

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DOCUMENTO NOTARIAL

(Pulse el [título](#) para ver continuación)

CARLOS A. PELOSI

Segunda Parte: DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS (Continuación)

CAPÍTULO V: DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

SUMARIO

30. Justificación del tema. 31. Metodología del Código Civil. 32. Concepto. 33. Requisitos o condiciones de validez de los instrumentos públicos. 34. Intervención de oficial o funcionario público. 35. Clasificación de los instrumentos públicos. a) Públicos por su forma y privados por su sustancia. b) Públicos por su forma y por su sustancia. c) Instrumentos públicos mercantiles. d) Instrumentos públicos judiciales. 36. Clases de documentos públicos en España. 37. Clasificación de Carminio Castagno. a) Por la protección penal. b) Por su origen. c) Instrumentos públicos "stricto sensu". 38. Las actuaciones administrativas. 38.1. Posición del notariado. 38.2. La opinión de Fiorini. 38.3. La tesis de Cassagne. 38.4. El criterio de Spota.

30. Justificación del tema

Antes de entrar al estudio del documento notarial es indispensable examinar aunque sea someramente, lo que atañe a los instrumentos públicos en general, ya que aquél es una especie de dichos instrumentos.

31. Metodología del Código Civil

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código Civil, en el Libro II, Sección II, trata de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones.

Dentro de esa sección, en el Título II figuran las normas que versan sobre los hechos y actos jurídicos, referidos exclusivamente a la prueba instrumental; y en la Sección Tercera, que disciplina las obligaciones que nacen de los contratos, se enumeran los diversos medios probatorios para esta clase especial de actos jurídicos bilaterales.

Existen otras disposiciones dispersas referentes también a la prueba.

El método seguido por el codificador ha sido criticado porque es confuso y carece de la unidad que requiere la reglamentación de la prueba civil, aunque una interpretación correctora, dice Spota(1)(584), permite aseverar que, en general, los preceptos que en esta materia conciernen a los contratos son aplicables a los actos jurídicos.

Además, hay en el Código evidentes lagunas que aparecen reparadas en el anteproyecto de Bibiloni y en el proyecto de la Comisión Reformadora de 1936, pues no sólo se agrupa en una sola sección todo lo referente al ejercicio de la prueba de los derechos sino también se incluyen previsiones sobre las cartas y otras pruebas escritas, la confesión, los testigos y otras medidas probatorias, y no se limitan a mencionarlas.

El Código vigente sólo se ocupa de la prueba instrumental en la que adquieren especial significación los instrumentos públicos, y entre ellos su especie principal, la escritura pública.

La forma instrumental es impuesta en algunos casos como requisito indispensable para la existencia del negocio (v. gr.: art. 1810), esto es, como forma constitutiva, "ad solemnitatem" o de ser, que la moderna doctrina civil denomina solemne absoluta(2)(585).

Pero en general el Código se inspira en la finalidad de regular la prueba preconstituida en virtud de la cual se produce la fijación del hecho histórico, es decir, el acontecimiento que ha tenido realidad espacio-temporal se ha convertido en hecho narrado en el documento y si éste es público se constituye "a priori" su autenticidad, lo que significa que el legislador sustrae al juicio del juez la comprobación de la certeza del hecho mientras el documento no se impugne por acción de falsedad.

Esto justifica que el estudio de los documentos por los civilistas y procesalistas se dirija fundamentalmente a su eficacia probatoria. Y también justifica que el fenómeno jurídico de la objetivación de la certidumbre, como expresa Furno(3)(586), produzca efectos reflejos o secundarios de derecho sustancial, de tal importancia y de tan amplio radio, que explican las anomalías de que la mayor parte de la prueba se contenga en las leyes de derecho sustancial.

El instituto de la prueba tiene, en efecto, carácter procesal, pero hay normas que pertenecen al derecho material. En lo que interesa a nuestro país, por su régimen federal, sostiene con acierto Spota(4)(587), que atañe al Código Civil establecer el valor de las pruebas en cuanto a las relaciones jurídicas y a los hechos jurídicos, para evitar una lamentable

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lista de pérdidas y el riesgo de que los derechos subjetivos privados, cuya regulación corresponde al derecho sustancial, queden dañados o alterados por una legislación procesal local e inarmónica. Claro está que corresponde distinguir entre pruebas judiciales, de neto corte procesal y derecho probatorio(5)(588).

En cuanto a la afirmación de Furno, la doctrina notarial no participa de la tesis de que se trata nada más que de efectos reflejos o secundarios. Castán Tobeñas(6)(589)sostiene que los efectos del documento notarial pueden agruparse en tres zonas: efectos sustantivos o civiles, efectos probatorios y efectos ejecutivos.

Este es precisamente el problema que pugna por dilucidar actualmente la doctrina notarial, y que según Olavarría y Téllez(7)(590)es la parte más descuidada de la legislación notarial.

En cuanto hace a la fe pública, ella no se concibe sin una fase de solemnidad reglamentada por la ley y ha de ser igual en todo el ámbito del país. Por lo demás el derecho notarial no tiene por objeto la forma de los actos jurídicos, sino la forma de la forma. En cuanto derecho documental (parte de su contenido), se refiere a los documentos que produce el notario, y el rito exige unidad legislativa.

Dejamos ahora ese ancho espacio en el que están trabajando los notarialistas, de cuya topografía no se ha hecho aún una descripción completa, para ir directamente al análisis de algunas nociones relativas a los instrumentos públicos.

32. Concepto

En la nota al art. 495 del Código Civil, Vélez Sársfield manifiesta que las definiciones son impropias de un Código de leyes. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta.

Colmo(8)(591)no participa enteramente de esa opinión. Las definiciones puramente científicas o didácticas son las únicas que no pueden tener cabida en un cuerpo legal, pero son útiles en cambio las definiciones legislativas que cristalizan en una norma fundamental la esencia de una institución. En el mismo sentido se pronuncia Lafaille(9)(592), para quien muchas definiciones y reglas determinadas han orientado al intérprete y al juez; si bien el sistema no responde a los cánones de unarigurosa técnica, desempeña todavía en nuestro medio una verdadera función docente, que debe mantenerse en una medida razonable.

No obstante lo expresado por el codificador en la referida nota, el Código Civil es pródigo en definiciones, incluso las de tipo puramente doctrinales. Pero este defecto aparece en toda la legislación civil, salvo en la alemana y la suiza.

Como contraste se dan varios supuestos en que el Código debió enunciar una definición para caracterizar con nitidez algunos institutos y situaciones, y no lo hace.

Uno de ellos es el instrumento público. El art. 979 se limita a enumerar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las distintas clases, sin proporcionar en una fórmula legal sus notas características.

A través de esa enunciación, de las prescripciones que contienen los artículos que le siguen y de la labor de integración desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia así como de sus fuentes, puede formularse el concepto de instrumento público.

Para Salvat(10)(593), "es el otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo".

Borda(11)(594) en su Tratado de Derecho Civil. Parte general, 1ª y 2ª edición, dice: "Se llaman instrumentos públicos los otorgados por un oficial público, con las formalidades que la ley establece".

Aquí se confunde otorgar con autorizar. El otorgamiento implica prestación de consentimiento, y la autorización, al decir de Martínez Segovia(12)(595), la asunción de la responsabilidad del autor del documento y la transmisión de autoridad jurídica y moral derivada de la personalidad del notario.

En la tercera edición se rectifica Borda y expresa que "es el otorgado con la intervención de un funcionario público ...".

Arauz Castex y Llambías adoptan la definición de Salvat, agregando que ella cuenta con la adhesión de todos los autores(13)(596). En idéntico sentido se expide Llambías en la obra de que es autor único, y Arauz Castex en la que le pertenece(14)(597).

Spota(15)(598) expresa que "El instrumento público tiene por principal característica que ha sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) que posee atribución por la ley para darle autenticidad, es decir, para conferirle los efectos propios de la fe pública en lo que atañe a las circunstancias de haberse formulado la declaración de voluntad y realizado los hechos jurídicos cumplidos por el mismo, o que ante él sucedieron (arts. 993 a 995)".

Esta definición es muy amplia, pues comprende los efectos probatorios (arts. 993 a 995 Cód. Civil), y a la vez reducida, en cuanto sólo menciona la declaración de voluntad, que no es la única clase de declaraciones que pueda instrumentarse, particularmente en el documento notarial.

Es acertado, entonces, el pensamiento de Boffi Boggero, para quien debe utilizarse una fórmula simple, y por ello lo define "como el que autoriza un oficial público o quien, sin serlo propiamente, se halle autorizado en derecho para actuar como tal"(16)(599).

Todas las definiciones recordadas coinciden en lo sustancial con las construidas por los Códigos Civiles de España, Italia, Francia y otros.

El de España dispone en el art. 1216 que "son documentos públicos los autorizados por el notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley". El Código Civil italiano establece en el art. 2699 que "el acto público es el documento redactado con la formalidad requerida, por un notario o por otro oficial público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar donde el acto es formado". Y el Código Civil francés estatuye en el art. 1317 que "el acto auténtico es el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que ha sido recibido por oficial público con derecho a instrumentar en el lugar donde el acto es otorgado y con las solemnidades requeridas".

Es grande la cantidad de pronunciamientos judiciales que contribuyen a desarrollar el concepto de instrumento público. La Suprema Corte de Tucumán tiene declarado que el carácter de instrumento público corresponde a todo instrumento otorgado por funcionario público, ya sea del orden legislativo, ejecutivo - administrativo o judicial. La única condición es que haya sido extendido en la forma que las leyes hubieren determinado(17)(600),

Es acertada la definición de Boffi Boggero (aunque le faltan algunas notas) en razón de lo dispuesto en los incisos 3º, 8º y 9º del art. 979 del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia no consideran instrumento público los mencionados en el inciso 3º, especialmente porque el Código de Comercio no ha reglamentado la forma en que los comerciantes deben llevar los asientos de los libros de los corredores.

Crítica Boffi Boggero(18)(601)la definición de Spota cuando dice que la principal nota característica es haber sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) porque en los casos de dichos incisos no hay tal intervención. Sin embargo Spota reconoce tales excepciones y alega que la ley los asimila a esos efectos a los funcionarios públicos.

Asimismo señala Boffi Boggero que para Borda, que sostenía lo mismo en la primera y segunda edición de su Tratado de Derecho Civil. Parte general, lo que en realidad constituye el signo caracterizante del instrumento público es la autenticidad, desde que los instrumentos públicos mencionados por los incisos 3º, 8º y 9º no son autorizados por oficial público. En verdad, alega, lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su autenticidad, a diferencia de los documentos privados que prueban "per se" la verdad de su otorgamiento sin necesidad de reconocimiento de firma. Boffi Boggero lo rebate y afirma que es auténtico porque es instrumento público y no instrumento público por su autenticidad. Como se ve es algo parecido al problema de la prioridad del huevo o de la gallina.

A mi juicio, tiene razón Boffi Boggero. Podría agregar que según el art. 1026 del Cód. Civil el instrumento privado reconocido judicialmente tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores, es decir, tienen autenticidad, pero no son instrumentos públicos.

Agregamos que debe tenerse en cuenta además, que Vélez Sársfield consideró cosas distintas el instrumento público y el auténtico, pues no siguió a Freitas, que en el art. 688 del Esboço establecía: "Son instrumentos públicos o auténticos respecto de los actos jurídicos..." Ello así, porque en la antigua legislación española se distinguían unos de otros. Como lo enseña Gregorio López de Tovar, en la glosa a la Partida 3ª, título 18, ley 1ª se llamaban públicos los instrumentos otorgados ante el escribano público, y auténticos los demás documentos autorizados con el sello de corporaciones o personas constituidas en dignidad, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tienen facultad de hacerlo(19)(602).

Se acerca más a la realidad López Olaciregui cuando apunta que "lo característico del instrumento público es ser una cosa dotada de una fuerza jurídica especial: merece fe pública"(20)(603).

En su primera edición había dicho Borda: "Lo que caracteriza estos instrumentos y los distingue de los privados, es la intervención de un oficial o funcionario público en su otorgamiento. Sólo en algunos casos excepcionales la ley sustituye a esa intervención por el cumplimiento de ciertas formalidades legales".

Veremos más adelante en qué medida es necesaria la intervención de un oficial o funcionario público.

33. Requisitos o condiciones de validez de los instrumentos públicos

Son los siguientes:

1. Intervención de un oficial (o funcionario) público o de quien se halle autorizado para actuar como tal.
2. Capacidad del oficial público (designado por autoridad competente. Investidura).
3. Competencia del oficial público por razón de la materia, del territorio y de las personas.

Observancia de un rito jurídico, esto es, de las solemnidades legales o de las formas prescriptas por las leyes.

Cada uno de estos requisitos, excepto el primero, serán examinados con relación al documento notarial en el lugar oportuno. Me limito ahora a enunciarlos.

Algunos autores establecen tres requisitos: 1) Intervención de funcionario u oficial público; 2) Competencia; 3) Observancia de las formalidades legales. La capacidad estaría comprendida en la exigencia de que intervenga oficial o funcionario público, que para ser tal, es un presupuesto de que se hayan cumplido los requisitos necesarios para el acceso a la función y que haya sido nombrado.

34. Intervención de oficial o funcionario público

Como ya se ha visto, de la propia enumeración de los instrumentos públicos contenidos en el art. 979 del Cód. Civil surge que en algunos no es indispensable la condición de que intervenga un oficial o funcionario público.

Sin embargo, para Salvat(21)(604), "esta condición no está expresamente enumerada en ninguna disposición legal, pero ella se desprende del artículo 979. Este artículo, en efecto, en su larga enumeración de los instrumentos públicos, supone en todos los casos, es decir, en cada uno de sus incisos, que se trate de instrumentos extendidos por funcionario público. Los diversos artículos del título, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otra parte, hablan expresamente del oficial público, de su competencia, de sus cualidades, etc. (arts. 980 y sigts.). El artículo 985, por último, emplea la expresión funcionario público, como equivalente a la de oficial público, empleada en otras disposiciones".

Obviamente, ya hemos dicho (ver N° 32) que la enunciación que contiene el artículo 979 y las prescripciones de los artículos que le siguen, contribuyen a formular el concepto de instrumento público. Sin embargo, no es suficiente atenerse a esos textos legales para concluir que es indispensable la intervención del oficial público. Insistimos en que es correcto el enfoque de Boffi Boggero cuando al referirse a este requisito, puntualiza: "o quien actúe sin serlo, en carácter de tal". Además se acepta que la ley puede reconocer el carácter de instrumentos públicos a diversos documentos por razones de política legislativa.

Puede sostenerse, entonces, que teórica o doctrinalmente entre las condiciones que deben concurrir para asignar calidad de instrumento público se halla la de que intervenga un oficial o funcionario público, pero legislativamente la ley civil menciona al oficial o funcionario público en la formación de instrumentos públicos que estrictamente no tienen esa condición.

Por todo ello estimo que quizá lo más apropiado sería hablar no de oficial o funcionario público sino del ejercicio de una función pública o de un oficial público como agente de esa función que representa una figura autónoma, sin participar de las características del funcionario público.

Cabe agregar que cuando sostenemos que es más correcto hablar del ejercicio de una función pública, debe entenderse:

a) Que toda función importa la existencia de un órgano para cumplir determinada actividad o ejercer poderes jurídicos.

b) Que la función pública no es sólo aquella ejercida por un órgano del Estado, sino también la que tiene por fin el interés general de la sociedad jurídicamente organizada.

Coincide con este criterio Martins, para quien la función notarial es función pública no estatal, y lo que autoriza a considerarla pública es el hecho de que está dirigida o es ejercida en interés general de la sociedad(22)(605).

La actividad pública por sus efectos, en razón de que satisface fines e intereses públicos, habitualmente corresponde al concepto de servicio público pero a veces también corresponde a la función pública. Se trata del instituto del ejercicio privado de la función pública, una de cuyas aplicaciones es el de una profesión liberal que tiene por objeto, como la del notario, el ejercicio de actividades públicas. Estos particulares que ejercen funciones y servicios públicos, actúan siempre en nombre propio pero nunca en nombre del Estado, según así lo entiende Zanobini(23)(606).

Por su parte escribe López Olaciregui(24)(607) que la noción de oficial público se refiere más a una función que a una persona. La condición de oficial público es calidad que inviste una persona determinada en virtud de un nombramiento. El nombramiento es el acto de autoridad que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asigna a la persona la calidad o investidura; al carácter genérico de oficial debe agregarse la competencia específica para otorgar (sic) el acto de que se trata.

Es oportuno recordar que para Carnelutti(25)(608) la importancia de la consideración del autor del documento resulta porque el documento merece la fe que goce su autor: una de las fuentes principales, por no decir la primera, de la autoridad del documento, es la autoridad de quien lo forma; al menos mientras la técnica no ofrezca medios de representación que excluyan el peligro de falsedad, se puede fiar uno de quien lo ha hecho.

Por eso tiene gran importancia, añade, la distinción entre el documento público y el documento privado, que se funda no tanto en la calidad cuanto en la posición del documentador respecto al documento mismo; sólo cuando el documento está formado en el ejercicio de una actividad pública pertenece a la categoría de los documentos públicos.

Entre los documentos públicos y los documentos privados, continúa, puede colocarse una categoría de documentos "cuasi públicos" que corresponde a la figura de un servicio de necesidad pública y son objeto de un trato especial en materia de falsedad ideológica (art. 481 Cód. Penal italiano), y también su eficacia probatoria está a veces disciplinada de una manera particular; así ocurre con la llamada autenticación de la firma en el poder "ad litem" hecha por el defensor (procurador o abogado).

A su vez González Palomino(26)(609) dice: "El valor probatorio del documento no depende sólo ni tanto de las virtudes representativas cuanto de la credibilidad del autor. De quien sea el autor y de su crédito depende de que tenga más o menos credibilidad y fuerza probatoria. La del instrumento público, por el carácter de público autenticador de que el notario está investido, es plena en cuanto a las afirmaciones que el notario consigne de hechos realizados en su presencia o de actos realizados por él mismo en funciones de su cargo. La del documento privado, por la ausencia de tales virtudes autenticadoras, no es inicialmente ninguna, porque más bien que como documento se presenta como cosa, y antes que como medio de prueba como objeto de prueba. Una vez establecida su autenticidad hace prueba por las normas de la confesión más que por las del documento. Por eso no hay falsedad ideológica en el documento privado".

Es pertinente señalar que para Henoch Aguiar(27)(610) la definición que más consulta el concepto que se tiene del instrumento público en el derecho civil en general, es el siguiente: "Instrumento público es el documento que hace fe por sí mismo respecto de un acto jurídico emanado, autorizado o pasado ante un funcionario público o una persona particular, que, por imperio de la ley, en casos especialmente previstos, desempeña una función pública, dentro del territorio que la misma le ha fijado para el ejercicio de sus funciones y con relación a las personas en cuyos asuntos no le hubiesen prohibido intervenir".

Entiende que ella comprende todos los elementos esenciales que según

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el Código Civil, caracterizan al instrumento público sin extender ni limitar su contenido, vicio de que adolece la formulada por Salvat, al afirmar, por ejemplo, que "el carácter de instrumento público corresponde a todo instrumento otorgado por un funcionario público sea del orden legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial y que la única condición es que haya sido extendido, como expresamente lo dice el inciso 2º, en la forma que las leyes hubiesen determinado".

Subraya que Vélez Sársfield, compenetrado de la fundamental diferencia entre los instrumentos auténticos y los públicos, no quiso equiparlos como aparecían en el Esboço y afirma que los instrumentos públicos sobre los que legisla el art. 979 de nuestro Código Civil, son solamente aquellos destinados a preconstituir la prueba de los actos jurídicos, sin perjuicio que a otros documentos, en razón de su autenticidad, se les reconozca la misma fuerza probatoria que a los instrumentos públicos.

Aduce que una persona que no desempeñe función pública alguna puede ser realizador de un documento comprendido entre los que la ley llama "públicos", y no es de estricto derecho que desempeñe un cargo de funcionario. En cambio considera necesario para que el escrito comprobatorio de ese desempeño merezca entrar en la categoría de los instrumentos públicos, como cualquiera de los emanados, autorizados o pasados por ante un funcionario público, que se lleve a cabo dentro de la ley que rige su competencia y la forma del acto que ejecuta, y por lo tanto, dentro de su función normal y específica.

Corresponde acotar que Aguiar entiende que los instrumentos del art. 979 del Código Civil deben referirse necesariamente a actos jurídicos. La misma tesis había sustentado Jofré(28)(611), para quien, en consecuencia, la constatación de hechos por los escribanos no importa la redacción de un instrumento público, en la acepción que a la palabra le atribuye el Código Civil, porque el acto no tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, etc., sino procurarse una prueba. Esta concepción no ha tenido acogida en la doctrina.

También la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en fallo del 6 de agosto de 1940(29)(612), con el voto de los Dres. González Escarrá y Arau interpretó "que no todos los instrumentos extendidos por funcionarios públicos, aunque actúen dentro de su jurisdicción y en ejercicio de sus atribuciones, son instrumentos públicos en el concepto del art. 979 del Cód. Civil. Para que un instrumento caiga dentro de esa disposición, es indispensable que se trate de un acto jurídico, vale decir, de un acto voluntario y lícito que tenga por finalidad inmediata establecer entre las personas relaciones jurídicas". Sin embargo, la doctrina jurisprudencial posterior ha asignado el carácter de instrumento público a toda suerte de piezas, actuaciones, diligencias y documentos.

En el ámbito penal no tiene vigencia la tesis restrictiva, que reconoce como instrumentos públicos únicamente a los mencionados en el art. 979 del Código Civil. Y en lo que nos interesa, es de particular significación el carácter de instrumento público que se asigna al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certificado médico, en atención a que ha sido expedido por un profesional en el desempeño de sus funciones oficiales y con atribuciones para aconsejar la licencia pertinente ante el organismo correspondiente(30)(613).

En otro orden de actividades considera Arauz Castex que son instrumentos públicos las particiones judiciales, porque el partidor es, a ese fin, oficial público(31)(614), y Salvat a su vez le asigna calidad de funcionario público(32)(615).

De este modo se pone de manifiesto un concepto muy lato de oficial público y que es valedera nuestra postura en favor del ejercicio de una función pública más que la intervención de un oficial o funcionario público.

35. Clasificación de los instrumentos públicos

De las clasificaciones conocidas, la más interesante es la que ha hecho Spota(33)(616) sobre la base de las ideas expuestas por Manzini, en su Tratado de derecho penal, en el sentido de que todos los instrumentos públicos lo son por su forma, pero algunos lo son por su forma y por su sustancia, y otros son públicos por su forma pero privados por su sustancia.

a) Públicos por su forma y privados por su sustancia

Son los notariales (art. 979, incisos 1º y 2º) y los privados que por su protocolización ordenada judicialmente asumen la condición de instrumentos públicos (art. 984).

b) Públicos por su forma y por su sustancia

Comprenden no sólo los instrumentos públicos administrativos sino también los actos legislativos y aun judiciales en los cuales la función jurisdiccional se pone en acción - sentencias, acordadas por su contenido normativo - (incisos 1º, 2º y 10º).

c) Instrumentos públicos mercantiles

Hay dos categorías:

c.1. Públicos por su forma y su sustancia (títulos de crédito, cédulas, billetes emitidos por el Estado Nacional, Provincial y Municipal) (incisos 5º y 9º).

c.2. Públicos por su forma y privados por su sustancia (documentos cambiarios dados en pago de derechos fiscales, las acciones de consorcios públicos o de sociedades mixtas). Con mayor razón las acciones de las sociedades anónimas no estatales, las cuentas sacadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los libros llevados por concesionarios de obras públicas - aunque no cree sean instrumentos - (incisos 6º, 7º y 8º).

A la categoría de instrumentos públicos mercantiles cabe oponerle reparos, en cuanto pueda significar o insinuar la existencia de fe pública mercantil, favoreciendo un proceso de disgregación o fraccionamiento inadmisibles de la fe pública. Toda fe extrajudicial debe estar reservada al notario.

d) Instrumentos públicos judiciales

Actas labradas ante el órgano del Estado que es el juez y autenticadas por el secretario (inciso 4º).

Pueden ser tanto públicos por su forma y su sustancia (especialmente la sentencia) como públicos por su forma y privados por su sustancia (escrito o acta donde consta una transacción).

No debe hacerse una interpretación literal y estrecha del inciso 4º.

Freitas incluía a las diligencias y autos judiciales extendidos en los expedientes por los actuarios y firmados por las partes, en los casos y en la forma que reglase el Código de Procedimientos, y a los certificados que de esas diligencias y autos se extrajeren (art. 688, inc. 4º).

La necesaria extensión analógica a que debe ser sometido el inciso desde el punto de vista de la estimativa jurídica hace que las piezas escritas agregadas a un expediente judicial sean para Spota y otros autores, instrumentos públicos.

He sostenido en varios trabajos que aun cuando pueda invocarse algún pronunciamiento judicial en favor de esa tesis, se trata de un serio error y solamente el "cargo" es instrumento público, por tratarse de una actuación funcionarista, esto es, la atestación de un oficial público, como es el secretario, de haberse presentado el escrito. También en sede de los tribunales se ha incurrido en el equívoco de extender al documento privado los efectos de la autenticación de las firmas estampadas en él, cuando en rigor solamente la certificación de las firmas constituye instrumento público. Coincide Arauz Castex con la interpretación y afirma que no son instrumentos públicos los escritos firmados por las partes, pero sí el cargo que consigna la fecha de presentación(34)(617).

36. Clases de documentos públicos en España

En España se reconoce que los documentos públicos se subdividen corrientemente en notariales, judiciales (sentencias, autos, providencias, mandamientos, testimonios) y administrativos procedentes de la Administración central, provincial o municipal(35)(618).

Estima Prieto Castro(36)(619) que de la enumeración contenida en la ley de enjuiciamiento civil podría hacerse una división en: a) Documentos referentes al tráfico civil; b) Documentos judiciales y c) Documentos administrativos. Entre los primeros se distinguen por la amplitud de su contenido los autorizados por notario. A esta clase de documentos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

públicos se limita la referencia del Código Civil, que los designa con el nombre de instrumentos públicos (art. 1215 Cód. Civil) y remite para su régimen a la legislación notarial (art. 1217).

37. Clasificación de Carminio Castagno

La clasificación mejor lograda es, a mi juicio, la de Carminio Castagno(37)(620), que adopta el siguiente criterio:

a) Por la protección penal

A los efectos que persigue el Código Penal se equipara a los instrumentos públicos algunos que no lo son (art. 297 del Cód. Penal) y la doctrina y la jurisprudencia han ampliado tales supuestos, extensión que no podrá aplicarse a las otras dos especies que distingue. En idéntico sentido se pronuncia López Olaciregui(38)(621).

b) Por su origen

Está integrada por los documentos oficiales. Es de mayor importancia y goza de la protección penal señalada.

Presenta las siguientes características:

b.1. Autenticidad del documento (no de los hechos narrados). ("Autoría cierta").

b.2. Presunción de realidad de los hechos narrados. (Destruible por simple prueba en contrario).

Hace radicar su valor en una "fuerza probatoria preventiva".

Incluye en esta especie a todos los documentos emanados de funcionarios públicos no investidos de la "fideidatio".

A este respecto es de señalar que en España se ha distinguido entre documentos públicos oficiales y profesionales. Los primeros son los expedidos por persona o corporación perteneciente a la Administración Pública en todas sus fases y esferas. A esta clase corresponden: Los expedidos por el Rey o en su nombre; por los Cuerpos Colegiados; por toda clase de autoridades y Tribunales civiles, militares, marítimos y eclesiásticos y por cualesquiera funcionarios, empleados o agentes de la Administración. Son documentos públicos profesionales los autorizados por funcionarios, que, no dependiendo directamente de la Administración, tienen la facultad de certificar o dar testimonio en los actos relativos a su profesión(39)(622).

En nuestro medio debemos considerar documentos oficiales, entre otros, las leyes, decretos y reglamentos, las resoluciones administrativas, las diligencias policiales, el sumario de prevención, las cédulas de identidad, los billetes de lotería, el registro de conductor, los títulos de la deuda pública y, en general, como lo dijera la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital, en sentencia de 29 de diciembre de 1922(40)(623), los autorizados por el Gobierno y por sus agentes, por los empleados que tienen el poder de hacerlo, por las oficinas de toda clase

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que con arreglo a su institución los expiden.

Por otra parte, como lo hace notar Tejedor(41)(624), aludido en dicha sentencia, quien a su vez cita a Pacheco, documentos públicos son los otorgados legalmente, los redactados en cualquier forma de derecho por ante persona que goza de la fe pública (una escritura, un testamento, una actuación judicial, una fe de bautismo o de matrimonio), y documentos oficiales son los autorizados por el Gobierno y por sus agentes, por los empleados que tienen el poder de hacerlo, por las oficinas de toda clase que con arreglo a su institución los expiden. En la palabra público se comprenden unos y otros.

c) Instrumentos públicos "stricto sensu"

Son los emanados de oficiales públicos, o sea funcionarios públicos investidos de potestad fedante.

Además de gozar de la protección penal preindicada, les atañe el valor establecido en el art. 993 del Código Civil.

Por lo mismo, los incisos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del art. 979 del Cód. Civil - desde luego también el inciso 3º que ha sido excluido por la doctrina - no se refieren a instrumentos públicos de esta tercera especie.

38. Las actuaciones administrativas

La sanción de la ley 19550 provocó en el sector notarial una viva polémica acerca del carácter que corresponde asignar a las actuaciones administrativas .

Ello se debió a que en el proyecto elaborado por la Comisión respectiva se había estatuido la opinión del instrumento público o privado para los actos constitutivos y modificatorios de las sociedades por acciones, apartándose del requisito de la escritura pública que surgía del régimen hasta entonces vigente. Esta solución, contemplada en el art 165 de la ley, no fue aceptada por el entonces ministro de Justicia Dr. Ismael Bruno Quijano, que modificó dicho artículo con el texto elevado al Presidente de la Nación y fue convertido en ley, que deberá serlo siempre por instrumento público, entendiéndose esta expresión como sinónimo de escritura pública.

En la exposición de motivos sostenía la Comisión que la opción otorgada a las partes se explicaba en razón de que los trámites administrativos y judiciales de necesario cumplimiento para que la sociedad quedara legítimamente constituida, encuadraban en la categoría de instrumentos públicos (art. 979).

38.1. Posición del notariado

La postura del notariado quedó exteriorizada en los conceptos vertidos por Zinny y Carminio Castagno en el trabajo antes citado presentado al XII Congreso Internacional del Notariado Latino(42)(625).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los argumentos invocados pueden resumirse así:

a) El acto administrativo del funcionario que aprueba la sociedad anónima es tan público como el acto del notario; y públicos son también, obviamente, los instrumentos que representan a uno y otro; pero eso es lo único en que se asemejan. Una cosa es la narración coetánea del negocio sensorialmente percibido, para dotarlo de fe, y otra el juicio crítico destinado a valorar un negocio ya celebrado. El funcionario estatal no percibe nada, porque ante él nada se celebra; su labor consiste, por el contrario, en emitir un juicio de valor. De allí que lo único auténtico sea su propio acto (decreto o resolución), en cuanto público; y de allí también que esa autenticidad no se extienda sobre el negocio que aprueba, en tanto el negocio a él no le consta.

b) El hecho de que el acuerdo societario formalizado en documento privado forma parte del expediente administrativo, no significa elevar el documento privado a la categoría de público. El documento sigue tan privado como antes; y sólo mejora en cuanto a la fecha, que pasa a ser cierta (art. 1035 del Cód. Civil). Tampoco se transformará en público el documento privado en que conste la anónima por su inscripción en el Registro Público de Comercio, porque el caso es similar al anterior. Tampoco se operará la transformación por el hecho de la "ratificación" ante el juez prevista por la ley, ya que el reconocimiento del documento privado no basta para ello.

c) La "ratio juris" de las normas que imponen la forma expresa del instrumento público a ciertos negocios se inspira en la necesidad de dotarlos de seguridad y certidumbre histórica. Y si el derecho argentino reconoce varios tipos de actos públicos mediante los que se produce la cooperación de la autoridad en la contratación, hay uno solo específicamente destinado a verter sobre los negocios de los particulares la plena fe necesaria para alcanzar a aquéllos: el acto del notario.

d) Los instrumentos públicos "stricto sensu" exigen los siguientes requisitos:

1) De esencia: a) Autoría: oficial público (sujeto titular de un órgano, que tiene atribuida la "fideidatio"); b) Contenido: "fedacional" (puesto que es esencial que se dé fe), y c) Forma escrita.

2) De validez: a) Idoneidad del objeto; b) Competencia del órgano; c) Legitimación de órgano y agente; d) Habilidad del agente; e) Causa lícita; f) Observancia de las formalidades (no esenciales). e) No hay instrumento público "stricto sensu" que no sea de autoría de un "oficial público". f) Son instrumentos públicos de la segunda especie (documentos oficiales), los de cualquier funcionario público (p. ej. : sentencia del juez, autos, etc.; informes de otros funcionarios; dictámenes fiscales, resoluciones, etc.). g) Instrumentos públicos de la tercera especie ("stricto sensu") son los emanados de funcionarios públicos investidos de potestad fedante ("oficiales públicos") (secretarios judiciales; oficiales de mesa de entrada; oficiales notificadores, etc.), en tanto den fe (dado que el jefe del Registro Civil, por ejemplo, puede - además - aplicar una sanción como superior

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jerárquico, y el documento respectivo no es instrumento público "stricto sensu").

38.2. La opinión de Fiorini

El ilustre administrativista Bartolomé A. Fiorini abordó el tema en un trabajo publicado en la revista La Ley(43)(626)en el cual sostuvo: a) Es errónea la tesis expuesta por el maestro Bielsa y el profesor Alberto G. Spota de que la presencia de un funcionario en ejercicio de su autoridad o funciones presupuesta la creación de instrumentos públicos. En esta tesis se parte del supuesto erróneo de identificar documentos de la administración como públicos, como también a los documentos oficiales que son expresiones de autoridad. b) La fe legitimada, muy distinta a la fe pública, la impone el Estado por medio de leyes especiales, por intermedio de un agente público o privado, con el cumplimiento de formas que aseguran el objeto a que tiende la fe legitimada, y estableciéndose la responsabilidad del agente que tiene que cumplir esa misión. Los agentes públicos como tales no tienen esa clase de función. c) El instrumento público que instituye el privilegio de la fe legitimada, exhibe algo más que una prueba como es su eficacia probatoria que se manifiesta por la autenticidad. La verdad - que expresa el instrumento público se basta por sí mismo, su desconocimiento - por una de las partes no tiene ninguna significación, y el mismo juez deberá considerarla prueba plena. d) Esta eficacia de veracidad que autentifica el instrumento público no es absoluta, pues puede ser discutida por prueba en su contra y deberá ser por la vía incidental, civil o penal, de la llamada querrela de falsedad. e) La redargución de falsedad no puede oponerse sobre documentos de la Administración Pública, en aquellos litigios donde ella es también una de las partes. El llamado documento oficial es una especie de instrumento público estatal pero no se identifica con las actuaciones administrativas.

f) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que las actuaciones administrativas de un expediente administrativo no son instrumentos públicos, y que su desconocimiento o impugnación puede hacerse con pruebas de convicción en contrario; si dentro del mismo pueden excepcionalmente encontrarse instrumentos públicos deberá promoverse entonces el incidente de falsedad por redargución.

g) La presencia de funcionarios y agentes públicos en las actuaciones administrativas no se identifican con la excepcional existencia de funcionarios o notarios con facultades fedatarias, como lo pretenden algunos estudiosos al comentar el art. 979 inc. 2º del Cód. Civil.

h) Es grave error considerar que los diversos incisos del art. 979 del Cód. Civil instituyen, por su sola mención, la existencia de instrumentos públicos. Los citados incisos se presupuestan en leyes previas que instituyen los instrumentos públicos respectivos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

i) La errónea interpretación que considera la existencia de instrumento público por la sola presencia de un agente público que lo suscribe, no ha tomado en cuenta las diversas disposiciones establecidas en el Código Civil que limitan en forma restrictiva su extensión analógica, y que con mayor razón deberá regir en el mundo jurídico del derecho público.

j) El inciso 2º del art. 979 no instituye el privilegio de evaluar con la eficacia probatoria de un instrumento público cualquier acto suscripto por un notario y menos aún entonces de un funcionario por más alta jerarquía que lo distinga. Lo esencial es que todos estos sujetos actúen en funciones fedatarias, por ejemplo los secretarios de la Cámara legislativa, o de un registro administrativo.

38.2.1. En nota a fallo publicada también en la revista La Ley(44)(627), ha dicho Fiorini que se ha hecho una confusa interpretación del art. 979 inc. 2º del Cód. Civil y que hace tiempo que voces tan autorizadas como la de Bibiloni denunciaban el error de construcción que presenta este inciso respecto de su similar del art. 688 inc. 1º del Esboço de Freitas. La disposición del art. 979 inc. 2º se refiere a funcionarios equiparados a escribanos, como ya lo sugería Lisandro Segovia en sus notas a nuestro Código Civil.

Agregaba que desde el vigilante que levanta un informe, el empleado de mesa de entradas y el director administrativo, todos, sin excepción, por el simple hecho de integrar los planteles humanos de la Administración Pública, centralizada o descentralizada, se instituyen en notarios sin título profesional, sin protocolo y sin las responsabilidades que la ley les impone. Más grave es aún identificar autenticación con fehaciencia. El escribano solamente tiene esta doble función, que sólo puede tenerla cuando es titular de un protocolo. Autenticar la documentación lo puede hacer también un registrador, siempre que la ley le asigne esta función y un especial procedimiento.

La fehaciencia es otro cometido, es considerar verdad lo que ve, lo que se dice y lo que se realiza. Ante su presencia esta función de fehaciencia, que es la más responsable, no la puede desarrollar cualquier persona, pues es una prerrogativa que reglamenta derechos y garantía constitucionales. Esta prerrogativa no se crea para cualquiera, sino para el notario.

38.3. La tesis de Cassagne

En un trabajo que pretendió ser réplica a las posturas extremas que restringen excesivamente el reconocimiento de la condición de instrumentos públicos, Juan Carlos Cassagne(45)(628)abordó el tema relativo al concepto de instrumento público en el derecho civil, que no se extiende al proveniente de un órgano administrativo, por cuanto éste no se ciñe a la función de atribuirle autenticidad sino que asume un papel activo al participar muchas veces en un doble cometido: como parte u

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgante del acto con la facultad de crear unilateralmente vínculos obligatorios respecto de los administrados y como fuente de su autenticidad.

Sin perjuicio de que esos conceptos marcan por si solos la acentuada diferencia existente entre los instrumentos públicos autorizados por notario y las actuaciones administrativas, se consignan a continuación las conclusiones a que llega el autor de ese trabajo:

a) En el derecho administrativo, el instrumento público constituye una especie del género documento público, el cual comprende también las meras actuaciones administrativas, carentes de la virtualidad jurídica de aquél.

b) Las meras actuaciones administrativas, si bien son "documentos públicos" no constituyen "instrumentos públicos" con los alcances y efectos que les atribuyen los arts. 993, 994 y 995 del Código Civil. Su valor probatorio exige no obstante que el particular o administrado que pretenda desvirtuarlas deba acreditar procesalmente su impugnación mediante la producción de pruebas en contrario, no bastando su desconocimiento expreso.

c) La actuación o expediente administrativo reviste la condición de instrumento público sólo cuando una norma legal expresa (ley en sentido formal y material) le atribuya ese carácter.

A confesión de parte, relevo de prueba.

Se le desconoce a la actuación administrativa, la prerrogativa fundamental que ostenta el instrumento público "stricto sensu" de hacer plena fe, en los términos del art. 993 del Código Civil y, en consecuencia, sólo abatible por falsedad los extremos amparados por la fe pública, sin perjuicio de la fe que merecen las circunstancias que se mencionan en los arts. 994 y 995.

El mismo Cassagne reconoce que su postura resulta opuesta a la sustentada por Spota para quien todo acto administrativo emitido bajo forma escrita por el agente público competente reviste la condición de instrumento público, llegando a confundir la presunción de legitimidad con la autenticidad que emana del instrumento.

Pero como Cassagne manifiesta que no se debe confundir la categoría de documento público con la expresión "documento oficial de los poderes del Estado" que emplea el art. 2340, inc. 8º del Código Civil en su nueva versión (ley 17711), pues este concepto se refiere al instrumento o documento como "cosa del dominio público" con abstracción de su autenticidad y valor probatorio, nos quedamos sin saber de dónde ha extraído la lección y el concepto de documento público, que no utiliza nuestra legislación civil.

Si se ha utilizado como equivalente de acto público a que se refiere el art. 1467 del Código citado, que según lo ha interpretado la jurisprudencia comprende hasta el telegrama colacionado(46)(629) o si lo es en el sentido con que López Olaciregui(47)(630) llama "actos públicos"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a los que emanan de autoridad, que tienen el carácter de instrumentos públicos porque constituyen la forma de ejercicio de un poder (el caso de una sentencia, de un decreto del Poder Ejecutivo, etc.) y se diferencian de los instrumentos públicos "puros" en que éstos son exclusivamente otorgados con finalidad probatoria.

En fallo del juez en lo Comercial Dr. Francisco A. García de fecha 14 de julio de 1936, confirmado por la Cámara Comercial de la Capital se interpretó en sus considerandos que el "acto público exigido por el art. 1467 es sinónimo de documento o instrumento público"(48)(631)y que no cabía en nuestra ley otra interpretación.

Análogamente, en anterior fallo del juez Eduardo Williams de fecha 17 de agosto de 1944(49)(632), con referencia asimismo al citado art. 1467 se consideró "acto público" como sinónimo de documento o instrumento público, ya que en nuestro derecho no cabe otra distinción al respecto, invocando la opinión en tal sentido de Colmo.

En efecto: Colmo(50)(633)ha sostenido que la distinción entre acto público y acto auténtico es inadmisibles entre nosotros. Y si por acto auténtico se entiende cualquier acto que merezca fe, entonces ni cabe al respecto distinguo alguno entre el instrumento público y el privado reconocido y de fecha cierta.

Ello es así, para Colmo, porque el Código, siguiendo a Aubry y Rau (3ª., edición, t. III, párrafo 359 bis), no hace más que repetir el texto del Código francés (art. 1690). La expresión "acto auténtico" que contiene este artículo equivale a documento o instrumento.

Quiere decir, entonces, que no se comprende en qué se apoya la diferencia que pretende establecer Cassagne entre documento público e instrumento público, y nos hallamos ante un recurso dialéctico que trata aparentemente de ocultar la falta de carácter de instrumento público en las actuaciones administrativas.

38.4. El criterio de Spota

El criterio de Spota, citado por Cassagne, fue expuesto en una nota al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso administrativo de la Capital Federal de fecha diciembre 11 de 1953(51)(634).

Entendió el fallo comentado que el instrumento probatorio de un contrato celebrado entre la Administración Pública por el órgano de sus agentes con un administrado y a los fines de prestar un acto propio de un servicio público - en el caso, el de la educación - no asume la calidad de instrumento público, no obstante hallarse insertado ese instrumento en un instrumento administrativo, no pudiéndose asimilar a las actas judiciales a las cuales se refiere el inc. 4º del art. 979 del Cód. Civil.

Conocida la habilidad dialéctica del Dr. Spota y sus conocimientos, que luce sin duda alguna en la nota, vamos a dejar de lado todo lo que significa prueba de erudición, para ir directamente a la esencia del problema y a los argumentos que maneja:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) El acto administrativo que revista la formalidad escrita siendo otorgado por el agente o funcionario administrativo con competencia para hacerlo surgir a la vida jurídica, tiene todas las notas que caracterizan al instrumento público. En efecto, emana de quien obra, en ese caso, como "oficial público" y dentro de los "límites de sus atribuciones", es decir, actuando con competencia en razón de la materia y del lugar donde ejerce tales poderes legales, o sea, que procede en "el ejercicio de sus funciones".

Lo contrario equivale a negar al Estado, o sea a quien establece el orden jurídico coactivo, siendo él mismo (partiendo de un concepto formal del Estado) ese orden jurídico coactivo, lo que se acuerda por la ley civil a un funcionario público como lo es el notario, ya que las escrituras públicas son autorizadas no sólo por los "escribanos públicos" (que asumen esa calidad de agentes estatales) sino también "por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones" (art. 997 Cód. Civil).

Hasta aquí el razonamiento parece perfecto, pero pasa por alto una cuestión fundamental. Se pretende que el contrato celebrado por el Estado es instrumento público porque en su nombre lo otorga un funcionario público que, en consecuencia, actúa en un doble carácter, violando la imparcialidad exigida por el art. 985 del Cód. Civil bajo pena de nulidad.

Se dirá que son de aplicación otros principios por tratarse del derecho administrativo, pero entonces no se puede hacer esa hábil comparación con las normas que rigen el documento notarial. Deberá reconocerse, por otra parte, que esos actos administrativos pertenecen a los llamados documentos oficiales y que solamente revisten este carácter aquéllos en virtud de los cuales se dictan resoluciones aprobatorias, pero no las demás piezas del expediente, y menos un contrato que no es instrumentado, como en el caso del notario, que recibe las declaraciones de las partes, indaga sus voluntades, las adecua al ordenamiento jurídico y las refleja en el documento, con el debido asesoramiento, valiéndose de su pericia técnica y observando el requisito de intermediación y otros que requiere la fe pública.

b) Nuestra jurisprudencia ha estimado que el requisito de forma establecido por la ley para las donaciones de inmuebles (art. 1810) se cumple con el acto administrativo que acepta la oferta de esa transmisión a título gratuito.

Aparte de que este argumento ratifica lo expresado, pues alude a un acto resolutorio, la prueba más concluyente de que no era decisivo la constituye el hecho de que en la reforma introducida por la ley 17711 se estableció expresamente que "Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de las actuaciones administrativas". Ello así porque no era pacífica la aceptación de la tesis contraria.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal