

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DOCUMENTO NOTARIAL

(Pulse el título para ver continuación)

CARLOS A. PELOSI

Tercera Parte: EL DOCUMENTO NOTARIAL

CAPÍTULO VI EL AUTOR DEL DOCUMENTO NOTARIAL

SUMARIO

38. Concepto del documento notarial. 39. Elementos del documento notarial. 40. Capacidad del autor. 40.1. Nociones de Gaston Jèze. 40.2. Investidura plausible o admisible. 41. Competencia. 41.a. Competencia y jurisdicción. 41.b. La jurisdicción voluntaria. 41.c. El incorrecto empleo del vocablo jurisdicción. 42. Caracteres y dimensiones de la competencia notarial. 43. Competencia por razón de la materia. 43.a. Determinación legislativa de la competencia material. 44. Competencia por razón del territorio. 45. Competencia por razón de las personas. 45.1. Causales de la prohibición. 46. ¿Es funcionario público el escribano?

38. Concepto del documento notarial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si para definir el documento notarial empleamos una fórmula simple, siguiendo las huellas de Boffi Boggero respecto del instrumento público, bastaría decir que es el autorizado por notario o escribano.

Pero estimo que en esa forma no se anotan los rasgos esenciales que deben insertarse en el juicio definitivo.

Para enunciar con mayor precisión lo que es el documento notarial, corresponde determinar su género próximo y su diferencia específica, habida cuenta, para ello, de los requisitos inherentes a los instrumentos públicos y lo que es peculiar en el documento de que es autor el notario.

En vías de simplificación, podríamos expresar que todo documento en que interviene el notario se reputa notarial. De allí que Larraud señala una categoría de documentos notariados que denomina "inaparentes" que son aquellos en que el escribano ha intervenido en el negocio instrumentado, pero su intervención no aparece de manifiesto ni constituye un elemento formal del mismo. Tal podría ser el caso de un boleto o contrato de compraventa extendido en documento privado, redactado por el notario(1)(863).

Se advertirá inmediatamente que en ese supuesto el escribano actúa como profesional del derecho o en sede preparatoria de su ulterior actividad documental o funcionaria, pero no como fedatario. No hay actuación típica de oficial público o de documentador ni rigen los principios que atañen a la competencia ni al rito notarial y, en consecuencia, no existe instrumento público.

Las locuciones fragmentarias o muy genéricas devienen inexpresivas. Si no se acentúan ciertos perfiles distintivos podríamos también decir que son documentos notariales las solicitudes que presentan los escribanos para obtener certificaciones de deudas o de los Registros inmobiliarios. La mecánica de estas certificaciones y las normas aplicables a las informaciones o escritos que con su firma suministra el escribano a las Oficinas Públicas o a un juez, demuestran claramente que tales comportamientos no configuran interposición del ministerio notarial, aunque sean una consecuencia de la actividad o del cargo(2)(864).

En síntesis, no hay allí vestigios de instrumento público pues no se dan los supuestos necesarios. Podríamos decir, con González Palomino, que son tareas que realiza el notario por ser notario, pero no forman parte del quehacer del notario como notario(3)(865).

No es suficiente, entonces, recoger una porción del contenido conceptual que es propio de esta clase de instrumentos públicos.

Claro está, es difícil encerrar en un pensamiento enunciativo el contenido del objeto a definir. De donde se sigue que no resulta indispensable agotar la descripción, porque ya se entraría en el campo de la explicación (que es lo que ocurre con la definición de Spota respecto del instrumento público)(4)(866).

Se trata, por tanto, de indicar las principales características del documento notarial y no sus efectos o funciones. Con este criterio y dentro de las fronteras que impone una definición legislativa, en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

anteproyecto de ley notarial nacional aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964, en San Salvador de Jujuy, se incluyó la siguiente definición de que fui autor: "Los documentos notariales son instrumentos públicos. Es notarial todo documento con las formalidades de ley, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia".

Queda así establecido el género próximo, que es el instrumento público, siguiendo la economía del Código Civil, del cual no podemos apartarnos. El primer enunciado cumple además la función de terminar con las vacilantes interpretaciones, especialmente en el ámbito judicial, sobre el carácter de instrumento público que revisten los documentos extraprotocolares, si se ajustan a los demás extremos que condicionan su existencia, por lo que no adquieren esa calidad si la ley exige facción protocolar.

En cuanto a la diferencia específica, no sólo resulta de esa especial competencia que delimita el mismo anteproyecto, sino de modo especial, por la intervención de un notario o escribano, y sólo en casos excepcionales, taxativamente señalados, por un funcionario expresamente facultado por las leyes para desempeñar funciones notariales, como el caso de los agentes consulares.

La definición alude asimismo a las formalidades de ley o requisitos formales, que son, en el régimen vigente, los genéricos para los instrumentos públicos y los especiales para las distintas clases de documentos notariales inscriptos en el Código Civil, en las leyes notariales y en otras disposiciones de fondo y locales.

Larraud define el documento notarial o notariado, pues cree que esta designación es más indicada, como el expedido por un escribano en el ejercicio de la fe pública(5)(867).

Es cierto que expedir abraza el concepto de extender por escrito con las formalidades de ley. Pero en la terminología jurídica es necesario apartarse muchas veces de las reminiscencias históricas, cuando no de la semántica de la palabra y valorar el significado específico que acuña cada disciplina. En la literatura notarial el vocablo autorizar ha adquirido un sentido particular, como sucede con otros, que sirven así, en alguna medida, para organizar los institutos propios del derecho notarial. De ahí que el mismo Larraud también lo distingue como el autorizado por notario y por el creado con participación de escribano habilitado, actuando en ejercicio de su función profesional.

Martínez Segovia(6)(868) atribuye a la palabra autorizar el alcance de que el escribano o notario se reconoce "autor" del documento y confiere a su obra su autoridad, o sea valor semejante a los instrumentos del Estado, pero también su autoridad como jurista, según la tenga. Para Riera Aisa(7)(869), la autorización notarial puede tomarse en dos sentidos. Bajo un concepto amplio podría considerarse como el ejercicio y desarrollo de la función autenticadora, esencia y base de la actividad del notario, y va desde la preparación del documento hasta su otorgamiento. Desde otro punto de vista más limitado es la parte más solemne del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento notarial, y mediante ella el documento se transforma en público y nace a la vida del derecho con los efectos singulares que la ley le concede.

Hay notarialistas españoles que entienden necesario señalar los fines del documento notarial en su definición o concepto: Giménez Arnau(8)(870), atendiendo a ello, lo define como "el documento público autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos".

Ello es así, pues para él, tres son los fines fundamentales: Probar; dar forma (creadora cuando se exija como requisito de existencia o confirmativa cuando es potestativa) y dar eficacia legal al negocio. De éstas surgen las demás anotadas por Lavandera: hacer ejecutiva la obligación, sustituir a la tradición legal (régimen español) y garantizar a los terceros (la fe pública se extiende a la sociedad; las declaraciones se dirigen a los futuros interesados). Si suprimimos los fines, queda sólo autorizado por el notario, pero Lavandera señaló con propiedad que el acto público consiste en la declaración de voluntad esencialmente dirigida a crear, modificar o disolver un vínculo de derecho, recibida por el notario con las formalidades de ley(9)(871).

Sostiene Martínez Segovia que documento notarial e instrumento público son dos cosas diferentes. Como parte del concepto de que la función notarial es profesional y documental autónoma, privada y calificada, impuesta y organizada por la ley, rechaza la parificación. El instrumento público se refiere, a su juicio, a los actos de gobierno, comprendiendo los tres poderes: Contiene mandatos, órdenes imperativas, manifestaciones del poder. Es decir, públicos por su forma y por su sustancia. El documento notarial, en cambio, contiene relaciones privadas, manifestaciones de voluntad humanas y nunca de poder(10)(872). No comparto esta posición, por lo mismo que difiero de su tesis de que la función notarial es privada y no pública. Además, cualquiera sea el apoyo que pueda recibir su teoría, conforme a nuestro esquema legal el documento autorizado por notario debe incluirse necesariamente dentro de los instrumentos públicos.

El mismo Martínez Segovia define el documento notarial como "Todo escrito, original o reproducido que, como uno de los objetos de la función notarial, es autenticado o autorizado por notario y resguardado por él, conforme a la ley de su organización, procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función notarial"(11)(873).

Es una buena conceptualización pero de corte doctrinario. Entre las objeciones - de menor cuantía - que se le podrían hacer, puede señalarse que no todos están resguardados (v.gr.: los extraprotocolares).

39. Elementos del documento notarial

Con todo lo dicho hasta ahora podemos establecer con facilidad los elementos del documento notarial.

Recordemos que en todo documento concurren tres elementos:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Corporalidad, autor y contenido. En el notarial, como en todo instrumento público, cabe agregar el rito o solemnidades de ley. Y son tan importantes y distintas que el mismo Código Civil dedica un título especial para las que conciernen a las escrituras públicas, hoy insuficientes y completadas por las leyes notariales locales cuando en rigor deben serlo por una ley nacional, sustitutiva de las normas contenidas en el Código.

En casi todos los países del mundo latino esas formalidades están reguladas en ordenamientos notariales autónomos, que no se han dictado para otra clase de instrumentos públicos.

Larraud(12)(874)analizó detenidamente algunos de esos elementos:

En el documento notarial existe:

a) Un pensamiento (contenido).

Todo pensamiento es pensamiento de algo y este algo es el objeto del pensamiento que no se identifica con él(13)(875).

Lo pensado por el notario, el objeto de su pensamiento, es aquello que percibe, el hecho histórico. Ese hecho puede ser también la declaración de una persona.

Según la tesis de González Palomino(14)(876), "el notario es un testigo rogado que no tiene otro campo libre que el del instrumento público. El testigo rogado es como un espectador que se ha propuesto asistir al espectáculo sin perder detalle, para relatarlo luego. Se propone captar hechos, sin perder detalle, e irlos archivando en su memoria ordenadamente. Contempla los hechos desde fuera, sin ser actor de ellos, y con una preparación psicológica de testigo". "El notario es un testigo rogado, mejor preparado para serlo que otro alguno por ser necesariamente imparcial y ajeno a los hechos, como tal notario, y por su experiencia profesional reiterada en ser testigo".

"Pero es que el notario no es testigo fuera del instrumento público, de manera que relata los hechos no en un momento posterior sino en el mismo momento en que suceden, sin poder alterar ni los hechos mismos, porque se requiere el asentimiento de los protagonistas (firma de los otorgantes o de los testigos) ni la fecha y lugar (por la inalterabilidad del protocolo, con foliación, numeración, índices, etc.)".

Además, el notario es técnico, es un profesional del derecho. Percibe y evalúa los hechos a través de su formación profesional.

b) El sujeto del mismo (autor).

Es lo que examinaremos en este capítulo.

c) El objeto del pensamiento (contenido).

Larraud opina, con González Palomino, que el documento no representa el pensamiento del escribano. Lo presenta, lo expresa en forma gráfica.

En cambio el hecho histórico sí es representado, se hace presente en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pensamiento y lo representa mediante su declaración.

Vale decir que su declaración escrita exterioriza su propio pensamiento, pero a la vez recrea lo pensado; reproduce a través de su mente describiéndolo o relatándolo, el acontecimiento o situación de hecho que presencia o percibe.

El hecho histórico en la escritura es el "hecho del otorgamiento" y no el negocio; la autenticidad cubre el otorgamiento pero deja el negocio fuera, sin el amparo de la fe pública.

El hecho que motiva el otorgamiento, a que se refiere el art. 1218 del Código Civil español, se extiende a los extremos enunciados en el art. 993 de nuestro Código Civil, pero aquel cuerpo legal es más explícito por cuanto menciona expresamente la fecha del documento público. Con respecto al negocio la misión del notario es dotarlo de legalidad.

d) Su expresión (grafía) .

La pieza material que lo contiene o soporte físico que lo integra y forma parte de él (corporalidad).

Cada uno de los cuatro elementos indicados admite su diversificación en otros cuando se estudian parcialmente.

Estamos en la estructura primaria. En tal sentido el mismo Larraud(15)(877)manifiesta que por ser una forma documental funcionaria necesita para su existencia un soporte material y la intervención de un agente actuando en el desempeño de actividad pública, con obligación de ajustar su conducta a ciertos presupuestos formales establecidos en la ley.

Los cuatro elementos mencionados pueden analizarse, asimismo, separando los que se refieren a la autenticidad externa y a la interna o contenido.

Pertenece a la autenticidad externa la corporalidad (papel y grafía), la autoría y el rito, vale decir, todo lo que se refiere al conjunto de signos sensibles en la formación y reproducción del documento y puede ser impugnado por acción de falsedad ideológica. Excluido respecto de las partes, lo que entra en el campo de la simulación, ya que el notario no autentica la sinceridad de las declaraciones.

40. Capacidad del autor

Significa que el escribano debe estar designado por autoridad competente, salvo, conforme lo preceptúa el art. 982 del Cód. Civil, la falta en la persona del oficial público de las cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento a las funciones de que se encuentra revestido que no quita a sus actos el carácter de instrumento público.

Constituye también una excepción el art. 983 en cuanto prescribe la validez de los instrumentos autorizados antes de tener noticia de haber sido suspendido, destituido o reemplazado en sus funciones.

Nuestros civilistas, apegados a las exposiciones de los comentaristas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

franceses, incluyen en la capacidad las prohibiciones que surgen del art. 985. Las denominan incapacidad o incapacidad relativa para instrumentar(16)(878). Adelanto que, a mi juicio, se trata de incompatibilidad y no de incapacidad y es aceptable también la tesis según la cual importa un problema de legitimación.

El oficial o funcionario público debe hallarse investido de las funciones que ejerce (en nuestro caso de la calidad de agente u órgano de la fe pública). Esto supone su designación o nombramiento por el Poder Público o autoridad competente y el consentimiento o aceptación del interesado (previo cumplimiento de los requisitos referentes a su capacidad, título habilitante, edad, nacionalidad, estar o no alcanzado por las inhabilidades e incompatibilidades, etc.).

Es el llamado acto - condición.

En el caso del notario deben agregarse algunos actos previos o posteriores (matriculación, fianza, juramento, puesta en posesión) para que pueda desempeñar sus funciones.

Obtenida de tal manera la investidura, el notario entra en el pleno ejercicio del cargo y adquiere el poder jurídico de dar fe, lo que no implica crear para él una situación jurídica individual, sino investirlo de situación legal y reglamentaria, puesto que sus atribuciones provienen de la ley y se concretan en funciones personales e intransferibles.

40.1. Nociones de Gaston Jèze

Para comprender mejor todo lo relativo a la investidura y al acto condición, vamos a reseñar seguidamente las enseñanzas de Gaston Jèze sobre el particular(17)(879).

Los poderes de que están investidos los individuos son de dos clases:

a) Generales o impersonales, que pertenecen a los individuos que se hallan en la misma situación de hecho (por ej.: los relativos a la propiedad de una casa son los mismos quienquiera sea el propietario).

b) Individuales, cuyo contenido aparece determinado de manera particular en favor o en contra de determinada persona, no siendo la ley o el reglamento quien hace esa determinación sino la manifestación de un particular o de un funcionario. Por ej.: en una compraventa la deuda por saldo de precio (el poder es especial para este caso). Asimismo los efectos de una sentencia.

La primera es general, impersonal, modificable por la ley, no susceptible de renuncia general.

La segunda es particular, temporaria (desaparece cuando se ejerce el poder) no es modificable por leyes y reglamentos, se puede renunciar.

Los poderes crean situaciones jurídicas generales individuales.

Así como existen dos clases de situaciones jurídicas - general e individual - también se observa que los actos jurídicos se clasifican según su contenido, en:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aa) Actos creadores de situación jurídica general. Son actos legislativos o reglamentarios. Organizan, crean una situación jurídica impersonal, objetiva. Contienen esencialmente una norma jurídica.

bb) Actos creadores de situación jurídica individual. Son unilaterales o contractuales (bilaterales). Se reconocen por su contenido jurídico. Por ej.: La condena al pago de una multa (unilateral), los contratos. Responden a la antigua clasificación de actos de poder público o de autoridad y actos de gestión.

cc) Actos que confieren, a un individuo una situación jurídica general o un "status".

dd) Actos que legalizan una situación jurídica general, o una situación jurídica individual o un hecho.

ee) Actos jurisdiccionales.

ff) Actos condición. Son una manifestación de voluntad que tienen por objeto colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal. Se individualiza.

Los actos condición son numerosos (naturalización, la decisión judicial que declara la quiebra, etc.).

Producen el efecto jurídico de investir a un individuo de un "status" legal. El acto condición se diferencia del acto creador de una situación jurídica individual en que, si bien ambos se refieren a un caso individual, en el acto condición no hay creación porque la situación jurídica existe ya. El nombramiento no hace otra cosa que investirlo de poderes y deberes organizados por las leyes y reglamentos cuyo conjunto constituye la función.

40.2. Investidura plausible o admisible

Se entiende por tal la que brinda ante todos la apariencia jurídica de un funcionario de derecho, porque el público no se halla en condiciones de conocer el vicio que afecta el acto de nombramiento.

Por tanto, supone un nombramiento sin que el funcionario o escribano posea las cualidades o condiciones necesarias. Se da también el caso de investidura plausible cuando el documento ha sido autorizado fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito (art. 981, Cód. Civil).

En los casos de investidura plausible a pesar del vicio que en condiciones regulares afecta al documento, éste se considera válido.

Se ha discutido con alguna frecuencia si el escribano que goza de licencia puede reasumir sus funciones antes de que finalice la licencia y cuál es la situación creada con respecto a los instrumentos autorizados por el escribano reemplazante.

Debe entenderse y así lo ha declarado la Reunión "25º Aniversario del Colegio de Entre Ríos" al considerar el tema "Nulidad o anulabilidad por razones instrumentales", que "En el supuesto del escribano en uso de licencia que reasume sus funciones antes del término de la misma, el instrumento de él emanado es válido. En cuanto a los que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reemplazante autoriza habiendo reasumido anticipadamente el titular, juega la investidura plausible del art. 982"(18)(880).

Es oportuno destacar además, siguiendo a Spota(19)(881), que en esta materia cabe distinguir entre:

Funcionario de derecho. Tiene una investidura regular.

Funcionario de hecho. Su investidura es irregular. El legislador convalida ministerio legis los instrumentos públicos otorgados ante un funcionario público de facto.

Funcionario usurpador. No hay investidura plausible. No hay nombramiento, o bien tiene noticias de la suspensión, destitución o reemplazo. No lo sería en caso de guerra, revolución o estrago público por la necesidad de que continúe el servicio público. Debe aceptarse la validez cuando el acto es impostergable (partidas de matrimonio, nacimiento, defunción, etc.).

41. Competencia

La palabra competencia proviene del infinitivo latino "competere" que significa lo que nos pertenece, se nos concede o corresponde. También equivale a competir, pretender, pedir lo mismo que otro. En el primer sentido se refiere a una facultad; en el segundo al ejercicio de esa facultad.

Se utiliza igualmente el término para dar la idea de idoneidad.

Para Carnelutti(20)(882), competencia es la extensión de poder que pertenece o compete a cada oficio, a cada componente del oficio, en comparación con los demás.

La define Jèze como el ejercicio de un poder legal para producir un efecto jurídico(21)(883).

En síntesis, podemos decir que es la aptitud legal atribuida a un órgano o profesión. Es un concepto similar al de capacidad en derecho civil.

En cuanto a su importancia, es suficiente señalar que constituye el elemento característico de toda función pública. Establece la medida o esfera de atribuciones propias de todo funcionario o de cada componente del oficio, según la terminología de Carnelutti.

Divisiones. Se distingue la competencia por razón de la materia, territorio y personas. Además, especialmente en lo judicial y administrativo, la externa e interna, por grados, por cuantía, general e impersonal (pertenece a toda la categoría) y particular o personal.

Caracteres. Los caracteres de la competencia consisten en ser improrrogables (admite excepciones) y modificable por ley.

41.a. Competencia y jurisdicción

El concepto de competencia por lo general se asimila al de jurisdicción y se emplean ambos términos indistintamente; es lo que Bielsa llama una grosera confusión.

Continuamente aparecen ambos vocablos en forma totalmente

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

equivocada. Hasta el art. 101 de la Constitución Nacional, cuando habla de la jurisdicción de la Corte Suprema, debería aludir a la competencia.

La palabra jurisdicción se emplea comúnmente con un sentido totalmente equivocado, pero lo más importante es que se aplica erróneamente dentro del ámbito notarial, y en especial en las leyes notariales. La jurisdicción viene de juris - dictio, esto es - decir el derecho - pero más que decir el derecho significa actualmente aplicar el derecho habiendo contienda o conflicto.

Goldschmidt la define como "la potestad atribuida por el Estado a determinados órganos, para decidir, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le son sometidas, y la facultad de poder hacer cumplir esa misma sentencia o decisión"(22)(884).

Los elementos de la jurisdicción son: notio, que es la facultad de entender en determinadas causas; vocatio, que es el derecho de hacer comparecer a las partes y poder seguir el juicio en rebeldía; coertio o sea el empleo de la fuerza para el cumplimiento de determinadas medidas en el proceso; indicium, que manifiesta, esencialmente, la actividad jurisdiccional, vale decir, dictar sentencia con efectos de cosa juzgada; y executio que es el imperio y permite sus resoluciones aun con el empleo de la fuerza pública.

En realidad, jurisdicción es la facultad de administrar justicia; y la competencia fija los límites de esa facultad.

41.b. La jurisdicción voluntaria

Todavía no se ha podido establecer suficientemente lo que es la jurisdicción voluntaria de que tanto se habla en la terminología notarial y que da cabida para todas las opiniones. Algunos autores llegan a afirmar que no se sabe exactamente de qué se trata(23)(885).

La jurisdicción voluntaria, al parecer, nació en un pasaje del Digesto, que se le atribuye a Marciano, al expresar que el procónsul, cuando salía de la ciudad tenía jurisdicción, pero solamente voluntaria - aunque se sostiene que el texto es interpolado -, y por otra parte se alega también que en el mismo Digesto ya se hablaba de jurisdicción ordinaria y extraordinaria, plena y semiplena, voluntaria y contenciosa.

La voluntaria, en suma, no es jurisdicción, si bien es cierto que se hace la diferencia entre las cuestiones intervolentes e intervolentes, es decir, aquellas en las cuales hay litigio u oposición y aquellas otras en que no la hay.

Es materia de jurisdicción voluntaria encomendar a los jueces asuntos como los de mensura y amojonamiento, los discernimientos de curatelas, las informaciones sumarias, las protocolizaciones de testamentos, los juicios sucesorios, etc. Esto se vincula un poco también al problema de si hay o no acto jurisdiccional en la esfera administrativa. Desde luego, la materia está ligada a la separación de los poderes. Fundamentalmente corresponde al poder judicial el acto jurisdiccional, pero hay distintas opiniones acerca de si se da o no en la administración.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En principio sabemos que la separación no es tajante, y así por ejemplo, el Congreso ejerce jurisdicción en el caso concreto del juicio político.

Uno de los principales sostenedores de la concepción jurisdiccional del notariado ha sido Lavandera(24)(886), quien argumentaba que la misión del notario es casi equivalente a la del juez, en el sentido de que también sanciona derechos - siempre con respecto a los actos que no significan oposición de intereses, o intereses encontrados -, en una palabra, que no impliquen litigio. Pero hay muchos autores que asimilan la actuación notarial, ya sea a una justicia reparadora o a una justicia legitimadora a cargo del notario(25)(887).

Las opiniones son tan copiosas y tan abundantes como todo lo que se ha escrito respecto de la jurisdicción voluntaria, asunto sobre el cual no han terminado de ponerse de acuerdo, pero, en resumen, se llega a la conclusión de que no hay tal jurisdicción voluntaria. Carnelutti habla de "proceso voluntario"(26)(888) y Bielsa dice que en todo caso sería intervención judicial y no jurisdicción voluntaria, que por otra parte no es tan voluntaria desde el momento que la ley está obligando a ir ante la Justicia para esos determinados asuntos.

La concepción jurisdiccional dentro del notariado la ha defendido también Bellver Cano y entre nosotros Bollini(27)(889). Otro defensor es Navarro Azpeitia(28)(890), que considera incumbe al campo de las actas de notoriedad todo aquello que corresponde a la llamada jurisdicción voluntaria.

El Reglamento Notarial español vigente, del año 1944, establece que el notario es el órgano de la jurisdicción voluntaria (art. 3º). Sin embargo, la ley orgánica del notariado del año 1862, en el artículo 16 dispone que es incompatible el cargo de notario con todo otro que lleve aneja jurisdicción. Quiere decir que, prácticamente, el reglamento ha modificado la ley, como también lo ha hecho en otros aspectos.

Yo entiendo que, efectivamente, los actos de la llamada jurisdicción voluntaria deben ser casi en su mayor parte atribuidos a la competencia del notario, según así lo ha resuelto el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, y lo tiene ratificado el Cuarto Congreso celebrado en Río de Janeiro y el séptimo realizado en México, pero estimo que cuando los actos que actualmente se consideran de jurisdicción voluntaria pasen a la competencia notarial, o cuando se pretende la integración de funciones, reclamando que esos actos pasen a la competencia notarial, ya no pueden llamarse actos de jurisdicción voluntaria, porque no podemos estar empleando términos - dentro del notariado - que incluso en otras esferas no tienen un concepto preciso, y porque no hay jurisdicción por una parte, y por otra - lo dice Bellón, miembro del Tribunal Supremo de España, citado por el mismo Navarro Azpeitia -, mientras a determinados actos se los siga llamando de jurisdicción voluntaria, tendrán que pertenecer al ámbito judicial.

Hace ya tiempo que he sostenido no existe razón para sostener que el escribano ha de ser órgano de la jurisdicción voluntaria(29)(891).

Precisamente en el Congreso de México el primer punto declara que "El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

término <jurisdicción voluntaria> no satisface por ser equívoco y debe buscarse una denominación específica para aquellos actos actualmente encuadrados en el concepto genérico de jurisdicción voluntaria que, por su naturaleza, corresponden a la competencia notarial".

41.c. El incorrecto empleo del vocablo jurisdicción

La palabra jurisdicción se emplea en las leyes notariales con sentido multívoco, porque no se sabe exactamente si se quiere referir a la competencia material o a la competencia territorial.

Por ejemplo, las leyes de Salta y de Corrientes dicen que el escribano tendrá jurisdicción en toda la provincia. Desde el punto de vista territorial, efectivamente en esas provincias hay un solo distrito, el escribano puede ejercer sus funciones en cualquier parte, por más que ello no sea aconsejable porque nos hace recordar a los trashumantes escribanos del Reino, que iban de un lado a otro con el protocolo a cuestas, ejerciendo la fe notarial, lo que no hace a la dignidad del notario.

Es de observar que otras leyes, como la de San Luis, por ejemplo, disponen exactamente lo mismo: tendrá jurisdicción en toda la provincia, pero sin embargo en otro artículo prescribe que el escribano sólo podrá actuar dentro del Departamento asiento de su registro. Por consiguiente, hay una verdadera antinomia y no sabemos qué quiere decir el termino en una ley y qué quiere decir en otra. Si se refiere a la competencia territorial, ya vemos que la de San Luis está en contradicción, porque le atribuye jurisdicción en toda la provincia pero el notario no puede salir de su distrito; si se refiere a la material, entiendo también que es un error porque el escribano tiene competencia en todo el país, por no decir en todo el mundo. El documento notarial, salvo el requisito de legalización (en algunos países europeos se ha suprimido) hace fe erga omnes en todo el país y aun en el extranjero. De ahí que en las antiguas fórmulas notariales catalanas, se comenzaba el instrumento notarial expresando "Sébase" o, más antiguamente todavía, "Sit omnibus notum" - sea notorio en todo el mundo -. En el Brasil todavía se sigue empleando "Sepan cuantos..." De tal modo no se alcanza a comprender si el término se utiliza en el sentido de competencia material o en el de competencia territorial, pero en uno o en otro caso la palabra jurisdicción no puede ser empleada.

Repito que Bielsa(30)(892)afirma que todos los días vemos el equívoco en los diarios. Por ejemplo: "tal hecho ocurrió en jurisdicción de la comisaría tal..." Quiere decir, entonces, que conceptos que tienen una significación específica, o que no están perfectamente esclarecidos, no pueden ser recibidos por el notariado y aplicados sin ningún tamiz ni examen.

Posiblemente es el prurito de usar palabras que están de moda, o términos que parecen que suenan bien pero que evidentemente están mal aplicados. Larraud, refiriéndose al contenido del derecho notarial, manifiesta que hemos sido deslumbrados por el rito instrumental. Yo en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

este caso diría que hemos sido deslumbrados por la sugestión de la palabra que esta mal aplicada.

A mi juicio el escribano no tiene jurisdicción y no se puede hablar de jurisdicción; y así en la ley notarial 6191 de la provincia de Buenos Aires se halla perfectamente establecida la jurisdicción notarial, que está encomendada al juez Notarial y al Tribunal Notarial. Sobre este aspecto el Dr. Morello(31)(893)ha dicho que está muy bien aplicado en la ley 6191 el concepto de jurisdicción notarial, porque ha sido atribuida a un juez, por lo que ni siquiera es una comisión con atribuciones jurisdiccionales.

42. Caracteres y dimensiones de la competencia notarial

Los caracteres principales de la competencia se pueden resumir en que ella surge de la ley y, desde luego, también de la doctrina.

Sobre todo en materia de competencia notarial es muy importante la doctrina, porque generalmente las leyes son incompletas, cuando no tienen ya una larga data y no están a tono en su contenido con la evolución de las construcciones y sistematizaciones doctrinales.

Otro carácter que distingue a la competencia, es de que en principio se considera improrrogable. Ya veremos que ocurre sobre todo en la competencia notarial.

Tres son las dimensiones que ofrece la competencia notarial: Se distingue la competencia por razón de la materia, que es la llamada funcional, por razón del territorio o sea la competencia horizontal y por razón de la persona. Seguidamente serán examinadas cada una de ellas.

43. Competencia por razón de la materia

Se trata de un tema de difícil elucidación. Se denomina también competencia material o real.

En la definición de la ley nacional 1893, sancionada el año 1886, que se considera la primera ley notarial argentina aunque en realidad fue la 1144, aprobada en el año 1881 y reemplazada después por la citada, se expresa que el escribano es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieren o pasaren. Es similar a la que contiene la ley notarial española de 1862, que le ha servido de fuente, con la diferencia de que esta última se refiere a los contratos y demás actos extrajudiciales, circunstancia que tiene su fundamento en la definitiva separación de la fe judicial y extrajudicial y en el origen judicial de los instrumentos notariales.

En varios trabajos y particularmente en "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial" de que es autor Núñez - Lagos(32)(894), se explican tales antecedentes. En la Edad Media, con el renacimiento del derecho romano, se aplican las dos fases del antiguo procedimiento judicial in iure ante el magistrado y luego in iudicio. En la primera etapa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podía el demandado reconocer el derecho del actor configurándose de tal modo la confessio in iure. Ello dio lugar a los procesos voluntarios y más tarde a la simplificación del trámite, ya que los interesados ocurrían ante el magistrado al solo objeto de documentar algunas situaciones jurídicas por medio de juicios fingidos motivando la creación de los Judices Cartularii, que se atribuye a Carlomagno, en el año 700, cuya función era análoga a la de los notarios.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino se pronunció sobre el carácter y alcance de la función notarial declarando que: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir las copias que den fe de su contenido". Agregó que en su función está comprendida la autenticación de hechos y que era su aspiración que los actos de jurisdicción voluntaria, según el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, deben ser atribuidos a la competencia notarial.

Esta definición refleja lo que González Palomino denomina los cuatro puntos cardinales de la función notarial: redactar, autorizar, conservar y expedir copias de los instrumentos⁽³³⁾(895).

La ley notarial francesa del 25 de Ventoso del Año XI (16 de marzo de 1803) recoge en el artículo primero la esfera de actuación del notario, a quien corresponde recibir los actos y contratos a que las partes quieran dar autenticidad, conservar los documentos en depósito y librar copias y testimonios. Con parecida orientación la ley notarial italiana de 16 de febrero de 1913 encomienda a los notarios la recepción de los actos entre vivos y de última voluntad revistiéndolos de fe pública, conservándolos en depósito y expedir copias, certificaciones y extractos.

Pero estas definiciones resultan insuficientes, porque no describen el contenido total del quehacer del notario. Por los métodos llamados de exclusión o de inclusión tratan de establecer diferencias con otras actividades. Así, en la ley española, se quiere dar la idea que le está vedado al notariado intervenir en actos judiciales, y Sanahuja y Soler⁽³⁴⁾(896), por el método de inclusión, afirma que compete al notario el acto jurídico y el hecho jurídico, en la esfera de los derechos privados. Campea el intento de hacer girar el ámbito de atribuciones del notario en torno a la producción del instrumento, que según Giménez Arnau es el lugar geométrico de todas sus intervenciones.

De ahí que Martínez Segovia⁽³⁵⁾(897) ha procurado ser más amplio, determinando el objeto de la función notarial por lo que realmente es. A su juicio responde al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos humanos o naturales.

Utiliza la expresión interés jurídico para distinguirlo del interés de la comunidad, que corresponde a las funciones del Estado y la de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntades concurrentes o convergentes para oponerlas a las compulsivas, entendiendo que no es correcto acudir a las calificaciones de antiprocesal o anticontenciosa.

La definición de Martínez Segovia se integra con los medios de que se vale la función notarial: el objetivo, o sea el documento; y el subjetivo, es decir, el notario. Igualmente con las operaciones de ejercicio que comprenden tareas de interpretación, configuración, autenticación, autorización y resguardo(36)(898).

En la competencia notarial cabe diferenciar la profesional y la fedante, y en lo que puede denominarse competencia interna recordaremos la separación de atribuciones cuando existían registros civiles y comerciales como también los registros de marina, así como las que incumben a los escribanos de gobierno.

En un trabajo que obtuvo el primer premio para los autores extranjeros en el Premio "75º Aniversario de la Revista del Notariado", Manuel de la Cámara Álvarez(37)(899)al analizar la definición antes recordada del Primer Congreso del Notariado Latino sobre la función notarial, señala que de ella se desprende que los cometidos o tareas que debe cumplir el notario latino, son las siguientes:

- a) Tarea de creación o elaboración jurídica: "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes".
- b) Tarea de redacción: "redactando los instrumentos adecuados a tal fin".
- c) Tarea de autorización o autenticación: "confiriéndoles autenticidad" (a los documentos).
- d) Tarea de conservación: "conservar los originales de éstos" (los instrumentos).
- e) Tarea de reproducción: "y expedir copias que den fe de su contenido" (del contenido de los instrumentos).

Estas cinco tareas se corresponden con otras tantas potestades del notario, empleando la expresión "potestad" como sinónimo de "poder - función".

La potestad de redactar el documento presupone, para de la Cámara Álvarez, la interpretación de la voluntad de las personas que acuden ante el notario para que éste solemnice el negocio jurídico que quieren realizar, y su expresión en forma tal que la eficacia jurídica del documento quede, desde este punto de vista, asegurada. "El notario cumple así una función preventiva, de profilaxis jurídica, y cuando está capacitado para cumplir su función y efectivamente la ejerce con plena conciencia de su trascendencia y sentido de responsabilidad confirma cotidianamente la frase feliz de don Joaquín Costa: Notaría abierta, juzgado cerrado".

El notario, además, tiene que interpretar y aplicar las normas del derecho positivo referentes al caso concreto que ante él se plantea. Debe averiguar lo que las partes realmente quieren, si pueden quererlo jurídicamente, y cuáles son los medios más adecuados para alcanzar los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

finés que se proponen conseguir. Esto exige por su parte una actividad rigurosamente técnica, sumamente matizada y que no siempre es fácil de cumplir, añade el autor citado. "Por de pronto el notario ante el negocio, o proyecto de negocio, que le someten los interesados ha de enjuiciar la validez del acto tal como los otorgantes pretenden realizarlo. Ello exige muchas veces, con carácter previo, un problema que puede ser sumamente delicado.

"Saber hasta qué punto la reglamentación prevista por las partes choca o no con preceptos legales de obligada observancia, lo que significa, muy a menudo, discernir si las normas jurídicas atinentes a un determinado negocio jurídico tienen carácter imperativo o meramente dispositivo".

Pero la labor del notario como jurista no se acaba ahí, continúa. "El notario puede sugerir a los otorgantes otro tipo negociado distinto al inicialmente convenido pero que sirva, igualmente, para lograr los fines prácticos que las partes quieren conseguir. Además puede acontecer que el negocio en cuestión no sea un negocio típico que cuente con una reglamentación legal. Aunque no sea así, es decir, aunque el negocio sea encasillable en alguna de las categorías negociadas previstas y reguladas por el ordenamiento jurídico, no tiene nada de extraño que la normativa legal sea incompleta. El notario entonces ha de remontarse a los principios generales del ordenamiento relativos a la materia de que se trate y tiene que hacer uso, generosamente, de la interpretación extensiva o analógica para hallar la solución adecuada".

"Puede decirse, pues, que en tales casos, el notario crea, o contribuye a crear, el derecho. Nos encontramos ante una de las más claras manifestaciones del llamado <derecho de juristas>. El notario crea derecho en cuanto que arbitra una solución jurídica para un caso particular supliendo la insuficiencia del derecho escrito".

En cuanto a la conservación del documento, recuerda de la Cámara Alvarez que el notariado de tipo latino descansa sobre el principio fundamental de que el documento original autorizado por el notario queda en poder de éste. La colección de originales o matrices, ordenada cronológicamente, constituye el sistema de registro o protocolo. El notariado de tipo anglosajón, por el contrario, acepta el sistema opuesto. El documento intervenido por el notario se entrega a los interesados. En el sistema de tipo latino para que el documento pueda ser utilizado en el tráfico, se expiden copias o reproducciones del mismo.

La función y finalidad de las copias justifica que el notario tenga la obligación de expedirlas cuando se las pierda, a quien tenga derecho a ellas y que exista en algunos ordenamientos una completa reglamentación legal sobre la materia.

En este orden de ideas cabe recordar que Carnelutti, en su muy conocida conferencia sobre la figura jurídica del notario(38)(900), ha dicho con todo acierto que no hay tantas figuras del notario cuantos sean los diversos derechos nacionales. Podría haber variedad según los distintos ordenamientos, pero, en el fondo, la figura del notario es una.

Arguye que el notario es uno de los principales operarios o, si se quiere,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

técnicos del derecho. No es sólo un creador de documentos aunque en ciertos lugares la profesión del notario se reduce verdaderamente a la función documental; pero bajo tal aspecto su figura aparece mutilada.

Destaca que los romanos han esculpido con tres palabras maravillosas la actividad del jurista. Estas fórmulas romanas son tales, que todos nosotros, herederos de la civilización romana y latina, deberíamos custodiarlas en un cofre como se custodian las joyas. Decían entonces que la actividad del jurista puede consistir en el "cavere", "respondere"; "postulare".

"Postulare" es la actividad del defensor.

"Respondere" es una actividad común al defensor y al notario. En esto, cualquiera se puede dirigir tanto al uno como al otro para la resolución de una duda jurídica.

"Cavere" es, en fin, la función específica del notario. Y es preciso entender bien en qué consisten su carácter y su dificultad.

"En Italia el abogado se atribuye cierta superioridad sobre el notario. Pero está en un error, al menos si la función de este último se considera en su complejidad. Es más fácil redactar un escrito o pronunciar un discurso procesal que ensamblar las cláusulas de un contrato. Bien entendido con tal que no se trate de echar por tierra lo que declaren las partes, sino de hacer esas tentativas en torno al valor de sus fines según el derecho, y más allá. El negocio puede ocultar en su regazo una litis; ahora bien, entre el abogado y el notario el cometido es distribuido de tal forma que, mientras aquél interviene cuando la litis ya ha estallado o está por estallar, la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle".

Al referirse Castán Tobeñas(39)(901) a las notas que delimitan el ámbito de la función notarial, puntualiza que una opinión tradicional y todavía muy generalizada ve en la facultad de autenticar o dar fe la esencia de la función de la institución notarial.

Sostiene que la función notarial tiene un contenido complejo, que se integra de la siguiente manera:

a) Labor directiva o asesora; porque es misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer, no menos que la de conciliar y coordinar, con la autoridad moral que le es propia, las pretensiones de las partes, en el ritmo del derecho y de la ética.

b) Labor formativa o legitimadora. En esta actividad modeladora de los negocios jurídicos inter vivos o de última voluntad se manifiesta la típica función, de naturaleza legitimadora, que corresponde al notario. Propiamente el autorizante del instrumento público no crea o constituye el acto jurídico, pero sí lo modela, dotándole de forma o armazón jurídica. Dentro de esta facultad notarial se agrupa un complejo de funciones. Entre ellas se destacan la función calificadora, la función de admisión del acto a la legitimación y la función de redacción o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formulación.

c) Labor documental o autenticadora. Esta función autenticadora se traduce o puede traducirse teóricamente en una gama variadísima de operaciones notariales. Es la función que más propiamente responde al origen histórico y al concepto clásico del instrumento público. Pero así y todo resulta excesivo dar a la función de que se trata esa pretendida primacía y ese exagerado predominio sobre la función formativa, a la que va normalmente unida como una consecuencia propia.

43.a. Determinación legislativa de la competencia material

A) Desde el punto de vista legislativo resulta muy difícil encerrar en una fórmula normativa el contenido de la competencia por razón de la materia. Esto, no sólo por los reparos de que son susceptibles ciertas definiciones sino porque el enunciado debería ser demasiado extenso.

Ello explica que las leyes notariales hayan optado por el método simple, pero objetable, de formular una enumeración de los actos en que puede intervenir el escribano, delimitando de tal manera el ámbito de su competencia funcional para evitar que le sean negadas determinadas atribuciones, pero, paralelamente, se contribuye de este modo a que no se les reconozca las que no están incluidas en el texto legal, considerando taxativa la enunciación.

Una fórmula aceptable es la del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, a que se hizo referencia.

B) Es oportuno recordar el método seguido por el anteproyecto de ley notarial nacional, según el texto elaborado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial y aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964 en San Salvador de Jujuy.

Los artículos 5º, 6º y 7º son del siguiente tenor:

Art. 5º - Compete al notario:

1. La función de recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las exteriorizaciones de voluntad de quienes en cumplimiento de precepto legal o de estipulación contractual o por otra causa lícita, requieren su ministerio para la instrumentación fehaciente de hechos, actos y negocios jurídicos.

2. La autenticación de hechos de cualquier naturaleza u origen, previa ejecución, en su caso, de las diligencias necesarias a tal objeto.

3. La comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales hayan de fundarse o declararse derechos con ulterioridad.

4. La formación de los documentos receptivos de su actuación con el alcance y efectos que esta ley les reconoce.

5. Las demás funciones que esta y otras leyes le atribuyen.

Art. 6º - Integra la actividad notarial, en el plano profesional:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. El asesoramiento jurídonotarial en general, la formulación, en su caso, de dictámenes orales y escritos y la redacción de instrumentos privados.
2. La relación y estudio de antecedentes de dominio.
3. Las gestiones requeridas por los interesados, cuyo cometido sea aceptado y que no fueren privativas de otras profesiones.
4. La facción de inventarios judiciales y extrajudiciales y otras diligencias encomendadas por las autoridades judiciales y administrativas que de acuerdo con las leyes locales no correspondan en forma exclusiva a otros profesionales o a funcionarios públicos.
5. Toda otra actuación no fedataria prevista por las reglamentaciones locales.

Art. 7º - Los notarios están facultados para realizar ante los jueces y ante los organismos nacionales, provinciales y municipales, todas las gestiones y trámites necesarios para el cumplimiento de sus funciones, incluso las de inscripción en los registros públicos de los actos pasados ante ellos, sin necesidad de más requisito que el de acreditar su investidura. En cuanto a los otorgados en otra demarcación, se estará a lo que disponga la legislación local.

C) A su vez los artículos 23, 24, 25 y 26 del proyecto de ley notarial para la Capital Federal que elaborara junto con el escribano Jorge A. Bollini(40)(902)rezan:

Art. 23. - Son funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte:

1. Recibir, interpretar, dar forma legal y conferir autenticidad, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes le cometan su instrumentación pública.
2. Comprobar, fijar, autenticar y certificar el acaecimiento, existencia y contenido de hechos, cosas y documentos percibidos sensorialmente, que sirvan o puedan servir, directa o indirectamente, para fundar una pretensión en derecho, en tanto no sean de competencia exclusiva de funcionarios públicos instituidos al efecto.
3. Fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites y diligencias tendientes a ese resultado.
4. Formar, redactar y extender los documentos adecuados, con el doble contenido de las expresiones que atañen al notario y las declaraciones de los particulares que requieran su intervención o se relacionen con ella. En consecuencia, además de las escrituras públicas, podrán autorizar y expedir copias, testimonios, certificados y demás documentos protocolares y extraprotocolares que revisten el carácter de instrumentos públicos, reglamentados por el Código Civil, así como en ésta y en otras leyes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

5. Legitimar por acta de notoriedad hechos y situaciones de todo orden, cuya tramitación sin oposición de persona interesada, pueda realizarse por medio de procedimientos no litigiosos. Sin perjuicio de lo que dispongan en el futuro específicamente las leyes sobre la materia y de la aplicación supletoria, en lo pertinente, de las normas del Código Procesal, quedan incluidas en estas actuaciones con carácter optativo, por parte de los interesados, las siguientes:

- a) Rectificación de errores de nombres en toda clase de documentos;
- b) Declaración de pobreza y de ausencia.

Art. 24. - I. En razón de lo establecido en el artículo anterior, los escribanos de registro podrán:

1. Legitimar firmas o impresiones digitales puestas coetáneamente en su presencia y por personas de su conocimiento.
 2. Autorizar copias totales y parciales y testimonios por exhibición y por referencia.
 3. Expedir certificados sobre:
 - a) Existencia de personas, cosas y documentos;
 - b) Asientos de libros de actas, de correspondencia y de otros, de sociedades y asociaciones y de particulares;
 - c) La remisión de correspondencia y documentos por correo, tomando a su cargo la diligencia de despacharlos;
 - d) Recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas;
 - e) El alcance de representaciones y poderes;
 - f) La autenticidad de fotografías, imágenes y otras representaciones de personas, documentos y demás cosas que identifique;
 - g) Vigencia y contenido de disposiciones legales.
 4. Labrar actas de sorteo, de reuniones de comisión, asambleas y actos similares así como de protestas, reservas de derechos, de presencia, notificación, requerimientos de depósito, de comprobación de hechos, de notoriedad y de protocolización.
 5. Exigir la presentación o entrega de toda la documentación necesaria para el acto a instrumentarse.
 6. Extender a pedido de parte interesada, o por mandato judicial, copias simples y extractos de las escrituras otorgadas y de sus agregados, cuyos protocolos conserve en su escribanía y de otros documentos que se hallen en trámite de otorgamiento.
- II. Los escribanos autorizados tendrán competencia para producir los documentos extraprotocolares a que se refiere el artículo 62 y en consecuencia podrán autorizar los certificados enumerados en el apartado 1 y en los incisos a), b), d), e), f) y g) del apartado 3 de este artículo.

Art. 25. - El ejercicio de la profesión de escribano comprende, además, incluso para los simplemente matriculados:

1. El asesoramiento jurídico notarial en general y la formulación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictámenes orales y escritos.

2. La redacción de documentos de toda índole que no requieran forma pública.
3. La relación y estudio de antecedentes de dominio.
4. La facción de inventarios judiciales y extrajudiciales y otras diligencias encomendadas por autoridades judiciales y administrativas que no correspondan en forma exclusiva a los escribanos de registro o a otros profesionales o funcionarios públicos.
5. Las demás atribuciones que ésta y otras leyes le confieran.

Art. 26. - Sin perjuicio del cumplimiento de sus deberes profesionales, los escribanos están facultados para realizar ante los jueces de cualquier fuero y jurisdicción y ante los organismos nacionales, provinciales y municipales, todas las gestiones y trámites necesarios para el cumplimiento de sus funciones, incluso las de inscripción en los registros públicos de los actos otorgados ante ellos como de los autorizados fuera de su distrito y el examen y retiro, en caso necesario, de los expedientes judiciales y administrativos, sin más requisito que el de acreditar su investidura. Los funcionarios y empleados públicos prestarán la colaboración que los escribanos les requieran en el ejercicio de los derechos y deberes que les incumben.

Con los defectos antes señalados, los textos de referencia siguen en gran parte la orientación adoptada por Escobar de la Riva(41)(903), esto es, indicar las materias de competencia funcional exclusiva, concurrente y excluida.

D) El Reglamento Notarial español vigente de 2 de junio de 1944, delimita el concepto de la competencia por razón de la materia, de la siguiente manera:

Art. 1º ...Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios Jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido:

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.
- b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad, y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes...

Art. 2º Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

44. Competencia por razón del territorio

Ya me he ocupado del tema en un trabajo anterior(42)(904). Trataré de reseñar a continuación lo expresado entonces.

Se entiende por competencia territorial o "ratione loci" la que se ejerce sobre determinada demarcación o territorio.

No es límite de función sino de ejercicio. Señala el ámbito geográfico dentro del cual el escribano puede actuar o intervenir en asuntos que le incumben "ratione materiae", cualquiera sea el domicilio de las personas, el lugar de ubicación de los bienes o del cumplimiento de las convenciones.

a) Distrito. Criterio de fijación

La extensión demarcada se denomina casi universalmente "distrito" y así lo designa en el art. 980 del Código Civil.

Distrito es la porción de territorio o demarcación que subdivide un país, provincia, comarca, etc., para efectos diversos (verbigracia: políticos, electorales, judiciales, etc.). Referido a lo notarial establece los límites espaciales para el ejercicio del ministerio.

La demarcación notarial se basa generalmente en la división política o judicial. Si bien gira en torno a un Colegio, la erección de éste tiene, por lo general, idéntico soporte.

En Europa se toma en cuenta las circunscripciones judiciales o territorios que corresponden a Tribunales de Primera o Segunda Instancia.

El sistema federativo instaurado por la organización constitucional argentina obliga a vincular los distritos a los órdenes gubernamentales. De allí surge la separación originaria de Capital Federal, provincias y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud.

Cada una de esas demarcaciones puede constituir un solo distrito o ser divididas a su vez en varios, por partidos, departamentos, circunscripciones judiciales, etc. Como se verá más adelante son más novedosos los sistemas adoptados por las provincias de Mendoza y Neuquén.

En la Capital Federal se proyectó hace muchos años establecer distritos por parroquias, estimándose que esa descentralización evitaría la aglomeración de las escribanías a inmediaciones de la Plaza de Mayo(43)(905).

b) Sistemas

La fijación de la sede, lugar o zona donde el notario ejerce sus funciones, responde también a otros motivos relacionados con el régimen de limitación de actuantes o de libre ejercicio, la naturaleza de los bienes, la importancia de la contratación, el carácter de los actos, la cantidad de la

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

población, etc.

En la legislación notarial de tipo latino pueden distinguirse los siguientes sistemas:

Distrito cerrado

El III Congreso Internacional del Notariado Latino declaró en puntoal tema "Comparación de los modos de ejercicio de la profesión", que los notarios, como regla general, ejercen dentro de los límites de un distrito. La adopción de este criterio sufre variantes. En orden a la naturaleza de los asuntos, la extensión territorial es susceptible de ser ampliada o restringida. No toma en consideración para ello la clase de documento protocolar o extraprotocolar.

Sin limitación

En los países de notariado libre el notario puede ejercer en todo el territorio nacional (Uruguay, Guatemala, Puerto Rico, Honduras, San Marino). Es aplicable también a la Provincia de Quebec (Canadá). Cabe destacar, como nota curiosa, que al sancionarse el año 1929 en la provincia de Córdoba la ley 3478 de libre ejercicio, el art. 6º disponía que los escribanos de registro no podrán autorizar escrituras fuera de la ciudad, pueblo o localidades en que estuviesen situadas sus oficinas". Siguen este temperamento, considerando un solo distrito a toda la provincia, las leyes de Corrientes, Chaco, Tucumán y Salta.

Extraterritorial

La ley notarial de Nicaragua de 7 de noviembre de 1905 autoriza a los notarios a "caratular" en el extranjero siempre que los actos deban surtir efectos en su país.

Lugar de ubicación de los bienes

En algunos cantones suizos se aplica este principio. Los documentos relativos a bienes inmuebles sólo pueden ser autorizados por los notarios de! lugar de ubicación de los mismos. La regla tuvo vigencia en nuestro país (verbigracia: art. 166, Ley Orgánica de los Tribunales de San Luis del 3 de noviembre de 1900) especialmente durante la época de la Colonia, por cuanto regía en España para facilitar la recaudación del impuesto de alcabala que se tributaba en ocasión de efectuarse transacciones sobre bienes inmuebles.

Lugar del domicilio de los interesados

Excepto los casos en que el escribano debe constituirse o efectuar diligencias fuera de su despacho, es indiferente el domicilio de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgantes para determinar su competencia territorial.

Como excepción, el art. 3345 del Cód. Civil exige que la renuncia de herencia para tener eficacia respecto de acreedores y legatarios sea hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto, cuando la renuncia importe mil pesos.

c) Límites

Las fronteras del distrito están dadas, a mi juicio, por los confines geográficos y no por la potestad o legislación nacional o provincial aplicable, para otros efectos, en determinados lugares enclavados en una demarcación.

Sobre este particular es oportuno recordar cuatro casos de sumo interés:

Zona marítima

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires con fecha 6 de agosto de 1955 declaró que "Cualquier escribano público puede levantar un acta de comprobación de hechos en una nave surta en un puerto ubicado dentro de su competencia territorial, pues la zona marítima no está excluida de ella, reduciéndose la de los escribanos de Marina a actos o contratos relacionados con la navegación"(44)(906).

Como sostiene Moscatello, dentro del distrito se incluye el ámbito del mar territorial(45)(907). De acuerdo con nuestra legislación forma parte del territorio estatal.

Universidad

Hace algunos años un escribano del lugar levantó un acta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

Con tal motivo el Interventor sometió al poder disciplinario de la Corte Suprema de Justicia, para su juzgamiento, la conducta del escribano actuante, que calificó en los siguientes términos: "Que la actuación del notario en jurisdicción ajena por completo al ámbito de sus atribuciones sin requerir siquiera La autorización de la autoridad competente, demuestra desconocimiento de su misión de funcionario. Su actuación absolutamente nula implica una grave responsabilidad cuyo juzgamiento debe cumplirse en defensa de los fueros universitarios y de la austera misión de los escribanos públicos"(46)(908).

Ignoramos cómo terminó la cuestión, pero entiendo equivocada la interpretación. ¿Quién sería entonces el escribano competente por razón del territorio?

Aeropuerto de Ezeiza

A raíz de una consulta formulada por un escribano al Colegio de la Capital Federal acerca de si había obrado dentro de sus facultades al extender un acta de comprobación en el Aeropuerto de Ezeiza, habida cuenta que dicho Aeropuerto es jurisdicción nacional, el Consejo

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Directivo aprobó el dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, según el cual el escribano de la Capital Federal no tiene facultades para actuar fuera de ella en funciones notariales, salvo delegación judicial (art. 6º, ley 12990).

Se hizo constar en dicho dictamen que el Aeropuerto Internacional de Ezeiza debe considerarse que es un bien del Estado Nacional, que forma parte de la provincia de Buenos Aires, y que ésta no ha cedido al Estado Nacional la fracción del territorio provincial ocupado por aquel Aeropuerto(47)(909).

Río Paraná

También fue motivo de consulta al Colegio si un escribano de la Capital podía labrar un acta de comprobación en el río Paraná, en su cauce sobre la provincia de Buenos Aires.

En un brillante dictamen del escribano Héctor Jorge Rosso que aprobó el Consejo Directivo con fecha 14 de agosto de 1969, se llegó a la conclusión de que el acta debía ser extendida por un escribano de la provincia que ostenta el dominio del río, no obstante la jurisdicción federal del río(48)(910).

Principio aconsejable

Participo de la tesis de Sanahuja y Soler quien sostiene, como principio, que el ámbito geográfico para la actuación notarial debe extenderse a todo el territorio que alcanza la contratación que afluye normalmente al punto de residencia. Por tanto es una cuestión de hecho motivada por causas de índole geográfica y económica(49)(911).

d) Fundamentos

En el trabajo antes mencionado, sin ánimo de hacer una rigurosa sistematización, agrupé los fundamentos que justifican la necesidad de regular la competencia del escribano por razón del territorio, en económicos, éticos, jurídicos, funcionales y sociales. Me remito a lo allí expuesto.

e) Particularidades

A) El Reglamento Notarial español de 2 de junio de 1944 determina que la jurisdicción notarial, fuera de los casos de habilitación, se extiende exclusivamente al distrito notarial en que está demarcada la notaría, y el art. 116 prescribe que carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial. El art. 117 permite autorizar instrumentos públicos en el término municipal correspondiente al lugar del domicilio de otro notario, en los casos siguientes: 1) Por imposibilidad física permanente de alguno de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgantes o requirentes. 2) Por imposibilidad accidental de los otorgantes cuando se trate de escrituras de testamento, adopción, reconocimiento de hijos naturales o capitulaciones matrimoniales. 3) Cuando el notario o notarios residentes en el lugar sean incompatibles o se hallen físicamente imposibilitados para autorizar el acto o contrato. 4) Cuando exista un caso de verdadera importancia por vencimiento de plazo legal o contractual.

B) En nuestro país, la ley notarial de Neuquén, debido a las características especiales de la provincia y a la decorosa subsistencia del escribano, ha formado los distritos por zonas, apartándose del tradicional criterio de conformarlos a la división política.

Con arreglo a la ley notarial de Mendoza los escribanos ejercerán sus funciones dentro de la zona o departamento que corresponda al registro de que sean titulares o adscriptos, sin perjuicio del cumplimiento de actuaciones que les sean requeridas en la sede de su oficina y que en razón de su naturaleza deban ser necesariamente efectuadas fuera de la jurisdicción territorial. Asimismo, podrán ejercer sus funciones fuera de la zona o departamento que corresponda al registro de que sean titulares o adscriptos cuando deban extender actos propios de su ministerio ante autoridades judiciales o instituciones bancarias o de crédito público o privadas. La Suprema Corte, previo dictamen del Colegio Notarial, podrá extender la jurisdicción territorial de los registros a los departamentos donde no haya escribanos públicos y en tanto esta situación subsista, teniendo en cuenta la proximidad y medios de comunicación.

Asimismo la ley notarial de Entre Ríos admite la extensión de la jurisdicción a más de un departamento o parte de un departamento, teniendo en cuenta la actual división política de la provincia. Cuando el escribano tenga como asiento del registro una localidad no cabecera del departamento limítrofe con otro, podrá extenderse la jurisdicción al distrito o distritos adyacentes a aquel en que se halla el asiento. El asiento del registro es la localidad en que se halla la escribanía y hasta los límites del ejido del municipio, y no puede ser más de uno.

En la provincia de Buenos Aires, por diversos decretos (por ejemplo: 233/74, 1012/74) se extendió la competencia territorial de algunos registros a otros partidos, en tanto no haya en éstos registros en funcionamiento. La competencia notarial así conferida cesará automáticamente una vez que se ponga en funcionamiento el servicio notarial en el respectivo distrito. En este caso, el Colegio de Escribanos lo pondrá en conocimiento del Poder Ejecutivo y de los titulares de registro, cuya competencia territorial fue prorrogada.

C) Lo importante es que el escribano actúe dentro del territorio asignado para el ejercicio de sus funciones. Por ello ha declarado la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal(50)(912). "Siempre que el escribano haya obrado dentro del territorio asignado para el ejercicio de sus funciones es indiferente el lugar de otorgamiento de la escritura.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde luego, si el escribano no consigna en el texto documental que se ha trasladado o constituido en determinado lugar para el otorgamiento de la escritura (v.gr.: domicilio de una de las partes, sede de una institución bancaria), como le está prohibido extraer el protocolo de su oficina salvo en los casos permitidos, podría eventualmente ser sancionado disciplinariamente, pero en modo alguno queda afectada la validez del instrumento.

f) Disposiciones que integran el sistema legal. Limitación de actuantes

El sistema de plazas limitadas tiene estrecha vinculación con los diversos criterios válidos para la demarcación.

El art. 3º de la ley notarial española incluye entre las pautas legales la población, la frecuencia y facilidad de las transacciones y las circunstancias de localidad.

Según el Real Decreto Ley del 28 de diciembre de 1924, en Italia el número y residencia de notarios de cada distrito, oídos los Consejos Nacionales, se establecen teniendo en cuenta la población, la cantidad de asuntos, la extensión del territorio y los medios de comunicación, procurando por regla general que a cada notario corresponda una población mínima de 8.000 habitantes y una renta anual determinada sobre la media de los tres últimos años, al menos de 2.000 libras de honorarios profesionales.

La ley notarial francesa del 25 de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803) fijó el número de notarios a razón de uno cada cien mil almas en las ciudades, y cada seis mil en las demás poblaciones, con un número mínimo de dos, y en los distritos de Juzgados de Paz un máximo de cinco.

Idéntico cartabón ha regido en nuestro país, donde se ha tomado en cuenta el número de habitantes por partido o departamento, y no por toda la provincia. Estas disposiciones, sin embargo, en la práctica se han visto muchas veces desvirtuadas y se han creado registros sin consideración a esa pauta.

Residencia

Todos los ordenamientos notariales imponen al escribano la obligación de fijar su residencia en el lugar que ejerce sus funciones.

El alcance de esa obligación ha evolucionado con el transcurso del tiempo, y el domicilio real o la vivienda puede llevarse a distancias razonables según los medios de comunicación (en la Capital Federal, en un radio no mayor de 40 kilómetros - art. 6º, ley 14054 -); en la provincia de Buenos Aires, de 100 kilómetros (art. 44, ley 6191), pero subsiste la de tener despacho o domicilio legal (la notaria u oficina) en el lugar donde el escribano ejerce sus funciones.

Horario de las notarias

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

También es nota común en las legislaciones notariales la obligación de horarios para la atención al público.

Régimen de licencias

El carácter de servicio público que revisten las funciones notariales determina la necesidad de prohibir a los escribanos ausencias temporales al despacho y requerir licencias para faltar de la notaría durante ciertos lapsos. Amén de la obligación de atenderla personalmente.

La actuación indiscriminada en cualquier lugar conspira contra la efectividad de tales normas legales y quiebra la economía del sistema.

Prohibición de extraer el protocolo

Índice elocuente de que las leyes notariales han incorporado un conjunto orgánico de preceptos sobre la materia que nos ocupa, lo constituye la general previsión que contienen vedando extraer el protocolo de la escribanía, salvo causas taxativamente enunciadas.

g) Sanciones por el incumplimiento

En virtud de lo dispuesto por el art. 980 del Cód. Civil, carecen de eficacia los instrumentos públicos extendidos fuera del territorio asignado al funcionario para el ejercicio de sus funciones, salvo que el lugar fuera generalmente tenido como comprendido en el distrito (art. 981), por aplicación del principio "error communis facit ius".

Las legislaciones extranjeras se inclinan también, en su mayoría, por la invalidez de los documentos notariales autorizados allende el territorio dentro del cual el actuante tiene el ejercicio de la fe.

Es casi unánime la opinión de los autores nacionales en el sentido de justificar la invalidez por la causa apuntada. Solamente Llerena(51)(913) se opone a la nulidad, entendiendo que el artículo significa que la escritura debe constar en el archivo o protocolo que exista en el lugar donde se hallen los inmuebles que se transmiten, si de ello se trata y que otra cosa sería si el instrumento público versa sobre actos de otra naturaleza. La verdad es que esta exégesis resulta un poco confusa.

Es necesario reconocer que frente a los preceptos vigentes cualquier esfuerzo dialéctico para sostener la validez de los documentos otorgados en violación de sus enunciados se torna problemático.

Examinada la cuestión en el campo conceptual, la nulidad se presenta con un rigorismo innecesario. Con la esterilidad del acto no se cumple cabalmente la función a que responde el instituto de la nulidad.

Es más acertado imponer sanciones al escribano, que podrán ir desde la multa, pasando por la suspensión, hasta la destitución, pero en modo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alguno perjudicar a los contratantes.

Pienso que éste es un supuesto de la llamada investidura plausible a que he hecho referencia en el punto 40.2, y la buena fe y la creencia de los interesados de que el escribano actuante se desempeña en el pleno ejercicio de sus poderes, no justifica en modo alguno el perjuicio que para ellos se deriva de la invalidez. La pena debe ser impuesta al infractor, si hay mérito para ello.

Corresponde aclarar que decretada la nulidad por falta de competencia territorial, el escribano es susceptible de ser sancionado disciplinariamente, pues no rige aquí el principio "non bis in idem", ya que, en orden a lo prescrito por el art. 33 y concordantes de la ley notarial 12990, la responsabilidad civil no debe considerarse excluyente de las demás y el escribano puede ser llamado a responder de todas y cada una de ellas simultáneamente o sucesivamente.

Lo expuesto no tiene por objeto justificar abusos cometidos en estamateria por escribanos de provincia que al actuar en la Capital Federal, con despacho instalado, han llegado a la inexplicable actitud de citar por telegrama a las partes para suscribir la escritura en la dirección de la Capital.

Numerosos son los fallos que han decretado la nulidad de escrituras autorizadas en la Capital Federal por escribanos de provincia. Los más conocidos son: a) El dictado por el Juzgado Nacional en lo Comercial recaído en autos "Angeleri y Cía. s/quiebra c/La Provincia de Córdoba y otros s/nulidad de escritura pública" (consentida en la alzada)(52)(914), en que declaró nula la escritura de compra del inmueble calle Callao 332 de esta Capital hecho por el Banco de Córdoba y autorizada por el escribano de Hacienda de dicha provincia por haberse otorgado en la sucursal el Banco de esta Capital. b) El pronunciado por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, el 17 de diciembre de 1973, según el cual "La pretensión de la demandada y del escribano designado como condición de venta para suscribir en la Capital Federal una escritura correspondiente a la jurisdicción formal de La Plata, destituye de pleno la validez del acto, en cuanto resiente, con o sin perjuicio patrimonial para las partes la fe pública que de ella se deriva"(53)(915). Y c) El fallo emanado del entonces juez Nacional en lo Comercial Dr. Atilio Alterini con fecha 7 de agosto de 1973 que declaró "Si un escribano de Lobos puede trasladarse a la Capital Federal a los fines de levantar el acta de protesto, ésta resulta nula de nulidad absoluta, que aparece manifiesta, y corresponde en consecuencia declarar judicialmente la invalidez de dicho acto"(54)(916).

h) Los documentos extraprotocolares

Como he tenido ocasión de señalarlo en nota a fallo(55)(917), el principio y requisito legal de la competencia territorial rige también en los documentos notariales extraprotocolares.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

i) Actuaciones profesionales

Una fuerte corriente doctrinaria divide las actuaciones del notario en profesionales y fedantes.

Sin entrar a juzgar si tal separación es sistemática y responde al verdadero contenido de la función notarial, cabe significar que actuaciones fedantes son aquellas en las que interviene el escribano en su condición de oficial público en ejercicio de la fe notarial produciendo un documento que, dentro de la economía del Código Civil, se califica de instrumento público. De allí que esa faz de la actividad notarial se denomina también documentadora.

Las profesionales, en cambio, comprenden aquellos actos en que obra el escribano sin necesidad de investidura notarial, por el solo hecho de poseer diploma de tal, que lo habilita para desempeñarse como profesional del derecho (verbigracia: dictámenes, estudio de títulos, redacción de documentos privados, etc.).

El escribano no puede dar fe fuera de su demarcación o distrito fijado para ejercer sus funciones, pero es profesional del derecho en cualquier lugar del territorio nacional y, en consecuencia, puede actuar como tal sin límites en tanto sólo debe considerarse oficial público con competencia territorial en el ámbito geográfico demarcado para ejercer su ministerio.

j) La escritura del art. 585 del Código Procesal

Se ha planteado con alguna frecuencia la cuestión de si es posible que un escribano de la provincia de Buenos Aires pueda autorizar la escritura del art. 585 del Código Procesal, llamada de protocolización y que en realidad constituye un acta en la que se vuelcan las piezas del expediente judicial que perfeccionaron la compraventa.

El asunto fue tratado en la XIV Jornada Notarial Bonaerense realizada en San Isidro del 23 al 25 de abril de 1970, y en algunos trabajos presentados por escribanos de la provincia de Buenos Aires se me ha citado erróneamente, pues las opiniones que he vertido y a que se hace referencia, se refieren a otras materias y, especialmente, al caso de aceptación de cargo en Juzgado fuera del asiento del registro pero correspondiente a la provincia.

Enunciaré a continuación los antecedentes en virtud de los cuales no es aconsejable extender tales escrituras cuando los respectivos expedientes judiciales tramitan por ante los Tribunales de la Capital Federal.

1) En la mencionada XIV Jornada Notarial Bonaerense el Colegio de la Capital Federal hizo la siguiente manifestación:

a) Que la competencia territorial del Juzgado debe coincidir con la del oficial público actuante (notario).

b) Que debe mediar designación expresa del Juzgado, con la consiguiente aceptación y constitución de domicilio dentro de su jurisdicción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) El entonces juez Nacional en lo Comercial Dr. Edgardo Marcelo Alberti en autos "Silberman, Enrique c/Weibinder, Aurelio s/Ejecutivo" que tramitó por ante el Juzgado N° 6 a su cargo, Secretaría N° 11, declaró:

"...el escribano con asiento fuera de la ciudad de Buenos Aires no está autorizado para protocolizar actuaciones de expedientes radicados en los Tribunales de la Capital Federal. La ley le veda constituirse en Buenos Aires, de manera que está jurídicamente imposibilitado para tomar conocimiento (en el sentido jurídico de la expresión) de lo que deberá protocolizar. Juega al respecto el sistema de la competencia territorial determinada del Oficial Público, emergente del art. 980 del Cód. Civil y normas concordantes.

"Tal dificultad - susceptible de llevar incluso a la nulidad de lo actuado sin atender a ella - no se suplirá con un hipotético traslado del expediente a la ciudad de La Plata. Esto sería legalmente insostenible, pues nada autoriza a que las actuaciones judiciales sean sacadas del Tribunal de la jurisdicción de la causa. Advierto otros aspectos que obstan, también, a la actuación de un Oficial Público de otra jurisdicción en esta ciudad de Buenos Aires. Véase por ejemplo, que ese Oficial está sometido a la superintendencia de las autoridades de la provincia donde ejerce su ministerio. Mas al asumir calidad de auxiliar de la justicia en esta Jurisdicción de la Capital Federal, se somete al Tribunal que lo designa y a los organismos jurisdiccionales de esta ciudad: Tribunal de Alzada de ésta, Sala de Superintendencia Notarial de la Excma. Cámara en lo Civil de la Capital, etc.

"Es por demás obvio el estado de conflicto en que entrarían, eventualmente, esos dos sistemas jerárquicos, si surgiese la menor cuestión relativa al desempeño de este escribano".

3) Por aplicación analógica de la doctrina sostenida en dictamen aprobado por el Consejo Directivo en expediente de consulta, en el que entre otras, se llegó a la siguiente conclusión: "La documentación obrante en un expediente de trámite de solicitud de personalidad jurídica que el escribano transcribe en su protocolo a los efectos del art. 319 del Código de Comercio, son instrumentos públicos administrativos y para tener efectos Jurídicos fuera de la jurisdicción de su otorgamiento, deben estar legalizados por el Director General de Justicia, o en su caso por el Subdirector de la Subsecretaría de Justicia"(56)(918). Es decir, que por falta de legalización, carecen de eficacia formal.

45. Competencia por razón de las personas

a) Terminología

No existe acuerdo sobre la correcta designación de la prohibición contenida en el art. 985 del Código Civil. A las principales denominaciones he de referirme a continuación.

b) Incapacidad para instrumentar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los civilistas nacionales, siguiendo las aguas de la doctrina francesa especialmente los comentaristas del Código de Napoleón, hablan de incapacidad para instrumentar.

Así Arauz Castex(57)(919)entiende que se trata de una incapacidad relativa. Llambías(58)(920)hace comprender en la capacidad del oficial público tanto los supuestos del art. 983 como los del art. 985. También Salvat considera que el oficial público es relativamente incapaz de otorgar instrumentos públicos en las hipótesis del art. 985(59)(921). Adopta el mismo criterio de considerarla incapaz para instrumentar Spota(60)(922).

c) Incompatibilidad

Estima Borda que configura una incompatibilidad por interés directo o parentesco(61)(923). En el mismo sentido opina Boffi Boggero, para quien deben considerarse inhabilidades especiales las causales que obstan al ejercicio del notariado y que las leyes notariales generalmente caracterizan como incompatibilidades(62)(924).

En ninguna ley notarial se conceptualiza el asunto como requisito de capacidad o como incapacidad del notario. Es nota común considerarlo, simplemente, una prohibición.

En la doctrina española, Sanahuja y Soler expresa: "Otra de las condiciones que fundamentan la autorización, es la competencia específica del notario, es decir, no la competencia general o potestad del notario para autorizar dentro de su demarcación, sino la competencia relativa al acto o contrato que ha de ser objeto de autorización. Además de las incompatibilidades estudiadas, que tienen carácter de perpetuidad o general, existen prohibiciones o limitaciones impuestas al notario, las cuales le vedan intervenir en la autorización de algunos instrumentos. Según el artículo 22 de la ley, ningún notario puede autorizar contratos que contengan disposiciones a su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad"(63)(925).

En un trabajo mío sobre el tema(64)(926)he citado asimismo las opiniones coincidentes de De Velasco, Fernández Casado y Giménez Arnau.

Cabe concluir que la incompatibilidad, sobre todo en materia notarial, no es sólo la imposibilidad de desempeñar la función notarial y simultáneamente otras funciones, cargos o actividades, sino también la prohibición de actuar en determinados supuestos.

Ya se ha visto que en la doctrina española se comprende en los casos de incompatibilidad la prohibición de autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, de su esposa o parientes en los grados que especifica la ley.

La prohibición se diferencia de la incapacidad, expresa Garrigues(65)(927), en que la prohibición supone la capacidad, mientras que la capacidad o incapacidad son estados que se excluyen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mutuamente.

En la V Reunión Jurídico Notarial de Santa Fe se consideró el tema "Art. 985 del Código Civil", y respecto de la naturaleza del vicio, la declaración aprobada por la mayoría expresa que se trata de una especie de incompatibilidad que reconoce un fuerte paralelismo con la ilegitimación(66)(928).

d) Incompetencia por razón de la persona

Como ya he tenido oportunidad de manifestarlo(67)(929), sin ánimo de adjudicarme la paternidad de ideas que muchas veces se extraen de pensamientos que están en el dominio público, creo ser el responsable de la difusión en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas, la prohibición antes mencionada.

En el mismo trabajo he citado el empleo de ese vocablo aun por los doctrinarios franceses, como indicativo del concepto de capacidad, según sus propias elaboraciones. Algunos de ellos utilizan indistintamente el concepto de incapacidad para instrumentar o de incompetencia personal del funcionario público.

e) Legitimación

El talentoso escribano argentino José Carlos Carminio Castagno(68)(930)sostiene 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.

Esta ilegitimación es para este autor de dos clases, vale decir:

- 1) Objetiva - relativa: "asunto en que él... (estuviere) personalmente interesado".
- 2) Subjetiva - objetiva - relativa: "asunto en que... sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados".

Recuerda que el mismo art. 985 se encarga de excluir del principio establecido anteriormente, las hipótesis referidas a "sociedades anónimas" en los casos siguientes:

- 1) "tener parte";
- 2) "ser gerentes";
- 3) "ser directores".

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

Parece conveniente aclarar qué concepto de legitimación ha sido tomado en la doctrina de los procesalistas, y en el campo de derecho civil su noción es muy discutible.

Entre los autores que más la han estudiado sobresale Betti(69)(931), quien la define como "competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que ha aspirado y resulta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de una posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular".

He tenido ocasión de referirme al concepto de legitimación en mi trabajo "El consentimiento en las cancelaciones de hipoteca"(70)(932), con cita de la opinión de varios autores. Estima Ladaria Caldentey que capacidad es aquel modo de ser del sujeto en sí del cual depende el efecto jurídico del acto, por lo que es un concepto estrictamente subjetivo. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. No es como la capacidad, una cualidad, sino una posición. La define como "el reconocimiento otorgado por el derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión".

Para Barbero, mientras la capacidad de obrar alude a la idoneidad del sujeto para un tipo de acto y reconoce limitaciones que, en términos generales, toman en cuenta el desarrollo psíquico, la legitimación para obrar significa proporción de idoneidad para un acto singular con medida a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso(71)(933).

En materia de compraventa inmobiliaria, Mosset Iturraspe(72)(934)se decide por la denominación tradicional de supuestos de incapacidad jurídica, que aparecen como "prohibiciones", por las siguientes razones: a) porque la denominación "legitimación pasiva" es equívoca, se presta a confusión con la legitimación para disponer que es algo muy diferente; b) vimos, antes de ahora, que la sanción que acarrea la falta de legitimación es la "ineficacia", siendo asimismo, una vicisitud subsanable; en cambio, las prohibiciones aludidas provocan una nulidad absoluta, imposible de subsanar o confirmar; y c) la terminología tradicional tiene a su favor el consenso de la doctrina y las elaboraciones que ella ha realizado.

Por el contrario, opina López de Zavalía que a la falta de legitimación se aplica también la sanción de nulidad. Es dable subrayar que la prohibición del art. 1358 para celebrar contrato de compraventa entre marido y mujer, la designa como "incompatibilidad" entre cónyuges(73)(935).

Inhabilitación. Inhibición

La categoriza como inhabilitación Fernando Legón, quien por momentos habla de incapacidad(74)(936).

El Reglamento Notarial uruguayo en el art. 31 establece que existen inhibiciones, entre otros casos, por razón de familia y parentesco, y dispone que los escribanos no podrán intervenir en actos en que sean otorgantes por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

45.1. Causales de la prohibición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De acuerdo con el texto del art. 985, dos son las causales que prohíben actuar al escribano:

a) En razón del parentesco

Establece la disposición legal que no podrá intervenir en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.

Esta norma obedece al principio de imparcialidad del oficial público, en este caso concretamente del escribano, que se fundamenta además en otras motivaciones.

Pero como la ley no hace distinción alguna entre la clase de parientes, la doctrina ha entendido que se incluyen todos los parientes, que actualmente corresponde separar en consanguíneos (matrimoniales y extramatrimoniales) y afines, tanto en la línea ascendente como en la descendente y colateral(75)(937), y debe agregarse aun los adoptivos (ley 19134). Pero en el parentesco por adopción debe entenderse comprendida la adopción plena, y a la simple siempre que se cree parentesco. Por supuesto, aunque la norma no lo menciona, debe considerarse incluido en la prohibición el cónyuge.

En disidencia, Segovia(76)(938)ha estimado que "aunque la palabra parientes no tenga un alcance fijo y que ciertos artículos recuerden nominativamente a los hijos y descendientes naturales, de que podía colegirse que en los demás casos quedan éstos excluidos, creemos que la interpretación más jurídica es la que por punto general comprenda en aquella palabra a los naturales descendientes o ascendientes, y excluya a los colaterales; salvo estudiar en cada caso la razón y objeto de la ley y guiarse por las demás reglas de interpretación".

Analiza Spota la materia a través de una especie judicial. El problema consistió en decidir si la prohibición que contiene el art. 985 comprende a los "afines" y si, dentro de éstos, debe extenderse la incapacidad legal del funcionario hasta el cuarto grado.

Se trataba de una escritura en que la cónyuge del notario revestía la calidad de prima hermana de uno de los comparecientes, por lo que se estaba frente a un vínculo de afinidad. El juez interviniente a cargo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de La Rioja, en fallo del 9 de diciembre de 1940(77)(939), declaró que dicha escritura adolecía de nulidad absoluta, por incapacidad del oficial público que la autorizó, y consideró que el art. 985 al hablar de parientes no hace distinción alguna, por lo que deben considerarse comprendidos en él los legítimos o naturales consanguíneos o afines, en la línea descendente, ascendente o colateral, siempre que se trate del parentesco del cuarto grado.

En ese fallo hizo un prolijo análisis de la opinión de los autores nacionales y se fundó especialmente en la circunstancia de que el art. 985 no es el único en el Código que trata de parientes sin limitación alguna. Por otra parte el artículo concuerda plenamente con el 3664, donde al hablar de los testamentos por acto público, dice que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano y testigos, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor.

Se ha observado, y con razón, que Vélez Sársfield se apartó de su fuente, que fue Bonnier, el que hace referencia a lo dispuesto por la ley notarial de Ventoso, que prohíbe autorizar escrituras en las que sean parte sus parientes consanguíneos o afines, en línea recta, en todo grado, y en la colateral, hasta el grado de tío o sobrino(78)(940).

Por su parte el Reglamento español, en el artículo 139 establece que los notarios no podrán autorizar actos jurídicos de ninguna especie que contengan disposiciones a favor de su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. A su vez el art. 28 de la ley notarial italiana de 16 de febrero de 1913 estatuye que el notario no podrá recibir actos que contengan disposiciones en que su mujer o alguno de sus parientes o afines en el grado en línea recta, en cualquier grado, y en línea colateral hasta el tercer grado inclusive (incs. 2º y 3º).

Como lo hace notar Spota(79)(941), nuestra ley no difiere del sistema francés en lo que respecta a la línea recta, ya que es bien difícil que medie entre escribano y parte compareciente un vínculo de parentesco que exceda del cuarto grado. En cambio para la línea colateral se establece el tercer grado en la ley francesa, y en la ley italiana y en la española el segundo grado en el parentesco por afinidad.

El caso que plantea frecuentes dudas es el de "concuñado". Ha quedado a este respecto bien aclarado que los afines de los afines no son parientes, y en consecuencia, no rige la prohibición del art 985. Sin embargo, se ha entendido que tratándose de un bien ganancial la prohibición le alcanzaría por ser parte de la sociedad conyugal el pariente afín. Esta tesis quizá tendría que ser revisada con motivo de la reforma introducida al art. 1276 del Cód. Civil.

b) En razón del interés

El art. 985 extiende la prohibición de actuar en los asuntos en que el escribano (o funcionario público) se halle personalmente interesado.

Esto supone que debe existir un interés propio, directo. Por ello la doctrina, en general, ha entendido que no rige para los casos en que el pariente del oficial público intervenga como mandatario de un tercero en la escritura que ha de autorizar, si no estuviere personalmente interesado a condición de que el instrumento nada contenga que personalmente pueda interesarle(80)(942).

Como expresa León Bolaffio, citado en dictamen coincidente sobre el tema aprobado por el C.D. del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires(81)(943), el interés es del mandante y no del mandatario, mero ejecutor. El mandatario es un cooperador jurídico del mandante, en el sentido de que el objetivo del mandante es tratar y ultimar un negocio jurídico en interés del mandante. La doctrina distingue entre el sujeto de la voluntad (mandatario) y sujeto del interés (mandante). Corrobora esta postura lo dispuesto por los arts. 1930 y 1947 del Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Señala Legón(82)(944)que el interés puede ser directo o indirecto. El primero es el que recae en la persona como una correlación necesaria de causa a efecto. Es el que la ley menciona cuando dice "personalmente interesados". El segundo, que no se caracteriza por ese régimen severo de causalidad, no puede estar comprendido dentro de la limitación.

Agrega que es lógico que la limitación de capacidad no sea más rigurosa que la misma responsabilidad no delictual en la reparación del daño (arts. 520, 901 y 903, Cód. Civil) a menos que tal interés indirecto haya podido ser previsto con la natural diligencia que se emplea habitualmente en estos actos (art. 902).

La jurisprudencia tiene declarado que es nula de nulidad absoluta la cláusula testamentaria que establece como condición para conservar la calidad de heredero que los beneficiarios deben unificar representación en la persona del hermano del escribano autorizante, de acuerdo con lo prescripto por el art. 985 del Cód. Civil dado que media el interés y parentesco a que se refieren la disposición aludida (art. 3664, Cód. Civil)(83)(945). Además, que el art. 3664 del Cód. Civil, cuando existen beneficios en favor "del escribano y testigos de un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado", hace recaer la "sospecha de un interés personal", pero esta sospecha crea una presunción de hecho susceptible de ser destruida por prueba en contrario, a fin de evitar soluciones que en definitiva llevarían a no respetar la última voluntad del causante, cuyo cumplimiento en materia de interpretación testamentaria es siempre el gran propósito de la ley(84)(946).

Se ha entendido que el escribano tiene interés propio en la venta otorgada a favor de su concubina, por lo que la escritura extendida por él es nula(85)(947).

c) Excepciones

Agrega el art. 985 que si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedad anónima, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

Ello significa que no rige la prohibición cuando el otorgante no obstante ser pariente del escribano dentro del cuarto grado, comparece al acto en cualquiera de esos caracteres.

Esta disposición ha llevado a confusiones sobre la posibilidad de que la excepción alcance o no en numerosos casos.

Uno de los más comunes que se presenta es establecer si el escribano miembro del directorio de sociedad anónima, puede autorizar las escrituras en que éste sea parte. Generalmente se ha opinado que no hay impedimento legal para ello. Por mi parte he sostenido que a pesar de no existir prohibición legal, el escribano debe abstenerse por razones de ética profesional cuando se formalicen contratos bilaterales en que la sociedad tenga interés como parte(86)(948).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se ha declarado expresamente que no puede autorizar actos de una institución de la que es empleado o está en relación de dependencia, por estar personalmente interesado(87)(949).

Otro de los supuestos más frecuentes que debe aclararse perfectamente, lo constituye la constitución de sociedad anónima ante el escribano que es accionista. A este respecto debe tenerse en cuenta que si bien la ley notarial permite a los escribanos tener el carácter de accionistas de las sociedades anónimas, hasta el momento de su inscripción en el Registro Público de Comercio se considera que no existe tal sociedad, y en consecuencia, al momento de la constitución no puede invocarse el principio de la personalidad de la sociedad en que se inspira el art. 985 del Cód. Civil para consentir la actuación del escribano. En consulta aprobada por el Colegio de Escribanos de Entre Ríos se ha llegado a la siguiente conclusión: a) Que en el caso de las sociedades anónimas, el escribano miembro del directorio puede válidamente autorizar escrituras, en que la sociedad sea parte, protegido por la excepción de la última parte del art. 985. b) Que en el caso de cualquier otro tipo de sociedades incluso las cooperativas, los escribanos miembros del directorio de dichas sociedades no pueden autorizar válidamente actos notariales en que la sociedad sea parte, por su calidad de mandatarios de la sociedad comprendidos por lo tanto en el principio general de la primera parte del citado artículo y a quienes no les alcanza la excepción anterior, que es de carácter restrictivo. Aparte de lo antedicho, en el caso concreto de las Cajas de Crédito Cooperativas se suma, además, una imposibilidad estatutaria, en la mayoría de los casos(88)(950).

Es importante señalar que en la actualidad debe asimilarse a las sociedades anónimas las comanditas por acciones, por tratarse ambas de sociedades de capital, pero será necesario una reforma legislativa para que se consideren comprendidas. En el anteproyecto de la ley notarial nacional preparado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial se ha previsto extender la excepción a las sociedades por acciones. Spota(89)(951) propone que la excepción final se refiera a aquellos supuestos en que los interesados lo fueren por pertenecer, como miembros, a personas colectivas.

d) Extensión recíproca en el registro

Ha sido pacífico estimar que "del principio de que el escribano actúa dentro del registro de su adscripción con la misma extensión de facultades que el titular y simultánea e indistintamente con el mismo, se deduce que las incompatibilidades y prohibiciones que pesan sobre el titular alcanzan en igual medida al adscripto o adscriptos. Tal el supuesto del art. 985 del Cód. Civil". "La prohibición que pesa sobre el titular se extiende al adscripto, respecto de aquél y sus parientes y recíprocamente porque es de la esencia de las adscripciones la unidad del registro en que actúa, del cual tiene la <total> superintendencia y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad"(90)(952).

Ha objetado este pensamiento Villalba Welsh(91)(953). Ello así no sólo por falta de una expresa disposición legal, sino porque es difícil que los escribanos conozcan a los parientes de sus colegas.

En la provincia de Buenos Aires, antiguas resoluciones de la Corte Suprema, entre otras de 11 de junio de 1881 y 18 de febrero de 1889 (que pueden encontrarse en la obra de Telésforo B. Ubios. El escribano público en la provincia de Buenos Aires. La Plata, 1912, págs. 92 y 93), han establecido que no pueden otorgarse, en los registros, actos o contratos que este impedido de autorizar cualquiera de los escribanos regentes o adscriptos del mismo registro.

Por mi parte considero que en aquellas provincias donde las leyes notariales han previsto la prohibición, su transgresión sólo determina la responsabilidad disciplinaria del escribano, que podrá ser sancionado por tal motivo. En los demás casos el escribano que tenga conocimiento - y casi generalmente lo tiene - del parentesco, debe abstenerse de intervenir por razones éticas. Esta razón ha sido invocada en la hipótesis del concañado, a pesar de no existir parentesco, para aconsejar que el escribano se abstenga de intervenir porque es necesario que en todos los casos la mayor prescindencia y falta absoluta de interés del escribano titular y adscripto presidan su actuación(92)(954).

Pero en ningún caso el acto resulta nulo, como así lo ha reconocido algún fallo, por lo cual disiento con el dictamen del Dr. Carlos A. Petracchi aprobado por el Colegio de la Capital Federal, en el sentido de que es observable la escritura de compraventa autorizada por el escribano adscripto al registro que está a cargo del hijo de la compradora(93)(955).

Pienso que sí le está vedado actuar al escribano suplente en asuntos de parientes del titular, y así lo ha resuelto la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, con fecha 17 de marzo de 1968(94)(956).

e) El incumplimiento de la norma del art. 895 del Cód. Civil configura un vicio sancionado con nulidad absoluta, pero el acto no es nulo sino anulable, pues depende del juzgamiento o apreciación judicial, es decir, no se trata de una nulidad manifiesta sino oculta. Por lo menos éste es el criterio de Llambías(95)(957), si bien existen opiniones según las cuales el acto puede ser nulo sin que la nulidad sea necesariamente manifiesta. De ahí que en consulta aprobada por el C.D. del Colegio de la Capital, quedó establecido: 1) El art. 1051 ampara al tercer adquirente de buena fe a título oneroso de un inmueble en cuyos antecedentes existe una escritura nula por haber sido autorizada por un escribano que resultó ser pariente dentro del cuarto grado de uno de los otorgantes, vínculo que no surge de ese instrumento, no obstante que dicha escritura es de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 17711. 2) El principal criterio de la evaluación para determinar la buena o mala fe del tercer adquirente a título oneroso, a los efectos de la aplicación del art. 1051, lo constituye el hecho de que la nulidad o anulabilidad que afecte al título, sea de carácter absoluta o relativa, esté manifiesta - ostensible - en el mismo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

título o en sus antecedentes... 4) El juez no puede declarar de oficio la nulidad de una escritura, pese a estar viciada por una nulidad absoluta si ésta no aparece manifiesta en el acto(96)(958).

Opina Segovia que si el otorgante ignoraba el parentesco, falta la razón de la ley, y el acto debe sostenerse, ya que el error de hecho es generalmente excusable(97)(959).

Ya he señalado en qué supuesto el escribano es pasible de sanción disciplinaria. Esta corrección debe ser aplicada también en todos los demás casos en que se declara nula una escritura por violación del art. 985.

46. ¿Es funcionario público el escribano?

a) Nociones generales

La condición del escribano público está vinculada con el carácter que reviste la función notarial. Sobre este último asunto existen las llamadas posiciones funcionaristas, profesionalistas, eclécticas y autónomas, de cuya clasificación y autores adscriptos a las distintas corrientes ha proporcionado amplia ilustración Martínez Segovia(98)(960).

Lo que interesa aquí es simplemente indagar, dentro de ciertos límites, si el escribano es funcionario público.

Por lo pronto la Constitución Nacional en el art. 15, al referirse a la compraventa de personas parece hacer un distinguo entre los escribanos y los funcionarios.

La nota al art. 1112 del Código Civil hace comprender a los escribanos en los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos de que trata el texto del artículo, aunque debe tenerse en cuenta el discutido valor y alcance de las notas del codificador.

Díaz de Guijarro(99)(961)sostiene que Código no ha confundido la locución funcionario público y escribano, ya que siempre enumera a los escribanos públicos por una parte y al funcionario por otra. Así en los arts. 980, 982, 983, 987 y 993 habla del "oficial público" y en los arts. 981 y 985 del "funcionario público". Esta separación es a mi juicio objetable, porque entonces, la competencia por razón del territorio, de la materia y de las personas establecidos para el oficial público y el funcionario público, respectivamente, en los arts. 980 y 985, no afectaría a los escribanos públicos.

Desde el punto de vista legislativo ya en la ley 1893 de la Capital Federal, que se considera la primera ley notarial del país, lo designaba como funcionario público y en la actualidad casi todas las leyes notariales siguen el mismo temperamento.

También la ley notarial francesa de 1803, en la que se inspiraron las demás de tipo latino, lo designaba funcionario público, pero es significativo en la ordenanza de 1945 se reformó el art. 1º y se le nombra desde entonces como "oficial público".

Martínez Segovia ha creído ver en la expresión "oficial público" empleada por la ley notarial italiana de febrero de 1913 la existencia de una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posición o categoría autónoma. Así Curti Pasini(100)(962)ha dicho que "un oficial público no es siempre un empleado del Estado; no debe ser confundido en derecho italiano el concepto de oficial público con el de funcionario público. El primero puede ser o no retribuido por el Estado y puede ser nombrado por otras entidades menores; el segundo es siempre retribuido por el Estado o por las entidades menores".

Cabe apuntar que el primer Reglamento Notarial español de 30 de diciembre de 1862, en el art. 40 confería al que obtenía el título de notario el carácter de empleado público en todos los actos de su cargo. En el segundo Reglamento de 1874 se sustituyó la locución "empleado público" por "funcionario público" (art 18) y a partir del de 1935 se establece que son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos.

Claro esta que, según lo ha señalado Couture(101)(963), éste no es un problema de definición legal. "Podrá el legislador en sus definiciones denominarlo así, pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones" Por ello comentaba con toda agudeza Tavares de Carvalho(102)(964)que "la ley orgánica del notario portugués, aprobada por el decreto de 23 de diciembre de 1899, estipulaba que los notarios eran magistrados de jurisdicción voluntaria, y fue la segunda ley orgánica del notariado, aprobada por decreto de 14 de setiembre de 1900, la que, por primera vez, atribuyó a los notarios la calidad de funcionarios públicos". Y que entonces era cuestión de pensar si entre diciembre de 1899 y setiembre de 1900 no fueron funcionarios públicos los notarios y si esta circunstancia implica la incerteza de que los actos de diversa especie que el notariado portugués estuvo prestando a la colectividad no eran ciertos ni auténticos.

Entiende Carminio Castagno(103)(965)que cuando el agente es titular de un órgano estatal investido de una función pública, es obviamente funcionario público. Hace a la vez una sistemática reseña de las posiciones favorables y contrarias a esta posición y rebate las argumentaciones contra ese carácter, aun de quienes reconocen el carácter público de la función.

Doctrinariamente la tesis mayoritaria de nuestro país entiende que el escribano público es un funcionario público y en el mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia, incluso a los efectos impositivos. Así pues ha declarado el Tribunal Fiscal de la Nación, que "Los escribanos públicos, no obstante desempeñar una función pública y ser por lo tanto funcionarios públicos como lo es la atención de sus registros, no están comprendidos en el inc. a) del art. 60 de la ley 11682 t.o. sobre impuestos a los réditos, que se refiere a quienes desempeñan cargos públicos recibiendo sus emolumentos del Estado empleador, y a los que el art 20 de la misma ley les permite deducciones especiales por estar en relación de dependencia"(104)(966).

Eduardo Bautista Pondé es quien ha rebatido con mayor entusiasmo la tesis de que el escribano es funcionario público(105)(967).

En fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala C, el Dr. Jorge H. Alterini, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su ilustrado voto, al que adhirieron los demás Integrantes del Tribunal, cita prácticamente toda la bibliografía nacional que puede consultarse sobre la concepción tradicional, que ubica al escribano de registro entre los funcionarios públicos y los que le niegan esa condición.

Por su parte el Dr. Alterini se inclina a favor de la tesis intermedia que reconoce en el escribano un profesional que tiene a su cargo una función pública(106)(968).

b) No es funcionario público en sentido estricto

Por mi parte siempre he sostenido que la función notarial es pública y que es aceptable la idea de funcionario o más precisamente de oficial público del escribano, pero ello no significa que lo sea estrictamente en sentido del derecho administrativo.

Destaca Villegas Basavilbaso(107)(969)"que no existe uniformidad en la doctrina de los autores acerca del concepto jurídico de funcionario público. Esa diversidad doctrinal depende no solamente de la noción que se acepte de la función pública, sino también de los distintos regímenes legales". Añade que para Stainof no hay una definición única de funcionario; su situación y estatuto no son en todas partes los mismos.

El funcionario, dice Danés y Torras(108)(970), "nace, crece, vive y muere a la sombra del presupuesto del Estado... cuando viene la hora de su jubilación el presupuesto lo pensiona todavía". Esto es suficiente para convencer de la incomodidad psíquica que al notario ha de producirle esta calificación de funcionario público "y porque hay mucha diferencia entre el antiguo notario de levitón y gafas verdes y el moderno y simpático abogado notario.

Interpreta que el empeño de darle asiento dentro de los principios del Derecho Judicial o administrativo engendró aquella idea equívoca del cargo de notario como un auxiliar de la Administración de Justicia o aquella otra que lo considera como un empleado de la Administración pública.

Subraya que, considerando la cuestión, Núñez Moreno(109)(971)expresa; "Nosotros vemos claramente la distinción entre funcionario público como un concepto genérico y funcionario del Estado, que tiene un carácter específico... Los sacerdotes ejercen una función pública y en manera alguna se les puede considerar funcionarios del Estado".

El título preliminar de la ley notarial de la provincia de Buenos Aires 6191, declara que los escribanos son funcionarios públicos depositarios de la fe pública notarial e inmediatamente aclara que el notario no integra la administración pública y gozará de independencia en el ejercicio de la función.

La falta de relación de subordinación jerárquica, de sueldo pagado por el Estado y de responsabilidad de éste por los actos del escribano, son las notas más singulares que se han manejado para negar carácter de funcionario público al escribano.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Portador de una función pública

Estimo que la caracterización adecuada es la de profesional del derecho encargado de una función pública, según la feliz fórmula aprobada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires el año 1948, al establecer el carácter, objeto y alcance de la función notarial.

Se aproxima el concepto dado por Zanobini, de que se trata del instituto del ejercicio privado de la función pública(110)(972).

También conviene observar la verdad que encierran las palabras del Guardasellos Aldo Oviglio, que el 10 de octubre de 1924 intenta entresacar de la definición legal de la ley notarial italiana, tal como ha sido interpretada por tan eminentes autoridades, la figura moral y la figura jurídica del notario sobre la base del doble concepto de oficial público y libre profesional y expresa que "la libertad del notario como profesional se subordina, por la función pública que desempeña, a diversos preceptos que resultan de la ley fundamental y de las disposiciones complementarias"(111)(973).

Considero más acertada la posición de la moderna doctrina alemana del derecho administrativo, que ha creado el concepto de "Amtsträger". En esta categoría de simples portadores de una función sin revestir el carácter de funcionario público, incluye a los notarios(112)(974).

La Ordenanza Notarial del Reich de 13 de febrero de 1937 califica en su párrafo 2 al notario de portador de una función pública, concepto que recogió la Ordenanza Notarial de la República Federal de 24 de febrero de 1961. Según ambas leyes, el notario es portador de una función pública, sin ser funcionario en sentido jurídico - político.

Que el notario no es funcionario se desprende pues de la regulación establecida en la mencionada Ordenanza. El notario es portador de una función pública y se apoya en la definición formal, no funcional, del concepto de funcionario. En sentido jurídico - político es funcionario la persona que está en una relación de funcionario. La relación de funcionario es la jurídico - pública de servicio y confianza existente entre una persona natural y una persona jurídica de derecho público.

El cargo es una esfera firmemente delimitada de tareas determinadas institucionalmente, del Estado o de otra persona jurídica de derecho público, confiado a una persona natural. El cargo va unido a una persona, titular del mismo. Tal persona es el llenado portador del cargo. Portador del cargo es, pues, la persona natural que ha de ejercer las competencias comprendidas en el cargo. Los portadores de funciones públicas tienen sólo en común, que pueden ejercer facultades de derecho soberano en calidad de no funcionarios.