

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ACTO NOTARIAL AUTÉNTICO, EL ACTO ADMINISTRATIVO, EL INSTRUMENTO PRIVADO. SU NATURALEZA Y CARACTERES() (420)*

Coordinador:

RODOLFO E. OLIVÉ

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Autores: NORMA E. ALLEGRONE de FONTE, UBALDO FARRE, LILIANA M. GRINBERG, CRISTINA G. MOLINA, SILVIA G. FARINA, MARTA E. GOLDFARB y RITA A. SLIMOVICH de BURSTEIN

INTRODUCCIÓN

El tema a tratar en el punto IV de la XVIII Jornada Notarial Argentina será el que considerará el próximo Congreso Internacional del Notariado a celebrarse en Lima, Perú, como único tema de todo el Congreso; de allí su importancia. También es cierto que en esta Jornada deberemos encararlo con referencia a la legislación patria, y en aquel Congreso se tratarán las inquietudes de países que tienen un sistema jurídico de administración o producción de la prueba que no coincide exactamente con el nuestro (caso de los países del área del Caribe, sujetos a la influencia del derecho anglosajón), o de países donde el notario, hacedor del documento, no tiene las mismas características del nuestro (caso Chile y Perú).

Su elección constituye una demostración de las inquietudes que suscita en los países integrantes de la Unión, y viene a ser la conclusión de una serie de encuentros internacionales donde se consideraron aspectos parciales del tema.

Sin pretender establecer un punto de partida de estos estudios, diremos que se producen a raíz de la X Conferencia Internacional de Ahorro y Préstamo para la Vivienda celebrada en 1972 en Lima, Perú, en cuyo tema 5.º se dijo: "5º) Declarar que es aceptable como forma para celebrar contratos que deban generar derechos reales, tanto los instrumentos públicos como los privados. . 12º) Afirmar las necesidades del seguro de hipoteca como medio para el desarrollo de los mercados secundarios de dichos créditos". Lógicamente en ese mismo año esta resolución mereció una respuesta de los notarios reunidos en el VII Encuentro Internacional del Notariado Americano, celebrado en Lima, Perú, en 1972. La comisión que trató el tema "Instrumento público y privado, su eficacia jurídica" aprobó un despacho por el cual ratifica "que el instrumento privado no confiere fecha cierta, que por el hecho de carecer de lugar y fecha cierta favorece la evasión tributaria y la posible antidatación o postdatación, dificulta la determinación y pago de impuestos. Que no tiene autor conocido. . . Por todo lo expuesto, esta Comisión recomienda: 1º) La necesidad de advertir por todos los medios de difusión al alcance de las instituciones notariales el peligro o inseguridad que motiva el uso indiscriminado del instrumento privado".

El Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1976 estudió en el punto II: El notariado en el mundo moderno. Expansión de la administración pública en la contratación privada. El acto público notarial y su función esencial en la sociedad contemporánea y en el tráfico jurídico.

El Encuentro Internacional de Acapulco, México, 1974, tuvo como tema 2: "Instrumentación de derechos reales en países con organización de tipo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

latino y en los que impera el llamado sistema anglosajón".

El encuentro de San José de Costa Rica, en julio de 1976, estudió la misma problemática.

Finalmente, el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Guatemala en el año 1977, trató en el tema 3: "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivado de un sistema de transmisión de inmuebles o muebles inscribibles mediante instrumento privado. El seguro de título". El despacho de la Comisión constituye todo un estudio doctrinario sobre el documento notarial y, por oposición, desnuda las falencias del instrumento privado, inclusive en la legislación anglosajona.

Así que llegaremos al Congreso de Lima con estos temas largamente debatidos y estudiados, pues la Unión ha considerado de tal modo su vigencia que los vuelve a tratar en un coloquio internacional.

No pensemos por ello que el problema transita allende nuestras fronteras. Hay en nuestro país una tendencia de distintos sectores a valorizar el instrumento privado - mediante el sencillo expediente de la certificación de firmas - tanto como para desplazar la escritura pública en determinados actos y contratos. También la administración pública propone de continuo (y algunas veces lo ha conseguido) que actos administrativos puedan surtir los efectos del acto notarial auténtico. De ahí surge la necesidad de estudiar con detenimiento el valor de estos tres instrumentos y marcar con claridad sus diferentes calidades.

Tal vez convenga establecer antes algunas precisiones sobre la redacción y terminología del temario. "De lo que se trata siguiendo textualmente el pensamiento de la Cámara Alvarez es de estudiar el valor y la eficacia del documento notarial de tipo latino, enfrentándolo con el documento privado o el administrativo". Puede confundir la expresión "acto notarial auténtico", que parece una traducción de la versión francesa, y también "acto administrativo", que se mencionan como medios de producción de la prueba documental. De la simple lectura del punto a) del temario no se desprende otra interpretación. Sin embargo, ningún "acto" es medio de producción de la prueba "documental"; tan sólo los "documentos" (genéricamente considerados) o los "instrumentos" (públicos o privados) lo son, conforme a las leyes procesales que rigen en nuestro país. Tal vez la confusión provenga de identificar "acto" con "instrumento"; "fondo" con "forma"; esta identificación es tan común como la que frecuentemente se hace entre forma y prueba (ejemplo, los arts. 975 y 976 del Código Civil). Nunca el acto jurídico - que hace al fondo de la relación jurídica - es un medio de producción de la prueba, sino que ésta lo constituye el instrumento que contiene, o donde se formaliza el acto. La circunstancia que esos "instrumentos" (administrativos o notariales) nazcan a consecuencia de un "acto" del autor (funcionario o escribano, según el caso) no es óbice para seguir sosteniendo que sólo aquéllos pueden constituir medios de producción de la prueba en nuestro ordenamiento legal positivo.

En este trabajo encararemos el estudio del aquí llamado acto notarial auténtico (la escritura pública); el acto administrativo y el instrumento privado en el derecho patrio. Luego haremos una relación del medio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producción de la prueba en el derecho anglosajón, como una continuidad del estudio del instrumento privado. Y luego seguiremos desarrollando los apartados b), c) y d) del temario.

ACTO NOTARIAL AUTÉNTICO

Nuestro Código Civil define los hechos jurídicos en su artículo 896, que dice: "Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones". Y los actos jurídicos, en su artículo 944: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las persona relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

Recordadas estas definiciones, pasemos a nuestro tema específico.

Documento, en general, es una cosa mueble, de forma escrita, cuyo contenido es comprendido por quien lo lee. Los términos "documento" e "instrumento" se usan en forma ambivalente. Tal asimilación tiene orígenes históricos. La palabra instrumento indicaba cualquier documento.

Los instrumentos pueden ser: públicos o privados. Instrumentos públicos son aquellos en los que su autor es un funcionario público, es decir que el funcionario sea autoridad competente y que el acto sea realizado con las formalidades establecidas por la ley.

El art. 979 del Cód. Civil se refiere al instrumento público respecto de los actos jurídicos, refiriéndose en el inc. 1º) a las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en su libro de protocolo, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; y en el inc. 2º) cualquier otro instrumento que extendieran los escribanos en las formas que las leyes hubieren determinado. Conforme al art. 980 del Cód. Civil, para que ese instrumento público tenga validez, es menester que el acto sea otorgado ante un oficial público que obre en los límites de su jurisdicción.

Lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su autenticidad; a diferencia de los privados, prueban por ser la verdad de su otorgamiento sin necesidad de reconocimiento de la firma de quien lo suscribe.

Conforme a Giménez Arnau, instrumento público (Código Civil español) es el autorizado por notario competente con arreglo a las formalidades establecidas por las leyes. El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y en general todo documento que autorice el notario bien en original, en copia o en testimonio (art. 143 del Reglamento español).

Gonzalo de las Casas definió el instrumento público haciendo alusión a su contenido y dice: "es el instrumento auténtico en que se perpetúa un título o un hecho". En su Diccionario hacía la siguiente distinción: 1) Instrumento en general: documento que puede probar con más o menos fuerza la verdad o un hecho. 2) Instrumento auténtico: escrito que hace fe por sí mismo y no requiere para su validez ningún otro adminículo. 3) Instrumento público: cuya finalidad es asegurar la propiedad y perpetuar los hechos que por su naturaleza conviene queden consignados para el porvenir.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Suele utilizarse en nuestro derecho como sinónimos "instrumento público" y "escritura pública", olvidando que el primero es género y la segunda, especie.

Algunos autores hablan de instrumento público notarial.

La ley notarial italiana de 1913 se refiere al "acto notarial". El Código Civil francés, por su parte, dice: "es acto auténtico" el que ha sido recibido por oficiales públicos facultados para instrumentar en el lugar donde el acto es otorgado con las solemnidades requeridas". Se entiende por acto notarial el del ejercicio de la función fedante por parte de un órgano: escribano público investido(1)(421). Queda desplazada, por consiguiente, toda otra actividad que realiza el escribano, como la redacción y el asesoramiento.

El autor del documento tiene que ser notario competente que actúa a requerimiento de sujeto legitimado. El escribano o notario redacta, da forma al acto jurídico que las partes desean realizar. Para González Palomino son autores del instrumento público todas las personas que intervienen en él y allí hacen sus declaraciones. Para García Bernardo, autor del documento es exclusivamente el funcionario público que lo autoriza. En el acto notarial los comparecientes no declaran nada, todas las declaraciones las hace el funcionario autorizante, los comparecientes declaran antes, incluso en la audiencia misma, en el acto. Pero en el documento declara el notario, recogiendo lo acontecido con trascendencia jurídica.

De acuerdo con Larraud, autor del documento es aquel que asume la paternidad y a quien le es intelectual y jurídicamente imputable.

Para de la Cámara Álvarez la actuación del notario se refiere esencialmente al documento.

Mientras que en el derecho anglosajón la autenticidad de un documento es sólo desde el punto de vista externo, en el derecho latino la actividad del notario está dirigida a la parte interna, es decir, a la redacción del documento, a la identificación de las partes, a la legitimación de las firmas, o sea: recibe de las partes la voluntad de realizar el acta negocial y redacta el instrumento, da forma legal y autenticidad a los hechos. De ello puede establecerse que el notario debe cumplir: 1) Tarea de elaboración e interpretación de la voluntad de las partes. 2) Tarea de redacción. 3) Autenticación o autorización. 4) Conservación. 5) Reproducción (expedición de copias).

Documento público notarial es una especie del instrumento público escrito (la escritura) realizado por notario investido por el Estado, que actúa a requerimiento de partes y en el que se expresan o exteriorizan hechos, actos o negocios jurídicos.

El acto notarial auténtico tiene los siguientes caracteres: a) Goza de autenticidad, por ser celebrado en presencia de un oficial público investido de la facultad de dar fe. b) Las partes quedan identificadas legalmente (legitimación, o fe de conocimiento, art. 1001 Cód. Civil). c) Debe existir capacidad de los otorgantes al momento de su formalización. d) Unidad del acto: La audiencia u otorgamiento y la autorización se realizan en un solo acto, es decir, concurrencia, lectura, consentimiento, firma de las partes y firma del notario. e) Forma escrita. f) Seguridad (en caso de pérdida o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

destrucción puede rehacerse). El documento original firmado por los comparecientes queda bajo la custodia del escribano (o del encargado del Archivo). g) Los sucesores de los otorgantes quedan obligados por los actos de aquéllos. h) Hacen plena fe hasta la redargución de falsedad (art. 993 Cód. Civil).

Según Fernández Casado, dos son los fines principales que llena el instrumento público: perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad, y servir de prueba en juicio o fuera de él.

Los fines fundamentales del instrumento notarial son: a) probar; b) dar forma; c) dar eficacia legal al negocio.

El documento notarial de mayor prestigio es la escritura pública y es también aquel en el cual queda evidenciada la técnica jurídica de su redactor, dado que éste (el notario) da forma y eficacia jurídica al acto.

El acto administrativo. Nos interesa desentrañar la naturaleza del acto administrativo dentro de nuestro ordenamiento legal, en especial la ley 19549, y definirlo de acuerdo con la doctrina sustentada por los principales autores nacionales. Así considerado, el acto administrativo pareciera que nada tiene que hacer con nuestra actividad, ni siquiera estaría en colisión con la escritura pública, pues el mismo se produce por un acto de imperium de la voluntad del poder administrador, que es justamente el Poder Ejecutivo. Se refiere a un campo específico: la administración pública. Sus características lo definen y limitan; cuando el documento creado en sede administrativa invade otras esferas, como por ejemplo la del derecho privado deja de ser un acto administrativo y se transforma en un contrato.

Veamos algunas precisiones del derecho administrativo y del acto. El objeto del derecho administrativo es la administración pública en todas sus manifestaciones, sean éstas externas o internas, vale decir, jurídicas o no jurídicas. Antes de definir aquel derecho habrá que saber que se entiende por administración pública. La administración puede definirse como la actividad permanente concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.

Dice Manuel María Díez: La ley (19549) no da una noción conceptual del acto administrativo, y la doctrina no es pacífica al respecto. Los problemas se refieren al concepto material o formal del acto administrativo, al carácter unilateral o bilateral del mismo; actos administrativos de carácter concreto y actos administrativos de carácter general. Desde el punto de vista material o formal, serán actos administrativos todos los que tuvieran un contenido administrativo independientemente de la naturaleza del órgano de que emanaran. Otros autores afirman que el acto administrativo es tal según el órgano de que emanen. Para ellos el órgano administrador por naturaleza es el Poder Ejecutivo. Según los primeros, también serán actos administrativos los realizados por los poderes Legislativo y Judicial dentro de su propia órbita o funcionamiento.

Otra cuestión a considerar es el carácter unilateral o bilateral de los actos administrativos. El acto unilateral es aquel cuya emanación y contenido se debe a una sola voluntad, la de la administración pública, o sea la voluntad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un solo sujeto de derecho. El acto administrativo es bilateral si la emanación y el contenido se deben a dos voluntades coincidentes. Habrá, entonces, dos sujetos de derecho. Para determinar el carácter unilateral o bilateral del acto es necesario estudiar la participación que tiene la voluntad del particular en su formación. Puede ocurrir que el acto se forme por la sola voluntad de la administración, pero luego, para la producción de los efectos sea necesaria la intervención de la voluntad de los particulares. En este último supuesto se considera que el acto es unilateral, porque en su formación ha participado únicamente la voluntad de la administración. Esa es la opinión de Manuel María Diez, quien dice que el acto administrativo es una declaración unilateral, incluso en los actos particulares en los que el particular interviene. Lo único que hace el particular es movilizar, poner en acción a la administración pública para que realice el acto administrativo, pero no forma parte el particular del mismo.

En el caso de que haya dos manifestaciones de voluntad, el acto tiene: carácter de contrato. Así lo ha reconocido la ley 19549. El artículo 79 establece los requisitos esenciales del acto administrativo: debe ser dictado por autoridad competente, deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa; el objeto debe ser cierto física y jurídicamente posible; antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y substanciales previstos; deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, etc. En su apartado f, in fine, dice: "Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas, se rigen por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, si ello fuera procedente". Es decir, que nos remite al derecho común cuando los contratos tienen estrictamente el carácter de bilaterales cuando intervienen dos voluntades comunes. O sea, que los contratos tienen un régimen jurídico especial y que el acto administrativo nace como consecuencia de una declaración unilateral del órgano ejecutivo. Por lo demás, las diferencias entre el acto bilateral (contrato) y el acto unilateral (acto administrativo) son profundas y marcan dos instituciones bien distintas en el campo del derecho administrativo.

El autor citado, Diez, da la siguiente noción conceptual del acto administrativo, que no trae la ley: "es una declaración concreta y unilateral del órgano ejecutivo que produce efectos jurídicos inmediatos". La noción conceptual de Diez es muy estricta, porque por un lado establece que el acto es unilateral y por el otro, señala que el único órgano emisor es el Poder Ejecutivo.

Marienthoff es un poco más amplio, pero también insiste en el concepto de que los actos de la administración pública realizados en la esfera del derecho privado no son actos administrativos.

Así dicho, todos los actos jurídicos bilaterales que realizare el Estado (contratos) se regirían por las normas del Derecho privado, y especialmente en lo que a nosotros importa, por las formas que dicho derecho para tales actos exige.

En nuestro país se nota una pugna del poder administrador por invadir la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esfera del Derecho privado y buscar reemplazantes de la escritura pública mediante documentos nacidos en su sede: instrumentos públicos labrados por entes oficiales a los que se les atribuye la misma virtualidad que a las escrituras públicas, sin llegar a ser tales. Tal es el caso de la ley 18307, nacida a iniciativa del Banco Hipotecario Nacional. Esto fractura el sistema determinado por nuestra legislación civil, hasta el extremo de incluirse normas ajenas al verdadero propósito de la ley, como el artículo 12 de la ley 21508, que permite la cancelación de hipotecas por oficio librado a los Registros Inmobiliarios, dentro del contexto de una ley que específicamente se refiere al reajuste de los créditos otorgados por el citado banco. A igual procedimiento ha echado mano el B.H.N. para las preanotaciones hipotecarias, inscripción de hipotecas globales, etcétera.

EL INSTRUMENTO PRIVADO

Dice el art. 1020 del Código Civil: "Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes". Requisitos de validez: firma. De acuerdo con el art. 1012, no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales, pero se afirma que es la expresión gráfica del nombre según su modo habitual. Hay instrumentos privados no firmados, como libros de comercio o papeles domésticos, que son también medios de prueba de los contratos. En cuanto a la impresión digital, la jurisprudencia es negativa. Doble ejemplar: Debe haber tantos originales como partes con interés distinto haya. No obstante, si un solo ejemplar está depositado en una escribanía - por ejemplo - y se comprueba la existencia por otras pruebas, no se invalida. Fuerza probatoria: Por sí mismo, el instrumento privado carece de valor probatorio. Para tenerlo, debe reconocerse la firma, o su eventual comprobación. La persona que debe reconocer la firma tiene una carga procesal. El silencio implica reconocimiento ficto. En caso de que la firma se desconozca, se requiere cotejo o comprobación de letra. En cuanto a la prueba testimonial, no basta que alguien diga que el autor ha firmado de esa manera en otras ocasiones, y por ello esa firma le pertenece. El juez debe tener la convicción. El cotejo se efectúa con las firmas registradas en bancos, en documentos auténticos o en documentos privados reconocidos en juicio. Una vez que la firma está reconocida, tiene el valor probatorio de un documento público, y sólo procede la querrela por falsedad o la prueba en contrario. Fecha cierta: Se otorga en - las siguientes circunstancias, de acuerdo con el art. 1035 del Código Civil: El reconocimiento ante un escribano y dos testigos. En este caso, parte de la doctrina opina que debe hacerse en el mismo instrumento, mientras que otros consideran necesario labrar un acta de notoriedad. La transcripción en cualquier registro público. La fecha del fallecimiento de quien confirmó, de quien lo escribió, o de quien fue testigo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL INSTRUMENTO PRIVADO EN LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE

Los estudios producidos con motivo de los Congresos y Reuniones citados en la introducción tornarían ocioso un estudio en profundidad del tema, por lo que lo encararemos someramente.

La constitución y transmisión de derechos reales en los Estados Unidos (Process of Conveyancing) utilizó como elemento formal al documento privado. El sistema consta de tres etapas negociales: 1) Negocio jurídico bilateral causal: compraventa, hipoteca. El vendedor se obliga al "delivery", es decir hacer tradición del "deed" (instrumento). Y el comprador se obliga a pagar el precio y aceptar la tradición. 2) Negocio jurídico unilateral de disposición: El "Grantor" voluntariamente hace tradición del instrumento al "Grantee" (adquirente). 3) Etapa registral. La transmisión de dominio se perfecciona mediante el "Delivery" (tradición) del "Deed" al adquirente. La inscripción registral tiene los efectos de publicidad y oponibilidad a terceros. La posesión es una publicidad supletoria. Método de registración. Se presenta el instrumento - el registrador lo copia en sus libros y lo devuelve con una nota. Los índices son personales, salvo algunos Estados que utilizan el folio real. El instrumento se denomina "Deed" en la compraventa; "mortgage" en la hipoteca y "Grant" en la servidumbre. Sólo se requiere la forma escrita. En la redacción de los contratos no necesariamente interviene el profesional de derecho. La frecuente omisión de elementos formales en el negocio jurídico bilateral causal da lugar a errores y vicios, lo cual genera nulidades, y por lo tanto, inseguridad jurídica. En algunos estados donde se requiere asesoramiento legal, los profesionales han acordado reglas de interpretación de cláusulas dudosas en cuanto a su validez: "Uniform Title Standards". Existe una suerte de legislación "curativa" para convalidar negocios jurídicos nulos, por errores u omisiones en su redacción. Como ejemplo, podemos citar el caso "Grafton e/Cummings": se declaró nulo el contrato por omitirse el nombre del vendedor. En "Hercus c/Romanovsky" no se admitió la prueba testimonial como supletoria de la omisión de la ciudad donde se encontraba la finca. Se admite como forma escrita " cualquier nota ó memorándum referido al negocio". La jurisprudencia ha admitido que basta la identidad de partes, la descripción "suficiente" del inmueble, el término de pago y tan sólo la firma de quien invoca el contrato. Otro fallo admitió como forma escrita un cheque librado por el comprador demandado e imputado como parte del pago de un inmueble. La ejecución parcial ("part performance") prueba el contrato aun sin forma escrita. En la etapa del negocio jurídico unilateral causal, el "Grantor" deja sobre la mesa el "Deed" y el "Grantee" paga el precio. En algunos estados se exige una certificación notarial posterior ("Acknowlegment").

a) Medios de producción de prueba sobre la calidad de los títulos. ("Evidence of title")

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Kratovil enuncia cuatro, a saber: a) Abstract and opinion. Abstract o estudio de títulos: es la relación cronológica de los actos de transferencias hasta la primitiva adjudicación de la Corona Británica. Es la historia del título sobre un inmueble. Opinión: Es un dictamen del abogado sobre la bondad del título, complementario del Abstract. b) Certificado de título: el abogado emite su dictamen prescindiendo así del Abstractor. c) Seguro de título: Es un contrato por el cual una de las partes (empresa aseguradora) se obliga mediante el pago de cierta prima a indemnizar a la otra (adquirente de un derecho real inmobiliario) en caso de resolverse en sede judicial que su título presenta vicios susceptibles de determinar la pérdida del derecho o la restricción del ejercicio de las facultades inherentes al mismo. Quintín Johnstone en su trabajo Title Insurance informa respecto de la estructura jurídica de esta institución. Se ha basado en entrevistas y correspondencia mantenidas con los principales aseguradores, prestamistas y oficiales del sistema Torrens en todo el país. Con el seguro de título se aseguran los riesgos cubiertos por la póliza de seguro y también el examen del título por parte de la compañía. El asegurado tiene derecho a reclamar este servicio. Pero el seguro de título no garantiza la pacífica posesión del bien, sólo un derecho indemnizatorio en caso de ser vencido en juicio. Las compañías aseguradoras, a través de sus estudios de título, se exoneran de responsabilidad en cuanto a los vicios que ellas han podido comprobar. Y como último comentario, señalemos que como la inflación también se ha alcanzado a la economía norteamericana, las pólizas de seguro de título de ninguna forma garantizan la reposición del mismo bien o similar, al cabo del juicio que por imposición de las cláusulas del seguro se debe esperar para recibir la indemnización.

Estudio de títulos en el sistema anglosajón. Es costoso y complejo, pues requiere la intervención de abogados o empresas especializadas. Ni el "abstractor" ni el abogado tienen responsabilidad civil o criminal por el estudio o dictamen. Sólo en el caso de omitir relacionar algún documento registrado. Vicios como falsedad material, ideológica, falta de capacidad, etcétera, no se ponen de relieve. Por ello se recurre al seguro de título, por las falencias de los anteriores. Se recurrió a una institución conocida y se la pretendió adaptar, pero es un método insuficiente para acceder a la seguridad jurídica.

Estudio de títulos en el sistema latino. Se concentra en un profesional de derecho, el notario, lo cual confiere autenticidad - y seguridad jurídica. Tiene responsabilidad civil, penal, administrativa, reglamentada por las leyes en vigencia en todos los actos en los que da fe.

El notario latino y el "notary" anglosajón
El notario latino:

- Asume la total autoría del documento.
- Fecha cierta.
- Da fe de la capacidad de las partes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Redacta el - documento.
- Tiene protocolo.
- Archiva los documentos originales.

El notario anglosajón:

- No tiene conocimientos jurídicos.
- Da fe de persona, lugar y' fecha.
- No redacta el documento.
- No tiene protocolo.
- No archiva los documentos originales; sólo anota en un libro.

Por todo ello dice Manuel de la Cámara Álvarez: "parece, por el contrario, que hemos de ser nosotros, los notarios latinos, quienes hemos de esforzarnos para hacer comprender a esos países (de derecho anglosajón) que nuestra institución, tal como nosotros la entendemos, es muy superior a la suya, de tal modo que, si son ellos los que se adaptan a nuestro sistema, ganará considerablemente la seguridad jurídica".

b) Ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos para el interés de la familia y de los grupos

Le bondad o calidad de los documentos que hemos estudiado está profundamente ligada a las características de su autor, es decir el autor califica al documento. Empezaremos su análisis en un orden creciente de méritos, según nuestro punto de vista. El documento privado, como ya hemos expresado, no tiene autor responsable. Y esto no significa que no haya documentos privados (en la práctica los hay), que estén jurídica y equitativamente bien redactados. Pero no hay garantías de que así suceda siempre; por el contrario. En el diario quehacer podemos confrontar tres ejemplos: contratos de locación, boletos de compraventa, contratos de sociedad. Los particulares legos se sienten capaces de prescindir del asesoramiento profesional y copian, con las modificaciones que a ellos les parece aconsejables, un contrato o boleto anterior, o que cae casualmente en sus manos. Bien, la falta de conocimientos jurídicos hace que se incluyan cláusulas que eran válidas para un contrato determinado, pero que nada tienen que ver con la situación fáctica a la cual se quiere dar forma jurídica. Aunque a los escribanos se nos acuse con cierta ligereza de copiar meramente nuestros propios formularios, ello no es así. Cada escritura, inclusive las más corrientes, contiene un matiz diferencial, una cláusula levemente distinta, una estipulación más agregada al modelo, o una convención suprimida. Los particulares legos no pueden evaluar esas sutiles diferencias que son, sin embargo, las que identifican el instrumento con la verdadera voluntad de las partes en un caso determinado.

Puede ser que el - autor intelectual del documento sea un abogado, o un doctor en ciencias económicas. Pero respetando la capacidad jurídica de uno y otro, apuntemos que la sana deformación profesional de ambos los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

llevará, en un caso, a redactar el contrato teniendo en mira el interés particular de su cliente o representado, y en el otro, a atender el aspecto fiscal del negocio, más que su contenido jurídico.

El documento nacido en sede administrativa (no vamos a hablar del acto administrativo) no refleja nunca la libre voluntad de ambas partes contratantes, sino la de una sola, el poder u órgano administrador. Se trata de contratos cuyas condiciones ya están prefijadas; sólo cabe el derecho de no suscribirlo, pero no el de modificar sus condiciones. Moreira llama a estos contratos "por adhesión"; y por supuesto que no se encuentran solamente en sede administrativa; se extiende tanto a las escrituras públicas como a los instrumentos privados en general; basta que una de las partes contratantes tenga gran poder económico o de decisión para que quiera imponer sus condiciones. Pero no hay duda que el documento administrativo tiene siempre esa característica: en su redacción interviene la voluntad de una sola de las partes, la otra se limita a aceptar. Si bien tiene autor conocido, éste no cumple ninguna labor de asesoramiento, se limita a verificar que estén cumplidas las formas de dicho documento y que su texto concuerda con las leyes, decretos, ordenanzas y otras disposiciones que lo rigen.

La escritura pública es el documento "príncipe", aquel que reúne todas las virtudes y ninguna de las limitaciones o inconvenientes que hemos señalado en los dos precedentes. Tiene un autor calificado, el notario público, que por sus estudios y práctica posee sólidos conocimientos jurídicos y puede asesorar además sobre el tratamiento fiscal de los actos. El deber de imparcialidad, del que hablaremos en el punto siguiente, hace que busque constantemente el equilibrio entre las prestaciones y obligaciones de las partes contratantes, quienquiera fuera el que haya venido a rogar sus servicios. Ser autor del documento lo hace responsable civil, penal y administrativamente de los perjuicios que pueda ocasionar a las partes o a un tercero (el Estado) por el mal desempeño de sus funciones. La plena fe que hace la escritura pública la torna atacable solamente a través de un juicio en sede penal y por lo tanto la convierte en un seguro vehículo de los bienes y derechos de las partes.

¿Cuál es la crítica que se hace a la escritura pública o a la actividad de los notarios? Una sola: la onerosidad de su intervención. Crítica infundada, por cuanto si se trata de los contratantes de modesta condición, los aranceles siempre contemplan reducciones sustanciales. El notariado argentino siempre está dispuesto a revisar sus aranceles, con sensibilidad social. Pero justamente para el contratante de humilde condición que no está en condiciones de pagarse un asesoramiento letrado la intervención de un notario le garantiza la defensa de su derecho, el equilibrio de las prestaciones, y la seguridad jurídica del documento que suscribe.

c) Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato

El notario es, en un aspecto, un funcionario público(*)⁽⁴²²⁾, establecido para recibir, redactar y dar forma a todos los actos o contratos a los cuales las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

partes quieren darle el carácter de auténticos, por emanar de una autoridad pública. Pero a la par de esta función autenticadora, es también profesional de derecho, consejero de las partes, conciliador de las mismas. Por ello, el instrumento redactado por el notario deberá contener como requisito fundamental la imparcialidad del redactor. Esta imparcialidad es una salvaguardia necesaria del derecho a la libertad individual. Por consiguiente, su función consiste en ayudar imparcialmente a las partes; no puede, sin desvirtuar su función, tratar de favorecer a una de las partes en detrimento de la otra o de un tercero, por razones de amistad, clientela, etcétera. Su deber de imparcialidad no tiene su fundamento en el carácter de "profesional de derecho" sino en su calidad de funcionario público, ya que la función pública ha de ser prestada a todos en igualdad de condiciones. Si bien el cumplimiento de las formalidades del acto, tales como la lectura íntegra del documento, en presencia de todas las partes, las reservas y advertencias legales, la expedición de copias, inscripciones, etc., limitará en cierta medida una eventual intención del notario de favorecer a una parte en perjuicio de la otra, es evidente que el deber de imparcialidad no se agota en el cumplimiento de tales formalidades. Es posible leer el instrumento a personas poco cultas, sabiendo que no han de comprender el significado de ciertas cláusulas, y esto es lo más grave, pues firmará en la confianza que, aunque no entienda todo lo que en él se dice, ha sido redactado por un notario y este solo hecho le da seguridad frente al posible engaño o perjuicio.

Más directamente se relacionan con el deber de imparcialidad las normas sobre incompatibilidad en razón del parentesco, según lo prescriben los arts. 985 y 990 del Código Civil.

Al notario le incumbe tratar de desentrañar la verdadera intención y voluntad de las partes, y orientarlas hacia las formas jurídicas admisibles y adecuadas, y utilizar en la redacción del documento una forma clara, para evitar posteriores dudas de interpretación y que el mismo tenga todas las consecuencias jurídicas que las partes buscan.

El verdadero papel del notario es mantener la paz dentro del tráfico jurídico; junto con la función de dar autenticidad, la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido al notario otras misiones igualmente importantes para ser ejercidas antes, durante y después de la realización del acto. Y cada una de estas etapas debe estar acompañada de su deber de imparcialidad. Podemos hacer una breve referencia a ese deber.

En los tratos preliminares, considerando como tal a la formación de la voluntad de las partes, aún no estructurada jurídicamente. En el caso de los actos unilaterales, la principal misión del notario es desentrañar la voluntad del otorgante, pues al no haber intereses en pugna, no cabría hablar de imparcialidad. Tratándose de actos bilaterales, su intervención irá despejando el camino de las negociaciones, limando las intransigencias; eliminando las exigencias de cada parte.

En la estructura jurídica del acto y redacción del contrato. La primera consiste en la elección del instrumento jurídico más adecuado al logro de las finalidades prácticas perseguidas por los interesados. Tanto esta función

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como la de redacción, son misiones propias del notario; y en el desempeño de ella deberá mantener una estricta imparcialidad, para lo cual, en el momento en que tenga que tomar una decisión deberá pesar en igual medida el interés de cada una de las partes y adoptar la solución que mejor se acomode a la conveniencia de ellas y al espíritu de sus acuerdos. La intervención notarial deberá dar un amplio margen a las partes para que incorporen al documento las peculiaridades de su voluntad, pero cuanto más lega o ignorante sea una de las partes o ambas, mayor será la intervención del escribano y mayor el grado de imparcialidad que tendrá que asumir al dar sus consejos ó sugerencias, expuestos con un lenguaje que hagan comprensibles al sujeto negocial la realidad jurídica del acto y sus consecuencias.

En las fases posteriores a la realización del acto jurídico. Son deberes del notario cumplir con diligencia los actos posteriores al otorgamiento. Tal la expedición de copias, su inscripción en los Registros Públicos, la liquidación de pagos e impuestos. En algunas de estas fases posteriores también juega el deber de imparcialidad; tal sería el asesoramiento ulterior de establecer a quien le incumbe pagar una liquidación de impuestos no prevista o informada al tiempo del otorgamiento.

El deber de imparcialidad respecto de terceros

Como la función notarial es una función pública, ha de tener en cuenta el notario los intereses de todos, inclusive de terceros ajenos al acto que instrumente. Esto guarda relación con acreedores, embargantes, cónyuges, o cualquier persona física o jurídica o poder público que por omisión o por mera interpretación pudieran quedar desprotegidos de sus derechos, A veces se puede cumplir con las formalidades legales - y de tal manera dejar a salvo la responsabilidad profesional - y sin embargo causar un perjuicio.

El notario frente a las distintas clases sociales

No se trata del supuesto que se plantee un conflicto de intereses entre personas de distinto poder económico o categoría social sino de evitar que el notario, por razones económicas, vaya poco a poco adscribiéndose al servicio de las clases más poderosas y minimizando su actividad ante el requerimiento de los sectores más humildes. Desde el punto de vista de la clientela, no hay escrituras importantes y menos importantes. El lote, la casa o el departamento que compra un asalariado o un modesto comerciante o profesional constituyen tal vez la mayor inversión de su vida y dónde han volcado todos sus esfuerzos y ahorros. Comprar un campo - pongamos por caso - para una Sociedad Anónima agropecuaria constituye un eslabón más en su cadena de inversiones. El escribano no es benefactor, pero no debe olvidar su condición de funcionario público que lo obliga a brindar su asesoramiento y su esfuerzo a todo el público, sin distinción de clases y riquezas. Con su conducta debe colaborar a mantener vigente el profundo arraigo popular de nuestra institución.

Como síntesis, podemos afirmar que el deber de imparcialidad penetra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hasta lo más hondo de la esencia de nuestra función. Tiene como base el respeto a la verdad de los hechos y a la libertad de las personas. Es un fiel reflejo de la humilde y cotidiana labor, que no decide, no impone, no rige la conducta ajena; pero, sin embargo, implica la más fecunda labor de colaboración en pro de la armonía de los intereses contrapuestos, el equilibrio de las condiciones y oportunidades. Esta búsqueda de la equiparación de los sujetos negociales frente al acto jurídico constituye sin duda la profunda razón de ser del deber de imparcialidad del notario.

d) La seguridad jurídica del contrato.

Según Juan Vallet de Goytisolo, la palabra seguridad puede referirse:

a) a la calidad de la cosa que se hace cierta, indubitable, firme, exenta o libre de todo peligro, daño o riesgos, que no puede fallar ni caer en invalidez, ajena a toda sospecha.

b) A las instituciones que velan por la seguridad y sus mecanismos.

c) A la obligación de inmunidad o fianza que tiene carácter subsidiario.
En cambio la seguridad jurídica puede significar:

a) la seguridad de algún derecho que se tiene o que se adquiere, es decir, la segura titularidad o la seguridad de una adquisición.

b) La seguridad que se ajusta o conforma a un derecho.

El mismo autor distingue: a) seguridad estática: requiere que nadie sea privado de su propiedad por un acto traslativo que no se ha otorgado (protege al vendedor). b) Seguridad dinámica: requiere la plena propiedad de la cosa, asegurándole su adquisición y además su libertad de toda carga y gravamen no evidenciado, o al adquirente de un derecho limitado sobre la cosa, uso, usufructo (protege al comprador).

Seguridad al comprador y al vendedor, protección a ambos, es el repuesto por los sistemas vigentes.

Tanto el sistema latino como el anglosajón se prometen velar por la seguridad jurídica, pero precisamente los medios utilizados difieren en uno y otro sistema, siendo las garantías diferentes: uno quiere ofrecer a las partes las máximas garantías; el otro sustituye esas garantías jurídicas por una seguridad económica (seguro que sirve de cobertura a los contratantes).

Distintos aspectos que abarca la seguridad jurídica

El primer aspecto que abarca es el de la prueba: se debe demostrar que el contrato se ha celebrado, cómo, cuándo y por qué; esta demostración debe ser simple, fácil e incuestionable en vía extrajudicial. El juez debe tenerlo por probado mientras no sea argüido de falso. Esta seguridad únicamente la da el instrumento público autorizado por notario de tipo latino. El acto está revestido de determinados caracteres que conjugan la función del notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con la forma en sí; elementos que son suficientes en la prueba extrajudicial, y en el caso de la judicial la misma ley le da determinada protección. La prueba del contrato resulta siempre asegurada, ya que el protocolo, custodiado por el notario primero, por el archivero después, pero siempre por delegación del Estado, protege la conservación del documento.

El segundo aspecto que abarca la seguridad es el de la validez; el notario de tipo latino identifica a las partes, se asegura de su capacidad, redacta el documento, califica el negocio jurídico que se documentó, invistiéndolo de una presunción de legitimación.

El tercer aspecto es la eficacia, no sólo porque el documento notarial es una prueba preconstituida, sino porque es oponible a quienes lo suscribieron y también a los terceros. Todo ello deriva de la autenticidad de fondo de que está revestido el documento notarial (escritura pública).

Aquí distinguimos la actuación del notario de tipo latino cuando desarrolla la función, ya sea de autenticador, en virtud de la cual da fe de aquello que percibe por sus sentidos y que constituye el contenido de cuanto redacta y que expone en el instrumento público, dador de fe. Y su función conformadora, en virtud de la cual da forma al negocio jurídico. Estas dos funciones son en la práctica inseparables y es sólo la función notarial la que las contiene, no ocurriendo lo mismo ni con la administrativa ni con la judicial. Y así la seguridad jurídica con intervención del notario encuentra su máxima expresión, pues en su actividad se conjuga la redacción del acto conforme a derecho, con la autenticidad (recibe, redacta y da autenticidad conforme a las leyes y en los casos en que ellas autoricen, dice el art. 10 de la ley 12990).

La seguridad jurídica en el sistema latino a través de la intervención del notario

El sistema latino exige: a) intervención forzosa de un profesional de derecho (notario) en la instrumentación de los negocios jurídicos inmobiliarios y en otros actos jurídicos; b) exigencia con respecto a la forma, en el sentido que el documento debe redactarse por escritura pública. El mero hecho que intervenga un profesional en forma obligatoria cumpliendo funciones de asesoramiento, calificación, redacción y autenticación del instrumento hace que se logre una seguridad jurídica con la que no cuentan los países donde esa intervención no es obligatoria.

El notario cumple diferentes funciones: a) asesoramiento; b) interpreta la voluntad de las partes; c) traduce jurídicamente esa voluntad; d) prevé los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que los otorgantes se proponen alcanzar; e) redacta el instrumento; f) califica el negocio jurídico, invistiéndolo de una presunción de legitimidad y validez; g) da autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes.

Encargado de dar forma legal a lo querido por las partes, con su intervención el contrato adquiere valor jurídico pleno y fuerza ejecutiva; todo ello deriva de la competencia técnica del profesional interviniente y de su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

integridad moral indiscutible.

El notario actúa como intermediario entre el particular y el orden jurídico, al cual interpreta. Con su intervención evita conflictos de intereses y origina una presunción general de validez formal y sustancial del documento notarial.

El XIV Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Guatemala en 1977 expresó: "El documento notarial (escritura pública) goza de autenticidad corporal (pues se prueba a sí mismo), autenticidad de autoría, tanto respecto del notario autorizante como respecto de las partes; autenticidad de fecha y de ideología y además presenta la característica de su incorporación al protocolo, lo que asegura su preservación y la posibilidad de su eventual reproducción".

El documento notarial confiere al negocio jurídico una presunción de legitimidad y validez que resulta de las tareas que cumple el notario latino: asesoramiento, calificación, legalización y redacción, además de la fe de conocimiento de las partes y la precisa descripción del objeto motivo del negocio jurídico.

Ponencia

El acto notarial auténtico o escritura pública, según nuestra legislación, constituye el medio más idóneo para la producción de la prueba documental. Ello se fundamenta esencialmente en la autoría del mismo realizado por notario público, profesional de derecho y funcionario público, capacitado por su formación jurídica para la mejor redacción del documento, y legitimado por delegación del Estado para dar fe de los hechos y actos pasados ante él, haciendo el documento oponible entre las partes e incluso frente a terceros. El instrumento privado, sin autor conocido, no ofrece las garantías y seguridades de la escritura pública. La pretensión de legitimarlo y asimilarlo a un instrumento público mediante la certificación notarial de firmas no tiene asidero en la legislación ni en la doctrina.

El acto administrativo, así llamado, no tiene cabida en la legislación nacional como medio de prueba documental entre particulares. Su esfera está restringida al quehacer de la administración pública. Las formas anómalas de instrumentos gestados en sede administrativa en reemplazo de la escritura pública, cuando ésta constituye la forma ordenada por la ley deben ser rechazadas.

La actividad del notario público ejercida a través de su opus" principal, la escritura pública, contribuye a la seguridad jurídica.

Esta tarea debe cumplirse, además de llenar las condiciones generales de idoneidad y capacidad, respetando con estrictez el principio de imparcialidad frente a las partes contratantes, y brindando el servicio con igual interés y dedicación, cualquiera sea el nivel económico de los requirentes, para mantener vigente en el sentir el fundamento y la importancia del notario publico dentro de la sociedad argentina.

