nombrada para el mismo.

Repasemos las disposiciones de la ley 3700 de la provincia de Entre Ríos:

"Artículo 13 - El Poder Ejecutivo concederá registros conforme a las presentes normas a quienes cumplan la totalidad de los siguientes requisitos:

1º) Estar inscripto en la matrícula del Colegio de Escribanos.

2º) Ser mayor de edad.

3º) Ser nativo de la provincia o argentino con cinco años continuados e inmediatos de residencia en la misma. Deberá tener cinco años de ejercicio de la ciudadanía, el argentino naturalizado.

4º) Haber triunfado en las oposiciones cuando corresponda." "Artículo 8º - La matrícula notarial estará a cargo del Colegio de Escribanos.

Para ser inscripto en ella se requiere:

a) Título de escribano o notario expedido por Universidad Nacional. Cuando las Universidades Nacionales no expidan esos títulos, será recién habilitante el de abogado, con la especialización que disponga la reglamentación.

b) Acreditar identidad personal.

c) Justificar buena conducta."

"Artículo 47 - No pueden ejercer funciones notariales por causas de inhabilidad:

a) Los incapaces.

b) Los acusados por cualquier delito, desde que se hubiera decretado la prisión preventiva y mientras ésta dure, siempre que no fuera motivada por hechos involuntarios o culposos.

c) Los condenados dentro o fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a leyes nacionales de carácter penal con excepción de las sentencias por actos culposos o involuntarios.

d) Los fallidos y concursados no rehabilitados.

- e) Los que por conducta o graves motivos de orden personal o profesional fueran descalificados para el ejercicio del notariado.
- f) Los escribanos suspendidos en el ejercicio de su cargo en cualquier jurisdicción de la República, por el término de la suspensión.
- El Poder Ejecutivo podrá rehabilitar a los que se encuentren comprendidos en los casos del inciso c), después de cinco años de cumplida la condena."

Tales, las normas que nuestra legislación provincial dedica al tema que consideramos. Con su transcripción pretendemos haber cubierto - siquiera mínimamente - el propósito que nos indujo a incluir este punto. Un análisis exegético de los preceptos - además escapa materialmente a nuestra disponibilidad de tiempo. En otra ocasión - asumimos el compromiso - habremos de hacerlo.

Queda, sí - como saldo positivo -, perfilado el concepto a través de un orden de disposiciones legales. Eso, precisamente, es lo que pretendíamos en esta instancia.

#### 1.3.5.1. Naturaleza de las "incompatibilidades"

Consideramos necesario referirnos brevemente a las "incompatibilidades", con el fin principal de dejar establecida su naturaleza. ¿Impiden el "acceso" a la función o su "ejercicio"?

Nos inclinamos por lo señalado en segundo término, no por mero apego dogmático(137) sino atendiendo a la ratio que las motiva.

En efecto, lo "incompatible" radica - cuando se trata de dos "cargos"(138)- en ejercitar ambos, no en la mera circunstancia de ostentarlos. Lo prueba el hecho de la frecuente solución mediante la "licencia" en uno de ellos. Tal nuestro parecer, con lo que dejamos el tema. Habremos de volver sobre él, más adelante, para indagar su repercusión en el "acto notarial".

## 2. EL "ACTO NOTARIAL"

Arribamos al tema principal de este trabajo: el "acto notarial".

Comprobamos que muchas páginas hemos escrito tratando de llegar a él con un panorama conceptual lo más claro posible. Creemos que la tarea no ha sido en vano. Disponemos de una serie de nociones cuyo manejo en este punto es de imprescindible necesidad y confiamos en haberlas formulado - aun terminológicamente - en forma inequívoca. El esfuerzo se verá compensado, en consecuencia, si podemos utilizarlas - o remitirnos a ellas - con relativa seguridad. Esperamos que así sea.

### 2.1. EL "ACTO DEL OFICIAL PÚBLICO" EN EL CÓDIGO CIVIL

Vélez Sársfield emplea no pocas veces, en el Código Civil, los vocablos "acto" y "actos" con referencia al "oficial público" o "funcionario público" (artículos 980, 982, 983, 985, 987 y - tácitamente - 986).

El hecho no provoca extrañeza. Lo que resulta insólito, sí, es el "significado" que parece adjudicarles el codificador.

Del contexto de cada norma, efectivamente, surge asignado a ellos un sentido equivalente a "instrumento público"(139).

¿Cuál es el motivo de esta confusión terminológica?

La respuesta nos la da Bonnier, comentando la legislación francesa, que ha sido fuente de nuestro Código en este tema (y causa del señalado error).

"No hay, desgraciadamente, en nuestra lengua expresión especial para designar los escritos revestidos con ciertas formas que sirven para consignar tal o cual convención o contrato, tal o cual hecho. La palabra latina instrumentum que expresaba felizmente esta idea, no se encuentra entre nosotros sino en el verbo instrumentar (actuar), que se refiere a las funciones de los notarios, y en el adjetivo instrumentario, aplicado a los testigos que les asisten... Así la palabra acte, designa a un tiempo mismo lo que ha pasado, quod actum est, y el escrito redactado para consignar lo que ha acontecido."(140).  
Queda así resuelto el equívoco. Creemos que era conveniente hacerlo.

## 2.2. ESTRUCTURA

El "acto notarial"(141)se estructura en base a una "secuencia" integrada por dos términos: a) "percepción"; b) "declaración". De ella pasamos a ocuparnos.

### 2.2.1. "Percepción"

La propia naturaleza de la función ejercitada marca la necesidad de esta primera fase. La fideidatio, en efecto, requiere un soporte fáctico, un "objeto". Se "da fe" de "algo"; ese "algo" es un "hecho"; y el "hecho" - es lógico - debe ser percibido por el sujeto fedante. ¿Qué es la "percepción"? La psicología nos enseña que - en sentido abstracto - es una función por la cual la mente se forma una representación de los objetos exteriores, y - en sentido concreto - es el ejercicio o resultado de esa función(142).

Contentémonos con tales nociones. Dejemos a los especialistas la elucidación de los complejos tópicos que conforman el proceso perceptivo(143).

Señalemos, tan sólo, que la percepción se origina en impresiones sensoriales, punto que interesa considerar especialmente por su relevancia en relación al cometido notarial.

La doctrina mayoritaria, en efecto, lo circunscribe a "lo visto y oído".

No pretendemos negar su enorme entidad. Únicamente deseamos advertir que ella no excluye posibles "fedaciones" válidas respecto de percepciones recibidas a través del tacto, gusto u olfato, que - en algunos casos - pueden tener valor definitorio(144).

Estamos convencidos de la legitimidad de esa ampliación y de que es menester tomar conciencia de ella.

### 2.2.2. "Declaración"

La "percepción" - como todo fenómeno puramente psíquico - carece de relevancia jurídica (y hasta social) en tanto no sea manifestada por el sujeto.

En consecuencia, lo que el notario "percibe"(145)debe proyectarse hacia el exterior de su mente para ser valorado por el Derecho.

¿De qué manera ello se logra? Mediante una "declaración".

Esta segunda fase constituye la más importante. Es la "sustancia" del acto.

La doctrina ha distinguido diversos "tipos" de declaraciones y creemos oportuno indagar a cuál de ellos pertenece la que examinamos.

Sin duda, se trata de una declaración "de verdad"(146), pero de orden especial en virtud de su autor. El escribano simplemente narra; el Estado le imprime un valor casi absoluto de exactitud y veracidad a la narración. Así, precisamente, se "da fe".

## 2.3. CARACTERES DEL ACTO NOTARIAL

Consideramos pertinente fijar los "caracteres" del acto que nos ocupa, a efectos de disponer - antes del examen específico de cada uno de sus elementos constitutivos - de una idea clara en punto a su naturaleza.

### 2.3.1. Acto "jurídico"

Es innegable que el acto notarial integra el género de los "actos jurídicos".

A pesar de ello, su encuadre en la definición contenida en el artículo 944 del Código Civil(147)no se logra siempre sin esfuerzo.

Ningún problema se suscita en punto a las notas, invariables, de "voluntariedad" y "licitud".

Otra cosa ocurre respecto del "fin inmediato" de "establecer entre las personas relaciones jurídicas". Puede admitirse, en efecto, que el mismo se alcanza indubitadamente en las hipótesis en que los hechos" objeto del acto notarial conforman un "acto" o "negocio jurídico".

Pero, ¿en las que no es así? Nos referimos, concretamente, a los casos - posibles - de "fedación" de simples hechos sin trascendencia jurídica ostensible(148).

Nos inclinamos por su inclusión en la categoría examinada por cuanto es factible adjudicarles - al menos supuestamente - una potencial virtualidad "conservatoria" de derechos.

Y aun cuando ella no fuere relevante - a tenor de lo dispuesto en el artículo 899(149)-, apoyamos nuestro parecer en la relación que el acto establece entre el escribano y el requiriente, que - sin duda alguna - "crea" derechos.

### 2.3.2. Acto "público"

El carácter "público" del instrumento notarial es resultancia última de un "encadenamiento traslativo" que arranca en la "función".

En efecto, la fideidatio - lo hemos señalado más de una vez - es potestad pública, índole que se transfiere al "órgano" al cual es atribuida, y - por ende - al "agente" de éste.

Siendo "público" el "funcionario" y el "documento" de él emanado, forzoso es concluir en que idéntica naturaleza corresponde al "acto", ubicado - en orden lógico - entre ambos.

Sin olvidar, además, que el "continente instrumental" del acto no es - respecto de éste - tan sólo ello; asimismo - como ya se verá - es "objeto" de él.

### 2.3.3. Acto "rogado"

La función "fedante" no ha sido atribuida al órgano notarial para su prestación de oficio, sino a requerimiento(150).

Ello surge de la inexistencia de norma legal que imponga al escribano su intervención motu proprio y - abundando - se colige del texto de algunas reglamentaciones locales(151).

De allí que todo acto de ejercicio de la misma deba ser "requerido".

Y en razón de que la doctrina llama rogatio a tal solicitud, optamos por el adjetivo castellano correspondiente para calificarlo(152).

### 2.3.4. Acto "formal"

No señalamos este carácter en la inteligencia de referirnos a la elemental "exterioridad" que todo acto debe poseer como condición básica para su reconocimiento (por los otros sujetos) y trascendencia (para el Derecho).

Queremos poner de resalto, sí, una expresa exigencia que - en punto a "forma" - el orden jurídico impone al acto que nos ocupa para considerarlo tal.

#### 2.3.4.1. Forma "constitutiva": documental

El fin a que apunta la fideidatio - fijación de hechos fugaces trascendentes - impone la necesidad de adoptar un procedimiento que asegure permanencia y perdurabilidad. El legislador ha escogido, a ese efecto, el "documental".

Queda con ello en claro que la segunda fase de la "secuencia" en que hemos descompuesto la estructura del "acto" - "declaración" - debe ser "documentada".

Surge, así, el "instrumento", adjetivado de "público" - según entendemos - por su peculiar valor en punto a veracidad de contenido, el que - a su vez - es consecuencia de la calificada naturaleza de su autor: "agente" de un "órgano" estatal investido de la potestad - "pública" - fedante.

Los notarialistas le han dedicado especial atención, y sus significativos aportes han contribuido grandemente a dilucidar un tema cuya importancia excede el marco de nuestra disciplina.

En razón de ello, no habremos de considerar la mayoría de sus tópicos.

Así, la materia - "papel" y "escritura" - del documento, y la distinción básica entre éste y el "negocio jurídico" generalmente contenido quedarán fuera de tratamiento. Lo ya elaborado - reiteramos - posee tanta consistencia y profundidad, que poco o nada es lo que puede agregarse.

Pero en otro aspecto, por igual importante, entendemos que son posibles nuevas contribuciones. Nos referimos a la relación "instrumento" "acto notarial", punto que trataremos de cubrir, siquiera parcialmente.

Centrando en ella el enfoque, surge de inmediato la evidencia de que el primero contiene al segundo. Pero esta sola apreciación - valedera - es insuficiente; no alcanza a penetrar toda la realidad. Un análisis más profundo, en efecto, pone en descubierto otra circunstancia, digna también de ser apreciada: el documento es, asimismo, "aprehendido" por el acto del notario; es su término. Y de allí - ya lo hemos señalado - su naturaleza "pública".

En consecuencia, la relación sub examen no se agota en la mera fórmula "continente - contenido". El instrumento es, además, "objeto" del acto notarial.

Pero queda aún por indagar la trascendencia del requisito formal, el carácter en que la "forma" ha sido impuesta.

Por ello, deseamos las conocidas locuciones ad solemnitatem y ad probationem.

Preferimos expresar la idea así: el documento es constitutivo del acto. Sin forma "documental" - entendida en tanto forma escrita - no hay ni "declaración" ni, por ende, "acto" del notario.

De todo lo expuesto, surge la evidencia de una "simbiosis" singular: El "instrumento" es continente, objeto y forma constitutiva del "acto notarial".

#### 2.4. "REQUISITOS" DEL ACTO NOTARIAL

Procede establecer inicialmente una distinción fundamental entre dos conceptos - necesarios ambos para abordar el tratamiento de este punto - y en la que no siempre se repara. Nos referimos a "esencia" y "validez".

Son requisitos de esencia todos aquellos que hacen que "algo" sea precisamente eso y no otro "algo" distinto; y accidentales los que inciden en los "atributos" del "algo", sin alterar su "sustancia".

Los requisitos de validez pertenecen a este segundo grupo. La "eficacia", la "nulidad", etc., son - en efecto - "accidentes" del acto; modos de ser, no su ser mismo.

Tal, la base del criterio clasificatorio que adoptamos.

#### 2.4.1. Requisitos "esenciales"

Pasamos ahora a examinar los requisitos de esencia del acto.

De lo señalado precedentemente se deduce con facilidad que todos ellos deben concurrir en cada caso, puesto que la falta de tan solo uno obsta a que el "acto" de que se trate - que, es obvio, suponemos dado(153)- sea "notarial".

##### 2.4.1.1. "Forma": documental

Ya hemos puntualizado anteriormente el carácter "constitutivo" que la forma documental reviste para el acto. En consecuencia, poco es lo que podemos agregar.

Conviene, sí, insistir en que sólo en tanto escrita la "forma" adquiere la categoría esencial que le asignamos. Esto tiene una doble consecuencia: de un lado, por ejemplo, exclusión del procedimiento declaratorio "oral"(154); del otro, carácter contingente de los defectos formales de que puede adolecer el documento escrito(155).

Por ello, también habremos de referirnos a la "forma" como requisito de validez. Y allí, los consideraremos especialmente.

##### 2.4.1.2. "Autor": escribano público

No hay "acto notarial" que no sea de autoría de un escribano público.

De esa forma - simple y categórica - se enuncia el segundo requisito de esencia, quizá el más evidente y - por eso mismo - de fácil aprehensión.

A pesar de ello - y de contar ya con la noción genérica - no resulta sencillo responder en todas las hipótesis si se está o no frente a un notario, y porqué. Tales casos - obviamente, por su incidencia en el "acto" - se hallan en estrecha conexión con el que estamos considerando, y aquí procede analizarlos.

Recordemos que el escribano es el "sujeto titular" de un "órgano" notarial y que éste tiene asignado un "ámbito" de ejercicio ("competencia") y atribuida una "función" (fideidatio). Pero, ¿desde y hasta cuando el "órgano" es tal?

La existencia del "cargo" - sin duda alguna - comienza con su creación y concluye al ser suprimido. Basta, a nuestro objeto, esta noción. ¿Y la del "sujeto titular"?

Las pautas seguras están dadas en punto a su "principio" y "fin" como "persona física"(156), no en relación al "rol" agente.

No obstante, pueden fijarse dos momentos extremos nombramiento y cese (vocablo que empleamos en sentido general). Sobre esa base, algunos preceptos del Código Civil nos permiten ahondar el análisis. Así, el artículo 982, que dispone:

"La falta en la persona del oficial público de las cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento a las funciones de que se encuentre revestido, no quita a sus actos el carácter de instrumentos públicos."

En su virtud, el carácter de "agente" se adquiere con la designación - aceptada -, aun cuando en la persona no concurren los requisitos legales exigidos a que hemos hecho referencia al tratar de la "capacidad"(157).

Ello no significa cuestionar la configuración - en tales casos - del delito previsto en el artículo 253 del Cód. Penal(158).

Señalamos, tan sólo, que el panorama que estamos observando se despeja gracias a esa norma, que asigna decisiva importancia al nombramiento en sí. Va de suyo, además, que éste debe emanar de la autoridad pertinente(159) y hacerse observando los recaudos de "forma" establecidos(160). Amén de ello, es necesaria su aceptación - expresa o tácita -, por no tratarse de una "carga pública"(161).

Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de no cumplirse los requisitos impuestos para el ejercicio, como pasos posteriores a la designación?(162).

Acorde a lo que venimos sosteniendo - el "agente" es tal desde que acepta el cargo, aun tácitamente - y a la ratio de la norma transcrita supra, afirmamos que el acto es "notarial" y válido(163).

Con referencia al "cese", otro artículo del Código Civil - el 983 - aclara la problemática, en tanto expresa:

"Los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido o reemplazado después que se le haya hecho saber la suspensión, destitución o reemplazos, serán de ningún valor, pero son válidos los actos anteriores a la noticia de la cesación de sus funciones."

El precepto indica en consecuencia, que el término se produce en el momento de la notificación" al agente. A partir de él no es más escribano público, y sus actos, es obvio no son ya "notariales".

Resta solamente advertir que el principio rige cualquiera sea la causa del cese, entre las que cabe agregar la "renuncia"(164)a las mencionadas por la norma. De entre éstas, pasamos a ocuparnos especialmente de la "suspensión".

#### 2.4.1.2.1. La "suspensión"

Debemos retornar sobre temas ya vistos para una mejor comprensión del presente tópico. Hemos señalado que el concepto de "capacidad" se relaciona íntimamente con el de "persona"; y a tal punto es así que puede afirmarse que aquél es de la esencia de éste. No se concibe, en efecto, una "persona" desprovista totalmente de "capacidad"(165); y de allí que su reverso negativo - "incapacidad"(166)- jamás pueda ser "absoluta".

De un claro ejemplo nos provee la Historia con la figura del "esclavo", quien no era jurídicamente "incapaz"; carecía de personalidad. Y sus acciones - "humanas" y 'voluntarias" - eran simples "hechos" (y no "actos nulos"), cualquiera fuese el fin perseguido.

El rigor del principio se mantiene con prescindencia del carácter definitivo o transitorio de la situación. Así, quien es desprovisto temporariamente de su total capacidad, deja de ser "persona" durante ese lapso.

El fenómeno encuentra su paralelo en la relación "órgano - competencia", a la que es aplicable idéntica tesis: no hay "órgano" sin una esfera mínima de "competencia".

Avanzando un poco más en el desarrollo de la idea, procede recordar que hemos definido "capacidad" y "competencia" como ámbitos asignados a "persona" y "órgano" para proyectar en ellos una "función" jurídica atribuida. Resulta lógico deducir, entonces, que la "quita" total de ese quehacer provoca la supresión del ente. Podemos afirmar, en consecuencia, que sin "función" no hay ni "persona" ni "órgano".

Toca ahora el turno al "sujeto titular" de éste, con lo que retomamos el hilo central. Su "suspensión" - notificada - produce la pérdida de la calidad de "agente" por el tiempo de la misma. Es irrelevante la "causa" de aquélla. El vocablo debe ser entendido en su acepción genérica y no circunscripta(167), comprendiendo los supuestos de "licencia" y "feria". En todos esos casos, por ende, no hay "acto notarial".

Podrá observarse que esto último puede colegirse de lo dicho en el punto anterior. ¿A qué, entonces, su tratamiento separado?

Hemos creído necesario realizar el precedente estudio, a efectos de proponer conclusiones más amplias.

Y así lo hacemos: la "suspensión" del "órgano", de la "función" a él atribuida o de la "competencia" asignada, obsta a que el "acto" ejecutado por su "agente" - escribano público - sea "notarial".

Creemos que los fundamentos han sido debidamente expuestos.

#### 2.4.1.2.2. La "firma"

Acorde al carácter esencial que la forma escrita reviste para el acto que nos ocupa - según ha sido señalado - es de toda evidencia que la "autoría" que analizamos sólo puede manifestarse mediante la "firma". De allí la inclusión del presente punto.

Conviene, entonces, aprehender su concepto.

La ocasión es propicia para exponer un juicio personal, ya expresado en anterior oportunidad(168).

Para ello, repasemos algunas opiniones:

"Signatura o leyenda en que cada uno estampa su nombre y apellido" (Gonzalo de las Casas)(169).

"Es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual" (Vélez Sársfield)(170).

"La firma comprende tres elementos: nombre, apellido y rúbrica" (Machado)(171).

Bastan, a nuestro propósito, los precedentes ejemplos, dado que en ellos se perciben las ideas que impugnamos: la de los "componentes" de la firma y la de su "habitualidad".

Partimos de la base de que toda "definición" - para ser tal - debe destacar las notas que necesariamente posee el "objeto" definido - que hacen que sea lo que es - y no las que tienen carácter "contingente". Con otras palabras: debe asir la "esencia" y no la "accidentalidad" de su naturaleza.

Sobre tal premisa, resulta inaceptable la aserción de Machado.

Los "elementos" que menciona, en efecto, ¿son "esenciales" ? No. Ninguno de los tres. Y, en consecuencia, debe desecharse la expresión "firma irregular e incompleta" del artículo 3633 del Cód. Civil, puesto que "se considerará suficiente" - como dispone la misma norma - no por otra razón que la que se colige de lo que sostenemos. Por ende, si bien puede decirse de una firma que es "legible" (aun cuando lo que se lea no sea el nombre o apellido del firmante)(172) o "ilegible", "bonita" o "fea" (según el "gusto" particular de cada uno), no es posible calificarla de "incompleta", porque, ¿cuál sería el criterio - jurídico - de "completitud"? Una grafía es o no una firma. De serlo, simplemente es firma (sin aditamentos).

Con relación al pretendido carácter "habitual", debe observarse - ante todo - que no hay firmas idénticas, sino semejantes, y que la "semejanza" está - de ordinario - en proporción inversa al tiempo que las separa.

Amén de esas pequeñas mutaciones involuntarias, la firma puede ser modificada in totum por propia decisión del sujeto. ¿Dónde encontrar, entonces, las pautas de la "habitualidad"? Difícil se hace la tarea, por el carácter "relativo" del concepto. Y se torna imposible en casos de cambios permanentes. En tales hipótesis, ¿no hay firma? Quien así lo hace, ¿carece de ella?

La lógica, indica que el camino es erróneo. Lo abandonamos, pues, y elegimos el de las notas "esenciales", que son:

a) escrito ("grafía").

b) Finalidad: manifestar - según los casos - presencia, consentimiento o autoría.

En consecuencia, "firma" es todo autógrafo - grafía de propio cuño(173)- mediante el cual se manifiesta consentimiento, presencia o autoría.

Esa es nuestra definición "teleológica".

#### 2.4.1.3. Contenido: "fedacional"

Ya hemos señalado que el "órgano" escribano es una "especie" del "género" fedatarios. Consecuentemente, el "acto" que nos ocupa guarda similar relación con el "fedacional"(174).

De allí que consideremos requisito de esencia el correspondiente "contenido".

En efecto, el dictado de un decreto por el notario - proponiendo una hipótesis extrema para mayor evidencia - no configura un caso de acto notarial nulo. Entendemos que en tal supuesto, simplemente no existe acto "notarial". Y en nada altera esa conclusión el hecho de que tampoco haya decreto" (por "ineptitud" - funcional - del órgano que pretendió dictarlo)(175).

Confiamos en haber sido claros, así, en el "porqué" de este tercer requisito esencial.

#### 2.4.2. Requisitos "de validez"

Los distintos requisitos de que ahora pasamos a ocuparnos, no hacen - obviamente - a la "sustancia" del acto notarial, sino al "modo" de su ser; a su "valor".

Su ausencia, por ende, no obsta al acto en sí, pero bien es cierto que acarrea gravísimas consecuencias negativas, como habremos de ver oportunamente.

Ante la posible reflexión de que los efectos son, en muchos casos, similares a los del "no - acto" - por lo que carecería de sentido la rigurosa clasificación que hemos propuesto -, nos anticipamos a responder que un enfoque científico de los fenómenos no puede contentarse con la mera similitud de los resultados. Es preciso indagar en las causas - a veces diferentes - que los provocan.

##### 2.4.2.1. Idoneidad del objeto

"Objeto" del acto notarial es todo hecho que el escribano declara por él percibido, vocablo éste que comprende tanto los "que han pasado en su presencia" cuanto los "cumplidos por él mismo" (artículo 993 del Cód. Civil).

De ello se infiere, sin esfuerzo, un básico requisito que hace a su "idoneidad": ser pasible de "percepción".

En su virtud, no sólo se excluyen los hechos psíquicos producidos en las mentes de otros individuos(176), desprovistos - por su falta de "exterioridad" - de relevancia jurídica(177); sino también los hechos "exteriores" que - en razón de su peculiar naturaleza - no pueden ser objeto de aprehensión sensorial directa (verbigracia: presencia de gases letales en elevadas dosis en determinado ambiente o de alta tensión eléctrica en un cable conductor).

La circunstancia de que ellos sean comprobables por otros medios no altera la cuestión, puesto que en tales casos se percibirá un hecho distinto(178), del cual - sí - se podrá deducir el "inidóneo".

Las diferencias existentes entre la "fedación" del dicho de un sujeto - que implica audición de su voz - y la de un "sonido de cien mil vibraciones por segundo" - cuya frecuencia supera con creces el umbral de sensibilidad del oído humano - determinan respectivamente, la validez e invalidez del acto. Y la causa básica(179)del diverso encuadre radica en la "idoneidad" del objeto, que se da tan sólo en la primera hipótesis.

Como podrá advertirse, los "hechos" son - desde este punto de vista - idóneos o inidóneos para todo cometido "fedante", del que el "notarial" no es sino una especie. En ello estriba, precisamente, la distinción del concepto que examinamos respecto del de "competencia"(180).

##### 2.4.2.2. Competencia del órgano

Ya hemos tratado anteriormente este tópico.

Lo mencionamos, fundamentalmente, para marcar su importancia en cuanto "requisito de validez" del acto.

El "hecho" en él narrado - por lo tanto - debe ubicarse dentro de la competencia notarial en todas y cada una de las "especies" en que ésta es subdividida con fines sistemáticos(181). Pero, además, deseamos ocuparnos nuevamente de una de ellas - la *ratione materiae* - para examinar la vigencia del principio que señaláramos con relación al delicado tema de la "ilicitud" del hecho.

La doctrina tradicional - advertimos - rechaza tal idea. La mayoría de los autores, en efecto, no concibe al escribano autenticando "ilícitos"; aun más - como ha sido visto a través de algunas opiniones - restringe su actuación al plano de la "normalidad jurídica".

Por nuestra parte, pensamos diferente.

Ante todo, por cuanto apreciamos la conveniencia de que el quehacer fedante - *in genere* - pueda contribuir en toda materia, a la causa de la justicia. Y así lo prueban - para quienes consideran nuestro enunciado una mera declamación romántica - los numerosos órganos que la ejercitan en tales supuestos(182)(con carácter, quizá; más que "conveniente", "necesario").

Podrá responderse - sin discutir la premisa - que no es problema de "función" (*fideidatio*), sino de "competencia". Correcto. Pero, entonces, preguntamos: ¿todo el campo de la "ilicitud" se halla asignado en exclusividad a distinto fedatario?

El análisis nos indica que no. Sólo lo están los "delitos" - *stricto sensu* (de Derecho penal) - una vez iniciada la acción, sea ésta "pública", "dependiente de instancia privada"(183) o "privada".

¿Y hasta tanto? ¿Y los otros "ilícitos"?

Creemos que no puede concluirse, sin más, en que no son pasibles de "fedación". Por el contrario, pensamos que al no estar incluidos en la competencia de otros órganos se mantienen en la "notarial". ¿Por qué? Reiteramos nuestra anterior afirmación: El escribano es el fedatario "nato", competente - en principio - respecto de todo el género "hechos jurídicos". En consecuencia, no debe buscarse en la "ilicitud" la nota caracterizante de las excepciones; ella se encuentra en el "ámbito" exclusivo de otras "unidades" con similar función.

#### 2.4.2.3. "Causa" del acto notarial

El problema de la "causa" se suscita en torno a diversos temas de la ciencia jurídica. Así, en Derecho Civil, lo vemos planteado respecto de la "obligación", del "contrato", del "negocio". Con relación a este último, además, las opiniones no son coincidentes en punto al contenido de aquel concepto; mientras algunos lo identifican con el "elemento subjetivo" (consentimiento, voluntad o motivos individuales), otros lo caracterizan como el conjunto de "circunstancias objetivas"(184).

Queda patentizada de tal forma la dificultad del asunto que - en lo que hace al acto notarial - se agrava en virtud de otras razones. Ante todo, por su diferente naturaleza - en plurales aspectos - con relación a otras categorías en que se han logrado satisfactorios avances(185); amén de ello, por la inaplicabilidad de las nociones plasmadas en el propio Derecho Público, principalmente referidas al "acto administrativo"(186).

A pesar de todo, ensayaremos su elucidación, con la ayuda - en lo compatible - de los aportes de la moderna dogmática.

Nos preguntamos, entonces, ¿cuál será la "causa" del acto del notario?

¿El "requerimiento"? ¿La "fijación" del hecho? ¿El propio "hecho" autenticado? ¿El "motivo individual" de cada requirente? ¿La personal "intención" de su autor? La serie de interrogantes podría continuar, y a todos responderíamos negativamente si - como los

formulados - lleven a una superposición de conceptos (siquiera parcial) o implicaran referencias a cuestiones "extrínsecas" no computables.

Resulta claro que la "causa" se identificaría - en los tres primeros casos - con un aspecto de la "legitimación" del órgano, con el "contenido" (fedante) y con el "objeto" del acto, respectivamente. Y que en los dos últimos, estaría constituida por elementos que la más calificada doctrina rechaza con énfasis(187).

Prosigamos la búsqueda, pero en otra dirección.

Recordemos lo expuesto en punto al objeto ("hecho") y su idoneidad ("perceptible") con referencia al contenido ("fedacional") del acto y a la determinación de la competencia ("notarial"). Se advertirá que nuestra actitud invariable ha sido la de referir cada tópico a "hechos" considerados en su "singularidad"(188).

Si, por el contrario, aprehendemos el "complejo fáctico" - en plenitud - en el cual el "acto" del notario se proyecta, el panorama - "uniforme", con el anterior enfoque(189)- se torna "variado", según las hipótesis. Así, mientras en algunas los "hechos" no estructuran categorías superiores - propósito, además, no siempre perseguido -, en otras conforman "actos" o "negocios" jurídicos.

¿No estará allí la "causa" que indagamos? Es posible.

En consecuencia, proponemos se la formule como la razón del acto notarial todo(190), entendida en cuanto finalidad jurídica: su porqué(191).

¿Qué carácter debe revestir para la "validez" del acto?

El método más conveniente para establecerlo consiste en precisar su reverso negativo, que posee perfiles más nítidos.

Para ello, es necesario volver al tema de la "ilicitud"

Hemos sostenido la "competencia" del escribano respecto de la autenticación de "ilícitos" no asignados en exclusividad a otros órganos "fedatarios". Pero debemos señalar otra "manera" de inserción de lo "ilícito" en el acto fedacional: no ya como "objeto", sino como "causa".

Se entiende sin esfuerzo que una es la finalidad "comprobatoria" y otra - muy distinta, por cierto - la "configuradora". Cuando el acto incide en la situación comprobada, integrándose en ella como componente de la ilicitud manifiesta - por ejemplo, si mediante él se formaliza un "contrato... de prostitución(192)- es inválido por causa ilícita. Se comprende que tal "negocio" puede ser meramente comprobado, del mismo modo que un simple "hecho" ilícito es pasible de configuración por el acto(193), puesto que son "fines" que juegan independientemente del carácter fáctico, simple o complejo. De ello resulta, asimismo, que no se trata de una cuestión de "competencia", sino "causal".

Y así - retornando al tópico específico del punto - podemos, por exclusión, definir la "causa idónea" (requisito de validez del acto notarial): toda "finalidad" no configurante de ilícitos(194).

#### 2.4.2.4. "Legitimación" del órgano

Pasamos a considerar cuáles "especies" de "legitimación" - de las vistas anteriormente - son aplicables al "órgano" para la validez del acto.

La "subjética - absoluta"(195)se halla contenida - como requisito esencial - en el tópico "AUTOR: ESCRIBANO PÚBLICO", en tanto a éste lo definimos como su "agente"(196).

Los otros "tipos" no tienen cabida en el tema sub examen. Pero uno nuevo se estructura: el de la "legitimación" del órgano con referencia al acto "en sí".

Ya hemos señalado que el ejercicio de la fideidatio por parte de la "unidad" escribano sólo se realiza a requerimiento. En virtud de esa "instancia", precisamente, es que aquél se encuentra legitimado para intervenir.

Tal, lo que interesaba establecer.

#### 2.4.2.5. "Habilidad" del agente

El concepto que consideramos no se agota en la sola mención del "ámbito" asignado al "agente", que se yuxtapone al de "competencia" del órgano(197). Se integra, además, con el conjunto de condiciones que debe poseer para cumplir su cometido: Así, no es "hábil" el titular de una unidad competente si no puede "percibir" el hecho - objeto(198).

Tales "carencias" enervan, por ende, la "validez" del acto.

Los atributos aquí requeridos no deben confundirse, aun cuando sean los mismos, con "las condiciones necesarias para el nombramiento" (artículo 982 del Cód. Civil) - que hace a la "capacidad" de la "persona" para ser designada -, puesto que su relevancia es distinta.

Ya hemos visto, en efecto, que la "investidura" de un sujeto "incapaz"(199)lo convierte en "titular" del órgano y se proyecta en la "validez" de los actos que autorizare. Pero, aun reconocidas esas premisas, cabe establecer la diferente entidad que aquellas "condiciones" adquieren, según sean requisitos fácticos - no ya "jurídicos" - para la actuación. Así, las que obstan a "percibir" el hecho, "declarar" lo percibido o "documentar" la declaración(200). Estas son las que inciden negativamente en la "habilidad" de que tratamos, provocando la "invalidez" del acto.

#### 2.4.2.6. "Legitimación" del agente

Otra vez ocurre - ahora respecto del "agente" - que la "legitimación subjetiva - absoluta" se encuentra subsumida en el requisito esencial de la "autoría" del acto por escribano público. Nos remitimos, en consecuencia, a lo expuesto anteriormente.

En cuanto a las demás "especies" estructuradas, se conforman - en lo que aquí interesa - como casos de ausencia de causales de "ilegitimación". Cuando abordemos éstas, por lo tanto, quedarán recortados sus contornos.

#### 2.4.2.7. Forma

Ya ha sido señalada la significación que la forma escrita reviste para el acto notarial: requisito "de esencia".

Pero ello no debe entenderse - lo hemos advertido - como que el solo cumplimiento de aquel recaudo es suficiente para su validez en todos los casos.

El orden jurídico, en efecto, ha establecido formas documentales específicas para la "fedación" de ciertos "hechos". Así, la "escritura pública" respecto de los que conforman el contrato de compraventa inmobiliaria(201).

De la observancia de estas formalidades depende el carácter válido no sólo del "negocio" sino del propio acto del notario.

### 2.5. "PRESUPUESTOS" Y "ELEMENTOS" DEL ACTO NOTARIAL

Establecidos los "requisitos" - de "esencia" y "validez" - del acto notarial, nos proponemos ordenarlos acorde al criterio clasificatorio que la moderna dogmática adopta con relación a otras figuras(202). El intento, es obvio, reconoce los límites de lo "compatible", e impone una constante remisión a tópicos ya tratados.

#### 2.5.1. "Presupuestos"

No todos los "requisitos" que han sido vistos son componentes del acto, significando así "ubicación intertor". Algunos - en ese enfoque - se sitúan fuera del mismo, pero a él se enlazan - con carácter necesario - como supuestos previos.

Estas "circunstancias" - anteriores y extrínsecas - constituyen los "presupuestos de validez"(203).

Se subdividen - atento al punto de incidencia - en "subjetivos", "objetivos" y "mixtos"(204).

#### 2.5.1.1. "Subjetivos"

Se refieren, obviamente, al "sujeto" del acto.

Son:

- a) Legitimación subjetiva - absoluta del agente (que presupone la del órgano y en la que consideramos subsumido el requisito "esencial" de la autoría del acto por notario).
- b) Habilidad del agente.
- c) Competencia del órgano.

#### 2.5.1.2. "Objetivos"

Se infiere fácilmente que es la intitulada idoneidad del objeto.

#### 2.5.1.3. "Mixtos"

Afectan al sujeto respecto de la "situación concreta".

Integran este grupo todas las especies conformantes de la legitimación de órgano y agente(205).

#### 2.5.2. "Elementos"

A diferencia de los "presupuestos", los requisitos que ahora consideramos componen el acto. Por hacer a su estructura, se los denomina "elementos".

Son:

- a) Contenido ("fedacional").
- b) Forma (presuponiendo la cumplimentación en su aspecto "esencial").
- c) Causa (idónea).

### 2.6. "EFECTOS" DEL ACTO NOTARIAL

Si se repara en que el "documento" es forma y continente del "acto", resulta de toda evidencia que los "efectos" de este último no son otros que los que la doctrina ha estudiado como propios del "instrumento público".

Creemos que tal encuadre es erróneo. ¿Por qué?

Situándonos en el plano de los "actos jurídicos", debe tenerse en cuenta que el Derecho les atribuye determinadas consecuencias, que se producen - adviértase - sólo en caso de cumplimentarse los requisitos impuestos.

Así, por ejemplo, el "negocio" compraventa provoca la transmisión del dominio, siempre que sus presupuestos y elementos hayan sido llenados.

Cuando ello ocurre, ¿puede afirmarse que lo ha sido en la sola virtud de la "capacidad" de las partes, de su "legitimación", de la "idoneidad" del objeto, del "precepto de autonomía privada" contenido, de la "forma" o de la "causa"? No, ya que el dominio se transfiere por la concurrencia de todos ellos. O sea, es "efecto" del negocio(206).

Es verdad que algunos tienen importancia tan decisiva que en caso de faltar ocasionan la inexistencia de la "compraventa" y no su "invalidéz". Pero no quiera encontrarse sólo en la

"forma" ejemplo de ello, puesto que sin "cosa" o "precio" tampoco se configura el tipo legal, y sin "contenido" o "persona" no hay siquiera "negocio".

Al "acto notarial" también le son aplicables esas reflexiones. Requisito de "esencia" es la "forma escrita", del mismo modo que el "contenido fedacional" y la "autoría por escribano"; requisitos de "validez", las otras "formalidades", juntamente con la "competencia", "habilidad", "legitimación" de órgano y agente, "idoneidad" del objeto y "causa".

De acuerdo a tal enfoque, no cabe duda alguna que es el "acto" el que produce las "consecuencias". Adscribir éstas al "instrumento" implica un proceso de "traslación" conceptual que es menester tener en cuenta. Sólo así puede ser aceptado.

No comprenderlo entraña pagar tributo a la "corporalidad" del "documento", olvidando que no en su aspecto material asume aquél la relevancia jurídica que posee. Como "cosa" es un "bien" - primer grado de apreciación por el Derecho(207)- ; pero, además, es "instrumento" por su sentido ("vida humana objetivada", al decir de Ortega y Gasset). Y esa "valoración" aprehende el "acto", en todas sus facetas. En ello estriba su carácter "público" o "privado"(208), no en la exterioridad.

La relación permanece inmutable aun cuando cambie el ángulo de mira, verbigracia, apreciando el documento como "hecho". Así considerado es - como los otros "hechos" objeto del acto.

Procede determinar, entonces, las jerarquías con exactitud: no es el "instrumento" el que hace al "acto", sino éste a aquél; no la "forma"(209)sino el "acto" en forma(210)produce "efectos"(211).

#### 2.6.1. Los efectos del acto

Todo acto notarial válido produce un efecto primordial: la fijación auténtica del "hecho - objeto".

Podrá advertirse que tal consecuencia deriva de la propia naturaleza de la función ejercitada - fideidatio - y, por ende, es común a todo el género de actuación "fedante". Así lo corrobora el texto del recordado artículo 993 del Cód. Civil.

¿Qué es la autenticidad?(212). El ordenamiento normativo asigna al "acto" de "dación de fe pública" un peculiar valor jurídico, que consiste en reputar "veraz" la declaración del agente. En su virtud, cada "hecho" que éste relata "percibido" se considera histórico(213), carácter que reviste erga omnes. En efecto, ni los otros órganos del Estado - verbigracia, los "jurisdiccionales" -, ni los "intervinientes"(214), ni los simples "terceros" pueden desconocerlo, acorde a lo que se infiere del juego sistemático de varias normas - artículos 992 a 996 - de nuestra ley de fondo.

Además de la consecuencia invariable que acabamos de señalar, el acto notarial puede producir - según la situación fáctica en la que se proyecte - un efecto "configurante" de categorías superiores al simple "hecho jurídico". Esto ocurre, por ejemplo, cuando todos ellos - "objetos singulares" de la actuación fedante - estructuran, en conjunto, un "contrato". Sin embargo, conviene advertir - para no contradecirnos en nuestra crítica a la hipervaloración del instrumento - que la actuación notarial es sólo uno de los múltiples requisitos negociales, aun en caso de intervención "constitutiva"(215). Y así se comprende que la nulidad del negocio no acarree por sí la del acto, que conserva el efecto señalado supra: fijación auténtica de cada "hecho". Y, además, queda en claro que el ámbito de vigencia del principio que preceptúa el artículo 996 del Cód. Civil(216), se restringe al segundo aspecto(217).

##### 2.6.1.1. Su valor "prueba"

Es fácil deducir de lo que acabamos de exponer que el acto notarial - al autenticar "hechos" - los prueba. A pesar de que no considerarlo uno de sus "efectos", el punto guarda con ellos cierta relación, que aconseja su tratamiento en este lugar.

El tema ya ha sido considerado por la doctrina, bajo el rótulo de "valor probatorio del instrumento público", y contiene como núcleo el de su jerarquía en sede penal.

La cuestión se plantea en términos aparentemente inconciliables: o se reconocen a la fideidatio efectos erga omnes - lo que implica que nadie puede desconocer el carácter "histórico del hecho autenticado" - o no, excepcionándolos con relación a la materia sub examen.

Pero a poco que se profundiza el análisis, se percibe el criterio correcto para elucidarla: una cosa es la índole auténtica y otra la entidad probatoria del "hecho". Para establecer las pautas que rigen en este último aspecto, se impone una referencia al tópico conexo de la "garantía de defensa en juicio" que nuestra Constitución Nacional consagra expresamente(218), tal como se estructura en los códigos de procedimientos.

En ese sentido, puede afirmarse que la misma se refleja en la siguiente trilogía de posibilidades: a) De concurrir al tribunal (expresado en los institutos procesales de la "notificación", "citación" y "emplazamiento"; b) De ser oído por el juzgador (derecho de requerir y afirmar - "participaciones de conocimiento", en el lenguaje procesal - ); c) De realizar actos de defensa y prueba (como elementos de convicción del juez) .

La observancia de ellas implica el del principio de igualdad de las partes - procesalmente denominado "de la contradicción" - y conlleva al establecimiento de recaudos formales y de oportunidad para la producción de los distintos géneros de prueba. En lo que hace al criterio para evaluarla, dos son los grandes sistemas: el de las "pruebas legales" - hoy casi abandonado - y el de las "libres convicciones"(219).

Para mejor ejemplificar, analicemos la "confesión". En el primer aspecto ("oportunidad"), asume diferente entidad según sea "extrajudicial" o ante el juez de la causa. Amén de ello, la importancia de esta segunda especie varía acorde al "tipo" de proceso que se adopte. Si es "acusatorio" (lucha entre acusador y acusado, en el que el juez resuelve según lo "alegado y probado") el allanamiento termina con el juicio; si es de tipo "inquisitivo" (el juzgador debe buscar la verdad real) se encuentra sometida a las mismas críticas de las otras pruebas, en particular la "testimonial". En punto a su valor, puede estar fijada a priori por la ley o depender de la estimación - no arbitraria, por supuesto - del juez.

¿Cuáles son los lineamientos de la legislación argentina en la materia? No otros que los que conforman - con pequeñas variantes - una clase de proceso inquisitivo y de "libre convicción".

De allí que los "hechos" autenticados notarialmente - verbigracia, que componen la confesión - sean tenidos por "históricos", pero "valorados" - en su calidad probatoria - conforme a razones de oportunidad y de la sana crítica del magistrado.

Se demuestra, así, la manera de enlace de principios en apariencia incompatibles.

### 3. "PATOLOGÍA" DEL ACTO NOTARIAL

Pasamos ahora a referirnos a los distintos supuestos de "invalidez" del acto, producidos es obvio - por la ausencia de uno de los pertinentes requisitos. Dejamos por completo fuera de consideración los casos en que falta uno esencial, porque - como ya hemos afirmado - en tales hipótesis no hay acto de la especie que venimos examinando.

Habremos de enumerar las causales de lo general a lo particular. En consecuencia, proponemos - a efectos incluso prácticos - su análisis en cada supuesto particular observando el orden en que se consignan(220).

#### 3.1. ENUMERACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE INVALIDEZ

### 3.1.1. Ilegitimación del órgano

Atento al carácter "rogado" del acto, la ausencia de requerimiento lo torna inválido. Por ello, la falta de firma del requirente - analizada por la doctrina respecto del instrumento - obsta no sólo a la validez del posible "negocio" contenido, sino - antes aún - a la del propio acto notarial. Resulta evidente su única función legitimante cuando el acto posee "causa" comprobatoria de meros "hechos"(221), dado que en tales hipótesis no puede alegarse la existencia de declaraciones "negociales" cuya autoría debe quedar perfectamente establecida.

Acorde a tal enfoque, entendemos que el acta de "protesto" - pasible de ser subdividida en "protesta" y "protesto" propiamente dicho - es válida si su primera parte (comparecencia, manifestación de la voluntad de protestar el documento, su entrega y transcripción literal) se halla firmada por el requirente, aun cuando no lo sea la segunda (exhibición, requerimiento de pago, manifestaciones del requerido, etc.), por cuanto esta diligencia puede estar a cargo del escribano exclusivamente(222).

### 3.1.2. Inidoneidad del objeto

Resulta lógico afirmar que la "idoneidad del objeto" provoca la invalidez del acto notarial, puesto que no se concibe la fijación auténtica de "hechos" no perceptibles.

El tópico se halla vinculado al de la "falsedad ideológica". Al tratar éste, puntualizaremos las diferencias conceptuales que entre ambos existen.

### 3.1.3. Incompetencia del órgano

Es menester que cada "hecho - objeto" del acto se contenga en el "ámbito" de competencia del órgano para resultar autenticado. Recíprocamente, el que se ubica fuera de él no recibe el sello de "historicidad" que la fideidatio imprime. La razón, es obvio, se encuentra en la "invalidez" del acto notarial a su respecto.

Analicemos las distintas especies.

#### 3.1.3.1. Incompetencia "ratione loci"

Puede colegirse de algunas puntualizaciones anteriores(223)cuál es nuestra idea acerca de la incompetencia que pasamos a considerar: la que se produce en razón de actuar el órgano fuera del distrito asignado pero dentro del territorio estatal respectivo. Este último requisito reviste para nosotros carácter esencial, sobre la base de que el concepto de "incompetencia" lleva ínsito el de "órgano" e indica situaciones en que éste - no obstante ser tal - no puede ejercer la función atribuida. En consecuencia, jamás se adscribe a un "no - órgano", expresión que aplicamos no tan sólo a los supuestos de falta o defecto de creación sino también a aquéllos en que los debidamente instituidos actúan fuera del territorio del respectivo Estado (en especial si lo hacen dentro del de otro), dado que lo que realiza el "sujeto titular" en esas hipótesis no se adscribe a "órgano" alguno y permanece como "hecho" de un mero individuo. El tema se vincula con las nociones de "Estado" y "derecho" - que no es del caso tratar aquí in extenso - en tanto presuponen un ámbito espacial de vigencia e "imperium", notas que necesariamente rigen con relación a los órganos que examinamos ("estatales"). El fenómeno se percibe con claridad en el plano internacional - sin perjuicio de que, mediante tratados, el principio se excepcione(224)-, no así en el de las relaciones entre provincias de un Estado federal, tópico de gran interés que conviene observar con detenimiento. No obstante carecer de "soberanía", tales "Estados particulares"(225)constituyen unidades políticas autónomas entre cuyas potestades figuran

la de instituir órganos propios e investir a sus agentes. Respecto de los "escribanos públicos" - y a pesar de que la existencia en el Código Civil de gran número de normas generales ha provocado cierta confusión - forzoso es concluir que revisten, invariablemente, carácter local, y que son tales sólo dentro del respectivo territorio(226). Fuera de él falta algo más que "competencia": falta "órgano".

Recapitulando, sólo son dables casos de incompetencia *ratione loci* en aquellas provincias que han sido subdivididas - a efectos notariales - en varios "distritos" (Entre Ríos, por ejemplo), no así en las que han adoptado el sistema del "distrito único" (verbigracia, Tucumán).

Entrando ahora en ella, cabe advertir que el "ámbito" asignado debe observarse en toda la estructura del acto, que - según ya se ha visto - se integra en la "secuencia" percepción - declaración. Queremos así alertar acerca del error en que podría incurrirse sobre la base del texto del artículo 980 del Cód. Civil, en tanto dispone que "es necesario que el... acto... se extienda dentro del territorio...". Debe tenerse en cuenta que la norma, en efecto, se refiere al "instrumento", o sea que aprehende sólo la segunda fase - declarativa - con forma documental. Pero no cabe duda alguna de que el "acto" del notario es inválido por incompetencia territorial si "percibe" - no ya "declara" o "extiende" el documento - ubicado fuera del distrito.

#### 3.1.3.1.1. La excepción prevista en el artículo 981 del Código Civil.

El principio que hemos señalado en el punto precedente, sufre una interesante excepción, a tenor de lo dispuesto por el artículo 981 del Código Civil.

En su virtud, son válidos los actos fedacionales realizados fuera del territorio si el lugar "fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito".

Nos encontramos, pues, frente a una "prórroga legal" de la competencia *ratione loci*, fundada en el aforismo que Vélez reproduce en la nota respectiva: *Error communis facit just.* Ante ella, ceden las pautas que hemos consignado, y carece de relieve la circunstancia de que el lugar (de "percepción" o "declaración") pertenezca o no al territorio del Estado creador del órgano.

#### 3.1.3.2. Incompetencia "ratione materiae"

Toda vez que el acto notarial tiene como "objeto" un "hecho" cuya autenticación ha sido asignada en forma exclusiva a otro órgano "fedante", aquél es "inválido" por incompetencia *ratione materiae*.

El principio se deduce fácilmente interpretando «contrario - lo prescripto por el artículo 980 del Cód. Civil, en cuanto impone el requisito de que el agente "obre en los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto".

#### 3.1.3.3. Incompetencia "por razón del agente"

Ya han sido dadas las razones por las cuales proponemos la sustitución de la llamada "incompetencia en razón de las personas" por esta nueva especie.

Nos limitamos aquí, por lo tanto, a señalarla como una causal de invalidez del acto, y a analizar un caso concreto en que se configura, para su mejor captación.

Es indudable la "competencia" real de la "unidad" escribano público respecto de los "hechos" que conforman el negocio "compraventa". A pesar de ello, el órgano no puede actuar - ni aun requerido - cuando hay otro notario encargado de autenticarlos.

No se pretenda fundar la afirmación en razones de "ética profesional", puesto que la conformidad del colega cubriría este aspecto. Pero ni en tal hipótesis el planteo sería diferente, dado que siempre el acto sería jurídicamente inválido.

No desconocemos las objeciones que se podrán formular a nuestro ensayo sobre la base del carácter "expreso" de las nulidades (argumento que se colige del artículo 1037 del Código), pero entendemos que no es posible arribar a diferente conclusión si se repara que la segunda intervención nada agregaría al acto básico. En éste, en efecto, el agente autentica los "hechos" conformantes del negocio y los propios. ¿A qué, entonces, la "re - autenticación"? Principios de economía del proceso fedante indican que carece de sentido. ¿Y en caso de discordancia entre ambas declaraciones? Entendemos que prevalece la del primer agente, por la anotada diferencia en punto a validez(227).

En síntesis, reiteramos nuestra convicción respecto de la existencia de este tercer tipo de incompetencia. Resta agregar únicamente que para quedar configurado es necesario un acto inobjetable del otro órgano, como se infiere de lo expuesto anteriormente(228).

#### 3.1.4. Inhabilidad del agente

Es evidente que la carencia o atrofia - según su magnitud - de algún sentido torna "inhábil" al sujeto para cierto tipo de percepciones(229), y provoca - consecuentemente - la invalidez del acto.

También en este tópico se da el enlace con la "falsedad ideológica" - ya señalado en punto a la "inidoneidad del objeto" - en tanto la declaración de lo no percibido la configura. Pero deseamos ampliar la referencia demostrando que ambas especies juegan independientemente: es "falsa" la declaración de un notario "hábil" si "declara" algo distinto a lo "percibido" o si altera la fecha (que no es objeto de "percepción"). Además, entendemos que - demostrada la "inhabilidad" del agente la "invalidez" del acto se produce con prescindencia de que los "hechos" que se relatan - no percibidos - sean o no verdaderos.

#### 3.1.5. Ilegitimación del agente

Los supuestos de "ilegitimación" del agente están contemplados en el artículo 985 del Código Civil, excepción hecha de la "subjética - absoluta" (a la que ya nos hemos referido). Advertimos que la norma se refiere a "asuntos", vocablo que interpretamos - acorde a nuestra tesis - como "conjuntos de hechos".

Con esa salvedad, intentemos su encuadre:

a) Objetiva - relativa: "asunto en que él... (estuviere) personalmente interesado".

b) Subjética - objetiva - relativa: "asunto en que... sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados".

La especie "subjética - relativa" no se encuentra prevista en el precepto, pero sí en el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, artículo 13, inciso 2º, que dispone: "Al notario le está prohibido actuar: 2. Si en el acto para el cual fuere requerido hubiere de intervenir su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado o sus afines hasta el segundo, cualquiera fuera el carácter en que hubieren de hacerlo"(230).

En los dos casos citados, la infracción a la norma acarrea la invalidez del acto, salvo las excepciones que pasamos a considerar.

##### 3.1.5.1. Excepciones

El mismo artículo se encarga de excluir del principio establecido anteriormente, las hipótesis referidas a "sociedades anónimas" que mencionamos a continuación:

a) "tener parte";

- b) "ser gerentes";
- c) "ser directores".

En tales casos, obviamente, el acto es válido (y no "de ningún valor").

### 3.1.6. Causa ilícita

Esta causal de invalidez ya ha sido perfilada con anterioridad, lo que nos exime de extendernos aquí en su consideración.

Reiteremos tan sólo que se constituye cuando el acto reconoce en forma manifiesta una finalidad jurídica configurante de ilícitos.

### 3.1.7. Defectos de forma

La inobservancia de los requisitos formales impuestos como condición de validez del acto, configura esta causal.

Su consagración normativa - en nuestro orden jurídico - se halla en el artículo 980 (a contrario) del Código Civil, en tanto se refiere a "las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad".

### 3.1.8. Falsedad

Dos especies de "falsedades" han sido estudiadas por la doctrina con relación al "instrumento": la "ideológica" y la "material".

Por nuestra parte - y en razón de ocuparnos del "acto" - sólo habremos de considerar la primera.

¿En qué consiste la "falsedad"?

Quizá sea conveniente, para su mejor aprehensión, introducir el tema con la ayuda del siguiente cuadro esquemático:

CASO	HECHO	PERCEPCIÓN	DECLARACIÓN
1	A	A	A
2	A	A	B
3	A	B	B
4	A	B	A
5	A	B	C
6	A	----	A
7	A	----	B
8	----	----	X
9	A	----	----
10	A	A	----
11	A	B	----
12	----	X	X

Valoremos las distintas hipótesis:

Caso 1: Es perfecto. Se percibe y declara con exactitud.

Caso 2: Hay percepción correcta, pero la declaración es equivocada.

Caso 3: Lo declarado coincide con lo percibido, pero no con el hecho.

Caso 4: La percepción es inexacta y lo declarado no la refleja, pero coincide con el hecho.

Caso 5: Hay total discordancia entre hecho, percepción y declaración.

Caso 6: No hay percepción, pero lo declarado coincide con el hecho.

Caso 7: Tampoco hay percepción, pero lo declarado no coincide con el hecho.

Caso 8: Se declara algo no percibido ni ocurrido.

Caso 9: No se percibe ni declara el hecho.

Caso 10: Se omite declarar un hecho exactamente percibido.

Caso 11: La percepción no es exacta, pero se omite declararla.

Caso 12: Se percibe (ilusoriamente) y declara un hecho no ocurrido.

Pasemos ahora a analizarlas.

Dejemos de lado los supuestos en que la falta de percepción (casos 6, 7, 8 y 9) se ha debido a ausencia del notario - configurante de la más genuina "falsedad" - y centranos el enfoque en los que ella se origina en falencias del mecanismo perceptivo. ¿Habrá que impugnar de "falso" el acto o bastará con comprobar la "inhabilidad" del agente? Nos inclinamos por la segunda alternativa, aun en las hipótesis de "percepción inexacta" por idéntica causa (casos 3, 4, 5, 11 y 12). Y ello por cuanto consideramos que debe observarse el orden lógico en que los distintos componentes del acto se encadenan, distinguiendo sus "presupuestos" - la "habilidad" del sujeto es uno de ellos - de los "elementos". Con otras palabras, valorar antes lo a priori (no cabe duda que el juicio de "falsedad" de la declaración contenida es el último paso). Además, debe repararse que en ciertas hipótesis - caso 4, por ejemplo - hay sólo "inhabilidad", y no "falsedad". Supongamos un escribano daltónico - deficiencia debidamente comprobada con anterioridad - que "percibe" verde el colorado y declara, por error (subjetivo), que algo es "colorado" (y lo es). Tal declaración no es objetivamente "falsa", pero el "acto" debe invalidarse por no ser "hábil" su autor.

Otro tanto ocurre con la "falsedad" de un "hecho" inidóneo. La invalidez del acto no deviene de ser "falsa" la declaración (verbigracia: "el comprador hizo reserva mental respecto de esta cláusula del contrato") sino de la inidoneidad del objeto.

Con lo expuesto, aspiramos a precisar la noción sub examen. Pensamos que el procedimiento especial de la redargución de falsedad se halla dispuesto computando la singular jerarquía que el orden jurídico asigna al acto "fedante", sobre la base de la presunción de veracidad de lo que el sujeto investido declara. Pero, según nuestro punto de vista, pierde sentido ese valor - y la privilegiada vía de impugnación - en tratándose de afirmaciones fantasiosas, ya sea por no poder jamás apoyarse en fenómenos aprehensibles directamente ("inidoneidad del objeto") o por carencia o sensible disminución de las facultades perceptivas que se requieren ("inhabilidad del agente").

Tenemos conciencia de la distinta entidad de ambas especies, puesto que sólo la primera adquiere carácter "manifiesto". Pero en algunos casos - escribano ciego, todavía en funciones, con expediente iniciado para su "suspensión" por esa causa (comprobada en base a dictámenes médicos) - también la segunda podrá ser fácilmente invocada.

Queda de tal modo restringido el concepto de "falsedad" - y, consiguientemente, el ámbito de aplicación del medio para comprobarla(231)- a los supuestos de actuación de un agente "hábil" con referencia a objetos "idóneos". Y se configura en alguna de las siguientes formas:

a) Descripción inexacta del hecho (alterado en aspectos esenciales).

b) Suposición del hecho (no acaecido).

c) Omisión del hecho (si tiene relevancia decisiva).

Por último, cabe mencionar el "lugar" y la "fecha" (día, mes, año y hora, cuando se consigne) para incluir sus alteraciones como otra especie de "falsedad"(232).

Todas ellas - obviamente, una vez verificadas - tornan inválido el acto notarial.

### 3.1.9. Los "vicios de la voluntad"

Hemos dicho que el acto que nos ocupa es un "acto jurídico". Por ende, las notas de este género deben aplicársele. Entre ellas, las que hacen a su carácter "voluntario" (arts. 897 y 944 del Cód. Civil).

Nos proponemos establecer aquí la repercusión de la ausencia de cada una en el acto notarial.

Comenzando por el "discernimiento", no hay duda que su falta entraña un caso de "inhabilidad" del agente. Es menester reparar, en efecto, que el proceso perceptivo lo presupone en gran medida(233).

En lo que hace a la "intención", el vicio de "error" puede tener cabida en algunos supuestos de "falsedad" - sin que ello implique sostener la viabilidad de la acción intentada por el propio autorizante(234)- a igual que el "dolo". Fuera de tales casos, el elemento intencional puede servir como pauta, conjuntamente con otras circunstancias, para establecer no ya la validez del acto sino su naturaleza "notarial"(235).

La "libertad", finalmente, viciada por "violencia"(236)invalida el acto - según entendemos - sólo en tanto provoque "falsedad" en su contenido.

En resumen, pensamos que la importancia de los vicios de la voluntad - como causales "autónomas" de invalidez - se minimiza con relación al acto notarial, puesto que se encuentran contenidas en otras específicas. Y al mismo tiempo, en razón de la naturaleza del quehacer fedante, de ejercicio obligatorio.

### 3.3. ¿"NULIDAD O ANULIDAD"?

Cuando el acto padece de alguna de las anormalidades que acabamos de enumerar, es nulo. ¿Cuál es el "carácter" de la nulidad?

No hesitamos en conceptuarla "absoluta".

La naturaleza "pública" de la potestad ejercitada, de órgano y agente, del propio acto, y el trascendente fin de seguridad jurídica que éste persigue, son pautas significativas que denotan la presencia del "interés general" y nos reafirman en nuestra convicción.

Por ende, todo el sistema que la dogmática ha elaborado con relación a este tipo de nulidades se aplica al "acto notarial" nulo. Por lo tanto, es "inconfirmable"; la pertinente acción no prescribe y puede ser ejercida por cualquiera; y la nulidad, declarada de oficio por el juez.

No otra conclusión se impone en materia como ésta, impregnada de "orden público".

### 3.3. ¿"NULIDAD" o ANULABILIDAD"?

No obstante la conocida impugnación de Kelsen a la noción de "nulidad"(237), adherimos al distingo que entre ambos conceptos establece la moderna doctrina(238).

En consecuencia, clasificaremos las distintas causales.

El acto será nulo si padece de:

a) Ilegitimación del órgano; b) inidoneidad del objeto; c) incompetencia; d) ilegitimación del agente (si el interés es personal y manifiesto); e) causa ilícita; f) defectos de forma (ostensibles).

La "anulabilidad" devendrá de:

a) Los demás supuestos de ilegitimación del agente; b) inhabilidad; c) defectos formales (no ostensibles); d) falsedad.

### 3.4 "ÁMBITO" DE LA NULIDAD

Quizá en este punto sea donde nuestra opinión personal no cuente - hasta el momento - con adhesión alguna. A pesar de ello, estamos persuadidos de que la tesis que desarrollaremos posee la solidez argumental mínima que exigimos para exponerla.

La cuestión estriba en indagar la "dimensión" de la nulidad del acto. ¿Cae éste in, totum siempre, o - a veces - parcialmente?

Para ello, debemos reiterar una de las ideas básicas a que hemos ajustado el presente trabajo, posiblemente la que más nos ha ayudado a centrar el enfoque de diversos tópicos: el "hecho" como objeto del acto notarial.

Tal concepción aprehende la esencia de la fideidatio - función autenticadora de hechos - y exige descomponer el acto fedante total en tantos actos "singulares" cuantos "hechos" sean "objeto" del mismo.

El análisis de algunos ejemplos hará más comprensible el criterio que sustentamos.

- A) Acto que se refiere a hechos "idóneos" (comparecencia, requerimiento, oferta, aceptación, firmas) y uno "inidóneo" ("reserva mental" de una de las partes).
- B) Acto que tiene por "objeto" hechos percibidos en el distrito (verbigracia, los que integran la "protesta" de un título valor) y otros que se perciben fuera de él (diligencia de requerimiento y "protesto" en lugar no comprendido en la competencia territorial).
- C) Acto referido a "hechos" que configuran un negocio jurídico contenido en la competencia razione materiae (compraventa inmobiliaria) y a otros que conforman un contrato asignado en exclusividad a distinto "fedatario" (matrimonio).
- D) Acto en que se declaran "hechos" respecto de los que el agente posee "habilidad" y otros con relación a los cuales es "inhábil" (los "colores", por ejemplo, para un notario daltónico).
- E) Acto cuyo objeto lo constituyen hechos para cuya autenticación el agente se halla legitimado (contrato de hipoteca, verbigracia, en que no concurren las circunstancias previstas en el art. 985 del Cód. Civil) y otros que configuran alguno de los supuestos de "ilegitimación" (cesión del crédito hipotecario al cónyuge del escribano).
- F) Acto en que se declaran verazmente varios hechos y otro incurriendo en "falsedad" (la cantidad entregada como parte de pago del precio) .
- G) Acto referido a hechos que configuran un negocio jurídico (locación de inmueble) y a otros conformantes de "causa ilícita" (contrato de prostitución).

No cabe duda que en los anteriores ejemplos el "acto notarial" no produce su efecto autenticante respecto de los hechos inidóneos, o contenidos fuera de la competencia territorial o real, o de la habilidad del agente, o de su legitimación, o que adolecen de falsedad o configuran una causa lícita. Pero tampoco hesitamos en afirmar que con relación a los demás hechos de cada supuesto el acto es válido. En consecuencia, tales "hechos" - respecto de los que el acto observa todos los requisitos - quedan autenticados.

No otra conclusión cabe extraer de lo que hemos expuesto, hasta aquí, en punto a la naturaleza de la "fedación" y a los presupuestos y elementos del acto notarial. Entendemos que cada "hecho" debe ser valorado en confronte a cada uno de ellos, luego - claro está - de resolver afirmativamente la cuestión previa de la "legitimación del órgano" (requerimiento) para el acto en sí(239).

De tal manera, deberá analizarse su "idoneidad", la "competencia" del órgano, la "habilidad" del agente, su "legitimación" - todo ello con relación al "hecho" y después la "causa" (concatenando los distintos "objetos") y la "forma" del acto. Y en cuanto a la "falsedad", la propia resolución judicial determinará la magnitud del defecto.

Por ende, nos inclinamos por la posibilidad de "nulidades parciales" del acto notarial, desentendiéndonos, aquí, de la suerte del "instrumento" y del "negocio" que éste pueda contener. Al ocuparnos de estos tópicos, nuestra idea habrá de quedar más claramente expresada.

## 4. ACTO NOTARIAL, INSTRUMENTO PÚBLICO Y NEGOCIO JURÍDICO

Coronando nuestro intento de sistematización del "acto notarial", pasamos a ocuparnos de su enlace con dos institutos de innegable trascendencia: el "instrumento público" y el "negocio jurídico".

### 4.1. ACTO NOTARIAL E INSTRUMENTO PÚBLICO

Si se tiene en cuenta nuestra anterior aseveración el "instrumento" es la forma del acto notarial - puede deducirse la naturaleza de la relación que entre ambos existe.

La doctrina, a nuestro parecer, no ha tomado conciencia aún del fenómeno. Y lo demuestra el hecho del planteo en torno al "continente" de numerosísimas cuestiones propias del contenido. Así, los "requisitos" de "competencia", "habilidad", "legitimación del sujeto". E, inversamente, sus contrafiguras negativas(240).

Fácilmente se comprende que es el acto en todos sus aspectos estructurales - el "válido" o "nulo", y no el "instrumento". Este, sí, recibe el valor de aquél indirectamente. Por ende, la referencia a la validez o nulidad "instrumental" sólo puede hacerse presuponiendo la del "acto", del que dimana.

De esta manera concebimos la relación en estudio. Consideramos provechoso reubicar cada tema en su lugar propio y no proseguir con el señalado encuadre, que no condice con un enfoque científico estricto.

#### 4.1.1. "Nulidad parcial" del instrumento público

Cada "instrumento" constituye una unidad, que contiene otra: el denominado "acto total"(241).

Pero hemos afirmado, asimismo, que el "acto total" comprende plurales actos singulares que se conforman en virtud de cada "hecho - objeto"(242). Y que cada "acto singular" debe cumplir todos los requisitos de validez para producir el efecto "autenticante" con relación al "hecho" a él referido. De así no ser, el "acto singular" es inválido, y el "acto total" parcialmente nulo(243). ¿Y el "instrumento"?

La letra de algunas normas del Código Civil parecería excluir - a su respecto - tal posibilidad. Así los artículos 980, 986 y, especialmente, el 988 (del que habremos de ocuparnos más adelante).

La "validez" o "invalidez" in totum serían las únicas alternativas.

A pesar de ello, pensamos que también el "instrumento" es pasible de nulidad sólo "parcial". El fundamento es obvio y se halla en la propia naturaleza que le asignamos: "continente" del acto. Es éste - el "contenido" - quien le transmite su propio valor. El núcleo primario de validez o invalidez - total o parcial - está en el interior del instrumento. De allí que el "acto total" parcialmente nulo produzca en su continente similar consecuencia. Abundan los ejemplos para demostrarlo. Hemos propuesto siete - cada uno referido a distinto requisito - al tratar el "ámbito" de la nulidad del acto notarial(244), y a ellos nos remitimos. ¿Puede afirmarse que en tales casos, los respectivos instrumentos son "nulos" en su totalidad? Responder afirmativamente implica contrariar claros principios lógicos, invirtiendo la relación "causa - efecto", dado que los demás "actos singulares" caerían como consecuencia de la "nulidad instrumental". Y no se piense que ello ocurriría por defecto de forma - legítima causa de invalidez del acto -, puesto que en todos los casos presuponemos cumplidos los requisitos formales.

Analicemos una hipótesis aún más extrema: "contrato de matrimonio" por escritura pública. Es evidente la "incompetencia racione materiae" del escribano respecto de los hechos que lo

configuran expresión, por los "contrayentes", de su voluntad de casarse; el "sí" con que ambos responden a las preguntas acerca de si aceptan al otro por cónyuge -, pero ¿y con relación a los demás hechos? Entendemos que la "comparecencia" y las "firmas" se contienen en la competencia notarial y, por esa razón, quedan autenticados (lo mismo que la fecha y lugar de realización). Por ende, los respectivos "actos singulares" son válidos y el "acto total" parcialmente nulo, del mismo modo que el "instrumento".

¿Para qué serviría éste, se podrá preguntar? Amén de tratarse de una cuestión contingente, no es descabellado asignarle alguna utilidad. Por ejemplo - en caso que conste la hora de "celebración" - su valor probatorio para descartar la autoría de un delito perpetrado en idéntico horario en un lugar distante, respecto de uno de los comparecientes (al cual se imputa).

¿Qué ocurre, por otra parte, en caso de "falsedad" de la declaración de uno de los "hechos"?

¿Se invalida el instrumento todo? Creemos que no. La comprobación en juicio, verbigracia, de que la suma que se entregó es distinta a la consignada, no priva de sus efectos propios a los demás "actos singulares", y, en consecuencia, tampoco anula in totum el continente. Quedará éste, sí, rectificado en lo que corresponda(245).

Tales nuestras ideas sobre este delicado tema. Escuetamente, las podemos expresar así: El instrumento sigue la suerte del "acto total" que contiene; según lo que éste sea, resultará parcial o totalmente "válido" o "nulo".

#### 4.2. "ACTO NOTARIAL Y "NEGOCIO JURÍDICO"

Abundante tratamiento ha merecido de la doctrina la relación "escritura pública - negocio jurídico", y los logros han sido valiosos. Pero quizá convenga replantear la cuestión - acorde a la tesis que venimos desarrollando - desde el punto de vista del "acto notarial".

Para ello, debe repararse que el "instrumento" es continente y forma - amén del "acto del notario" - del "acto negocial" de las partes. Pero ése es sólo un aspecto. Muchos otros deben ser elucidados para llegar a una visión íntegra del asunto.

Ante todo, se impone tomar conciencia de que el "negocio" se estructura en base a "declaraciones" o "comportamientos"(246), o sea a "hechos".

En segundo lugar, debe repararse que tales "hechos" quedan "autenticados" en virtud de distintos "actos singulares" que tienen a cada uno de ellos por "objeto". Por ende, el "valor conformante" no está en el "instrumento", sino en el respectivo "acto total" (que posee "causa configuradora" del negocio).

Se advierte, así, un "desplazamiento" hacia el "acto", que condice con la idea central que ya expresamos.

Por último, hay que indagar en cada caso si el orden jurídico exige o no la fijación auténtica de esos "hechos" como requisito de esencia o validez del negocio(247).

Con tales premisas, recién podemos procurar el análisis de sus recíprocas influencias.

Para ello, es preciso partir de la evidente "autonomía" de las dos figuras. Existen, en efecto, "negocios" sin intervención de escribano alguno y, recíprocamente, "actos notariales" con mera "causa" comprobatoria de hechos(248). Pero aun cuando ambas se contengan en un único "instrumento", mantienen en la mayoría de las hipótesis - total independencia. Es que cada una de ellas posee un "régimen propio" de presupuestos y elementos, de cuya observancia depende la respectiva validez.

Es admisible, entonces, que un "acto notarial" perfecto coexista con un "negocio" nulo - verbigracia, por "incapacidad" o "ilegitimación" de una de las partes(249)- y, a la inversa, que la "nulidad" del acto no incida en el negocio válido(250).

Como ejemplo del primer caso se recurre con frecuencia a la "simulación ilícita" (la "insinceridad" de la declaración de los sujetos en nada altera al "instrumento", se afirma), pero entendemos que no es la única hipótesis, dado que el principio es general.

Sin embargo, no parece ser éste el pensamiento de Vélez Sársfield, a tenor del artículo 988 del Código Civil:

"El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado."

No tenemos duda que, en tal supuesto, el "negocio" es nulo (o no existe, según las circunstancias). Pero tampoco hesitamos en rechazar la invalidez total del "acto" y, por consiguiente, del "instrumento".

Se comprende que el codificador asigne a éste una finalidad exclusivamente "configuradora comercial" - "Son instrumentos públicos, respecto de los actos jurídicos", consigna en el encabezamiento del artículo 979 - y que, por ello, lo considere inútil toda vez que ese fin no se logre. Pero - "utilitarismo" aparte - otra es la cuestión a la luz de un encuadre sistemático, como creemos haberlo demostrado: cada "hecho - objeto" del acto notarial queda autenticado en virtud de cumplimentarse, a su respecto, los requisitos de validez correspondientes, con absoluta exclusión de los propios del "negocio".

En consecuencia, estamos convencidos que la comparecencia, declaraciones y firmas de "todos los que lo hubiesen firmado", son "hechos" que se tienen por verdaderos. La razón, obviamente, está en la "fe pública" que los respectivos "actos singulares" válidos del escribano les imprimen. Y, por ende, el "acto total" y el "instrumento" sólo son parcialmente nulos.

Y esto es lo que preceptúa - acerca de ciertas cláusulas del testamento público - el artículo 3664 del Código Civil:

"El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor."

No cabe duda que el "acto singular" es inválido por "ilegitimación del agente" (artículo 985), y el "acto total", el "instrumento" y el "negocio" sólo lo son en forma parcial.

Para una mejor comprensión, repárese en lo que Vélez consigna en la "nota" pertinente, luego de afirmar que en tales casos el Código Napoleón dispone que "es nulo todo el testamento":

"Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente (léase "totalmente") nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en algunas de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano, o testigos."

No otra es la idea que hemos expuesto, y que entendemos tiene general cabida en nuestro orden jurídico.

### 4.3. ACOTACIONES FINALES

La extensión máxima que ha sido impuesta para los trabajos en esta oportunidad, nos impide abordar in extenso una serie de tópicos - especialmente referidos a "escrituras públicas" - como era nuestra intención.

Por ello, nos limitaremos aquí a mencionar los principales, consignando las ideas básicas que hemos concebido. Quizá más adelante podamos formularlas en detalle.

#### A) Escritura sin fecha

El artículo 1004 del Cód. Civil sanciona de nulidad "las escrituras que no tuvieran la designación del tiempo... en que fuesen hechas...". Pero, ¿qué ocurre cuando la anterior y la posterior a la "nula" por esa causa tienen igual fecha? Creemos que el acto notarial (y el

instrumento, por ende) son rehabilitables si se comprueba judicialmente tal circunstancia. Constituye un caso de "data inferida".

#### B) Escritura nula por incompetencia "ratione loci"

La "falsedad" ha sido estudiada, invariablemente, como causal de nulidad del instrumento (y por nosotros, hasta ahora, de invalidez del acto). Pensamos, no obstante, que en su virtud ambos pueden también ser rehabilitados.

En efecto, si la escritura es nula por incompetencia ratione loci y se comprueba en el pertinente juicio de falsedad - que el verdadero lugar de celebración se encuentra en el "distrito", entendemos que "acto notarial" e "instrumento" se tornan válidos(251).

#### C) "Orden cronológico" de las escrituras

"Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha", dispone el artículo 1005 del Cód. Civil.

Es este otro aspecto en que la "falsedad" puede provocar la rehabilitación, a que hemos hecho referencia anteriormente, verbigracia, si es "falsa" la fecha consignada y acorde a la real - el instrumento se encuentra en el folio correspondiente. Idéntico criterio cabe extender a las escrituras que subsiguen, cuya "validez" o "nulidad" depende de su conexión con las anteriores(252).

#### D) Escritura "no autorizada" o "fuera del protocolo"

La generalizada ubicación de ambas hipótesis entre los casos de "nulidad" de escrituras públicas es incorrecta.

Hemos abundado en consideraciones tendientes a demostrar que sin "firma" no hay "autoría" del escribano y, por ende, tampoco existe "acto" ni "instrumento" notarial (del cual la "escritura pública" es una especie), y a ellas nos remitimos.

Por lo que hace al otro supuesto, entendemos que uno de los requisitos formales de esencia de ese "tipo" de documento es su facción protocolar. Si dicho recaudo no se cumple - sin perjuicio de la existencia (y hasta posible "validez") del "acto" e "instrumento" notariales - no hay "escritura pública".

### COLOFÓN

Hemos tratado de brindar, en el precedente ensayo, un panorama completo del tema elegido, que - en nuestra opinión, al menos - reviste una trascendental importancia para el notariado, y aun para el Derecho. A esa finalidad responde la inclusión de numerosos tópicos que podrían considerarse lejanamente vinculados.

Además, nuestra intención ha sido la de observar en su desarrollo - un riguroso ordenamiento sistemático y el máximo posible de precisión terminológica y conceptual. Finalmente - aunque primero en el tiempo y en jerarquía de valores - asumimos el compromiso inexcusable de la total honestidad científica.

Contemplando, con cierta perspectiva, el resultado de nuestro esfuerzo, sólo podemos considerar plenamente cumplido el último propósito.

Sabemos que los demás no están - ni podrían estarlo - logrados por completo.

A pesar de ello, abrigamos la esperanza de que este trabajo pueda servir de punto de partida para intentos de mayor enjundia.

No toca a nosotros, obviamente, decidir si posee los méritos necesarios para que así ocurra.