

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FORMACIÓN DEL ACTO NOTARIAL(*) (377)

Coordinador Nacional:

DOMINGO L. LANFRANCHI

Colaboradores:

EDUARDO VÍCTOR CURSACK

MARÍA ROSA ARCANI

FELIPE OSCAR DRALLNY

ANA MARÍA CAMPOS

ÁNGEL AGUSTÍN FRONTINI

EDITH B. MAZZUCCO BARTHE

MIGUEL NORBERTO FALBO

PRÓLOGO

Con la presente publicación la Delegación Argentina presenta un informe sobre la Legislación Nacional, respecto de un tema de tanta importancia como lo es "El Documento Público Notarial". Lo enfoca considerándolo desde su formación, estructura, construcción, eficacia, validez y libre circulación.

La tarea no ha sido fácil; más si pensamos que han colaborado escribanos de distintos lugares de nuestro extenso territorio, donde si bien la legislación de fondo es común, no estamos por ello exentos de la influencia del medio y de las propias legislaciones locales, característica de todo orden federativo. Eso hace que nuestras interpretaciones jurídicas a veces aparezcan con matices diferentes.

En la elaboración del trabajo que se entrega han intervenido distinguidos notarios del país, entre los que debemos destacar la investigación realizada por los de la provincia de Santa Fe, doctor Eduardo Víctor Cursack, cuya gravitación intelectual merece especial consideración, y los escribanos Ana María Arcani, Rubén Radkiewich, María Eubrad de Crespo, Esmeralda Gandolla de Estrada y Susana Díaz de Perelda.

Asimismo, han colaborado la escribana Ana María Campos y el escribano Ángel Agustín Frontini, de la provincia de Buenos Aires.

Corresponde otra mención especial del trabajo realizado por la escribana de la provincia de Córdoba Edith Mazzuco Barthe, que profundizó el tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Esta elaboración, por su importancia, profundidad y extensión, a juicio del coordinador nacional debe ser materia de una publicación especial.

Queda por decir que el Coordinador Nacional, basado en la importancia y trascendencia que para el Notariado Latino asume el tema investigado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no ha querido desdeñar la intervención y la evaluación científica de una verdadera autoridad nacional e internacional en la materia, como lo es el profesor doctor Miguel Norberto Falbo, rector de la Universidad Notarial Argentina. En tal sentido y por la razón expuesta requirió su colaboración a modo de sustancial apoyo. Por lo que también cumplo en agradecer su autorizado esfuerzo que ha permitido la elaboración y conclusión de este trabajo y las conclusiones que se someten al XIV CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.

Con tales conclusiones la Delegación Argentina considera haber realizado un aporte positivo y medular sobre el tema y estima que tales evaluaciones y conceptuaciones constituyen elementos fundamentales para la valoración, desarrollo y conocimiento de la eficacia del documento público, su validez y su circulación en el campo del derecho internacional privado.

En mi condición de Coordinador Nacional agradezco una vez más a mis colegas argentinos por su arduo trabajo, efectuado con absoluto espíritu de entrega y sin ningún tipo de renuencia o egoísmos que han hecho grata y facilitado la tarea del suscripto.

DOMINGO L. LANFRANCHI

SUMARIO

1) INTRODUCCIÓN Y CONCEPTOS SOBRE EL TEMA: 1) El tema del Congreso. 2) Método expositivo adoptado. 3) Sentido de algunas palabras y conceptos utilizados. 4) Conceptuación del documento en general. 5) Documento jurídico privado. 6) Documento público. 7) Documento público notarial. 8) Documento y acto. - II) CLASES DE DOCUMENTOS NOTARIALES. EL AUTOR DEL DOCUMENTO Y REGLAS DE VALIDEZ PARA SU FORMACIÓN: 1) Clases de documentos notariales: Distinción entre escrituras y actas. 2) El autor del documento público notarial. 3) Reglas generales a observarse para la validez de proceso de formación del documento notarial. 4) Competencia por razón de lugar. 5) Competencia por razón de materia. 6) Necesidad del requerimiento o rogación. 1) Impedimento en razón de parentesco. - III) VALORACIÓN LEGAL DE LA FORMA. ETAPAS DEL PROGRESO DOCUMENTADOR: 1) Escala legal de valoración de las formas en relación a los actos jurídicos. 2) Etapas teórico - prácticas del proceso documentador a cumplirse en sede notarial para llegar a la formalización de la escritura. - IV) REQUISITOS LEGALES PARA LA FORMACIÓN Y VALIDEZ DE LA ESCRITURA PUBLICA: 1) Introducción. 2) Su facción protocolar. Conceptuación del protocolo. 3) El idioma. 4) El llamado "epígrafe" y la data. 5) Presencia del escribano como autor del documento. 6) La comparecencia. 7) La representación. Documentos que la acreditan. 8) Identificación y fe de conocimiento. 9) Medio de identificación supletorio. 10) El juicio de capacidad. 11) Calificación del acto o negocio. 12) Expresión de las cantidades. 13) Lectura. 14) Subsanación de errores. 15) El otorgamiento y la firma. 16) La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorización. 17) Los testigos del acto. - V) VALORACIÓN Y EFECTOS DE LA ESCRITURA PUBLICA: Parte primera: Valores y efectos jurídicos "generales" de la escritura: A) Eficacia sustantiva: 1) Su autenticidad. 2) Su integridad. B) Eficacia probatoria. C) Eficacia ejecutiva. D) Eficacia (con valor de seguridad) en cuanto a la configuración del negocio y a su conservación. E) La escritura como título auténtico; como legitimación del titular del derecho y como presunción de legalidad del negocio que contiene. Parte segunda: Valores y efectos jurídicos "especiales" de la escritura en su relación con los negocios jurídicos. A) La escritura en los negocios jurídicos formales. B) La escritura en los negocios jurídicos consensuales. - VI) CAUSAS POSIBLES DE INVALIDEZ DE LAS ESCRITURAS: 1) Introducción al tema. 2) Causas de invalidez que se relacionan con el escribano. 3) Causas de invalidez que se relacionan con el documento. 4) Faltas que no invalidan a la escritura. - VII) LA ESCRITURA PUBLICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. - VIII) CONCLUSIONES.

I. - INTRODUCCIÓN Y CONCEPTOS SOBRE EL TEMA

1) El tema del Congreso

El tema propuesto para su consideración por el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino es el documento notarial en los aspectos relativos a su formación, validez, eficacia y libre circulación en el tráfico jurídico, incluso en sus relaciones con el derecho internacional privado.

El solo enunciado del tema está señalando su amplitud, por lo que si se efectuara un desarrollo detenido de todas sus manifestaciones y particularidades, el informe podría llegar a tener la extensión de un libro, lo cual indudablemente excedería los límites normales de lo que razonablemente puede ser tratado como tema de un Congreso.

Esta circunstancia indica, desde el comienzo, que por nuestra parte sólo trataremos aquellos tópicos que consideramos fundamentales dentro del temario propuesto.

Por otra parte no hay que olvidar otros aspectos que han de dificultar el desarrollo de la tarea que tendrá que cumplir el Congreso, como por ejemplo la diversidad de idiomas que corresponden a los notariados que integran la Unión Internacional, las particularidades de cada legislación, las enseñanzas de la doctrina, las interpretaciones jurisprudenciales y, lo que no es menos importante, las costumbres y tradiciones que en forma paulatina - pero constante - se van introduciendo en la vida de los pueblos y en la realización del derecho, lo que muchas veces hace que entre países de igual idioma, y aún dentro de un mismo Estado, los conceptos y las interpretaciones jurídicas no sean exactamente iguales.

2) Método expositivo adoptado

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si los conceptos expresados no están equivocados, resulta necesario, para el tratamiento del tema propuesto, comenzar por delinear el método de trabajo, establecer cierto acuerdo en relación a las palabras y conceptos utilizables, y por último, procurar coordinar las reglas generales que pueden considerarse comunes para todo el notariado latino, para lo cual convendrá dejar de lado las normas de derecho positivo que, muchas veces, sólo encasillan conceptos impidiendo su análisis y evolución progresista.

En este orden de ideas adelantamos que optamos como método expositivo el propuesto por el Coordinador Internacional.

En consecuencia no nos referiremos al notario, ni a su función, sino al resultado de su actuación, o sea el documento notarial, a partir, desde luego, de su formación, llegando a su existencia y los efectos que de él resultan.

3) Sentido de las palabras y conceptos utilizados

Nos preocupa también, como hemos expresado, la necesidad de precisar el sentido de los vocablos que tendremos que utilizar, y los conceptos que de ellas resultan.

Al respecto señalamos que las palabras "acto", "acto público" y "acto público notarial" que emplea el Coordinador Internacional, las consideramos equivalentes a las de "documento", "documento público" y "documento público notarial".

Asimismo, en cada caso, la palabra "documento" que dejamos escrita puede ser canjeada por "instrumento".

4) Conceptuación de documento en general

Entendemos que "documento", en sentido amplio, es una cosa mueble (por lo general en dimensión "papel": aspecto físico o corporal), que tiene algo escrito (la "grafía" como medio para expresar el "tenor" del documento; siempre será un "opus" que realiza el autor del documento), de contenido inteligible (o sea el "tenor" consistente en el contenido intelectual o ideológico, que expresa objetivamente un pensamiento del autor) que puede ser comprendido por quien lo lee (captación del pensamiento del autor).

5) Concepto de documento jurídico privado

Documento privado es un papel (por lo general) con signos gráficos (escritura) que tiene por objeto producir efectos jurídicos, o probar hechos que tienen significación para el derecho, y que para su validez requiere - en casi todos los supuestos - la firma de su autor.

Por su falta de autenticidad carece per se de fe pública (fecha cierta y propia fuerza probante), mientras no sea reconocida en legal forma la autoría y las responsabilidades que de ella resultan.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto significa que esta clase de "documento" requiere siempre otro complementario (documento auténtico judicial o notarial) para alcanzar ese grado de eficacia respecto de terceros.

6) Concepto de documento público

Documento público es un papel (por lo general con características que lo particularizan) con signos gráficos (escritura) que contiene, presenta y exterioriza hechos, actos, reconocimientos, o declaraciones de voluntad, o de autoridad que, para su validez, es necesario que esté redactado con las formalidades de ley; que su autor revista la calidad de funcionario u oficial público investido de específica potestad fideifaciente, y que actúe dentro de los límites de su competencia. La suma de tales circunstancias le confieren el carácter de auténtico y, por ello, goza de los atributos que emanan de la fe pública.

7) Concepto de documento público notarial

Documento público notarial, como especie del género "instrumento público", es el papel (con características especiales) con signos gráficos (escritura) intervenido por notario competente (sujeto legitimado), que actúa a requerimiento de parte, que contiene, presenta, exterioriza o expresa hechos, actos, o negocios jurídicos (que entre sí suelen estar interrelacionados), redactado con las formalidades de ley y que, por sí mismo, produce los diversos efectos que admite el ordenamiento.

8) Distinción entre documento y acto

De lo expuesto se deduce que en nuestro derecho se denomina "documento" (o "instrumento") al elemento corpóreo que contiene el "acto" o el "negocio jurídico".

A su vez, la palabra "acto" está referida al contenido jurídico del "documento" (o "instrumento").

II. - CLASES DE DOCUMENTOS NOTARIALES. EL AUTOR DEL DOCUMENTO Y REGLAS DE VALIDEZ PARA SU FORMACIÓN

1) Clases de documentos notariales: Distinción entre escrituras y actas

En párrafo anterior (supra 7) hemos expresado el concepto de documento público notarial, pero conviene advertir que esta noción admite mayores delimitaciones en cuanto comienza a considerarse las diversas clases de documentos notariales.

La distinción más importante es, sin duda, la que separa las "escrituras" de las "actas" notariales.

Ambos documentos tienen elementos comunes. El más importante radica en la necesidad de la intervención del notario, que éste sea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

competente, que actúe a requerimiento de sujeto interesado y cumpla sus funciones específicas con las formalidades legales que rigen para cada supuesto.

Las diferencias más notables son las siguientes:

El texto de la escritura tiene que extenderse, necesariamente, en el "protocolo" (para el concepto de "protocolo", ver infra, IV - 1 - 1) como requisito de validez (arts. 979, inc. 1°, 998, 1005 Cód. Civil); y su contenido principal son actos o negocios por el que se establecen relaciones jurídicas.

El acta, en cambio, puede tener facción protocolar o extraprotocolar, y su contenido tiene por objeto la comprobación, autenticación y fijación de hechos que pueden alcanzar relevancia jurídica.

Cuando en la redacción de un acta, los sujetos que intervienen formulan manifestaciones que tienen el valor de reconocimientos o de declaraciones negociales de los que pueden resultar relaciones jurídicas, el documento se convierte legalmente en escritura, aunque se lo denomine acta, y se la tendrá como tal (es decir como escritura) si reúne los requisitos legales necesarios para su validez.

Lo que dejamos anotado tiene por finalidad recordar la conocida diferencia que media entre esta primera clasificación de los documentos notariales, pero no entramos en su análisis, pues es evidente que el plan del Coordinador Internacional está referido sólo a las escrituras y, como hemos expuesto, nosotros seguimos su plan.

2) El autor del documento público notarial

Dijimos antes (supra 7) que el autor del documento tiene que ser notario competente que actúa a requerimiento de sujeto legitimado.

Entendemos que reviste la calidad de notario, el profesional universitario (con diploma académico de abogado, escribano o notario) que se especializa en el conocimiento y realización del derecho privado (principalmente de contenido patrimonial inmobiliario), a quien el Estado autoriza, mediante la concesión legal de un registro de escrituras y otros documentos públicos, el ejercicio pleno de la función notarial.

Puede ser que en algunos lugares la legislación vigente admita que la función notarial pueda ser ejercida por legos, pero no cabe duda que la doctrina especializada y la aspiración general del notariado señalan la necesidad de que esta delicada e importante función sólo pueda ser ejercida por profesionales de derecho, con grado académico universitario.

Pero el grado académico no es suficiente, porque además, para ejercer la función notarial, es necesario que el Estado conceda o reconozca al sujeto (profesional universitario) esa atribución confiriéndole la "investidura", o especial "legitimación", de la que resulta su específica potestad fideifaciente (doctrina contenida en los textos del Código Civil que se citan a continuación).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Reglas generales a observarse para la validez del proceso de formación del documento notarial

La intervención del notario en la producción de esta especie documental es interna y creadora (no externa, posterior o añadida, como sucede por ejemplo en los casos de certificaciones de firmas puestas en documentos privados o en la protocolización de tales documentos), y además es total, pues se extiende a todos los elementos y requisitos presupuestados como necesarios para su completa configuración (arts. 979, incs. 1º y 2º y 997).

De ahí la necesidad de observar las reglas genéricas que establecen su "competencia" por razón de materia y de lugar (arts. 980 a 983), los impedimentos de actuar derivados de los vínculos de parentesco (art. 985); y la necesidad de que se cumplan las formas establecidas por la ley (en general para todos los "instrumentos públicos": arts. 986 y 988 a 992; y para las "escrituras públicas" se agregan los requisitos especiales establecidos por los arts. 998 y siguientes) .

Estas reglas tienen que observarse a partir de la adquisición (en sentido legal) del protocolo de parte del notario; seguir durante todo el acto documentador o proceso de formación del documento matriz (que comienza con el requerimiento que efectúa el otorgante y culmina con su firma o, en su caso, con quien firma a ruego del otorgante, y la autorización del acta o escritura: momento en que el notario pone su firma y estampa su sello); se extienden al deber del notario de asegurar la guarda y conservación del documento matriz protocolar, a la expedición de su copia auténtica, y a veces se prolongan hasta que se cumpla un proceso - en sede registral - de su inscripción en los Registros Públicos correspondientes.

Para abarcar este aspecto de la actividad documentadora y de la valoración jurídica del documento notarial, el escribano no sólo tendrá que tener presente las disposiciones del Código Civil, sino también lo que preceptúan las leyes vigentes en el lugar de su actuación, pues dado el sistema federal de Gobierno que existe en Argentina, resulta de principios constitucionales que cada provincia se ha reservado todo el poder no delegado al gobierno central (art. 104 Const. Nac.), y, entre ellos, el de legislar respecto a la organización del notariado y al ejercicio de su función.

No obstante la dificultad que señalamos procuraremos exponer, en la forma más breve posible, cómo se observan esos principios en el derecho notarial argentino.

4) Competencia en razón del lugar

El citado art. 980 del Cód. Civil dispone que "Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones"

El art. 1001 establece que "La escritura pública debe expresar... el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lugar... en que fuesen firmadas..."; y el 1004 dice: "Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del... lugar en que fuesen hechas " con la demarcación que le ha sido asignada al notario para el ejercicio de su función.

Por el sistema federal de Gobierno antes indicado, en Argentina, los escribanos tienen limitado el ejercicio de sus funciones en el espacio territorial que, en primer lugar, coincide con la división política del país: la ciudad de Buenos Aires, como capital federal, y cada una de las provincias y territorios nacionales que integran el suelo de la República.

Pero, además, dentro del territorio de las provincias, se suele limitar el lugar de actuación del notario a un determinado distrito, partido o departamento que forma parte de su territorio, lo que no ocurre, por ejemplo, en la Capital Federal (art. 62 ley 12990).

5) Competencia en razón de materia

De la sistemática del Código Civil y, en particular, de lo que disponen la mayoría de las leyes notariales vigentes, puede afirmarse que el notario argentino tiene competencia para intervenir en la documentación auténtica de todo hecho, acto o negocio del cual resulta (o pueda resultar) situaciones o relaciones jurídicas que tengan por objeto crear, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos privados entre las personas (arts. 896 y sgts.; arts. 944 y sgtes.).

La afirmación que antecede se apoya en lo dispuesto en varios textos de dicho Código: por ejemplo, el 979 que afirma que "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos... 2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos... en la forma que las leyes hubieren determinado".

El art. 980 que establece que "Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto...".

El art. 993: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso... de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia".

Art. 994: "Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos".

Art. 995: "Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros".

Art. 1001: "La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto.. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades... debe ser firmada por los interesados y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorizada al final por el escribano...".

Esta competencia es, muchas veces, propia y exclusiva del notario para actos como los que indica el art. 1184: a) Contratos celebrados por los particulares, que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo; o alguna obligación o gravamen sobre los mismos (inc. 1º). b) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones (inc. 3º). c) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote (inc. 4º). d) Constitución de renta vitalicia (inc. 5º). e) Cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios (inc. 6º) . f) Cierta clase de poderes generales y especiales, en particular cuando tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública (inc. 7º). g) Las transacciones sobre inmuebles (inc. 8º) . h) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública (inc. 9º). i) Todos los actos que sean accesorios a contratos redactados en escritura pública (inc. 10º). j) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de pagos parciales, intereses o alquileres (inc. 11º). k) También la donación de bienes inmuebles (art. 1810). l) El testamento por acto público (art. 3651). II) La constitución de sociedad anónima y la en comandita por acciones (arts. 165 y 316 Ley de Sociedades 19550) .

Es de hacer notar que este aspecto de la competencia del notario se extiende en tanto y cuanto su actuación es requerida por voluntad del o de los otorgantes del documento y queda excluida en caso de contienda judicial.

En alguno de estos actos el notario actúa con competencia exclusiva pero, en otros, la comparte con autoridades judiciales o administrativas.

Por ejemplo en los supuestos de emancipación dativa de los menores mayores de 18 años; la partición de bienes hereditarios; o los de la sociedad conyugal como consecuencia del divorcio; la designación de tutor, la afectación de inmueble al régimen de bien de familia, etc.

Lo que de todas maneras conviene precisar, es que el notario con su actuación (lo mismo que cualquier otra persona que tenga facultad legal para autenticar actos y negocios jurídicos) no puede dar fe de la sinceridad del acto o negocio jurídico que contiene la escritura, pues su existencia y validez depende, de un lado, de la conducta de los sujetos intervinientes, y de otro, fundamentalmente, del reconocimiento y protección que le confiera el ordenamiento.

De lo que sí el notario puede dar fe es de la existencia material de los hechos que hubiere enunciado como cumplidos por él mismo, o de los hechos que ha visto o ha oído, que han pasado en su presencia (art. 993 antes citado), que, desde luego, son factores que "producen" el acto o negocio jurídico que documenta.

Conviene tener presente que cuando decimos que son factores que "producen" el acto o negocio jurídico que se documenta, nos estamos refiriendo al acto o negocio en sí mismo, en la esfera del derecho. Pero, el acto o negocio "producido" de esta manera puede tener por objeto la finalidad de crear, conservar, transferir, modificar o extinguir derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre particulares, como expresa el art. 944 antes citado.

6) Necesidad del requerimiento o rogación

De lo que llevamos expuesto se deduce que no es suficiente que el notario sea competente, sino que, además, para realizar su cometido necesita ser requerido por quien va a otorgar el documento.

La necesidad del requerimiento como punto de partida para la actuación documentada del notario no está expresamente establecida en el Código Civil, pero funciona como un verdadero axioma en la doctrina jurídica y tiene su manifestación expresa en las leyes notariales vigentes en la República.

El notario está obligado, en principio, a responder siempre al requerimiento que se le formule. Sin embargo las leyes y reglamentos notariales contemplan los supuestos en que el agente puede excusar su intervención: por ejemplo, por el no conocimiento del requirente; por carecer de elementos necesarios para formalizar la escritura; por insuficiencia de la representación invocada, etc.

El requerimiento para que el notario intervenga en la producción del documento, lleva implícito, por lo general, la expedición de la primera copia y, por una costumbre reiterada, su inscripción en los Registros Públicos pertinentes cuando la naturaleza del acto documentado así lo requiera.

Con todo existen algunas excepciones al principio que comentamos: por ejemplo, a) las actuaciones conducentes a la formación y rúbrica de las hojas del protocolo; b) las notas de apertura y cierre con que comienza y termina su actuación en dicho protocolo; c) el índice de los actos y contratos que se otorgan; d) la redacción de notas o de actas que tienen por fin subsanar errores materiales u omisiones incurridas en la redacción del documento matriz, en cuanto no lesionen los intereses de los otorgantes, ni recaigan sobre sus declaraciones negociales.

7) Impedimento para el ejercicio de la función en razón de parentesco

La ley procura rodear el ejercicio de la actividad del funcionario público en un clima de imparcialidad que evite toda sospecha o suspicacia. De ahí surgen ciertas limitaciones al ejercicio de su función, entre ellas las que derivan de las relaciones de parentesco.

El art. 985 del Cód. Civil dispone que "son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

La norma se refiere al "funcionario público" y no concretamente al escribano, pero la doctrina y la jurisprudencia dominante consideran que el precepto le es aplicable, lo que, por otra parte, pareciera confirmar el codificador, Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, en la nota del art. 3653 donde

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hace mención a la capacidad del escribano, remitiéndose a lo dispuesto en los arts. 979 a 996.

Según este artículo - que está en el capítulo del Código que legisla sobre el testamento por acto público -, "El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento".

Se ha interpretado que el impedimento por razón de parentesco comprende tanto a los legítimos, como a los naturales y afines, extendiéndose también a los que resultan de la adopción (art. 14 ley 19134). Los tribunales han declarado la nulidad de la escritura de venta otorgada en favor de la concubina del escribano que la autorizó (S. C. B. Aires 3/8/54 LL, 76 - 640; C. 2ª Apel. La Plata, 10/3/53, JA, 1953, III, 259).

III.- VALORACIÓN LEGAL DE LA FORMA. ETAPAS DEL PROCESO DOCUMENTADOR

1) Escala legal de valoración de las formas en relación a los actos jurídicos

Señalamos antes, que el ordenamiento dispone, en el título "De los instrumentos públicos", que "Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad" (art. 986).

Antes, el mismo Código, al regular "las formas de los actos jurídicos", había dispuesto: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar" (art. 973).

La escala que establece el Código para regular el requisito de la forma en relación a los actos jurídicos comienza con el art. 974 que consagra, como principio general, la libertad cuando no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes.

Como ha puesto de relieve la doctrina, la "libertad" que proclama la ley no está referida a la posibilidad de que existan actos jurídicos sin forma, sino tan sólo a la posibilidad de que los interesados puedan elegir la (forma) que juzgaren conveniente.

La primera limitación a esa libertad de elección está dada por el art. 975: "En los casos en que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba...".

El art. 978 aclara qué debe entenderse por "forma escrita" y dice: "La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares...".

El art. 976 confiere más rigurosidad a la forma instrumental: "En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo".

Por último el art. 977 limita a las partes toda posibilidad de elegir aun entre las diversas clases de instrumentos públicos, porque "Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente".

Esta es la clara doctrina de la ley en cuanto a la forma de los actos jurídicos.

Más adelante señalaremos cuáles son los preceptos que tienen que observarse para la correcta redacción de las escrituras públicas como categoría especial del género instrumentos públicos. Pero antes de terminar con estas referencias acerca de la valoración legal de las formas jurídicas, señalamos que el art. 987 prevé que "El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas".

Es el principio tradicional, vigente en la mayoría de la legislación de los países, que procura siempre salvar al negocio del defecto de forma.

2) Etapas teórico - prácticas del proceso documentador a cumplirse en sede notarial para llegar a la formalización de la escritura

Es muy difícil - diríamos que casi es imposible - que un notario pueda redactar una escritura sin que previamente no se haya visto precisado a realizar una serie de actos que se van perfilando, en cierto orden, hasta llegar a ese resultado.

Requerida su intervención (supra II - 6) y aceptada por no mediar impedimento (supra II - 7), comienza a cumplir una serie de etapas que la doctrina denomina operaciones de ejercicio y que, por lo general, comienzan con la calificación del acto o negocio a documentarse, procurando su adaptación a alguna (o algunas) de las diversas figuras o categorías jurídicas (nominadas o innominadas) que el ordenamiento reconoce y le concede eficacia.

Sigue la legitimación y la legalización que consisten, la primera, en establecer la relación sustancial, o de fondo, entre el sujeto y el objeto del acto o negocio, de la que tiene que resultar la posibilidad legal del ejercicio del derecho (poder o facultad de disposición) que, como consecuencia, va a originar un nuevo vínculo jurídico (constitución, transmisión, conservación, modificación, extinción, etc., de relaciones jurídicas) .

No hay que olvidar que la legitimación tiene que tener manifestación formal, de manera que quede probada la conexión que existe entre ella (es decir, la legitimación) y la titularidad (real o aparente) del derecho que se pretende ejercer.

Para el notario es fundamental que formalmente quede justificada la legitimación activa y pasiva de quienes requieren su actuación, pues es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un elemento básico para acreditar la validez del negocio a documentarse.

Por su parte, la legalización consiste en adaptar la voluntad negocial del, o de los sujetos, al derecho positivo vigente, procurando la validez formal y sustancial del acto y, como consecuencia, que él pueda llegar a producir los efectos queridos por los otorgantes y admitidos por el ordenamiento.

El proceso continúa con la figuración, momento en que se va concretando por medio de estipulaciones y representaciones, la voluntad inicialmente declarada por los sujetos, poniendo orden y claridad en sus expresiones de manera que aparezcan adecuadas al régimen jurídico.

Todo lo anterior se materializa en la documentación, o sea la operación de escribir, narrando hechos y expresando actos y declaraciones negociales en las hojas del protocolo notarial cumpliendo con todos los requisitos y formalidades que establece la ley. .

La etapa culminante de este proceso se concreta en la audiencia notarial Presentes - en unidad de acto formal - el notario (autor del documento) y los requirentes (autores de los hechos, actos y declaraciones que expresa la escritura), se produce en ese acto (acto documentador) una recíproca interferencia, entre los dos planos horizontales y paralelos que corresponden uno, al del "negotium" (que pertenece al derecho material o sustantivo), y otro, al del "instrumentum" (que pertenece al Derecho Notarial) (Núñez - Lagos, Los esquemas conceptuales del instrumento público, págs. 18 y sgtes. Edición de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967).

Según sea el grado de interferencia recíproca de estos dos planos (en su aspecto cuantitativo, pero no cualitativo) se diferencian las siguientes situaciones: a) Escritura constitutiva, dispositiva o traslativa; b) Escritura de reconocimiento de relaciones jurídicas; c) Elevación a escritura pública de documentos privados; d) Protocolización de documentos privados (Núñez - Lagos ob. cit., pág. 20).

Dicha interferencia se produce en la etapa del proceso que comentamos: el notario lee la escritura a los comparecientes. Si ellos están conformes con el texto escrito lo otorgan, lo que significa que "consienten" simultáneamente el instrumento y el negocio, o sea el continente y el contenido que integra formal y sustancialmente la unidad documental que resume en sí misma la escritura pública.

Siempre, en unidad de acto formal, al otorgamiento sigue la firma del documento por los otorgantes (o, en su caso, la firma a ruego cuando no saben o no pueden hacerlo) y el proceso culmina con la autorización, o sea el momento en que el notario firma el documento y estampa su sello, lo que importa la valoración jurídica de lo que está escrito en el protocolo, pues con el cumplimiento de este requisito medular adquiere la categoría de documento (o instrumento) público notarial y, desde entonces, goza de las notas de exactitud e integridad que resultan de la fe pública.

En cuanto a la existencia material de los hechos que narra la escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el oficial público hubiere enunciado que fueron cumplidos por él, o que han pasado en su presencia - por la fe pública que goza este documento - tienen para el derecho el valor de actos auténticos sólo degradables si se probare su falsedad civil o penal.

En cambio, las declaraciones negociales que expresa el mismo documento (escritura pública) sólo quedan autenticadas, o sea cubiertas con presunción de autenticidad, que resulta de esta clase de documento pero que pueden quedar desvirtuadas mediante prueba en contra que demuestre su falta de veracidad intrínseca.

IV. - REQUISITOS LEGALES PARA LA FORMACIÓN Y VALIDEZ DE LA ESCRITURA PÚBLICA

1) Introducción

Exponer con la debida precisión todos los requisitos legales que tienen que observarse para la formalización de una escritura pública, excede los límites de lo razonable para su presentación y consideración en un Congreso Internacional, pues, como antes expresamos, este informe tendría que adquirir la densidad de un libro.

Por eso limitaremos nuestra labor a la consideración de algunos aspectos fundamentales, tomando como base las normas del Código Civil, dejando de lado lo que preceptúan las leyes notariales vigentes en la Capital Federal y en cada una de las provincias.

2) Su facción protocolar. Conceptuación del protocolo

El art. 998 dispone que "Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno".

Este texto concuerda con lo que disponen los artículos 979, inc. 1º y 1005.

Nuestro Código - siguiendo la regla general dominante en el notariado de tipo latino - dispone que la mayor parte de la actividad documentadora del notario se plasme en el protocolo.

Surgen diferencias en las diversas legislaciones acerca de la formación y, en su caso, de la cantidad de libros de protocolo que puede tener un notario.

En términos generales podemos indicar que en Argentina el protocolo está formado por el conjunto de folios (hojas de papel sellado de actuación notarial con las características que determina la ley) originariamente móviles, habilitados para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario donde - durante ese lapso - se escribirán en orden cronológico, con numeración correlativa y en cabeza de folio, sin que puedan quedar alguno de éstos en blanco, los diversos documentos notariales (escrituras, actas y

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diligencias, así como notas y constancias complementarias o de referencia); y, en su oportunidad las de apertura y cierre, u otras constancias. Integran también el protocolo los documentos que tienen que incorporarse a las escrituras o actas, sea por imperio de las leyes o a requerimiento expreso o implícito de los comparecientes o por disposición del notario, así como los índices que deben unirse.

El notario es responsable de su reserva y conservación en buen estado mientras se encuentren en su poder.

Anualmente toda esa documentación se coleccionará en libros, volúmenes o legajos, en el tiempo y forma que dispone la ley.

3) El idioma

"Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional" dice el art. 999 en su primer párrafo. "Si las partes no lo hablaren - continúa el mismo artículo -, la escritura debe hacerse en entera conformidad a una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas".

El artículo considera que "las partes" no conocen el castellano. Pero si una de ellas lo conociera, no tendría por qué firmar una minuta redactada en un idioma extraño que puede no conocer.

La escritura tiene que transcribir la parte pertinente de la traducción de la minuta, pero no la minuta misma que está redactada en idioma extraño y, tal vez, escrito con signos gráficos que no son los que se emplean en el país.

Sin embargo recordamos que en el supuesto del testamento por acto público otorgado por persona que "...no puede testar sino en un idioma extranjero. . .", el art. 3663 "...requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción en castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma".

4) El llamado "epígrafe" y la data

El art. 1001 entre sus indicaciones señala: "la escritura pública debe expresar la naturaleza del acto... nombres y apellidos de las personas que la otorguen... el lugar, día, mes y año en que fueren firmadas, agregando que pueden serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa . . .".

La indicación de la naturaleza del acto y el nombre y apellido de los otorgantes ha de expresarse en el cuerpo de la escritura tal como más adelante explicamos. Pero, desde el comienzo, la escritura se inicia con un "epígrafe", o sea una especie de enunciado, o de rótulo, que antecede al texto, en el que brevemente se expresa la naturaleza del acto (por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejemplo: venta, hipoteca, donación, etc.) y el nombre y apellido de los otorgantes, con la aclaración de que, cuando los sujetos son más de uno por cada parte de interés sólo se nombra al primero y se agrega la expresión "y otros" para señalar la pluralidad existente.

La finalidad principal del epígrafe es la de poder ubicar con más facilidad cada escritura dentro de todo el conjunto de las que, durante el transcurso del año calendario, se van acumulando en el protocolo.

Desde luego que, además, concierne a facilitar la búsqueda, el "índice" del protocolo, cuya confección disponen las leyes notariales.

La escritura, como documento con trascendencia jurídica, comienza en realidad con la "data", o sea la expresión del lugar y tiempo en que se otorga.

Este enunciado es de capital importancia porque está indicando si se cumple con la regla de competencia por razón de lugar antes indicada (supra II - 4), y porque la fecha del documento es siempre auténtica y surte efecto en cuanto a tercero (doctrina de los arts. 1001, 1034 y 1035).

Tanto es así que, como luego indicamos, la falta de expresión de estos datos: lugar y fecha, causa la nulidad del documento (art. 1004).

En algún caso, la ley señala la necesidad de que además se agregue la hora en que se formaliza el acto: por ejemplo, en el protesto de documentos comerciales (art. 66, inc. 1º ley 5965 de 1963).

Con todo advertimos que la jurisprudencia ha declarado que no es nula la escritura por el hecho de que en el protocolo haya otras anteriores con fecha posterior, si la foliatura no está alterada y es correcta la enumeración de las sucesivas escrituras, tratándose de un simple error de fecha (C. Civ. 1º, 27/11/45, JA, 1946 - I - 75) .

En cuanto al lugar de otorgamiento, lo normal es que se indique la demarcación que corresponde al registro notarial, sin otra especificación. Por ejemplo: "...en la Ciudad de La Plata...".

No obstante, en algunos casos, cuando la escritura se otorga fuera de la notaría se hace constar esa circunstancia, lo que generalmente ocurre con las escrituras que suscriben los magistrados judiciales, en las que el notario hace constar que se constituye en la sede del juzgado.

Asimismo se deja constancia semejante en casos en que se otorga un testamento por persona que está en su lecho de enfermo. Con todo tiene que quedar bien claro que aunque la escritura no tuviera semejante aclaración, el acto es válido en cuanto cumpla con señalar el lugar en forma genérica (locus maior en la antigua terminología) excepto, como es natural, que la ley no disponga mayor precisión, como puede suceder por ejemplo, en el caso del protesto (arts. 64, 23 y 41, ley 5965).

5) Presencia del escribano como autor del documento

Dice la ley que las escrituras deben ser hechas por los escribanos públicos (arts. 973, 979, inc. 1º, 997), de ahí la conveniencia - que no siempre se observa - de que en su redacción se haga constar, en forma expresa, quién es el escribano que lo ha hecho, cuál es el registro en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que actúa y su condición respecto al mismo (titular, adscripto o suplente), pues, de esta manera, se ponen de manifiesto las cualidades y condiciones de que se encuentra revestido (doctrina de los arts. 980 a 983).

De todas maneras, la presencia del escribano como autor de la escritura, queda evidenciada, en su tenor documental, con las palabras "...comparecen ante mí...".

6) La comparecencia

Es la parte de la escritura en la que el notario narra quiénes son los sujetos presentes en el acto (o audiencia, según Núñez - Lagos), sus datos personales, el carácter de su intervención, y asimismo, expresa su juicio en relación a la capacidad, suficiencia de las representaciones que se invocan y da fe de conocimiento de los otorgantes.

El art. 1001, en lo pertinente, dice: "La escritura debe expresar... los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad...".

Las leyes notariales vigentes suelen completar la norma transcrita puntualizando la necesidad de que conste en la escritura otros datos. Por ejemplo, indican que además de hacer constar el "estado de familia", si el otorgante es casado se exprese, también, en qué nupcias y el nombre y apellido de su cónyuge.

De todas maneras hay que tener presente que la falta de esa referencia complementaria no afecta a la escritura en cuanto a su validez como acto jurídico, pudiendo sólo dar origen a sanciones contra el escribano.

Además, las leyes 13482 del año 1948 y la 17671 del año 1968, que crean el Registro Nacional de las Personas, establecen la necesidad de la presentación de "documento nacional de identidad", probar la identidad de las personas de existencia visible que se domicilien en territorio argentino o en jurisdicción argentina (excepto el personal diplomático extranjero), y de todos los argentinos sea cual fuere el lugar de su domicilio (arts. 1º y 12 ley 17671) . Y, mientras no se haya entregado ese documento, tendrá la misma validez y servirá a todos sus efectos, los siguientes: para los argentinos mayores de 18 años, a) libreta de enrolamiento (varones), b) libreta cívica (mujeres); para los menores de 18 años y los extranjeros de cualquier edad, c) Cédula de Identidad expedida por la Policía Federal, d) Cédula de Identidad expedida por las Direcciones de Registros Civiles y/o del Estado Civil y Capacidad de las Personas, e) Cédula de Identidad expedida por las policías de provincia y territorios nacionales, f) los que expida el Registro Nacional de las Personas en carácter provisional (art. 7º, ley 17671).

7) La representación . Documentos que la acreditan

En esta parte de la escritura se expresará también si el compareciente interviene por sus derechos o en representación de otro sujeto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En tal caso, el art. 1003 dispone que " . . . el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuere menester la devolución de los mismos, o se tratase de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaran protocolizados en su registro, expresará este antecedente indicando el folio y año respectivo...".

8) Identificación y fe de conocimiento

El citado art. 1001 entre sus numerosas indicaciones relacionadas con la formación de la escritura, dice: "...El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes...".

La interpretación de este precepto - como es conocido - divide a la opinión de la doctrina.

Hay quienes entienden que la fe de conocimiento comprende la identidad del otorgante y se extiende a sus elementos filiatorios (estado civil, edad, nacionalidad, domicilio, etc.) .

Otros, por el contrario, lo limitan a la identidad del compareciente.

El Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) al tratar el tema "Fe de conocimiento", recomendó: "...3° La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela".

Recientemente, Pondé, en un valioso estudio monográfico, sustenta la doctrina que los términos de la ley "fe de conocimiento", tendrían que ser reemplazado por "fe de individualización de los comparecientes" (Eduardo Bautista Pondé, "Fe de individualización, y no fe de conocimiento", en su libro Tríptico notarial, Bs. As., 1977) .

9) Medios de identificación supletorios

El art. 1002 dispone que "Si el escribano no conociere a las partes, éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce".

Es el medio supletorio tradicional que admite la mayor parte de las legislaciones pero, al mismo tiempo, el que menos se utiliza en la realidad escrituraria, y el que ha merecido dura crítica de la doctrina.

La identificación (o individualización) de los otorgantes de las escrituras se cumple, por lo general, de diversas maneras: 1) porque la persona es realmente "conocida" por el escribano, porque tiene trato continuo y prolongado con ella, 2) porque la persona es conocida como tal en forma pública (conocimiento por notoriedad), incluso, desde luego, por el notario; 3) porque el notario utiliza "medios supletorios" que lo llevan a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una convicción racional acerca de la identidad del otorgante. Estos "medios supletorios" pueden ser los testigos del art. 1002; o los documentos que indica la ley 17671 antes citada, cuyo objeto es, como hemos expuesto, probar la identidad de las personas visibles; y, en general, cualquier otro medio adecuado que permita al notario adquirir una convicción racional acerca de la identidad de una persona.

10) El juicio de capacidad

El Código Civil no incluye entre los requisitos de la escritura la mención de la capacidad de los otorgantes, aunque en alguna medida puede suponerse que ella surge del art. 1001.

Pero no cabe duda que es un deber del notario el tener que cerciorarse de la capacidad de los otorgantes de la escritura, desde que es una cuestión que está involucrada con su responsabilidad como autor del conocimiento (art. 1112).

Antes hemos expuesto que para la validez del documento público es preciso que se cumplan las formas legales (art. 986), circunstancia que obliga al notario, en el ejercicio de su función, a poner la diligencia necesaria para que tanto la escritura como el acto o negocio que contiene no sea declarado inválido, lo que podría ocurrir en los diversos supuestos de incapacidad de sus otorgantes (doctrina del art. 949).

Interpretamos que el juicio de capacidad comprende tanto la natural como la legal, o sea la referida a la capacidad de hecho y de derecho, y a la legitimación de los sujetos del negocio y del instrumento.

11) Calificación del acto o negocio

El art. 1001 entre sus diversas indicaciones comienza con estas palabras: "La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto..."

En algunos casos resultará fácil al notario la expresión de la naturaleza del contenido de la escritura - o sea "su objeto" - como, por ejemplo, "compraventa", "permuta", "donación", "hipoteca", etcétera.

Pero otras veces, la catalogación legal del acto o negocio puede resultar difícil y, tal vez, muy ambiguo, sobre todo cuando su objeto es complejo e innominado.

De todas maneras, la calificación del acto o negocio tiene más importancia fiscal que jurídica, pues un error en su tipificación no puede llegar a tener influencia en cuanto a su validez intrínseca (siempre que su legalidad sustancial esté admitida por el ordenamiento), pero sí puede provocar serias dificultades en cuanto a la determinación de las obligaciones tributarias, aunque de todas maneras, por esa vía no podría llegarse a determinar la invalidez de la escritura.

Lo que no puede olvidar el notario es la relación que media entre la naturaleza y objeto del acto y su propia competencia por razón de materia (ver supra II - 5) que, en principio, se extiende a todo hecho, acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o negocio que la ley no haya dado una forma distinta de la notarial, o haya exigido se otorgue ante otro oficial o funcionario público como, por ejemplo, el acto jurídico de celebración del matrimonio.

12) Expresión de las cantidades

El art. 1001 establece también que la escritura debe ser hecha " ..con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números. "

La parte de la escritura a que se refiere el fragmento del texto legal transcrito es, sin duda, la que la doctrina notarial denomina "estipulación" o "parte dispositiva".

El pago, o sea las cantidades que entreguen (los otorgantes) en presencia del escribano, es, simultáneamente un acto y un hecho que realizan los sujetos, y que el notario percibe por el sentido de la vista. Como hecho material su existencia es una de las menciones auténticas de la escritura que "hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal..."

La ley, para evitar equívocas y posibles falsificaciones, exige que "las cantidades" que así se entreguen se consignen en la escritura "en letras y no en números".

Es de advertir que el notario, precisamente, en la idea de evitar errores, equívocos o adulteraciones, acostumbra a escribir con palabras otros números que aparecen en la escritura, aunque no se refieren a las cantidades que precisa la ley.

13) Lectura

" . . . El escribano . . . concluida la escritura debe leerla a las partes . . . "

La lectura de la escritura es un antecedente indispensable para que los requirentes queden impuestos de su contenido.

Es deber del notario cumplir con este requisito previo al otorgamiento en el momento de la "audiencia", pero excepto para el testamento por acto público, que "bajo pena de nulidad... debe ser leído al testador en presencia de testigos..." (art. 3658), en los demás supuestos la ley no establece sanción por el incumplimiento de este requisito formal.

En la práctica todas las escrituras se leen (excepto, a veces, alguna de sus partes que sólo tienen constancias de carácter administrativo o fiscal, etc.) y de ello se deja constancia en su texto. Esto ocurre porque, de un lado, sus otorgantes tienen que quedar enterados de cómo su voluntad negocial ha quedado redactada, y de otro, porque el notario, como configurador del documento, tiene que asumir íntegramente el ejercicio de su función y, en este sentido, tiene que tener la certeza que el texto expresa realmente la voluntad de quienes han requerido su intervención.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

14) subsanación de errores

Terminado el texto de la escritura, después de la lectura, el escribano tiene que concluir "...salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho..." (art. 1001).

Por su parte el art. 989 dispone que "Son anulables los instrumentos públicos... cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin".

Se trata de vicios "externos", visibles o manifiestos, del documento que se aprecian por la simple inspección oculta. Para que su existencia pueda provocar la nulidad del documento tiene que darse dos condiciones:

a) Que esa anomalía esté referida a una "parte esencial" como las que, a manera de ejemplo, señala el texto legal. En caso de duda, será el juez quien resuelva, en cada caso, cuál es la "parte" del documento que pueda considerarse "esencial".

b) Que los vicios que señala la ley no se hallen salvados al final del instrumentos.

En relación a las escrituras públicas estas salvaturas tiene que hacerlas, necesariamente, el escribano "de su puño y letra".

El lugar donde tienen que escribirse las salvaturas es inmediatamente después de concluido el texto de la escritura y antes de la firma de los otorgantes.

15) El otorgamiento y la firma

En la oportunidad que expusimos las etapas teórico - prácticas del proceso documentador para llegar a la formalización de la escritura (ver supra III - 2), indicamos que una de ellas, que se cumplía en el momento culminante de la "audiencia notarial", era el momento del "otorgamiento". Si los requirentes están conformes con el texto de la escritura que el notario les lee, proceden a otorgarla, lo que significa que "consienten" simultáneamente el instrumento y el negocio, o sea el continente y el contenido que integra formal y sustancialmente la unidad documental que resume en sí mismo la escritura pública.

El otorgamiento resulta, por lo general, de fórmulas expresas en el texto del documento (por ejemplo:... "leo esta escritura a los comparecientes quienes la otorgan y firman ante mí...") pero, para su validez es requisito legal que vaya acompañado de la firma de quien lo declara.

"...La escritura... debe ser firmada por los interesados..." (art. 1001).

"El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado" (art. 988,) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 1004 puntualiza: "Son nulas las escrituras que no tuvieren... la firma de las partes..."

La firma de los otorgantes es, pues, un requisito esencial para la validez de la escritura.

"Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento" especifica el art. 1001.

La falta de "la firma a ruego..." de los que "...no saben o no pueden escribir..." causa la nulidad de la escritura (art. 1004, cit.).

La firma debe escribirse al final de la escritura (después de las salvaturas si es que se ha incurrido en errores al escribirla o al redactarla, según resulta de los arts. 989 y 1001 en la parte antes citada).

Normalmente, la firma es la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir responsabilidades inherentes al documento que suscribe.

Sin embargo, es común que el firmante, para definir su personalidad, o evitar falsificaciones - y, en especial, cuando la usa con mucha frecuencia - desfigure la grafía de tal manera que resulta muy difícil encontrar semejanza entre las letras que tendrían que emplearse para escribir normalmente su nombre y los signos que utiliza para firmar. De ahí que - como explica el codificador argentino en su nota al art. 3639 - la firma "es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por una persona en diversos actos sometidos a esta formalidad".

En consecuencia la doctrina ha interpretado que una firma ilegible, o con incorrecciones ortográficas no causan su nulidad, siendo una cuestión de hecho que tiene que resolverse en cada caso que puede ofrecer dudas su autenticidad.

El testamento exige la firma del testador bajo pena de nulidad (art. 3658).

Si el testador sabiendo firmar, dijera que no sabe hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque el testamento esté firmado a su ruego por alguno de los testigos u otra persona (art. 3660).

"Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar" (art. 3661) .

"Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. El escribano debe expresar la causa por qué no puede firmar el testador" (art. 3662).

Aunque el Código Civil, por la época de su sanción, no contiene ninguna referencia a la impresión digital, sin perjuicio de la necesidad de la firma a ruego de un tercero que lo hace por el otorgante que no sabe, o no puede firmar, consideramos que es un complemento que conviene contenga la escritura pública y demás documentos notariales.

Como referencia complementaria, hacemos constar que algunas leyes notariales vigentes en Argentina requieren que en los casos indicados, el otorgante estampe su impresión digital. Sin embargo el incumplimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de esta formalidad no afecta la validez de la escritura.

16) La autorización

"...La escritura... debe ser... autorizada al final por el escribano..."
(art. 1001) .

La "autorización", en sentido formal, es la parte final de la escritura que contiene: a) la afirmación del notario que todo lo que deja documentado ha pasado en su presencia (art. 1001); b) que para la realización del acto (tanto en su estructura formal, como en su contenido sustancial) se han cumplido las formas legales (doctrinas de los arts. 986 y concordantes); c) donde el escribano escribe su firma y estampa su sello.

Cumplida esta última etapa del proceso documentador (ver supra II - 9), concluye la "audiencia" notarial, y, en unidad de acto formal, lo que está escrito en el protocolo se convierte, por este acto final, en escritura pública (doctrina de los arts. 997 y concordantes).

17) Los testigos del acto

El párrafo final del art. 1001 dice: "Cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En este caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los mismos".

La presencia de los testigos del acto no es un requisito necesario de la escritura, pero si el escribano o los otorgantes juzgan pertinente, en la escritura debe hacerse constar su presencia, expresando su nombre y residencia.

En tal caso, la omisión de la firma de estos dos testigos es causa de nulidad de la escritura (art. 1004).

En el testamento por acto público siempre es necesaria la presencia de tres testigos residentes en el lugar donde se otorga el acto (art. 3654).

Estos testigos tienen que escuchar la lectura del testamento, y la escritura debe expresar sus nombres, edad y residencia y llevar la firma de por lo menos uno de ellos, todo bajo sanción de nulidad del acto (arts 3657 y 3658)

Los testigos de los instrumentos públicos deben ser hábiles

El art. 990 dispone que no pueden ser testigos: a) los menores de edad no emancipados; b) los dementes (declarados o no, si la enfermedad es notoria); c) los ciegos; d) los que no tengan su domicilio o residencia en el lugar e) los dependientes del oficial público y los de otras oficinas autorizadas para firmar escrituras públicas; f) los parientes del oficial dentro del cuarto grado (tanto los legítimos, como los naturales, afines y por adopción), g) los comerciantes fallidos no rehabilitados; h) los religiosos (debe interpretarse que sólo los profesos: art. 1160 o sea los que han hecho voto solemne de obediencia pobreza y castidad); i) los privados por sentencia de ser testigos; j) los que no saben firmar, excepto en los testamentos que, como antes anotamos, basta que uno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los tres testigos sepa hacerlo; k) aunque no lo dice el art. 990 tampoco pueden ser testigos los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, como se desprende de los arts. 54, inc. 4, 153 y 154 del Código.

El art. 991 admite que "El error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto". La disposición protege al acto de nulidades injustas. El "error común" no debe provenir del simple descuido del escribano, sino tratarse de una creencia general que considera a determinado sujeto como hábil para ser testigo.

V. - VALORACIÓN Y EFECTOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA

PARTE PRIMERA: Valores y efectos jurídicos "generales" de la escritura

A) Eficacia sustantiva

En este aspecto el valor del documento es doble, correspondiendo al doble aspecto de la función notarial:

1) Su autenticidad: Se refiere a la realidad que presencia el notario y que surte sus efectos mientras una sentencia no declare su falsedad, según resulta del art. 993 y sgtes. del Código Civil. Por consiguiente:

a) Queda cubierto por la fe notarial todo lo que el notario manifieste que haya hecho él mismo, así como lo que él ve y relata: esto es el hecho que motiva el otorgamiento.

También el lugar y la fecha que se verifica.

b) En cuanto a las declaraciones que los otorgantes hacen al notario y que éste redacta en el documento, tiene que considerarse que el hecho de hablar es auténtico (el notario lo percibe por la vista), pero lo que hablan sólo queda "autenticado" y cubierto por simple presunción de veracidad, que puede ser destruido justificando la falta de veracidad intrínseca de lo así manifestado en el documento.

2) Su integridad, en cuya virtud el negocio contenido en la escritura es legal, válido e íntegro entre partes y respecto de terceros (art. 995 Cód. Civil).

a) El contenido de la escritura es legal, válido e íntegro "iuris tantum", mientras una sentencia firme no declare su nulidad.

Con todo, la nulidad que declara la sentencia no puede afectar los derechos de terceros adquirentes que han actuado de buena fe y a título oneroso, pues los derechos reales o personales que han adquirido quedan a salvo de los efectos de la declaración de nulidad (art. 1051 Cód. Civil).

b) En el mismo sentido, el tercero que contrata, fiado en el contenido de una escritura, tiene la presunción de que ella es exacta e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

íntegra, mientras no resulte anotada su modificación por otro documento posterior (público o privado). Doctrina de los arts. 996 v 1194 del Código Civil; o por una inscripción registral que la hubiere modificado o dejado sin valor o efecto: doctrina del art. 2505 del Código Civil y ley registral (N° 17801).

B) Eficacia probatoria

La escritura notarial es un medio de prueba (doctrina de los arts. 1184 y 1190 y sgtes. del Código Civil). Esto es consecuencia de su sola existencia, pero no su única razón de ser y menos su grado total de eficacia, ya que en este aspecto - (prueba) - el documento no pasa de ser una cosa. (Carnelutti, La prueba civil, N° 34, pág. 154).

C) Eficacia ejecutiva

Es la cualidad de la escritura en virtud de la cual el acreedor o sujeto activo puede, en caso de incumplimiento del obligado, obtener la ejecución de su derecho (cumplimiento) mediante el auxilio de la justicia. La escritura es uno de los documentos cuya presentación en juicio trae aparejada ejecución, conforme a lo que disponen los Códigos de Procedimientos.

Se distingue de otros documentos en razón de que por su carácter de auténtico elimina la etapa probatoria del juicio de conocimiento, procediendo, directamente, el de ejecución.

D) Eficacia (con valor de seguridad) en cuanto a la configuración del negocio y a su conservación

1) En cuanto a la configuración: La intervención del notario (profesional universitario, especializado en el conocimiento y aplicación del derecho privado patrimonial) asegura la claridad y precisión del contenido de las declaraciones de voluntad de los particulares (no siempre exentas de los vicios de error e ignorancia, cuando no de dolo), las que interpreta y adecua a las disposiciones de la ley, con lo que asegura, a su vez, la validez y eficacia del acto que documenta.

Además, dentro de sus funciones, el notario tiene el deber de verificar la legitimación de los otorgantes, lo que implica el estudio de la situación jurídica estática que precede al acto, con relación a la dinámica que se desarrolla en el momento de su formalización. O sea, en palabras de Sanahuja y Soler, que el notario tiene que examinar los antecedentes que sirven de fundamento a la nueva relación jurídica que se crea.

Es decir, una escritura podrá tener todos los requisitos legales necesarios para su propia validez, pero si quien la otorga (por ejemplo el vendedor de un inmueble) carece de legitimación suficiente para otorgar el acto, en cualquier momento podrá plantearse y declararse su nulidad.

Estas y otras características que resultan del ejercicio de la función

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarial tienden a la protección de la validez del acto o negocio jurídico y de la escritura (contenido y continente), lo que tiene importancia no sólo para los sujetos otorgantes, sino también para los terceros ajenos a él y, en definitiva para la sociedad, pues de esta manera se consigue la efectiva realización del derecho y se cumple uno de sus fines que es alcanzar la seguridad y la paz jurídica.

2) En cuanto a la conservación: Por último, la conservación del protocolo en el que quedan escritos los documentos matrices, cuidadosamente guardados por el notario durante años y luego en los archivos oficiales (que ahora tienden a guardar en custodia de los Colegios Notariales), asegura su permanencia y conservación prácticamente indefinida. En consecuencia, la pérdida o destrucción de la primera copia del documento matriz, no importa sufrir un perjuicio irreparable (como podría resultar de la pérdida o destrucción de un documento privado carente de matriz y, por consiguiente, casi siempre de imposible reproducción), pues dando cumplimiento a las prescripciones de la ley, pueden obtenerse segundas o ulteriores copias que reproducen siempre la matriz protocolar y tienen el mismo valor que había tenido la primera. Esta es una de las razones por la cual los particulares, aunque muchas veces podrían otorgar actos en documentos privados, prefieren el notarial, con lo que evitan los riesgos señalados.

E) La escritura como título auténtico; como legitimación del titular del derecho y como presunción de la legalidad del negocio que contiene

En la escritura pública, con las características que antes se expresaron (preparación jurídico - técnica del notario; sus deberes y responsabilidades ineludibles; las formalidades y garantías que regulan su actuación documentadora y los requisitos a cumplirse en la configuración del instrumento), y otras que resultan del estudio del Derecho Notarial, permiten presumir "iuris tantum", o por lo menos en su manifestación formal, con la seguridad - relativa, pero suficiente para la vida jurídica, como dice Avila Alvarez (Estudios de Derecho Notarial Madrid, 1973, 2ª edic., pág. 71) - que el negocio que ella contiene (aspecto sustantivo del derecho) es válido y legal. Además permite que se reconozca, al menos provisoriamente, al sujeto de ese derecho como su titular auténtico (es decir, como expresión de una verdad oficial según el concepto de Navarro Azpeitia y Giménez Arnau - o verdad impuesta, en la terminología de Núñez - Lagos -).

Por su parte el Dr. Falbo sostiene que si se considera en su integridad el proceso de formación de la escritura (ver supra III - 2) y su resultado, o sea la escritura (como documento querido, que expresa la voluntad negocial de sus otorgantes), y se aplica a todo ello el principio de la causalidad, puede llegarse a la conclusión - (que encuentra su fundamento en el propio ordenamiento) - que dicho documento (la escritura) es la causa última y necesaria para que se produzcan con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eficacia determinados cambios en el mundo jurídico (como la adquisición, constitución, modificación o extinción de derechos y relaciones jurídicas) teniendo, por tanto, efectos constitutivos.

Agrega que ello es así porque recién después de autorizada la escritura notarial se produce el nuevo status jurídico querido por sus otorgantes y, en cambio, pese a su voluntad, lo querido carecía de eficacia legal con anterioridad a su existencia. De ahí que la escritura pública obre "ex nunc", puesto que los efectos del cambio jurídico recién comienzan a partir de su existencia y no antes (arts. 977, 951, 1184, 2609 y concord. Cód. Civil) (Falbo, Miguel Norberto, "Naturaleza jurídica del documento notarial", 1963).

Estas presunciones referidas a la legalidad y validez del negocio que contiene, a la titularidad auténtica del sujeto; y a la legitimación de ese titular, emanadas todas de la escritura pública (que, por otra parte, con independencia de su consideración legal y jurídica, está fuertemente arraigada en la conciencia social desde que, por lo general, coincide siempre con la verdad y la realidad económica), son otros de los valores fundamentales de esta especie de instrumento público, de tanta trascendencia en el tráfico jurídico, particularmente del inmobiliario.

PARTE SEGUNDA: Valores y efectos jurídicos "especiales" de la escritura en su relación con los negocios jurídicos

En cuanto a los valores especiales que puede tener una escritura pública de acuerdo a lo que dispone el ordenamiento jurídico, se presentan los siguientes casos:

- 1) Es un elemento indispensable para la existencia del negocio.
- 2) Es un elemento indispensable para la eficacia del negocio, es decir, para que éste pueda producir determinados efectos.
- 3) Es un elemento indiferente para el negocio, sin perjuicio de que le impregne sus valores genéricos y típicos, antes anotados (autenticidad y fe pública, eficacia probatoria y ejecutiva, seguridad, presunción de legalidad, legitimación del sujeto y titularidad del derecho) .

En el primer supuesto el negocio nace en la escritura, simultáneamente con ella. Esta es un elemento del negocio en sí mismo. La forma de escritura notarial por revestir dicho carácter por disposición de la ley tiene valor constitutivo. Sin la escritura no hay negocio. Por ejemplo la donación de bienes inmuebles (art. 1810 Cód. Civil) .

En el tercer supuesto, la escritura, al no ser requerida por la ley como un elemento de eficacia ni de constitución del negocio, queda al margen de su configuración (por ejemplo la escritura que contenga un contrato de locación de un automotor).

Sin perjuicio de ello la escritura agregará al negocio los valores generales que tipifican a toda escritura, tal como antes hemos expuesto. Además la escritura fijará las relaciones jurídicas que vinculan a las partes (Teoría del "negocio de fijación" de Siegel); o adquirirá el valor de acto constitutivo o dispositivo, si mediare alguna diferencia importante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre lo que expresa su contenido actual y algún acuerdo preliminar que pudiera haber existido entre sus otorgantes (doctrina del art. 723 del Código Civil, que la doctrina moderna, siguiendo a Degenkolb, denomina "renovatio contractus").

En el segundo supuesto la escritura - que Núñez - Lagos llama "confesorio - normativa" - reviste carácter mixto: es declarativa en cuanto recoge los elementos de un negocio preexistentes (por ejemplo, lo convenido entre vendedor y comprador en un "boleto" privado de compraventa de inmueble), y constitutiva en cuanto da forma legal a esa declaración (doctrina de los arts. 1184, 2609 y nota al art. 2663 del Código Civil) y le hace producir efectos que sólo nacen con ella: transmisión de la titularidad dominial y eficacia contra terceros sin perjuicio de otros que de ella derivan (por ejemplo, obtención de un título hábil - auténtico - para ser inscripto en el Registro de la Propiedad, para su publicidad y oponibilidad a terceros) .

En los párrafos siguientes desarrollaremos estos conceptos.

A) La escritura en los negocios jurídicos formales

En algunos casos el ordenamiento exige el cumplimiento de formas determinadas como elemento imprescindible para la existencia misma de ciertos negocios jurídicos.

Cualquiera sea el motivo de esa exigencia (protección de los otorgantes tendiendo a evitar escrituras no meditadas; asegurar su eficacia y prueba en el futuro, etc.), no cabe duda que la escritura pública es el medio más apto para responder a tales motivaciones. El conocimiento y asesoramiento del notario, la formalidades que rodean su actuación; la responsabilidad que asume en caso de incumplimiento; las garantías que emanan del documento en su propia formación, eficacia y conservación; y, al mismo tiempo, el trato directo e inmediato entre sujetos otorgantes y notario, al margen de toda complicación burocrática son, junto con otros aspectos positivos que no es del caso detallar elementos de ponderación más que suficientes para aquilatar el acierto de la solución legal que, por otra parte, cuenta con la confianza de los particulares y brinda la seguridad que avala la experiencia de más de un siglo, tanto en nuestro país como en la mayoría de los que integran la Unión Internacional del Notariado Latino.

Las formas son los modos de ser de la substancia, dice Avila Alvarez, pero así como hay negocios (substancia) que tienen varios modos de ser, hay otros (los solemnes o formales) que no admiten más que Un modo de ser: la forma pública notarial. Mientras ésta no se cumpla, el negocio no "es" (ob. cit., pág. 83).

La inexistencia del negocio en que no se ha cumplido el requisito de la forma se expresa con el principio "forma dat esse rei". En estos casos la escritura tiene el carácter de constitutiva: antes de la escritura la situación jurídica que pudiera haber existido (tratos, compromisos, promesas, etc.) carecen de todo efecto y valor jurídico.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En nuestro derecho, la escritura pública es elemento esencial de los siguientes negocios: donación de inmueble (art. 1810 Cód. Civil), constitución de renta vitalicia (art. 2071 Cód. Civil); convenciones matrimoniales (art. 1223 Cód. Civil), promesa de dote hecha al esposo (art. 1241 Cód. Civil); emancipación dativa del menor mayor de 18 años (art. 131 Cód. Civil); testamento por acto público (arts. 3651 y sgtes.); nombramiento de tutor (arts. 383 y 394 del Cód. Civil).

B) La escritura en los negocios jurídicos consensuales

Siguiendo el texto del art. 944 del Código Civil, podemos decir que son actos jurídicos (o negocios jurídicos, como los llama la doctrina moderna), las declaraciones de voluntad lícitas que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

En estos negocios predomina la voluntad de los particulares como elemento de configuración de dicha relaciones jurídicas.

Naturalmente que para el derecho no es suficiente que los sujetos tengan voluntad de establecer tales relaciones. Es necesario, además, que esta voluntad sea declarada, es decir, que medie un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (art. 913 Cód. Civil). Este hecho siempre va a ser una forma, o sea uno de los elementos de configuración de la relación jurídica.

El principio que sigue nuestro ordenamiento en materia de forma es el de la libertad, siguiendo una tradición que se remonta al Ordenamiento de Alcalá (año 1503), y que está expresado por el art. 974 del Código Civil que dispone: Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designa forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes.

De él resulta que cuando la ley no impone una forma determinada, los particulares son libres de elegir la que estimen conveniente. El resultado es, pues, que los particulares pueden elegir la forma, pero ésta nunca puede faltar) aunque sea tácita; presumida por la ley; verbal; etc. (doctrina de los arts. 915 y sgtes. Cód. Civil).

Expresado este concepto inicial, es de destacar que en la mayoría de los negocios consensuales, cuando tienen cierta importancia económica, la ley exige la forma escrita: los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos (se refiere al signo "moneda nacional" y no a los de la ley 18188), deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos (art., 1193 Cód. Civil).

Además, en otros casos (por ejemplo, los supuestos del art. 1184, ley 13512 de propiedad horizontal, y otros que no es del caso enumerar en detalle), la ley exige, como forma del negocio, la escritura pública.

¿Esta exigencia legal significa que la escritura pública es un elemento constitutivo de los negocios consensuales tal como vimos antes para los negocios formales?

La respuesta la da el art. 1185 del Cód. Civil: los contratos que debiendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada, pero quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

El art. 1187 del mismo Código expresa que: la obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdida e intereses.

Sin entrar en el análisis de esta última parte del artículo 1187 - que ha dado margen a una copiosa jurisprudencia y abundante literatura jurídica -, señalamos que, según la interpretación mayoritaria y predominante, si el obligado a otorgar la escritura se resiste a cumplir con esta obligación desde que es una obligación de hacer, que puede ser ejecutada por otro en lugar del sujeto interesado (art. 626 Cód. Civil), es procedente su ejecución forzada sin que se ejerza violencia sobre su persona (art. 629 Cód. Civil), y, en consecuencia, promovido el juicio de escrituración y dictada la sentencia de condena (art. 505 Cód. Civil), el interesado puede pedir la ejecución de esa sentencia y el juez firmará la escritura en lugar del obligado (art. 510 Cód. Proc. Civ. Prov. de Bs. As.).

En consecuencia, con relación a lo expuesto respecto a los negocios consensuales, pueden darse los siguientes casos:

1) Que el negocio nazca en el momento que se otorga la escritura (in continente). Es decir, que antes de ésta no haya habido negocio: es generalmente lo que ocurre en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria.

El propietario de un inmueble que desea un préstamo y ofrece hipotecarlo como garantía, por lo general no celebra ningún contrato previo y menos por escrito. Puede haber conversaciones y tratativas preliminares, pero el contrato de mutuo y la hipoteca de garantía se celebran en un solo momento cuando se otorga la escritura pública y no antes. Aquí la escritura es constitutiva porque el consentimiento de sus otorgantes se expresa en ella y sólo en ella y es regla de derecho que, donde hay consentimiento, hay constitución de negocio: arts. 951, 1137 y 1144 y concordantes Cód. Civil.

2) Sin embargo, en otros casos el negocio existe con anterioridad al otorgamiento de la escritura, y entre uno y otro acto media un espacio de tiempo. Entonces la escritura se otorga "ex intervalo".

En estos casos puede suceder:

a) Que la escritura, prescindiendo - real o aparentemente - del negocio existente, recoja el consentimiento de los sujetos y le dé una nueva redacción que éstos (los sujetos) consienten;

b) Que la escritura recoja en forma expresa el negocio preexistente, dándole forma pública al consentimiento antes declarado;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Que la intervención notarial se dirija sólo a la constatación de la existencia (y a la conservación) de una forma privada (y escrita) de un negocio.

a) Escrituras constitutivas:

En el subcaso a), la escritura es constitutiva porque aun cuando ha existido un negocio preliminar (por ejemplo boleto de compraventa de inmueble) éste no es recogido por la escritura que no hace ninguna mención de su existencia. Y decimos que la escritura en este caso es constitutiva porque, como expresamos antes, el consentimiento se expresa en ese momento y no antes: doctrina de los arts. 1145, 1152 y 723 Cód. Civil. Y este consentimiento, "totalmente nuevo, distinto e independiente del que las partes hubieran prestado al convenio preliminar...", se refiere al íntegro texto documental, y, por lo tanto, perfecciona simultáneamente lo mismo al acto o contrato que el documento. Al redactar y refundir el notario y consentir las partes, un nuevo texto, se verifica lo que desde Degenkolb se viene llamando una «renovatio contractus», un acto jurídico en la esfera de los negocios jurídicos igual al texto refundido de una ley en la esfera del derecho objetivo", según palabras de Núñez - Lagos a quien seguimos en este tema (Hechos y derechos en el documento público, págs. 137 y 138. Edición Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969) .

En consecuencia, la escritura pública se superpone al documento privado (boleto) antes existente, y lo relega, y en caso de discordancia entre ambos, ésta (la escritura) ha de prevalecer sobre aquél (el boleto preliminar).

El art. 723 del Código antes citado permite sostener esa afirmación: en caso de discordancia entre el contenido de la escritura y el documento preexistente anterior, prevalecerá la primera si contiene una nueva y lícita causa del deber.

b) Elevación de instrumento privado a público

En el subcaso b), se trata, en realidad, de elevar a pública la anterior forma privada, con alcance simplemente reconocitivo del negocio originario.

Este supuesto se da, generalmente, en las escrituras que otorga el juez en sustitución del demandado y condenado a escriturar, de acuerdo a lo que vimos antes.

La elevación del documento privado a público se verifica mediante el otorgamiento de una escritura en que se recoja el negocio tal como aparece estructurado en el documento privado y se ratifique en esa oportunidad el consentimiento prestado en forma privada.

c) Protocolización de documento privado

En el subcaso c) se trata sólo de protocolizar un documento privado, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decir incorporarlo al protocolo (art. 1003, segunda parte Cód Civil). No se recoge un nuevo consentimiento, sino sólo la voluntad de que el documento preexistente forme parte del protocolo, con lo que se consigue darle fecha cierta y evitar los inconvenientes de su posible extravío.

Esta protocolización puede originarse a pedido de los particulares o por resolución judicial.

VI. - CAUSAS POSIBLES DE INVALIDEZ DE LAS ESCRITURAS

1) Introducción al tema

De comienzo es necesario distinguir las causas que pueden afectar la validez del acto o negocio que contiene la escritura, de las que pueden afectar a ésta como documento.

En relación a los negocios formales (supra V - Parte segunda - A), la invalidez del documento arrastra la del negocio, y, recíprocamente, la del negocio afecta a la escritura.

En cuanto a los actos o negocios consensuales (supra V - Parte segunda B), el principio dominante es que la invalidez del acto o negocio no afecta a la escritura, y a la inversa lo mismo: la invalidez de la escritura no afecta al acto o negocio.

Sin embargo, sin entrar a considerar la especial situación en que pueden encontrarse el tercer subadquirente a título oneroso y de buena fe en virtud de lo que dispone el art. 1051, interpretamos que la doctrina que expresa el párrafo anterior podrá ser cierta en cuanto a la validez del acto, negocio o en su caso, escritura, en sí considerados, pero no en cuanto a sus efectos o eficacia, dado el grado de interferencia que en muchos casos impone el ordenamiento entre negocio y documento.

Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble - que la ley exige se formalice por escritura pública, excepto la subasta: arts. 1184 inc. 1º y 2609-, Si la escritura es invalidada (supongamos: el escribano no la autorizó, pero fue suscripta por los ctorgantes), el contrato será válido, pero ineficaz para producir los efectos queridos mientras no se subsane el defecto apuntado.

De ahí la importancia que el notario tenga siempre presente las posibles causas de invalidez de las escrituras, sin olvidar, desde luego, las que pueden afectar al acto o negocio que contiene.

2) Causas de invalidez que se relacionan con el escribano

a) Por no haber sido designado en debida forma para ejercer su función o, después de designado, haber sido destituido, reemplazado o suspendido excepto el supuesto de "investidura plausible" o "funcionario aparente", para el primer caso (art. 982), o del "funcionario usurpador", para el segundo (art. 983).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Por incompetencia por razón del lugar (art. 980), excepto que tal lugar fuese generalmente comprendido como parte de su distrito (art. 981).

c) Por incompetencia por razón de materia (art. 980) .

d) Por los impedimentos derivados de las relaciones de parentesco (art. 985 hasta el cuarto grado, inclusive por consanguinidad, afinidad, o adopción, en relación al otorgante, o a la persona que estuviera "personalmente interesada" en la escritura) .

e) Porque no ha autorizado la escritura, sin perjuicio de que pueda valer como documento privado por el principio de "conversión" del art. 987 y su doctrina.

3) Causas de invalidez que se relacionan con el documento

a) Por no estar escrita en el protocolo (art. 979 inc. 1º), o que éste no reúna los requisitos legales (art. 998).

b) Por falta de expresión del tiempo y lugar en que se otorga la escritura; o del nombre de los otorgantes; o de la firma de éstos o, en su caso, de los firmantes a ruego; o de la firma de los testigos del acto, cuando su presencia fuese requerida (todo del art. 1004) .

c) Por no guardar el orden cronológico dentro del protocolo (art. 1005).

d) Por tener enmiendas, en partes esenciales, no salvadas al final (art. 989, parte segunda).

e) Que hayan intervenido testigos inhábiles, salvo el caso de error común (arts. 990 y 991).

4) Fal tas que no invalidan l a escritura

Excepto el supuesto de invalidez como consecuencia de falsedad civil o penal de la escritura, no hay otras causas establecidas por la ley.

El incumplimiento de alguno de los otros requisitos formales, necesarios para su correcta redacción, puede dar origen a sanciones contra el escribano que, según su naturaleza, podrán revestir el carácter de profesionales, o de índole fiscal o indemnizatorias por daños y perjuicios.

VII. - LA ESCRITURA PÚBLICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1) El problema se plantea en todos los casos que un acto o negocio jurídico se formaliza en el extranjero y se lo presenta en otro país para que produzca sus efectos.

Por lo general el notario se enfrenta con esta cuestión cuando el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requirente de la escritura le manifiesta que va a actuar conforme a un poder de representación otorgado en el extranjero.

En estos casos la ley que regula la forma del acto o negocio celebrado fuera del país es, en principio, la ley extranjera por aplicación de la regla tradicional locus regit actum (el lugar rige el acto), que en realidad quiere significar lex loci regit formam actus (la ley del lugar rige la forma del acto).

El Código recepta este principio: "Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado" (art. 12).

El art. 950 por su parte dispone: "Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren".

El principio general es, pues, que la ley extranjera (lex loci) es la ley imperativa que regula la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos públicos.

2) Sin embargo este principio general cede cuando, por ejemplo, en el extranjero se celebra un contrato que tiene por finalidad transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en Argentina, porque en estos casos el derecho material (o de fondo) es el que regula al negocio enajenativo, y al mismo tiempo impone la forma del acto: el "instrumento público" (art. 1211).

Este art. 1211 es, pues, una excepción al principio general de la regla lex loci establecida por los citados arts. 12 y 950, porque es el derecho argentino (y no el derecho extranjero) el que establece cuál es la ley imperativa en materia de forma en los supuestos allí establecidos. (En igual sentido, ver art. 3129 en relación a la hipoteca.)

Pero aunque el derecho argentino sea la ley imperativa que indica cuál es la forma del acto, otra puede ser la ley que regule la producción de la forma así indicada.

En efecto, la ley argentina requiere "instrumento público. Pero, como para la producción de esa clase de instrumentos, tienen que intervenir instituciones que regulan el derecho público de cada país, la ley reguladora de la forma tendrá que ser, necesariamente, la ley local (es decir, la extranjera) donde se confecciona el instrumento.

La ley argentina, en última instancia, tiene que limitarse a juzgar en estos casos respecto a la equivalencia de la forma utilizada (o sea la ley extranjera) con la forma exigida (o sea la impuesta por la ley argentina).

La nota del codificador Dr. Vélez Sársfield en la que comenta la solución del art. 1211 es ilustrativa al respecto.

3) Expuestos estos conceptos básicos, pasamos a analizar el problema de la validez internacional de las escrituras públicas.

Para ello partimos de la base que la legislación de países que integran la Unión Internacional del Notariado Latino reconoce (expresa o implícitamente) que la escritura pública reúne la suma de las cualidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formales que puede tener un negocio jurídico realizado entre particulares, y que ello resulta: de la especial preparación que tiene el notario (autor del documento) para intervenir en estos actos; de las etapas que se cumplen en el proceso de formación del documento; de los requisitos formales que la ley impone a la escritura notarial para reconocerla como documento válido; y por último, de los particulares efectos que resultan de este documento, tanto en relación a quienes lo otorgan como respecto de terceros.

4) Si la afirmación que antecede no está equivocada, es posible sostener que la escritura notarial formalizada en los países que integran la Unión Internacional del Notariado Latino goza por sí misma, en el lugar en que fue otorgada y en el extranjero, de la presunción "iuris tantum" de que ha sido formalizada de conformidad a la ley vigente.

5) Que consideramos conveniente robustecer la verdad de esa presunción - cuando el documento tiene que producir efectos en otro país - añadiéndole una fórmula complementaria, de la que resulte que el Colegio, o la institución notarial competente en el lugar donde se otorgó la escritura, certifique que el notario que la ha autorizado ha cumplido con los requisitos formales (forma exigida) que impone el ordenamiento vigente.

6) Que la Unión Internacional del Notariado Latino recomiende el reconocimiento, validez y eficacia de tales fórmulas - con carácter de reciprocidad - como elemento suficiente para acreditar, según las reglas del Derecho Internacional Privado, que la escritura que proviene de país extranjero ha cumplido con los preceptos formales establecidos por la ley en su lugar de origen.

VIII. - CONCLUSIONES

1) Para el Derecho, la "forma" es uno de los requisitos esenciales que deben observarse para que puedan establecerse con eficacia relaciones jurídicas negociales entre particulares.

2) Dentro de las diversas conceptualizaciones y caracterizaciones de las "formas escritas" se destaca por su jerarquía el documento notarial y, en particular, la escritura pública, pues, como documento auténtico, tiene su propio valor y eficacia, aun con independencia de los efectos que produce en relación a ciertos actos o negocios jurídicos.

3) La escritura pública, desde que es hecha por un profesional de derecho que ha sido investido con el poder de dar fe y que actúa de conformidad a la ley, confiere plena autenticidad a los hechos que el notario expresa que cumple como propios y de los que ocurren en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presencia en el momento procesal de formalización del documento, a los que confiere plena eficacia probatoria. Además es título que legitima para el tráfico a los sujetos intervinientes y a los derechos que adquieren y es documento vital para que, cuando corresponda, se promueva el proceso inscriptorio en los registros públicos. Tiene eficacia ejecutiva y confiere valor y permanencia al acto o negocio que contiene.

4) En relación a ciertos actos o negocios jurídicos, la escritura notarial tiene el valor de elemento existencial (como en la donación de inmuebles); o de elemento necesario para su validez jurídica (como en la mayor parte de los contratos que tienen por finalidad la transmisión derivativa del dominio de bienes inmuebles, o constitución, modificación, traslación o extinción de derechos reales limitados sobre igual clase de bienes).

5) Por la valoración jurídica formal de la escritura pública en los países que integran la Unión Internacional del Notariado Latino, tiene que considerarse que tanto en el país en la que fue otorgada, como en el extranjero, goza de la presunción juris tantum de que ha sido formalizada de conformidad a la ley vigente del lugar en que tuvo origen

6) Que para robustecer la certeza de la presunción antes expresada parece conveniente - cuando la escritura tiene que producir efectos en país distinto del que fue otorgada - que se le añada una fórmula complementaria por la que el Colegio, o la institución notarial competente, certifique que el notario que ha autorizado el documento ha cumplido con los requisitos formales (forma exigida) que establece el ordenamiento vigente.

7) Que la Unión Internacional del Notariado Latino recomiende el reconocimiento, validez y eficacia de tales certificaciones efectuadas por las instituciones notariales, como elemento suficiente para acreditar, según las reglas del Derecho Internacional Privado, que la escritura así certificada ha cumplido con las formas jurídicas vigentes en el país de origen.