

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deberes y forma de ejercitarlos determinará la misma". No es del caso exponer aquí el detalle o las modalidades de esta obligación que incumbe a las agrupaciones políticas. A mero título de ejemplo, recuerdo que en ocasión de una de las entrevistas realizadas en 1980 dentro del programa del diálogo político que tuvo como interlocutor al señor ministro del Interior, se propuso crear en el seno de los partidos seminarios que tuvieran como finalidad desarrollar los puntos incluidos en sus programas de acción y declaración de principios. La asistencia a los mismos sería obligatoria para los afiliados y abierta a los no afiliados, y constituiría un requisito sine qua non para optar a cargos directivos en el partido o a funciones electivas en su representación.

VIII. CONCLUSIÓN

El tema que he tratado en las páginas precedentes se inserta en una problemática de más vastas dimensiones y que por cierto reviste trascendental importancia; la de las posibilidades de que la democracia sobreviva con acento positivo en un mundo tan conflictuado, hoy dominado en gran parte por sistemas totalitarios o amenazado por ellos y sus cómplices locales en el resto.

El desafío indicado es inevitable e inmediato, si es que deseamos preservar para nosotros y para nuestra descendencia un estilo de vida que por muchas razones es el único que encontramos compatible con la dignidad de la persona humana y con la consiguiente libertad de la misma, que es su principal atributo.

Existen, sin duda, varios caminos para lograr esa supervivencia - destaco entre ellos la necesidad de una activa defensa del régimen - pero creo que uno de los que con más urgencia exigen ser recorridos es el de la preparación de los elencos gobernantes a fin de obtener que la democracia funcione en armonía con sus bases teóricas, en lugar de verse afectada por las deformaciones que con tan lamentable frecuencia acompañan su vigencia.

Concluyo, por todo ello, repitiendo la cita que aportara en los primeros párrafos de este trabajo: "...La sola posibilidad de la democracia reside en que tenga su adecuado liderazgo y sus auténticas élites, sin abandonar el fin supremo y lejano - no por paradójico, imposible - de convertir a todos en élite"(17)(67).

DOCTRINA

DOCUMENTO ADMINISTRATIVO E INSTRUMENTO PÚBLICO(*)(68)

CARLOS NICOLÁS GATTARI

A EDUARDO BAUTISTA PONDÉ, pionero en el tema.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PONENCIA (TEMA IV)

Formulando cotejo entre documento administrativo e instrumento notarial se puede concluir:

A) INSTRUMENTO NOTARIAL

- I. El instrumento notarial es instrumento público según el art. 979, incisos 1 y 2, Código Civil.
- II. El instrumento notarial goza de la plena fe de que hablan los arts. 993/95, Código Civil.
- III. El instrumento notarial es el modelo del instrumento público. Sus caracteres suelen ser opuestos a los del documento administrativo.

B) DOCUMENTO ADMINISTRATIVO (DA)

- I. El DA no es el instrumento público del art. 979 del Código Civil

- 1) No se encuentra taxativamente indicado en ningún inciso.
- 2) Los incisos 1, 2 y 4 se refieren a instrumentos realizados por notarios o funcionarios en función notarial, creados por ley.
- 3) No se ha dictado ninguna ley especial que establezca los documentos administrativos como instrumentos públicos.

4) Las actuaciones administrativas no son más que las judiciales. De éstas sólo son instrumentos públicos las actas hechas por los escribanos (art. 979, inc. 4).

5) El DA es válido si la firma es sustituida por otros medios; no hay instrumento público sin firma (art. 988, Código Civil).

6) La fecha, nombres, cantidades no son esenciales en el DA; sí lo son en el instrumento público (art. 989, Código Civil).

7) El DA que registra un acto administrativo puede ser revocado, modificado y sustituido de oficio por el agente público en sede administrativa (17/18 - 19549). El oficial público no puede contradecir, variar ni cambiar el instrumento público (art. 992, Cód. Civil).

8) El acto administrativo puede documentarse por escrito, oral, simbólicamente y aun en forma tácita (8/10 - 19549). El instrumento público, necesaria y exclusivamente por escrito (art. 979, Cód. Civil).

- II. El DA no tiene ni precisa de la autenticidad del art. 993 del Código Civil

1) No hace plena fe ni de la data (lugar y fecha), ni de la firma que puede sustituirse, ni de su contenido, que puede modificarse y revocarse aun en sede administrativa.

2) Cuando el agente público contradice, cambia o alterna un acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativo que consta de un DA, lo hace de oficio, por sí mismo, sin necesidad de redargüir de falsedad ante nadie.

3) Un acto administrativo regular puede cambiarse, modificarse o alterarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que nada tiene que ver con la querrela de falsedad y sin necesidad de ninguna prueba.

4) No puede haber DA al que se atribuya la autenticidad del art. 993 del Cód. Civil si luego se contradice ésta con múltiples excepciones que desfiguran los caracteres del instrumento auténtico según dicho artículo.

5) Para la existencia del acto administrativo no es necesario ningún instrumento auténtico al modo de los art. 993; basta el DA que lo da a conocer, sin necesidad de probarlo.

6) La documentación del acto administrativo nunca es forma sustancial ni responde necesariamente a la idea de probar, sino a la de enseñar, dar a conocer; luego no necesita hacer plena fe.

7) La fuerza del acto administrativo no deriva de una falsa atribución de una autenticidad desfigurada, lo que es hacer poco favor al DA, sino de su legitimidad y ejecutoriedad.

8) Los caracteres del DA deben concluirse del objeto formal del Derecho Administrativo, de sus principios y de su propia metodología; de ellos no parece surja la autenticidad del art. 993 del Cód. Civil.

A precio mejor mi casa, si la contemplo desde el
repecho del monte vecino. (De una idea de
Chesterton).

De los puntos del tema IV, he seleccionado el primero, que se coloca exclusivamente en el ámbito de la doctrina pura. Interpreto que la mayor incidencia de aquél en el contexto referido a "prueba documental"; es, a saber, qué valor probatorio tienen los escritos que se cotejan en las normas legales y el que, en su seguimiento, les atribuyen la jurisprudencia y la doctrina.

INTRODUCCIÓN

Ante todo haré crisis del temario; fijaré los límites de mi estudio; informaré la bibliografía principal en uso y la estructura a través de la capitulación.

1. Crisis del temario: No me parece muy acertada la denominación "acto notarial auténtico". En efecto, es la traducción literal del acte notarial authentique que, entre los franceses, equivale a nuestra escritura pública. Con el avance realizado por la doctrina notarial, tampoco nos podemos quedar con la sola escritura, ya que sabemos de la existencia de otro instrumento matriz: el acta.

Cuando en el temario se pretende cotejar el acto notarial y el administrativo con el instrumento privado, también se me escapa el fundamento para realizar comparación entre actos jurídicos con objetos. Es más, el acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativo es totalmente unilateral y se llena con la resolución o disposición del administrador en interés público, y podría prescindir del hecho de las partes (actuación de oficio), pero el acto notarial no existe sin ningún hecho de las partes que exhiben sólo intereses privados.

Así, pues, en este punto primero me he volcado hacia el aspecto documental, porque se pide estudiar la prueba de este tipo, y allí sí podemos realizar valoraciones acerca del carácter probatorio del instrumento notarial, del documento administrativo y del instrumento privado, porque los tres ofrecen una medida diferente según la normativa específica de cada uno.

2. Límites de la monografía: Me limitaré al estudio de dos de los tres tipos de documento y sólo en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina. En resumen, centro mi atención en el instrumento notarial y en el documento administrativo. Dejo pues de lado al instrumento privado que ya cotejé en otros estudios, ya que los dos a que me avoco aparecen como superiores y existen pocos trabajos.

Asimismo paso por alto la valoración en los países de derecho latino y lo relativo al derecho sajón, en beneficio de la especialidad. A mi entender no existen suficientes estudios nacionales cotejando los dos elegidos. Hasta ahora, el instrumento notarial era el eje indiscutido y modelo del valor probatorio, porque en el siglo de vigencia del Código ha predominado en todos los ámbitos de la norma civil.

Pero desde hace cierto tiempo han aparecido leyes, tratadistas, doctrina y jurisprudencia que configuran nueva rama argentina de derecho positivo: el administrativo. Inclusive muchos autores, a los que sinceramente aplaudo, no tienen ningún temor en afirmar que tal derecho debe configurarse como especialidad autónoma; por ello, debe acudir a sus propios principios y regularse conforme a ellos, sin abreviar en otras ramas del derecho.

3. Bibliografía y enfoque: La bibliografía está constituida fundamentalmente por autores de derecho administrativo, tales como Juan Carlos Cassagne, José Roberto Dromi, Bartolomé Fiorini y Agustín Gordillo, entre los actuales, sin olvidar - aunque poco han tratado sobre el tema - los ya consagrados y clásicos: Rafael Bielsa, Manuel María Diez y Miguel Marienhoff.

Voy a intentar formular el estudio de ambos documentos y su cotejo desde el campo del derecho administrativo. La tentativa consciente es probar que los autores más avanzados de derecho administrativo en relación a la prueba documental, le atribuyen valor muy superior al instrumento notarial sobre el propio documento administrativo.

Adviértase que dejo de lado autores notariales tan importantes como Eduardo Bautista Pondé, quien, en su Tríptico Notarial (Depalma, 1977) - que tuve el honor de prologar - lanza una verdadera plataforma de lanzamiento para el distingo definitivo entre el funcionario público y el notario y desde antiguo se preocupó por el tema.

Tampoco voy a acudir a otra fuente básica como lo es Función Notarial (Ejea, 1961), de Francisco Martínez Segovia, que, si bien no trata la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipótesis encarándola directamente, tiene muchos elementos válidos para formular el cotejo, ya que al menos trata en partes del instrumento notarial, que es uno de los términos de la comparación, haciéndolo con la profundidad y eficacia típicas del autor.

Finalmente puedo recordar que el tema me ha llamado la atención hace tiempo. En efecto, mis primeros escauceos los realicé en El objeto de la ciencia del Derecho Notarial (Depalma, 1968), a los que siguieron "Boleto y escritura" y "El fenómeno notarial como objeto de conocimiento" (Revista Notarial, 1969, pág. 704, y N° 812) e igualmente El juez, el notario y la ley extranjera (Edic. Jurídica, La Plata, 1974).

4. Propósitos y capitulación: Procuraré, pues, despojarme en la medida posible, del propio entorno notarial para abordar el cotejo con la reciente doctrina de Derecho Administrativo filtrada, eso sí, a través de mis vivencias notariales a las cuales no renuncio ni siquiera metodológicamente, pues aunque quisiera hacerlo, me hallo ya embebido, luego de más de diez años de cátedra sobre la materia, veinte de registro y treinta de estudios de títulos.

De conformidad con el propósito enunciado, la monografía se desarrolla en varias estancias que son: I. Documento e instrumento. II. Derecho civil, notarial y administrativo. III. Función administrativa y función notarial. IV. Instrumento notarial y documento administrativo. V. Conclusiones.

I. DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Uno de los problemas no menores en toda esta temática es el uso indiscriminado de los vocablos "documento" e "instrumento", a lo que se añade el calificativo "público" que confunde más. Así, se habla indistintamente de instrumento público como equivalente a documento público y viceversa; se conceptúa que es instrumento público no sólo el notarial, sino también el judicial, el administrativo y todo aquel que emana de autoridad pública.

Por supuesto que, en considerando que todos son instrumentos públicos, se estudia el Código Civil desde el art. 979 hasta el 1011, y a todos indistintamente se les aplica dicha normativa. Si todos son instrumentos públicos, todos tienen el mismo e igual efecto de "hacer plena fe" conforme arts. 993 y siguientes.

5. Error conceptual: Pero se cae en incoherencia si no se adoptan los siguientes razonamientos: cuando un vigilante anotó mal el número de una patente a causa de una infracción, ¿habrá que redargüir de falso por alguna de las acciones que indica el artículo? ¿No vendría a ser él "el oficial público" en cuya presencia ha pasado el hecho de la infracción de un coche determinado cuyo principal dato es la patente, porque no podría serlo el color, ni modelo, ni marca?

Si un agente público de Mesa de Entradas, ej.: de la Inspección General de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Personas Jurídicas, me entrega la tarjeta que lleva el número del expediente formado, ¿qué me dio: un instrumento público? Si hay algún dato incorrecto, ¿qué debo hacer, redargüir de falso ante la justicia que corresponda?

Tengo a la vista dos informes de Obras Sanitarias de la Nación, firmados por el mismo jefe de sector, en 1979 y en agosto de 1980; los cotejo y me encuentro con esta anomalía: en 1979 informa deuda por años 1975 a 1979; pero en 1980 me dice que no se ha pagado desde 1969 en adelante.

¿El informe goza de fe pública? ¿Qué hago?

Algunos dirán que son "meros documentos públicos", distintos de los que registran los actos administrativos y que los expedientes en que constan son auténticos instrumentos públicos. Precisamente el todo de la monografía habrá de intentar probar que se les hace muy flaco favor afirmando tal categoría que, luego, en el razonamiento se les rebaja de modo impresionante.

6. Error en la consecuencia: ¿Esto es instrumento público? ¿Y siendo instrumento público, hace plena fe de lo que afirma el "oficial público" y sólo puede volverse atrás con redargución de falsedad? Esto que parece un disparate es efectivamente lo que se sostuvo en una primera época - y aun ahora - aplicando erróneamente por analogía el Código Civil a materia diferente, ya que uno es derecho privado y otro derecho público.

Fijémonos que la ley 19549 tiene varios artículos en que se permiten la revocación y la revisión del acto administrativo, no ya por acción judicial, sino por impulsión de oficio aun en sede administrativa (17 - 18 - 22). Y lo que la propia norma de procedimientos administrativos permite corregir sin ninguna redargución de falsedad, ¿eso se sostiene es verdadero y auténtico instrumento público?

Por ello, para evitar equívocos procuraré que, dentro de mi monografía, cada vez que se mencionen los vocablos "documento" o "instrumento" se sepa son cosas diferentes, y que si bien no existe verdadera oposición entre ellos, sin embargo, los significados son virtualmente diferentes porque uno abarca mucho más que el otro.

7. Documento (valor forma): Voy a seguir el método de Carnelutti que afirma: documentum es aquel que docet, o sea, enseña y se remonta a la etimología para probarlo. El mismo maestro Rafael Bielsa tiene un libro en que utiliza el sistema (Los conceptos jurídicos y su terminología, Depalma, 3º edic., 1961, pág. 76). Precisamente coteja ambos vocablos, pero en forma reducida, y acepta para el primero un origen que la mayoría de los autores no admite.

El sustantivo documentum deriva del verbo doceo, que quiere decir tanto como enseñar, hacer saber, anunciar. Tiene el mismo origen "doctrina": enseñanza, ciencia; y, por supuesto, "doctor": es el sabio, hábil y avisado, maestro, en fin, capaz de transmitir normas de conducta.

Esto significa que cuando en derecho utilizamos el término "documento" - como afirma Carnelutti -, entendemos que el documentum enseña, muestra. ¿Qué valor se halla comprendido en esta mostración, en este dar a conocer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algo hacia el mundo exterior que es el jurídico, si, por supuesto, existen normas que asumen ese hecho documental?

El documento reviste el valor "forma" que es trascendente en derecho, porque ella muestra o da a conocer la voluntad, en una zona en que se juntan el interior de la persona psicológica con el exterior de la persona jurídica. Y todos sabemos que una voluntad se puede documentar aun en forma positiva o tácita, o inducida por una presunción legal (arts. 915, Cód. Civil y 10, ley 19549).

8. Instrumento: Este vocablo tiene mayor riqueza que documento. Proviene de instrumentum que reconoce dos antecedentes etimológicos: instruo, descompuesto éste a su vez, en preposición y verbo: in y struo. El somero desarrollo de los tres contenidos nos va a dar un panorama mucho más amplio, y, sobre todo, más importante que el extraído de documentum.

In - struo (valor constitutivo) a) struo significa reunir, juntar, hacinar, acumular, amontonar, levantar, fundar, erigir; b) in es la preposición locativa que indica lugar, esto es "en"; pero también significa interioridad; una palabra que nos va a aproximar al sentido, con el solo cambio de la preposición, es cum struo, esto es, construir, reunir, juntar, acumular unas cosas con otras.

Si aplicamos esta primera aceptación de la que deriva instrumento al contexto jurídico, nos vamos a encontrar con el valor constitutivo o sustantivo, por el que hechos trascendentes en derecho se levantan, construyen, edifican y erigen en el instrumento; ej.: la escritura pública provoca el traspaso del derecho de propiedad, que es contenido sustantivo (art. 1184, inc. 1º y art. 2510, Cód. Civil).

La escritura, en tal caso, sirve de título, y junto con la posesión constituye el derecho real de dominio. No confundamos; ella sola no constituye la naranja; pero las dos mitades de una naranja son también naranja, sustantivamente considerada. Sin posesión no hay derecho real, pero sin escritura tampoco lo hay: se necesitan las dos mutuamente. Esto también prueba que hay formas sustantivas: lo muestran los efectos o consecuencia sustantiva producidos.

9. Instruo (valor forma): Una de sus acepciones es la de instruir, esto es, dar a conocer, hacer saber. En ese sentido tanto el instrumento como el documento coinciden en el valor forma, pues, a través, del instrumento, forma de un hecho o acto jurídico, se alcanza a conocer la voluntad de la persona que puede producir efectos sustantivos, como acabamos de ver, si la forma es sustantiva.

Sin embargo, existe una diferencia de matiz entre los conceptos que cotejamos: el documento, como derivado de doceo, se acerca a lo voluntario; el docente transmite enseñanza, sobre todo como educación; la docilidad tiene su asiento en la voluntad, y la doctrina puede también ser un sistema de conducta; todas acepciones en que se puede verificar el contexto relativo a la voluntad.

En vez, la persona instruida tiene versación en algo, posee un caudal de conocimientos e informes; la instrucción pública comprende la enseñanza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se da en los establecimientos públicos. ¿Qué busca el juez en un proceso de instrucción, sino precisamente conocer los hechos para poder juzgar? La instrucción no tiene matices voluntarios; se dirige fundamentalmente a la inteligencia.

10. Instrumentum (valor prueba): Por último, los instrumentos son los arreos, muebles, herramientas para el trabajo, equipaje, aparato, prevención, medio, auxilio, medio o recurso para alcanzar un resultado para efectuar una operación, para acreditar un derecho; escritura, papel para justificar o probar alguna cosa.

Este es el tercer valor del vocablo instrumento: el valor probatorio. Lo instrumental se halla en función de medio, y, en derecho, sobre todo procesal, el valor que interesa es el probatorio. De allí que algunas de las pruebas admitidas: documental, pericial, de informes, de testigos, etc., son "instrumentos" que prueban en justicia, situaciones, hechos y derechos.

11. Cotejo: Mientras el vocablo documento, etimológicamente, capta sólo el valor formal, la palabra instrumento desarrolla un triple valor - el sustantivo o constitutivo, el de forma y el de prueba. No creo equivocarme afirmando que si se utilizaran ambas expresiones en sentido etimológico se aclararía mucho el panorama.

Por mi parte procuraré hacerlo en tal sentido, a cuyos efectos, aun cuando esté citando a un autor (v.gr.: Fiorini, Gordillo, Cassagne), me permitiré interpretar si está hablando de instrumento notarial o auténtico o de documento administrativo, público, con la explicación que dejo hecha.

Hace tiempo quería desarrollar estas ideas sobre la base de la etimología de los vocablos documento e instrumento. Ahora se da la oportunidad con motivo de este tema. En cuanto al método etimológico, es uno de los posibles, e incluso es utilizado por Carnelutti para explicar documentum que docet, reconociéndole el valor formal.

12. Aplicación: Es más, hay un autor que viene a darme la razón en el distingo que formulo. Gordillo, en su tratado dice que "las formas del acto administrativo nunca son sustanciales en el sentido civil de ad substantiam, sino que responden a una idea distinta: documentar (no necesariamente probar) el acto, y darlo a conocer" (XI, X, 29).

En este mismo sentido cabe destacar que el autor de derecho administrativo que acabo de mentar, refiriéndose a las formas del acto administrativo, expresa que no necesariamente responden a la idea de probar y menos a la idea de ser sustancial - como en derecho civil -, sino a dar a conocer el acto. De ese modo afirma que el administrativo es un documento con valor de forma, cuya esencia no es probar ni menos constituir.

En vez, el instrumento notarial es constitutivo porque produce efectos sustantivos (art. 1184, inc. 1°), tiene valor de forma (arts. 973, 951) y por supuesto, valor probatorio en forma eminente (art. 993). ¿Qué ley ha dado tales valores al documento administrativo? Vamos a ver más adelante que,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

además, carecería de sentido atribuirle valores que no precisa.

13. "Público": Este calificativo es otra de las causas que provocan confusión, sobre todo cuando se aplica en forma indistinta al instrumento notarial (uno de los públicos, según el art. 979 del Cód. Civil) y al documento administrativo, mal llamado instrumento público, al cual con una lógica simplista se le aplica, por eso sólo, todo el título III, arts. 979/988 del Código Civil.

El munus publicum u oficio público, de donde ha derivado el notario como oficial público (officiel publique corrigieron en la ley Ventoso de 1945), nada tiene que ver con el funcionario público. A su vez, el instrumentum publice aut manu publica confectum: instrumento confeccionado con mano pública o públicamente, nada tiene que ver con los documentos de la administración pública.

En vez, el "público" del documento administrativo es un calificativo que mira al interés público exclusivamente. El art. 2º, inc. c), ley 19549, dice que el Poder Ejecutivo determinará las autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones que deban ser tales "aunque estén incluidas en actuaciones públicas", y es lógico, el Estado no puede tener actuaciones privadas.

14. Uso de expresiones: Complementando este capítulo, informo habré de usar las siguientes expresiones con el objeto de no confundir: instrumento notarial y documento administrativo. De esta manera no hay lugar a dudas; no se confunden entre ellos y con ningún otro.

También podrían mencionarse añadiéndoles un epíteto, o sea el adjetivo que resulta una cualidad emanada de la propia naturaleza que caracteriza al concepto o al tipo de escrito: así nadie pone en duda que el instrumento "auténtico" es el notarial, al modo que la "blanca" nieve no puede ser de otro color; sabemos también que el documento administrativo es "público", de la misma manera que la "dulce" miel no tiene otro sabor.

En definitiva, pues, instrumento notarial (o auténtico) y documento administrativo (público) estimo no le añade nada. A su vez, no todo documento público es auténtico, pero hay algunos instrumentos y documentos auténticos que no son notariales (art. 979, varios incisos). Recuerdo además lo dicho en el parágrafo 11 - 2 en lo relativo a la interpretación que haré, cambiando expresiones de las citas de autores.

II. DERECHO CIVIL, NOTARIAL Y ADMINISTRATIVO

En el presente, el derecho civil no es de aplicación, en principio, a ningún campo de la actividad administrativa. (Gordillo, XII, VI, 3).

Sin pretender se haya probado con precisión y claridad en todos los casos, es indudable que los estudios de las especialidades jurídicas mencionadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gozan de cierta autonomía que, paulatinamente, va perfilando más nítida su propia personalidad, en forma tal que - si bien unificados en el campo del Derecho Unico - no es posible confundirla.

15. Derecho Público y Derecho Privado: Fiorini considera gravemente errónea la tesis que pretende trasladar al ámbito del derecho público (y el derecho administrativo es una de sus disciplinas) los principios dogmáticos en que se asienta el derecho privado (X, I, 2). Gordillo se ajusta a las mismas ideas en las palabras reproducidas en el acápite.

Este último autor atribuye la incorrecta aplicación de las normas civiles a la administrativa, a una causa que remonta al período de estudios: "Ello se debe expresa - a una formación muy detallada en derecho privado...a una escasa formación en derecho administrativo" y, reiterando su idea, insiste en que la sistematización propia del Código Civil no explica ni ordena ninguno de los grandes problemas que preocupan al derecho administrativo (XII, VI, 3).

A diferencia de las posturas radicales de Fiorini y de Gordillo, Cassagne mismo - que se coloca en una cómoda posición selectiva, pues acepta algunas cosas del Código Civil y otras las rechaza - dice que "lo que no podría hacer el Código Civil es efectuar regulaciones propias del Derecho Administrativo, de carácter eminentemente local" (II, IV).

Y aquí también tenemos una gran diferencia entre la norma civil y la norma administrativa: el carácter local. Por donde estimo que las conclusiones a que arriban los autores de derecho administrativo, cuando interpretan normas específicas, se refieren de modo exclusivo a las leyes y normas que regulan una determinada administración: nacional, provincial, municipal. Se me hace, de cualquier manera, que debe haber un fondo básico sustentado en los principios y objeto de la administración que aparenta ser en todos los lados uno: el bien común.

16. Causas de la confusión: Pero en el tema que nos ocupa hace tiempo existe confusión y, a medida que surgen nuevas interpretaciones, aquélla aumenta no sólo porque los autores sostienen distintos puntos de vista, sino porque dentro de la propia sistemática de doctrina, al tratar de un tema principal de otra rama, conexo con la propia, se advierte que ninguno está empaquetado fenomenológicamente de la otra. Eso - pienso - es lo que me puede acontecer en la zona referida al documento administrativo: por ello, mis autores son de dicha zona.

Pruébese el aserto porque hay autores de derecho civil que, intérpretes del documento administrativo, le atribuyen el carácter de instrumento público con todo aplomo, trasladando a un expediente, a un informe o a un acta policial, toda la fuerza que aquéllos derivan de la autenticidad, e inclusive algunos sostienen la necesidad de redargución de falsedad, pero se nota que trabajan sin vivencias.

Existen sentencias dictadas en distintos fueros que, en un tembladeral, levantan construcciones dogmáticas que ni los propios especialistas del derecho administrativo pudieron pensar y, movidos quizá por el ius gladii y el imperium, modifican para el sub lite una corriente jurisprudencial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asentada en doctrina firme y probada, sin argumentos serios, que aparentan ser más emotivos o intuitivos.

También hay jefes y directores administrativos que emiten reglamentos de los cuales surgen imposiciones tácticas y doctrinarias que el siguiente jefe y director se encargan de tirar abajo; o bien, dictaminan con toda la fuerza ejecutoria que significa tener la máquina del Estado en las manos y no trepidan en manipular las normas legales, modificadas, a gusto de quien está de turno.

17. Especialidades en Derecho: La doctrina correcta, con paciencia y perseverancia, a través de la especulación científica y de las vivencias, va burilando cada especialidad jurídica y permite extraer del bloque confuso y genérico del Derecho Público y del Derecho Privado configuraciones cada vez más personalizadas en sectores de temas que eliminan el mármol excedente, sobrepuesto a un rasgo definido de la especialidad. Así, p. ej.: en lo notarial, Eduardo Bautista Pondé ha tejido una trama poderosa en la tercera tabla de su Tríptico Notarial al probar exhaustivamente que el notario no es funcionario público. Es él, un notario, quien tiene oportunidad de repasar las opiniones de Salvat, Borda y Spota, quienes sostienen la tesis funcionarista sólo porque la ley lo dice (pág. 241). El mismo Cassagne así lo afirma (II, nota 6).

En lo administrativo, a su vez, nada menos que en tema de nulidades se han producido notables avances: si Cassagne admite alguna aplicación analógica de normas civiles a lo administrativo, y no relaciones de subsidiaridad (I, IV), y Gordillo informa que no se pueden aplicar literalmente (XI, XI), Dromi señala la conveniencia de un régimen propio y sostiene la inaplicabilidad del sistema de nulidades civiles al derecho administrativo (V, VI).

En consecuencia, tenemos ya un primer distingo: con el derecho administrativo nos hallamos en el ámbito del derecho público; lo notarial y lo civil nos insertan en el campo del derecho privado. Es lógico pensar - como quizá lo sostendría Dromi según estimo - que siendo diferentes la materia, los sujetos y el contenido de los actos civiles, notariales y administrativos, el tratamiento de todo el contexto específico es distinto porque el punto de vista varía el panorama, aun mirando el mismo paisaje, es distinto según el enfoque.

18. Las especialidades y la autenticidad: En cuanto a la forma, la distinción reconoce otros matices, pero, a su vez, deberían fundar diferentes concepciones sobre ella, porque el enfoque es distinto: a) en derecho civil nos encontramos con el instrumento privado y especies de instrumento público; b) por carencia de una ley especial, el instrumento notarial o auténtico se halla regulado entre los instrumentos públicos del Código Civil; y c) el derecho administrativo regula el documento administrativo.

Pero en todo esto se procede por analogía, y, a veces, por prestigio. Spota sostuvo que el documento administrativo era instrumento público por aplicación analógica, trasladando el art. 979, inc. 2º, Cód. Civil, pero pienso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que en la época en que lo hace no tiene medios para lograr descubrir cosa distinta; en efecto, había entonces un solo autor de la materia, el doctor Bielsa, y no había siquiera normativa.

Cassagne, en nuestra época, no quiere renunciar al carácter de instrumento público que para él tienen algunas actuaciones administrativas (no los meros documentos públicos) porque el prestigio de la autenticidad se impone: es la cúspide del valor probatorio. Debería pensarse antes si es necesaria en derecho administrativo.

Sin embargo, habrá que comenzar a estudiar qué entendemos por autenticidad y no afirmar simplemente que consiste en la autenticación o refrendo por parte del funcionario público (II, II). Inclusive será necesario distinguir si hay clases distintas, sobre qué recae tal autenticidad. Comenzaremos a ver entonces que una cosa es la atribución de un documento a quien lo refrenda, y otra cosa es pretender la fe pública faltando el principio de la intermediación.

Veremos también que - al menos en el instrumento notarial - hay tres aspectos que contemplar: a) un hecho auténtico y autenticante: derivado de la imputación personal y de la potestad notarial; b) hechos autenticados: que son los de las partes, y c) un objeto auténtico: el instrumento notarial que subsume en sí a los demás y convierte al mismo hecho del notario en autenticado.

¿Se da también esto en el documento administrativo? ¿Surge de alguna norma legal? Las que hay, ¿qué dicen al respecto? ¿Qué opina la doctrina?

III. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y FUNCIÓN NOTARIAL

El agente administrativo no es un oficial público
y menos aún un notario.

(Fiorini, VIII, 4).

Dentro de las configuraciones relativas a la diferencia funcional, los cotejos entre funcionario público y notario que ha hecho Eduardo Bautista Pondé son insuperables. Cada vez me convenzo más de lo que afirmé en el prólogo: la tercera parte, construida íntegramente con material de primera mano, muestra al Pondé constructor, de alta política notarial y jurídica (Tríptico Notarial).

Como para dar una idea sobre caracteres distintos e incluso opuestos entre ambas funciones - siguiendo la tónica que me impuse -, acudiré a los autores de derecho administrativo que han tratado el tema y que constituyen mi principal fuente, sobre todo Bartolomé Fiorini, a los que siguen Agustín Gordillo y Juan Carlos Cassagne.

El esquema recorre en una primera aproximación la prueba del absurdo afirmado en el acápite, luego las dos relaciones de la función administrativa, negando carácter de agente público al notario. Se continúa con la despersonalización del agente; documento (es decir: muestra); cómo el acto administrativo es el resultado de una organización; las razones de competencia; la excepcionalidad de la prerrogativa notarial, y, por último, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

innecesaria atribución de la autenticidad al refrendo del funcionario público e incluso a todo el orden administrativo.

19. Situación absurda: Fiorini considera errónea la tesis de Rafael Bielsa y de Alberto Spota de que la presencia de un funcionario público en ejercicio de su autoridad o funciones presupuesta la creación de "instrumento auténtico" (VIII, 2, 11, 3). El autor dice "instrumento público", pero debo recordar que para evitarme confusiones me permito interpretar en el sentido que indiqué en 11 - 2 y 14 - 3.

Declara mi autor que cuesta mucho trabajo suponer que cualquier empleado pueda ser notario (X, II, 2), y Cassagne, comentando el art. 979, inc. 2 del Cód. Civil, afirma no ser necesario acudir a la distinción entre funcionario y empleado porque la representación de la voluntad del Estado puede asignársele a cualquier agente administrativo, cualquiera fuese su jerarquía (II, IV, a).

Fiorini mismo ejemplifica con esta situación realmente absurda: "el vigilante que levanta un informe, el empleado de mesa de entradas y el director administrativo: todos, sin excepción, por el simple hecho de integrar los planteles humanos de la administración pública, se instituyen en notarios sin título profesional, sin protocolo y sin las responsabilidades que la ley les impone" (ibídem).

20. Relaciones del funcionario público: Dos son las relaciones que existen en la función administrativa: la orgánica y la de servicio. La primera relación tiénela el empleado con el órgano que integra; de ella deriva toda su potestad ya que asume la representación de la voluntad del Estado por la atribución que otro órgano o la Constitución le asigna, cualquiera fuere su jerarquía.

La segunda es la relación de empleo que el funcionario tiene con la administración; en ella es considerado en forma personal, pues enfrenta su designación nominativa para un cargo, hecha por acto unilateral, que le fija un sueldo con imputación a una partida del presupuesto. Es lo que podríamos llamar la relación interna entre el Estado y su empleado.

En vez, el notario no tiene ninguna de las dos relaciones; no integra ningún órgano ni público ni privado, ni siquiera institucional. Tampoco existe relación de empleo, pues no es empleado de ninguno y menos del Estado - que tiene su escribano administrativo de gobierno - e inclusive - no infrecuente caso - ejerce la función solo, sin ningún empleado.

Fiorini lo ha dicho de modo magnífico: "El notario no se confunde con el agente administrativo: aquél no es agente público; no tiene sueldo del presupuesto; no es agente estatal; no recibe órdenes jerárquicas; no tiene impuesta la obediencia debida; no se halla incrustado en el estatuto del agente público, no expresa ninguna voluntad del Estado, no tiene ningún escalafón" (X, II, 2).

21. Persona y traspersona: Existe una despersonalización de la voluntad del agente público. Los actos que realiza en cuanto tal son siempre estatales y nunca "suyos". La voluntad y la inteligencia del agente público sirven de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medio para las realizaciones estatales; sus actividades se le imputan al órgano o sujeto público y no a él (VII, I - II).

Aquí precisamente se manifiesta la relación orgánica con una persona moral necesaria que, a su vez, precisa para exteriorizarse de la persona física, la cual, en función instrumental, le presta los caracteres y potestades de su individualidad para alcanzar los fines específicos, centrado en el bien común y el interés público. Hasta su labor es impersonal.

En vez, el notario se halla totalmente personalizado en su voluntad. A pesar del numerus clausus, las partes tienen el derecho de elección de tal notario y a él suelen acudir libremente porque le conocen, estiman o les atiende mejor: precisamente por sus relaciones personales. La voluntad y la inteligencia del notario se ponen a disposición de las partes, pero de modo personalísimo.

22. La organización: El acto administrativo que se exterioriza en el expediente es el resultado final, consecuencia de la intervención de varios órganos y agentes públicos. Precisamente el art. 14, decreto 1759/72 impone a las dependencias administrativas, cualquiera sea su jerarquía, la obligación de prestar su colaboración permanente y recíproca, y la misma ley, art. 4º, prevé las cuestiones de competencia que pudieran suscitarse.

La decisión final en el acto administrativo es acto de voluntad más que de inteligencia y estudio, pues los antecedentes corresponden a la labor de terceros: se trata precisamente de los informes y dictámenes producidos por los agentes y oficinas técnicas de la propia administración. Así, pues, el acto administrativo se manifiesta como el resultado institucional de una organización (VII, V, y art. 48, 54 reg. y 7º, DL).

A su vez, el acto notarial que consta en instrumento auténtico es también el resultado final, pero surge de la actividad de un solo notario. En él el oficial público desarrolla toda la gama de sus operaciones de ejercicio: asesoramiento, estudio de títulos, calificación, legalización, legitimación, configuración, autenticación, autorización. El acto notarial se manifiesta como el resultado u obra de una determinada persona con cierta investidura.

Pero también el notario precisa a veces de informes, v.gr.: en una compraventa, certificados de dominio e inhibiciones expedidos por el Registro de la Propiedad, certificados por tasas y servicios de Obras Sanitarias y de la Municipalidad; en función de agente de retención por una imposición normativa, que le endilga este sambenito, inclusive con responsabilidad solidaria, cosa que ni siquiera tienen los propios agentes públicos y además sin pago por el servicio y llegando al colmo de retener para empresas privadas.

Pero así y todo, no es empleado de la administración ni de las empresas. La administración no sólo no le paga el servicio de recaudación y depósito en las arcas fiscales, sino que en contra de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, que predica a voz en cuello el art. 1º, b), ley 19549, para informar los créditos que son de su propio interés, entorpece la celeridad, economía, sencillez y eficacia notariales,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incurriendo en mora: lástima que el recurso de amparo por mora sea tan complicado (art. 28, ley 19549), a pesar de la sencillez que se dice.

Por último, el acto administrativo resulta la consecuencia de todos los trámites que a través del tiempo se han realizado en el expediente. El aspecto formal muestra una pluralidad de etapas que, precisamente, por hallarse desconectados en la realidad óptica del tiempo jurídico, jamás alcanzará a la unidad de acto que tiene lo notarial, en que los sujetos instrumentales y el notario obran uno ictu.

23. Competencia: Esta - según expresa Horacio Heredia (XIII, 2) - otorga atribuciones al órgano o entidad, lo que implica, por un lado, el derecho para actuar y, por el otro, la obligación de hacerlo. En igual sentido, el notario tiene exclusivamente competencia - jamás jurisdicción - que le da determinada capacidad - distinta de la administrativa, pues, p. ej.: no puede actuar de oficio - y, una vez requerido, debe intervenir (debitio functionis) salvo causa de excusación.

La competencia en lo administrativo - que debemos recordar tiene ámbito localista - puede referirse a la materia, al territorio, al tiempo o al grado (art. 14, b], ley 19549). En lo notarial, no encontramos la última, porque no existiendo jerarquías dentro del ejercicio de la función, es absurdo pensar en la existencia de notarios de primero o tercer grado: no hay notarios jefes, directores, presidente, etc.: no hay notarios ni superiores ni inferiores a otros notarios.

a) Materia: En lo administrativo, cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario, más amplia será la esfera de la que disponga; es decir, se encuentran en relación directa el grado y la materia; un ministro tiene un campo de acción muy superior a un director general y éste, a su vez, supera la de un empleado. De cualquier modo, toda esta potestad se halla dirigida al bien común, se centra en el interés público.

En vez, todo notario tiene exactamente la misma atribución en cuanto a la materia que cae bajo su competencia. Tres principios delimitan su esfera de acción: el notario sólo obra cuando se trata de intereses privados, siempre que exista un acuerdo que deba o convenga instrumentar para darle autenticidad, además de producirse los efectos jurídicos legales, v.gr.: transferencia de título (art. 1184, inc. i]).

b) Territorio: La administración es sustancialmente local. Pero aun dentro de un mismo círculo político cabe la división territorial. Tal el caso de los Registros Civiles de la Capital Federal; cada uno tiene designada su propia zona, y quienes deban acudir ante ellos lo harán en la de su domicilio; también otro criterio resulta ser la ubicación del objeto (teléfonos, gas, etc.).

El notario puede actuar como tal dentro de un territorio determinado: v.gr.: en esta ciudad de Buenos Aires. Pero las personas que a él acuden pueden domiciliarse incluso en el extranjero y los objetos motivo del acto notarial podrían hallarse dentro o fuera de su competencia territorial; v.gr.: en esta ciudad puedo autorizar una cesión de derechos y acciones en una sucesión que tramita en Florencia, Italia, otorgada por personas que se domicilian en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mar del Plata.

c) Tiempo: La ley 19549 dispone que las actuaciones se practicarán en día y horas hábiles administrativas (1, d). Determina la obligación de los plazos para la administración (1, e) y fija los que corresponden a distintos trámites en el reglamento (28, 40, 48, 85, 86, 87, 91). También, por cierto, a pesar del principio de celeridad (1, b), prevé el amparo por mora (28): esto debe haber sido porque el legislador sabía con qué bueyes araba.

En vez, la actuación del notario se extiende a cualquier día del año y a cualquier hora del día. Los intereses privados que el acto notarial pretende custodiar son a veces urgentes, no sufren esperas: no se le puede decir al testador que se muera el lunes por la tarde. El mismo Código Civil habilita para el protocolo y para el acto notarial cualquier "domingo o feriado o fiesta religiosa" (art. 1001).

24. Prerrogativa notarial excepcional: Dice Fiorini que la función fedataria, la fe legitimada por orden de la ley como prerrogativa, no se crea para cualquiera sino para el notario (XI, 2). Pero advierte que así como la presencia de un funcionario público no crea un instrumento público (VIII, 2, II, 3), del mismo modo la simple presencia del notario, si la ley no le fija un cometido fedatario, no crea la existencia de un instrumento público (VIII, 4, 10).

Cuando se halla en ejercicio, la función del notario es excepcional y además destaca una prerrogativa de carácter público. Ahora bien, lo excepcional y las prerrogativas no pueden extenderse por simples deducciones analógicas, como lo hacen muchos autores aplicando el Código Civil, si una ley en forma expresa no sindicada su aplicación (XI, 1). Es, por otro lado, lo que establece el art. 979, inc. 2°, Cód. Civil.

Tanta es la prerrogativa del instrumento auténtico - sigue Fiorini - que invierte la regla del derecho de defensa, pues para destruir sus afirmaciones es necesaria la redargución de falsedad en un proceso autónomo, al margen del juicio en que se impugna el instrumento auténtico en el cual su autor, el notario, será parte, siendo así que es tercero respecto del litigio (XI, 2 y VIII, 3, 6).

Pretender que el agente público tiene un derecho de prerrogativa similar al del notario es una aberración (X, II, 2), y la equívoca tesis que sostiene la presencia de un instrumento auténtico en todo documento que suscribe un funcionario público conlleva un error tan grande como inconstitucional (VIII, 2, 9).

25. Creada por ley especial: Los expedientes administrativos no son protocolos del fedatario y por lo tanto la argucia de falsedad es imposible que rija en caso de litigio (X, III, 1). Quienes pretenden comprobar un instrumento auténtico en las actuaciones de la administración pública deben admitir también el incidente prejudicial de redargución... esto es, permítaseme la expresión, ridículo (VIII, 3, 6).

Tratándose de una función excepcional, la de autenticar y la de fehaciencia, será el legislador el que debe instituir al sujeto con tal carácter: la creación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del sujeto fedatario debe provenir de normas especiales por el privilegio que representa establecer la fe legitimada (VIII, 2, 11, 3).

No piensa así Cassagne, quien sostiene que - por excepción - una norma legal o reglamentaria (habida cuenta del carácter local del derecho administrativo) puede otorgar la plena fe del instrumento auténtico a un acto, con la sola constancia de su suscripción por el funcionario actuante, siempre que se hayan cumplido los recaudos formales (II, III y sobre todo X, IX b, en que rechaza la conocida postura de Fiorini).

En consecuencia, debería concluirse que un tipo de documentación con una regulación excepcionalísima, que la mayoría de los autores interpreta taxativa, pero que algunos dejan abierta sólo en el inciso 2°, art. 979, en contra de su fuente, se ha convertido en algo común, ordinario, que manifiesta las potestades del Poder Legislativo nacional, provinciales, e igualmente el poder sancionador del señor intendente de un pueblo apunado del norte, nevado del sur, ríspido y montañoso en el oeste y arbolado y húmedo en el este.

Ya he dicho en otra oportunidad que en esta época parecería que hasta los pájaros del cielo podrán picotear los granos de la fe pública que se reparten al voleo como semilla de buena ley. Pero no nos confundamos, lo repartido es cizaña.

26. Autenticidad en sede administrativa: Cassagne sostiene una tesis que apunta a impedir tanto las posturas extremas que niegan el carácter de instrumentos auténticos a las actuaciones de la administración (Fiorini), como aquellas doctrinas que sustentan la condición de tales para todos los actos estatales (Spota, II, I).

Dice que en el documento que proviene de un órgano administrativo éste asume un doble cometido: a) como parte u otorgante de acto, con la facultad de crear unilateralmente vínculos obligatorios respecto de los administrados y b) como fuente de su propia autenticidad (ibíd.). Vamos a verificar el último punto poniendo en relación el Código Civil y la ley 19549.

Según Cassagne, el órgano administrativo tiene la prerrogativa de autenticar sus propios actos. ¿Y qué de los del administrado? Nada dice, pero pienso no son autenticados, pues constan en distintos escritos privados, y además, los hechos y los dichos de los administrados normalmente se hallan fuera de la intermediación.

Ahora bien, cuando se atribuye al documento administrativo la fuerza que emana del instrumento auténtico, por el solo hecho "de la autorización, autenticación o refrendo", se recurre invariablemente al valor probatorio que le asignan los arts. 994/995 del Código Civil que se refiere a la facción de plena fe, incluyéndose dentro de la primera norma la redargución de falsedad (II, VI).

27. Redargución en sede administrativa: No se sabe por qué ninguno lee ni medita y menos aplica el art. 992, que dice: "El oficial público que extendió el instrumento no puede contradecir, variar ni alterar el contenido de él". Creo que quienes sostienen que el documento administrativo es instrumento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

auténtico encuentran en este artículo una valla difícil de saltar. Veamos esa dificultad.

¿Cómo se compagina este artículo aplicado al derecho administrativo si el acto administrativo puede o debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad e inclusive hasta por razones de oportunidad, mérito o conveniencia "aun en sede administrativa" (arts. 17/18 L) ? ¿Esto quiere decir que un funcionario público movido por alguna de esas motivaciones podría contradecir, alterar y variar el contenido del instrumento auténtico que él extendió?

¿No es cierto que es totalmente absurdo? ¿El órgano administrativo, fuente de la propia autenticidad del documento administrativo, por razones de legitimidad (que, como bien dice Cassagne, no se confunde con la autenticidad [II, I]) puede revocar su propio acto (que tampoco se confunde con su documentación, pero que consta en un documento) y lo revoca por otro acto administrativo que consta en otro documento, fuente a su vez de una autenticidad que elimina la autenticidad anterior?

¡Qué autenticidad estable! ¡Qué principio administrativo o carácter típico del derecho administrativo: estabilidad! ¿Y ése es el instrumento que surge del art. 979, inc. 2º del Código Civil? ¿Y tiene las prerrogativas que le atribuyen los arts. 993 en adelante? Bueno, aquí viene como anillo al dedo lo que dice Cassagne: "Lo que no podría hacer el Código Civil es efectuar regulaciones propias del derecho administrativo, de carácter eminentemente local" (II, IV).

28. Para qué la autenticidad en sede administrativa: En efecto, parecería que la plena fe de tales artículos carece de sentido en sede administrativa. Se trata de una prueba extraordinaria que sólo se derrumba por medio de una acción extraordinaria. Y lo que prueba constitutivamente es la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia y que por su oficio debe conocer. ¿De qué hechos se trata?

Si - como hemos visto - el funcionario público puede revocar su propio acto administrativo por razones de legitimidad (art. 17 L), o puede revocar, modificar o sustituir su acto administrativo regular, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18) y puede revisar un acto firme cuando resulten contradicciones en la parte dispositiva (art. 22, a), ¿a qué viene forzar la aplicación del art. 993 sobre facción de fe de una disposición o resolución administrativa que modifica el propio funcionario por propia voluntad y de oficio?

Esto en cuanto a los hechos propios: ¿y qué de los hechos pasados en su presencia? Bueno, es que el noventa y nueve por ciento de los hechos no pasan en su presencia. Los hechos de las personas no pasan ante el funcionario por falta de intermediación; aquéllos constan en documentos que no adquieren valor de auténticos ni siquiera públicos por incorporarse a un folio de expediente o por aparecer en Mesa de Entradas, sino que siguen siendo privados. ¿Para qué forzar la aplicación del modo que se dice?

En resumen, pues, el funcionario público sin necesidad de redargüir de falsedad revoca o corrige sus propios actos administrativos (aquí se puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

invocar *propriam turpitudinem*). ¿Estos actos no son los hechos cumplidos por él mismo y la revocación no es cumplida por él mismo? Y entonces, ¿de qué autenticidad se está hablando? Porque la del art. 993 dice que la existencia material de los hechos puede negarse sólo por redargución de falsedad y el art. 992 afirma que el oficial público no puede contradecir ni cambiar sus actos.

IV. INSTRUMENTO NOTARIAL Y DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

Ciertas corrientes jurídicas han contribuido a la confusión doctrinaria sobre el instrumento auténtico cuando se lo ubica dentro de la actividad administrativa. (Fiorini, VIII, 4, 1).

Luego de advertir algunas diferencias entre las funciones administrativas y notarial que, paulatinamente nos van ubicando en el tema, este capítulo desarrolla el cotejo objetivo entre el documento administrativo y el instrumento notarial. Como un derivado natural del contexto distinto de las actividades, la documentación debe ser diferente: esto es lo que se prueba de modo eficaz.

El desarrollo abarca la explicación del vocablo "público" referido al documento administrativo, que en nada lo acerca al instrumento "público" del art. 979; hay diversos tipos de documentaciones administrativas; y la atribución de autenticidad resulta ultrasospechosa y choca con las normas que se invocan; arts. 993 y concordantes del Código Civil.

Prueba irrefutable es la comparación que Gordillo realiza entre actuaciones judiciales y actuaciones administrativas y el nuevo enfoque con que el mismo autor ilumina el art. 979 del Cód. Civil; por último, el instrumento notarial tiene una autenticidad que enmarca en la norma establecida por el art. 993 que, en el fondo, es exclusiva de él y de toda otra actuación en que se cumpla función notarial.

29. Documento no auténtico, pero si público: Resumiendo las opiniones de Fiorini sobre el documento administrativo, debe reconocerse que la pretensión de que las actuaciones administrativas adquieren valor de instrumento auténtico atenta contra normas de la Constitución, además de no ajustarse a la ley vigente (X, 1). Valga esta consideración: los que pretenden comprobar un instrumento auténtico en las actuaciones administrativas deben admitir también el incidente prejudicial de redargución, lo que es ridículo. La prueba en contrario basta (VIII, 3, 6).

Preguntémos: Si no es auténtico, ¿qué es el documento administrativo? Bueno, es documento "público" indudable. Pero no en el sentido de confundirse con el instrumento "público" de que habla el art. 979, que, a su vez, es auténtico según el art. 993 del Cód. Civil. Aunque parezca una tautología, el administrativo es documento "público" porque no se puede concebir la existencia de documentos privados administrativos. En realidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo de "público" es un epíteto. En efecto: si la administración es "pública", manifiesta su voluntad "pública" a través de un funcionario "público", en actuaciones "públicas", por medio de actos "públicos" que se refieren a un interés "público", siendo sus fines "públicos" y todo ello pertenece al derecho "público", ¿quién adivina qué calificativo merecen sus documentos? ¿Hace falta decirlo expresamente o desarrollar un razonamiento de alta lógica jurídica?

30. Documentación no escrita: De antemano, lo notarial - sin excepción alguna - es escrito. Y tanto que el que se convierte en reactor con carga de autenticidad es ese objeto que llamamos instrumento notarial, el cual necesariamente consiste en un escrito con ciertos recaudos formales, pero escrito en fin. Núñez - Lagos, no yo, afirma que quien rompe físicamente un instrumento notarial rompe autenticidad, embebida ella en el propio papel material.

Por regla general, también la actuación administrativa es escrita, pero la decisión en sí, inclusive en algunos casos por vía de excepción y si las circunstancias lo permitieren, puede darse forma distinta (art. 8º L). Fiorini habla de cuatro formas expresas: escrita, oral, simbólica e instrumentación tácita (VI, 429).

Esto probaría, en principio, que la administración pública puede "documentar" aun en forma no escrita, pero sí expresa. En efecto, dice el art. 45 R que cuando válidamente el acto no esté documentado por escrito, se admitirá la notificación verbal. La misma norma acepta la documentación administrativa oral, cosa que es más que imposible de admitir en el ámbito notarial.

El art. 10 L permite concluir que el mismo silencio es documentador a pesar de no ser manifestación directa, sino indirecta. Dice que el silencio de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto se interpretará como negativa. Dicho artículo establece que, pasados noventa días - previa intimación a los sesenta - se considerará que hay silencio de la administración. (Cuán silenciosos son Obras Sanitarias de la Nación, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otras, frente a pedidos de deudas, aunque no sean pronunciamientos.)

Comadira estudia lo que llama la resolución tácita o silencio administrativo en dos hipótesis: denuncia de la mora, que se colige del art. 10, y la misma mora automática, según puede concluirse de los arts. 87 y 91, Reg. (III, III, a). También se refieren al silencio de la administración o exteriorización o forma tácita, Heredia (XIII) y Fiorini (VI, 435).

Nada de esto existe en la actuación notarial, porque toda la actividad del notario en cuanto tal se halla conversivamente orientada hacia el instrumento auténtico. Lo que no queda registrado en el instrumento notarial carece de valor auténtico por más que lo afirme quien ejerce la profesión, pues, como bien dice Fiorini, la simple presencia del notario, si la ley no le fija un cometido especial, no crea el instrumento auténtico.

31. Caracteres del documento administrativo: Existen algunas diferencias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

importantísimas entre el instrumento notarial y el documento administrativo. Resumiéndolas, dice Gordillo que la solución es caracterizar a este último como tal, sólo en cuanto se refiere a la autenticación del acto (fecha, firma, lugar), no en cuanto a su contenido (XI, nota 5 [9]). Precisamente eso dice el art. 8° al afirmar que el escrito en que se manifiesta expresamente el acto administrativo, indicará el lugar y fecha (data) en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite. Estas son las formas externas que, según Fiorini, instrumentan el acto (VI, 506).

Gordillo, al discutir y criticar la distinción entre formas esenciales y no esenciales, afirma que "puede haber igualmente omisiones de forma intrascendentes (p. ej.: la indicación del lugar y fecha) que no afectan la validez del acto" (XI, X, 31).

El mismo Gordillo expresa en relación a la fecha que su falta o absurdidad queda subsanada considerando fecha del acto la de su aplicación, si fuere reglamento, o de su notificación, si fuere acto administrativo (XI, X, 3). En resumen, atribuye importancia formal muy relativa a la data, pues considera que su omisión puede suplirse por otros medios, pues es intrascendente. Aunque con algunos distingos, Fiorini coincide (VI, 430 y 508/9).

Cassagne parecería coincidir cuando afirma que "el requisito formal que singulariza, en principio, al instrumento auténtico administrativo es el de la autorización, autenticación o refrendo" (II, VI, 2); no menciona, pues, la data: esto es, ni la fecha ni el lugar, por cuyo motivo me permito interpretar que coincide con los dos autores citados en cuanto a la firma.

Pero Gordillo lo hace sin más aclaraciones, mientras que Cassagne encuentra nada menos que tres modos en que puede prescindirse de la firma como requisito formal de autenticidad: de lege lata: 1) el refrendo puede tener lugar a través de la firma de otro funcionario distinto del que lo suscribe; 2) la publicación en el boletín oficial le atribuye autenticidad; 3) de lege ferenda: si una ley o reglamento atribuye carácter de instrumento auténtico a una actuación administrativa con la sola constancia de su suscripción por el funcionario actuante. "Su valor probatorio - sigue es el que le asignan los arts. 993, 994 y 995 del Cód. Civil" (II, III y VI). Pero esto contradice claramente lo que dice el art. 988 del Cód. Civil: "El instrumento público requiere esencialmente para su validez que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él...". Y uno podría preguntarse: ¿El Estado es uno de los interesados? ¿Es una parte? Si lo suponemos, ¿cómo compaginar que el Boletín Oficial, por más oficial que sea, dé autenticidad a un acto que no ha sido firmado?

Fiorini expresa que la firma que tanta importancia adquiere en el derecho privado, arts. 1012 y 1014 del Cód. Civil, calificándola como esencial, se atenúa en el derecho administrativo, mejor dicho en el derecho público. Los actos no son del agente o alto funcionario que los suscribe sino de la administración (VI, 509). En caso de que faltare en el documento administrativo interpreta se trata de omisión formal.

¿No será, vuelvo a expresar la idea, que toda rama del Derecho, si tiene un objeto formal diferente, derivado de la especialidad que norma un sector de la conducta respecto de ciertos hechos, debe manifestarse y exteriorizarse -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de lo contrario no es Derecho - por medio de procedimientos formales de su mismo pelo?

32. El instrumento auténtico perfecto: Hemos logrado sustituir por otros medios los requisitos administrativos de la autenticidad: la firma, la fecha y el lugar. ¿No será que el informalismo impregna al derecho administrativo no sólo para el administrado, sino también para la administración, en cuanto no se afecten derechos de aquél? ¿No permiten esa hipótesis los arts. 17, 18 y otros? ¿Para qué entonces la autenticidad del art. 993 del Cód. Civil relativa a instrumentos públicos?

Pienso que en todo esto ha habido un razonamiento falaz si la administración es "pública", sus documentos son "públicos"; pero documento o instrumento representan los mismos conceptos; luego los de la administración pública deben ser instrumentos públicos; ahora bien, el Código Civil regula a éstos; en consecuencia, a los documentos de la administración pública se les aplica dicha regulación.

¡¡Error grueso, supergrueso y craso!! En cuanto ponemos en contacto los artículos acerca del instrumento público que tiene el Código Civil con los artículos que surgen de la ley local 19549 y su decreto reglamentario, comienzan a producirse chispas rechazándose mutuamente y resulta ser que se atribuye un carácter, quitándole todas las condiciones que determinan la autenticidad a fuerza de una cantidad colosal de excepciones; son más las excepciones que las reglas: o sea, la excepción constituye la regla, lo que es una contradicción.

Nada de lo que hemos observado con el documento administrativo pasa con el instrumento notarial: está fulminado de nulidad por el art. 1004 al decir que "son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas". Aquí la data resulta trascendente y no es posible suplirla por otros medios.

¿Y ello a qué se debe? A que los instrumentos emanados del Estado tendrán tal o cual valor probatorio, de acuerdo con las normas legales que así lo establezcan y, por eso, en ausencia de tales normas parece infundado pretender que ellos igualmente tengan un valor tan absoluto como el que otorga el Código Civil a las escrituras e instrumentos similares (XI, VII, 15).

Cassagne mismo, pareciéndole aventurado afirmar la autenticidad de todo documento administrativo, descubre que el documento público es un género integrado por instrumentos auténticos y meros documentos públicos, atribuyendo la autenticidad a los primeros. Da como ejemplo de mero documento público las constancias de los libros de las empresas del Estado (II, V, 3), que así quedan descolocados frente a los asientos en algunos libros de los corredores (art. 979, inc. 3, Cód. Civil).

A través de este discurso se advierte que en el tema existe confusión, en algunos aspectos un poco burda. Se fuerzan construcciones, se descubren especies, se seleccionan condiciones y luego de sustentar las características viscerales de la autenticidad, se las sustituye o se les quita importancia.

¿Qué podríamos decir los notarios frente a los modelos que se propugnan?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Creo que una sola cosa: ¡¡Eureka!! ¡¡Por fin, hemos hallado el instrumento auténtico perfecto!!

33. Actuaciones judiciales g actuaciones administrativas (XI, II, 2): Gordillo trae una formidable consideración que aclara la pretensión de quienes ven un instrumento auténtico en la actuación administrativa: la compara con las actuaciones judiciales. Sus palabras no tienen desperdicio, por lo cual me permito reproducirlas. Dicen así:

"Aun en la hipótesis extrema de conceder el carácter de instrumentos auténticos a todas las actuaciones administrativas, ello no podría nunca ser más que el igual carácter que se asigna a las actuaciones judiciales: y puesto que ninguna Cámara de Apelaciones se siente obligada a mantener como valor de verdad el contenido y la decisión de la sentencia apelada, ni su apreciación de los hechos, ni su invocación de hechos o circunstancias (pues la Cámara libremente vuelve a apreciar los hechos invocados, los fundamentos de la sentencia, toda ella en suma, sin sentirse atada en lo más mínimo por el criterio o las afirmaciones del juez de primera instancia), tampoco podrá estarlo ningún tribunal, ni aun la propia administración, respecto de las actuaciones administrativas".

"Allí se vislumbra algo de la confusión al respecto producida: pensar que las actuaciones administrativas puedan ser instrumentos auténticos nunca puede llevar a otorgarles mayor «valor de verdad», ni «plena fe», que a las actuaciones judiciales en iguales circunstancias; por lo tanto, no obligando estas últimas a los jueces superiores sobre las afirmaciones, las constataciones, los criterios ni las decisiones del juez de que se trate, tampoco puede pretenderse que las actuaciones administrativas obliguen con tal alcance a jueces ni demás administradores".

Nótese también que de manera harto ilimitada el art. 979 dice: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:...inc 49. Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimiento; y las copias que de estas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron". Creo que en lugar de detenerse afanosamente en el inc. 2º, este inciso 4º puede aclarar la situación corroborando lo dicho por Gordillo.

34. El art. 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas (XI, VII, 16): Respeto el título que Gordillo pone a su parágrafo 8, capítulo VII, que, literalmente transcrito, dice así: "Advierto que aun cuando soy notario público, este mi acto de transcripción no hace plena fe, porque no tengo ningún requirente e inclusive no cumplo las formas" (III, 4, 10).

Si se analiza detenidamente el artículo 979, se encuentra mucho más fundamento a la tesis negativa que a la afirmativa del carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas. En efecto, la norma dispone que "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: ...2º) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado", lo que da a entender que son estas últimas, las leyes que especialmente se dictan al efecto, las que podrán servir de fundamento para otorgarle carácter de instrumento público a uno extendido por funcionario administrativo.

Además, comparando este inciso segundo con el primero, se advierte rápidamente que en ambos se está haciendo referencia simultánea e indistinta a los "escribanos o funcionarios públicos", diferenciándose en que el primer inciso trata de las "escrituras públicas... y las copias", y el segundo inciso de "cualquier otro instrumento...". De allí se desprende el error de querer interpretar al primer inciso como refiriéndose exclusivamente a los escribanos públicos, y el segundo a los funcionarios públicos, que aparecerían así supuestamente facultados para emitir instrumentos públicos. Por el contrario, ambos incisos se refieren tanto a escribanos como a funcionarios facultados por las leyes, unos u otros o ambos, para dar fe de los actos jurídicos; el primer inciso se aplica a las escrituras públicas y sus copias, y el segundo a otro tipo de instrumentos públicos que las leyes contemplen. Prestando atención, además, a que el inciso 1º habla de "otros funcionarios con las mismas atribuciones" - de los escribanos -, y el 2º de los escribanos "o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado", se concluye con toda claridad que el Código Civil está tratando en primer lugar, en ambos incisos, de los escribanos públicos, y que sólo contempla en segundo lugar, en sustitución de los escribanos, a otros funcionarios que las leyes determinen al efecto. En ausencia de tales leyes que den expresamente a ciertos funcionarios las facultades propias en primer lugar de los escribanos, mal pueden fundarse en el Código Civil esas supuestas atribuciones.

La solución indicada se refuerza atendiendo a que los demás incisos del artículo 979 contemplan en forma especial varios casos de instrumentos públicos emanados del gobierno, a los que expresamente se da el carácter de instrumentos públicos: los billetes o títulos de crédito emitidos por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales (inc. 5º); las inscripciones de la deuda pública (inc. 6º); los billetes emitidos por los bancos autorizados (inc. 9º); los asientos y las copias en los registros civiles (inc. 10). El que el Código Civil se haya ocupado en estos incisos de reconocer carácter de instrumento público a una serie de documentos administrativos concretos, es la mejor prueba posible de que el sentido del inciso 2º no es darle a todos los documentos administrativos tal carácter, ya que de haber sido así, resultaría una injustificable repetición lo expresado a continuación en el mismo artículo.

35. Instrumento auténtico y fe notarial: Para que un instrumento escrito adquiriera el carácter privilegiado de ser calificado como auténtico, son de exigencia necesaria: 1) una norma del legislador que establezca el privilegio de la autenticidad; 2) el cumplimiento de las formas que las leyes hubieren fijado; 3) determinación por el legislador de un sujeto que inviste la función de crear la fe legitimada (VIII, 2, 11 y 4, 12).

Más simple: la fe la impone el Estado sobre ciertos actos, previo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento de formalidades legales, expresadas por un sujeto elegido por la ley para esta función específica (VIII, 2, 8). ¿Qué ley ha elegido el agente administrativo (vigilante, empleado de mesa de entrada, director general, etcétera) para la función específica de dar fe?

Gordillo cita a Eduardo Ortiz, quien dice: "Mientras el notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental.

"Esto significa - continúa - que mientras el notario es creíble - y para eso se tituló como tal - en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia o hecho él mismo, el servidor público no lo es; el acto administrativo no prueba la autenticidad de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión" (XI, II, pág. 7).

La fe notarial que recae sobre el instrumento auténtico es una fe impuesta y obligada al juez, a los interesados y a los terceros; se trata de una fe legitimada por una norma legislativa (VIII, 2, 7 y 3, 1). ¿El documento administrativo se impone del mismo modo? ¿No es cierto que sería absurdo como lo probó Gordillo?

Cuando se comprueban los recaudos detallistas que rigen para la escritura pública, uno de los instrumentos del art. 979, se comprueba la capital importancia que adquieren las normas formales (XI, 2, 11, 2). ¿Qué recaudos equiparables tienen los expedientes administrativos en los que parece campear el principio del informalismo no sólo para el administrado, y donde pueden faltar la fecha y el lugar por ser formas intrascendentes e inclusive puede sustituirse la firma?

Fiorini reconoce que la parte resolutive de los actos administrativos puede exhibir errores, u omisiones, sobre citas legales o en las cantidades, o en las ubicaciones, o en los nombres de identificación de las personas. Estos errores o irregularidades presentan situaciones delicadas en el derecho privado, especialmente en los contratos; no acontece idéntica evaluación en el derecho administrativo si estos vicios no tienen razón suficiente para desnaturalizar el contenido del auto y podrían juzgarse como errores materiales, pues continúan integrando, sin deformación, lo que es objeto de las relaciones jurídicas (VI, 510).

Termino con una sola consideración: se sostiene que el documento administrativo es instrumento auténtico y se le aplican los arts. 993 y siguientes del Código Civil: es decir se lo solemniza al máximo, como fuente de autenticidad del acto administrativo, inclusive algunos llegan hasta el absurdo extremo de pretender redargución de falsedad.

Pues bien, la normativa - con realidad sencilla, a secas - ha recogido en el reglamento, decreto 1759/72, una posibilidad no tan pomposa cuando dice que "para mantener el orden y decoro en las actuaciones el órgano administrativo podrá: a) testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos...". ¡¡Ah!! Casi seguro que esas frases son bien auténticas... y por lo visto no las redarguyen de falsedad: simplemente las testan.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

36. Apertura heurística: Mucho más se podría descubrir si se investigaran los principios que rigen el procedimiento administrativo, procurando cotejarlos con los notariales e inclusive desarrollando las ideas que surgen del propio campo: Derecho Público y Derecho Privado. Por último, entiendo que es menester estudiar casuísticamente los hechos sobre los cuales recae la competencia administrativa y la competencia notarial.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, Juan Carlos, "La invalidez del acto administrativo", L.L., 165.
- "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", E.D., 63.
Comadira, Julio Rodolfo, "Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo", J.A., N° 4966 (3/11/76).
Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, t. II, 2º edic. Plus Ultra, Bs. Aires, 1976.
Dromi, José Roberto, "Nulidades administrativas. Régimen jurídico y diferencias con las nulidades", LL., 157.
Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo (2ª edic. actual), t. I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1976.
- "La voluntad de los agentes en los actos administrativos", L.L., 154.
- "Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional", LL., 146.
- "Los agentes públicos no son escribanos", L.L., 156.
Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. 3. El acto administrativo, Edic. Macchi, Buenos Aires, 1979. Procedimientos y recursos administrativos, 2ª edic., Edic. Macchi, Bs. Aires, 1971.
Heredia, Horacio, "Los elementos del acto administrativo", L.L., 164.

**QUIEBRAS. CONCEPTO. NATURALEZA. CESACIÓN DE PAGOS.
APERTURA(*) (69)**

CELESTINO R. ARAYA(**) (70)

Frente al incumplimiento de una obligación, el acreedor promueve la ejecución singular que tiende a proteger su interés particular y recae sobre determinados bienes del deudor que el demandante elegirá como objeto de su acción.

Pero, a veces, los bienes del presunto deudor resultan insuficientes o el número de los acreedores es tal que no es posible la satisfacción de todos sus créditos.

En la hipótesis, cobrarán sólo los más diligentes o los intolerantes, pues la situación patrimonial carece de aptitud para dar cumplimiento a todas las obligaciones.

Se ha alterado un equilibrio y el patrimonio ha mudado su carácter de