

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*FORMA NOTARIAL. DISQUISICIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 987 DEL
CÓDIGO CIVIL*

MARÍA INÉS BRAVO DE GERLI y NORMA ALLEGRONE DE
FONTE(*) (442)

SUMARIO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS: Introducción e Importancia de la forma en el documento notarial. Forma y rito. - INSTRUMENTO PUBLICO: Análisis del artículo 987. Doctrina y jurisprudencia. Validez y prueba. Responsabilidad del escribano. Conclusiones.

"Los progresos de la civilización, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos, con tales actos una civilización adelantada se asocia inmediatamente y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad" .

Ortolán (nota al art. 973 del Código Civil).

Nos es grato llevar al seno del Primer Congreso de Derecho Notarial, a realizarse en la ciudad de Córdoba, en homenaje a la memoria de don Dalmacio Vélez Sársfield, una opinión; que si bien no es unánime la doctrina y la jurisprudencia a su respecto, surge de la inquietud nacida del análisis de la ley y de las vivencias recogidas a través de numerosos casos prácticos, que en nuestro diario quehacer nos ha sido dado observar. Partiendo de la forma del instrumento público, ínsitamente notarial, o sea la escritura pública, a la que llamaremos "notarial", de la cual depende de manera primordial la eficacia y prueba del acto jurídico, llegaremos a concluir que una escritura pública, a la cual le falte la autorización o firma del notario, es simplemente un proyecto de escritura, y no tiene validez como instrumento público ni tampoco como instrumento privado; y sólo le sería aplicable, en los casos en que corresponda, las normas referentes a la prueba de los contratos.

Artículo 973 del Código Civil:

"La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar".

La forma se tornaría en un elemento indispensable, en cierto sentido identificada con la declaración de voluntad, de manera que sin una forma la declaración no podría emitirse(1)(443). Encontramos ajustada esta aseveración, así como la de Carlos Emérito González, al expresar: "La forma tiene que existir porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas vinculantes ..., para que el exterior conozca esta exteriorización de voluntad generada en su interior y adquiera valor ante todo el mundo, hay que darle forma, hay que mostrar la realidad que se revela, volcarla en un molde que prepare el hombre, perito en derecho y dador de autenticidad, al que llamamos escribano o funcionario autorizante y entonces, la o las relaciones jurídicas nacen a la vida en forma de escritura pública"(2)(444).

En el derecho primitivo, las formas y solemnidades de los actos jurídicos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

primaban sobre lo que podríamos llamar el acto en sí, desarrollándose por medio de ritos que, con sus símbolos rodeaban al acto de una solemnidad que impresionaba vivamente los sentidos de los otorgantes, trayendo como efecto más un recuerdo vívido, que una verdadera conciencia de haber realizado un acto con la voluntad expresa y libremente manifestada; posteriormente, esta supremacía de la forma sufrió un desmedro, por considerarlo una deformación del fenómeno jurídico, en el derecho moderno ese formalismo se convierte en la palabra escrita, con la primordial exigencia de que la voluntad del otorgante surja en forma clara. Formalidad, esta última, indispensable e indiscutible para la formación y eficacia del acto, con un concepto vital, moderno y práctico, que lleva a su autor, el notario, a plasmar un acto impecable en su forma y con hondo contenido jurídico. Serían innumerables los conceptos sobre la forma, su evolución y necesidad, llegando en todos los casos a este axioma, pregonado por Ihering: "Las formas jurídicas se imponen".

Forma, requisito y acto, son términos que van estrechamente unidos y juntos conforman el instrumento público, con las formalidades propias de cada uno, y al decir requisito, presuponemos que hay una forma, una forma notarial que "sirviendo o no para probar, lo cierto es que la forma da vida al negocio, y sin ella no hay negocio jurídico definitivo y perfectamente constituido o formalizado"(3)(445).

Forma es sinónimo de existencia; el instrumento público se manifiesta al mundo exterior mediante su forma, ya sea externa como cosa o interna como contenido, y que ésta sea capaz de probar por sí sola su existencia, que la ley adecuará a las necesidades sociales, valiéndose por sí misma para darle protección legal al acto.

La importancia de la forma en el acto jurídico está dada por el artículo 986 al expresar: "Para la validez del acto, es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes bajo pena de nulidad".

Si bien el Código Civil no nos da una definición categórica respecto a los instrumentos públicos, podemos decir que el mismo es una clase dentro del acto jurídico, ya que llena los requisitos exigidos para aquél, vale decir, es un hecho humano, lícito y voluntario que tiene por fin inmediato establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos; con la particularidad de que debe ser hecho en la forma prescripta por la ley, con la presencia de un oficial público y a su vez que éste se halle facultado para autorizarlo.

De acuerdo al artículo 986, "Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad", o sea las firmas del oficial público, la firma de las partes, la fecha de la escritura, el lugar de la autorización.

El artículo 1001 exige expresamente que la escritura debe ser, al final, autorizada por el escribano. El artículo 1004 no puntualiza entre las causales de nulidad la falta de autorización por parte del escribano al final de la escritura, más aún, expresa que la inobservancia de otras formalidades no anula la escritura, pero los funcionarios o escribanos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

públicos pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de \$ 300. O sea que, si el instrumento público requiere para su validez la firma del escribano, no puede ser causa de nulidad la falta de este requisito, ya que en ese caso no se trataría de un instrumento público. A este respecto la Cámara de Paz Letrada de Rosario, Sala Segunda, marzo 24 de 1969, en autos "Gotero de Ghiano Juan c/Ekdesman, Luis" (La Ley, 34 - 187), declaró "Que la firma es condición esencial para la validez de todo instrumento público . . ." Y la Cámara Nacional Civil, Sala A, de Capital Federal, 29 de noviembre de 1960 (El Derecho, t. 341), dijo: "La inexistencia de los actos jurídicos es una categoría conceptual, ajena al sistema estrictamente legal de las nulidades, mientras estas últimas constituyen sanciones de la ley que recaen sobre actos jurídicos efectivos y reales, que quedan destituidos de los efectos que normalmente hubiesen producido de no mediar el impedimento legal, la inexistencia de los actos jurídicos, más que un principio jurídico es una noción primordial de razonamiento y lógica".

Más aún, consideramos que la falta de firma por parte del oficial público sería una negativa a la creación del instrumento público y a los efectos que las partes quisieron darle, ya sea por imposición de la ley o para facilitar la prueba del mismo. Es aplicable a esto lo resuelto por la Cámara Nacional Civil, Sala D, junio 25 de 1968, "De los Heros, Hernán c/Beterman, Lemonnier, Janet" (La Ley, 136 - 1025), al decir: "Cuando se trate de un contrato o de un negocio jurídico que debe realizarse con intervención del escribano como fedatario, la misión de éste... es interpretar la voluntad de las partes y traducirla en el instrumento, dando a éste la forma y cumpliendo los demás requisitos que exigen la ley y las normas reglamentarias aplicables, sin que pueda negarse a prestar el servicio sin causa justificada".

El artículo 987 del Código Civil establece:

"El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas".

La nota de dicho artículo expresa: "Pero un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdría ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público; la ley viene sólo en auxilio del acto que las partes han podido considerarlo como tal".

Haciendo un somero análisis de este artículo, observamos que la ley al sancionar este principio presupone:

1º) Que el oficial público sea incompetente. Esta incompetencia se entiende que es: a) En cuanto a la materia, o sea la naturaleza del acto (art. 980), y siempre teniendo en cuenta que debe tratarse de actos que correspondan a la órbita notarial. (Por ejemplo: un matrimonio celebrado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por escritura pública no tendría ningún valor, y por lógica ningún efecto) . Asimismo entrarían en este supuesto los casos de los artículos 983 y 985 del Código Civil, criterio éste sustentado por el doctor Llambías al decir: "Nos parece improcedente excluir el supuesto de que el oficial público estuviese personalmente interesado, como se ha sostenido por algunos autores, ya que esa irregularidad hasta de orden moral no le quita al oficial su carácter de tal, ni al documento su naturaleza de instrumento público por inválido que sea"(4)(446).

b) En cuanto al territorio, o sea dentro de los límites que se le han asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 980), con la excepción del artículo 981, si bien este caso actualmente carece en la práctica de aplicación, ya que casi todos los partidos tienen debidamente establecidos los límites.

2º) Que no tuviese las formas debidas, vale decir, que faltasen las formas establecidas en los artículos 988, 999, 1000, 1001, 1002, 1003, etc., y las especiales que se establecen para cada acto.

En estos casos, el artículo 987 establece que valdrán como instrumento privado si se encuentran firmados por las partes, aunque no tengan las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo forma privada.

Para que este principio tenga aplicación, son indispensables dos supuestos:

1º) Que no se trate de actos solemnes: testamento, donación;

2º) Que emane del oficial público.

Del significado que demos a esta palabra "emanar", depende la aplicación o no de la citada norma.

Para Carlos Emérito González, esta exigencia de "emanar" del oficial público no lleva implícita la firma del oficial público; entiende que debemos atenernos a la palabra empleada por Vélez Sársfield: "emanado", tomando su sentido etimológico en cuanto a "derivar, traer, origen o principio de una causa de cuyo origen se participa. Luego no podría implicarse que sea la misma sustancia", y continúa diciendo: . . . "a pesar de ello, si la manifestación de voluntad del notario autorizándolo pudo no haberse cumplido, no podemos olvidar que la ley le impone la obligación de extenderlo en su protocolo y esto ya es buena garantía de que las dos partes intervinientes estuvieron en la escribanía con ánimo de hacer instrumento público"(5)(447).

Indudablemente, el hecho de que "han estado en la escribanía" equivale a que las partes intervinientes han tenido ánimo de hacer instrumento público (con las consecuencias del mismo), pero no instrumento privado, ya que en este caso el medio hubiera sido otro, lo que coincide con el criterio sustentado por el codificador en su nota al artículo 987.

Coincidimos con el doctor Mustápic en cuanto a que "la cuestión debe plantearse en otro terreno que en el de la nulidad, dado que conforme al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 1037 del Código Civil, no hay nulidad sin texto, la interpretación extensiva al respecto siempre es dubitativa. No puede decirse en este caso que la escritura sea nula, pues la falta de firma del escribano presupone la falta de otorgamiento por oficial público, y en tal virtud siendo condición esencial para la existencia del instrumento público esa intervención, tenemos que en tal supuesto, no hay instrumento público".

No compartimos la última parte del párrafo aludido en que expresa "y si únicamente un instrumento privado siempre que la forma requerida por la ley no sea solemne y se halle firmado por las partes".

Estima que privar a tal acto de valor como instrumento privado, acarrearía graves perjuicios a las partes y a terceros por la omisión del funcionario al suscribir el acto.

Creemos que el valor jurídico de un acto es algo intrínseco a él, que surge de su naturaleza y no puede ser dado o privado por el perjuicio que acarree a las partes o a terceros, ya que para este supuesto la ley acude en su auxilio, obligando al responsable a resarcir el daño que causen las consecuencias de lo que realiza u omite realizar.

Añade en otro párrafo de su obra: "asimismo algunos escribanos no firman en el mismo momento de la celebración del acto y puede ocurrir perfectamente que luego esa firma se omita y provoque un grave perjuicio a las partes..."(6)(448).

No podemos admitir este presupuesto; el aceptar esta circunstancia desnaturaliza el principio fundamental en que se basa toda la estructura notarial, pasando a ser el requisito esencial para el instrumento público, que sea otorgado ante el oficial público, algo secundario del que no dependa su validez, y librado a la voluntad del escribano o de las partes intervinientes.

Un oficial público que no autorizó la escritura en el mismo acto, ¿se encontraba presente durante el mismo y procedió a darle lectura a las partes? Esto no puede presumirse. Por otra parte, una persona que va a otorgar un instrumento privado tendrá la precaución de leer detenidamente lo que va a firmar, en cambio, en el caso del instrumento público se limitará a escuchar la lectura que del mismo hace el funcionario, y si éste no asegura su presencia mediante la firma del acto, el texto pudo haber sido leído por él o por otra persona que no dé seguridad de su autenticidad.

Podría darse que, por comodidad del vendedor o porque debe éste firmar más de una escritura en que él sea parte, no se encuentre presente en el momento en que el comprador la firma, máxime cuando no hay movimiento de dinero en ese acto; y que en las hipotecas firmen acreedor y deudor en distintas oportunidades, y aún más, que éstos ni de vista se conozcan. Si una escritura es nula por falta o falsedad de firma del deudor, ¿qué argumento podría esgrimir el acreedor de buena fe que, basado en la confianza depositada en el escribano, firmó la misma, sin la presencia del deudor, ante la evidencia de esta nulidad? Entendemos que absolutamente ninguna, y que estaría plenamente acreditada su culpa por no haber tenido la precaución de que aquél firmara en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presencia.

Por analogía equiparamos este caso a la falta de firma del escribano; la persona que concurrió a una escribanía donde realizó los trámites previos no puede ignorar (aun dejando de lado los artículos 20 y concordantes del Código Civil) que para que el acto se realice es imprescindible la firma del oficial público, tanto como el de la otra parte que interviene en el negocio jurídico.

El doctor Borda expresa: ". . . es necesario ante todo, hacer una primera observación, que no siempre se ha advertido con claridad; según ya lo hemos dicho, los instrumentos privados, en principio sólo requieren para su validez formal la firma de las partes; por excepción la ley exige en algunos casos el doble ejemplar. Esta es, pues, la única formalidad a que puede referirse el art. 987, cuando habla de las otras condiciones y formalidades requeridas para esta clase de instrumentos; en el fondo no es sino una manera más de suplir la anacrónica exigencia del doble ejemplar.

"En efecto, en los casos en que éste no es requerido, el art. 987 es inútil, pues es obvio que aunque nulo un instrumento público, como tal, vale como privado si está firmado por las partes, por imperio de lo dispuesto en los artículos 1212 y siguientes, sin que interese o no la intervención del oficial público".

Agrega: "Si la parte no sabe firmar, el acto carece de todo valor, pues aquel requisito sólo puede ser suplido en los instrumentos públicos por una declaración del oficial público; pero aquí se trata de un instrumento privado y por tanto la firma es en principio ineludible. Pero pensamos que el acto sería válido si el otorgante analfabeto hubiera estampado su impresión digital..."(7)(449).

Decimos, si falta la firma del escribano, ¿quién garantiza que al analfabeto le fue leído el instrumento?

A su vez, respecto a la validez de la impresión digital, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en fallo del 7/3/956, dijo: "La impresión dactiloscópica puesta en un instrumento privado, carece de valor y no constituye principio de prueba por escrito"; en consecuencia no tendría valor ni aun como instrumento privado el instrumento público en estas condiciones y sin autorizar por el escribano, ya que la impresión digital carece de toda validez y no constituye principio de prueba por escrito.

A su vez, la Cámara Civil de la Capital Federal, en fallo del 22/10/69, declaró: "La impresión digital no equivale a la firma a que se refieren los artículos 1012, 1028 del Código Civil y la nota al artículo 3629, ni tampoco constituye elemento del que razonablemente pueda producirse de modo incontestable la prestación del consentimiento contractual, menos aún tratándose de una persona que no sabe leer ni escribir, quien por ende no está en condiciones de comprobar directamente el alcance del texto que figura escrito ni comprobar si lo que el otro contratante ha leído está acorde con el contenido literal".

A pesar de que el doctor Borda se atiene a la letra del artículo 987,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dándole valor como instrumento privado, sin embargo expresa: "... en principio la firma del oficial público es esencial, pues es la prueba de que el instrumento ha sido otorgado", agregando: ". . . que no conviene ser muy riguroso en la aplicación de esta regla"(8)(450).

El doctor Bibiloni en su anteproyecto incluye entre las nulidades a la falta de firma del escribano en un instrumento público (art. 383): "Los instrumentos públicos deben bajo pena de nulidad ser firmados por los oficiales y funcionarios públicos que los autorizan y llenar las formalidades prescriptas para su otorgamiento". Y en el artículo 400 agrega: ". . . podrán ser escritas por amanuenses. . . el escribano que la autoriza es responsable por su redacción y contenido . . ."

El Anteproyecto de ley notarial argentina aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964, en San Salvador de Jujuy, dice en su artículo 110: "El documento nulo o anulable por incompetencia del notario o por defectos de forma, que estuviese firmado por los interesados, valdrá como instrumento privado en que se obligan a hacer documento notarial".

En su artículo 31 expresa: "Los documentos matrices sólo asumirán el carácter de instrumentos públicos mediante el cumplimiento de las formalidades instituidas..."

A su vez el artículo 46, inciso 4) establece:". . . el notario autorizará la escritura con su firma"; en el 126, inciso 2° dice que "el documento notarial es nulo cuando no hubiere sido autorizado por el notario" y el artículo 117 determina: "Carece de valor probatorio en todo o en parte el documento notarial falso o que esta ley sanciona con nulidad..."

O sea que, por una parte, permite convertir al documento que tuviera defecto de forma en privado (art. 110) y por otra parte (art. 117) le quita todo valor probatorio al documento que le falta la firma del notario (art. 126, inc. 2). En consecuencia, careciendo de todo valor, sería imposible obligar a las partes a atenerse a sus efectos.

Entendemos que pese a las opiniones que hemos extraído al respecto, la ley es muy clara al exigir que el documento haya emanado del oficial público y la única forma de materializar esta emanación es mediante su firma; por otra parte así lo ha entendido parte de la doctrina, entre otros, los doctores Salvat y Machado, al expresar el primero:

"El artículo 987 se funda en una presunción perfectamente justificada. La ley supone en efecto que al otorgar un instrumento público las partes no obran con la intención de hacer depender la eficacia de la prueba de la validez del instrumento público, sino simplemente con la intención de proporcionarse una prueba lo más perfecta posible del hecho o acto jurídico comprobado; por consiguiente, es lógico suponer que si ellas hubieran pensado que el instrumento público que otorgaban pudiera ser nulo, hubieran establecido expresamente que valiera como instrumento privado; frustrada la prueba más perfecta del instrumento público, las partes se hubieran conformado con otra prueba menos perfecta del instrumento privado. Establecido este fundamento, surge una consecuencia práctica importante: que el artículo 987 es inaplicable a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todos aquellos casos en que la forma es exigida ad solemnitatem, por ejemplo, en el caso de las donaciones; la presunción que sirve de base al artículo 987, no puede en estos casos ser aplicada, porque de acuerdo con el principio expresamente establecido en el artículo 976, la nulidad del instrumento público no podría ser suplida por ninguna otra prueba y el acto jurídico celebrado sería también nulo; la validez del acto y su prueba se confunden aquí con la forma impuesta por la ley"(9)(451).

Considera este tratadista que un instrumento nulo como tal y válido como privado, no sería ni instrumento público ni privado propiamente dicho; podría decirse que es sui generis, un instrumento de una condición propia, cuyo régimen legal debe desentrañarse enteramente del único texto que le concierne, es decir, del artículo 987.

Sujeta la aplicación de este artículo a las siguientes condiciones:

- a) que esté firmado por las partes;
- b) que sea un acto emanado de un oficial público.

La ley exige que el instrumento sea emanado de un oficial público; este término emanado implica que el instrumento haya sido otorgado ante el mismo oficial público en presencia y bajo su firma. De ahí la doble consecuencia: 1º) Que el artículo 987 no se aplica si el instrumento en cuestión, aunque extendido en el protocolo del oficial público, no estuviere firmado por éste; la ley, en efecto, al hacer valer como instrumento privado el nulo como auténtico, sólo ha querido proteger al instrumento que tenía todas las apariencias de ser un verdadero instrumento público, pero el que carece de la firma del oficial público no tiene ni siquiera la apariencia de un instrumento público. 2º) Que el artículo 987 es igualmente inaplicable en el caso de que el instrumento hubiera sido otorgado por las partes en presencia de un dependiente de un oficial público y autorizado o firmado después por éste, y con mayor razón si éste no lo firma; en tal caso, en efecto, faltarían las garantías derivadas de la presencia del oficial público, las cuales han servido de base a la ley, como hemos dicho más arriba, para consagrar el principio del artículo 987(10)(452).

Para el doctor Machado, de acuerdo a la nota al artículo 987 no tendría validez sin la firma del escribano, ya que "ni siquiera tendría la apariencia de tal y aunque estuviera firmado por las partes no tendría valor alguno".

Algunos autores creen, añade, que no vale sólo por considerar como auténticas las firmas puestas al pie, pero la ley dice: "no tiene valor y se considera como si no hubiera existido". Manifiesta que los que sostienen esta hipótesis recurren en su apoyo a la autoridad de Aubry et Rau (755, texto y nota 69 y 75), que en realidad les es adversa, ya que estos autores exigen como condición indispensable que el acto esté revestido de la firma del oficial público y lo rechazan si fue recibido por un dependiente del notario en su ausencia, aunque esté firmado por las partes, concluyendo que "los actos de que habla el artículo 1318 del Código Civil francés, son los que reúnen las condiciones esenciales de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autenticidad y son viciados como actos auténticos por una causa de nulidad, por defectos de forma, sosteniendo esta tesis entre otros, Demolombe"(11)(453).

Encontramos ajustado lo aseverado por el doctor Machado al decir: "La ley habla de instrumento público y el que no está firmado por el escribano no lo es y no puede ser comprendido en los beneficios acordados por ella".

Respecto a la cuestión objeto de este trabajo, Marcadé sostiene una posición distinta, que para el doctor Machado sería una tercera teoría, en cuanto a considerar que cuando el acto no estuviera firmado por el notario, o si lo hubiese hecho una persona extraña, sería válido como instrumento privado por el solo hecho de la firma; si la ley no exigiera otra cosa que la firma o si estando sometido a la necesidad del doble ejemplar, el notario o la persona extraña hubiese hecho dos originales firmados por las partes, quitándole su verdadero carácter al acto y reduciéndolo a un instrumento privado como cualquier otro.

Teoría ésta que encontramos alejada de la realidad, razón por la cual no entramos a su análisis.

Para el doctor Pelosi, ". . . la escritura pública reviste el carácter de instrumento público en el único y definitivo momento en que es autorizada por el escribano. . . " y más adelante agrega: ". . . el acto jurídico exige para su naturaleza y formación la concurrencia de ciertos elementos esenciales a su existencia. Todos en su conjunto, y cada uno de ellos, en particular, le dan su fuerza vital, constituyen condición de su vida. Por eso la falta de cualquiera en su plenitud, al impedir su formación, determina su inexistencia o acarrea su muerte. El acto en tal caso, se asimila al ser sin vida, o al que no nació o nació muerto".

"La carencia de alguno de los requisitos lo priva por completo de toda significación jurídica, como tal acto dejándolo a la categoría de mero hecho, que será o no jurídico según los efectos que le atribuya la ley"(12)(454).

Indudablemente, el decir de Pelosi, "el acto en tal caso se asimila al ser sin vida, o al que no nació o nació muerto", hace razonable la teoría de que el acto que carece de la firma del notario no es instrumento público y por ende no puede convertirse en instrumento privado.

A su vez, en ajustado fallo, con el voto de los doctores Coronado, Salvat, Lagos y Tezanos Pinto, la Cámara Civil de la Capital Federal con fecha 30 de diciembre de 1930 declaró: 1º) Es nula la escritura de venta de un inmueble si no está firmada por el escribano ante el cual figura otorgada; 2º) No tiene valor ni como documento privado, la escritura de venta de un inmueble que no está firmada por el escribano ante el cual figura otorgada.

En los considerandos expone: "Se ha dicho que una escritura en esas condiciones, si no tiene valor en ese carácter, vale en cambio como instrumento privado. Se ha invocado en favor de esa doctrina, el artículo 987 del Código Civil entendiéndose que de su texto resulta que salvaguarda los derechos de los otorgantes, cuando media una nulidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por razón de incompetencia del escribano u omisiones puras y exclusivamente imputables a él, tales como la firma por olvido, fallecimiento, etc. No participamos de esta opinión porque la firma del oficial público es un requisito esencial. Es por eso que la ley se refiere a un acto emanado del escribano y naturalmente no puede considerarse tal, aquél que carece de ese requisito".

Es por la misma razón que en la nota respectiva se establece que en tales condiciones no valdría ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por el, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley sólo viene en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal.

Reafirma esta doctrina la sentencia dictada en la causa caratulada : "N. N. Destrucción de foja de protocolo" que tramitó por ante el Juzgado de Instrucción del doctor Bianchi, Secretaría doctor Rovede, de los Tribunales de la Capital Federal, en la que fue procesado don N. N. por haber destruido una foja de protocolo notarial, en la cual se había pasado un acta de comprobación de hecho, la que había sido firmada por el procesado y testigos; faltando la firma del oficial público. El juez de sentencia, doctor Masué, en su fallo de fecha 7 de octubre de 1949 expresa: Que con relación al documento de fs. 18 (foja de protocolo), cabe manifestar que no reúne los requisitos exigidos por la ley para ser considerado instrumento, toda vez que falta la firma del escribano. . . circunstancia que vician totalmente el acto y que por lo tanto excluyen al procesado de las disposiciones del artículo 294 del Código Penal.

El artículo 294 del Código Penal expresa: "El que suprimiese o destruyese en todo o en parte un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos".

Indudablemente en esta sentencia no se consideró al acto como instrumento privado, ya que en ese caso hubiera estado incluido en el artículo 294 del Código Penal como "documento".

Dejando sentado que, de acuerdo al 987 no tiene valor como instrumento público ni privado el proyecto de escritura pública firmado por las partes, nos encontramos frente a un problema que no ha sido solucionado en forma concreta en el Código Civil.

Efectivamente, el acto no tiene valor, pero pongamos como ejemplo un proyecto de escritura de compraventa firmado por las partes donde se ha hecho tradición del bien y una de las mismas ha recibido el precio, o un mutuo en el cual se ha hecho entrega le la suma facilitada en préstamo. ¿Podría negarse validez a estos hechos?, indudablemente no. Aquí se aplica el principio establecido en el artículo 16) del Código Civil en cuanto a si "una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Partiendo de esta premisa, sería procedente lo establecido en los artículos 914 del Código Civil: "Los hechos exteriores de manifestación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de voluntad, pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad" y el 915: "La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley".

Artículo 918: "La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria".

En consecuencia, si bien el hecho en sí no tendría ninguna validez jurídica, sólo tendrían valor (siempre como ya dijimos que no se trate de actos solemnes) las enunciaciones establecidas en él y firmadas por las partes, si por hechos exteriores, simultáneos o posteriores, como sería la entrega de la cosa o el recibo del precio, se pudiese probar que hubo manifestación de voluntades (art. 914), en cuyo caso se trataría de un consentimiento tácito, es decir, habría acuerdo de voluntades, y por lo tanto existiría un contrato.

Una vez probada la existencia de un contrato, le sería aplicable el artículo 1191 del Código Civil, en cuanto "los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados si no estuvieren en las formas prescriptas... o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumento privado. . . o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados" y el 1192: "...se considerará principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto. . .". A este respecto, la jurisprudencia ha entendido que es principio de prueba por escrito, cualquier escrito que emane de la parte contraria y que haga verosímil el hecho.

Siendo asimismo aplicable el artículo 1185 y también los artículos 1187 y 1188.

Ahora bien, el escribano que no autorizó la escritura firmada por las partes es responsable legalmente frente a las partes y a los terceros (aparte de la responsabilidad específica que le asignan las leyes notariales), por el artículo 903 del Código Civil, que establece: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos". Artículo 904: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho cuando las hubiere previsto y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas". Y es esencial lo dicho en el artículo 902: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Entendiendo así nuestro trabajo, que el proyecto de escritura pública no firmado por el escribano no vale ni aun como instrumento privado, y solamente tiene los efectos que hemos dejado establecidos, surge que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es indispensable para todo documento notarial el escribano, único creador instituido por la ley y del cual depende primordialmente la vida y efectos del acto, quien deberá tener plena conciencia de su tremenda responsabilidad frente al Estado, que por expresa disposición de la ley depositó en él su fe pública, a las partes y a los terceros que de una u otra forma pueda afectarles la suerte del negocio jurídico instrumentado.

CONCLUSIONES

1º La conversión de un instrumento público nulo por defecto de forma o incompetencia del oficial público, en instrumento privado, se efectúa en todos los casos, salvo cuando el mismo no esté autorizado por el escribano (no emane del oficial público) o se trate de actos solemnes.

2º Ese proyecto de escritura no tiene ninguna validez, excepto en los casos en que se hayan cumplido los supuestos previstos en los artículos 914, 915 y 918 en que se aplicarían los artículos 1191, 1192, 1185, 1187 y 1188 del Código Civil.

3º El escribano es responsable de los perjuicios que pueda ocasionar la falta de firma, frente a las partes y terceros, en virtud de lo establecido en las leyes específicamente notariales y la que surge de las consecuencias de los actos voluntarios, sancionadas en el Código Civil y también responsable en materia penal, cuando la omisión hubiese sido dolosa.

4º Es imprescindible para la existencia de todo documento notarial la presencia y firma del escribano, ya que sólo él puede darle vida, autenticidad y seguridad al acto; la falta de este requisito no es subsanable por ningún otro medio.