

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FECHA CIERTA. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN LEGAL
OPINIÓN DE HADA E. CARBALLAL

I. ORIGEN Y FUNDAMENTOS

El instituto de la fecha cierta es de origen antiguo. Sus primeros antecedentes aparecen en el derecho romano y en la antigua legislación española. Pero los artículos 1034 y 1035 tienen como fuente inmediata las disposiciones del Código Civil francés y del Código italiano de 1865. "La fecha cierta es la designación del día, mes y año que determina la existencia legal del acto o hecho jurídico sin que pueda ser cuestionado por terceros. En los instrumentos públicos se considera fecha cierta a la expresada en ellos, en virtud de la prevención de la autenticidad que la ley confiere a su contenido. En cambio, los instrumentos privados sólo tendrán fecha cierta cuando la adquieran por alguno de los medios comúnmente admitidos en la legislación"(1)(237).

El Código Civil establece, en su art. 1034: "Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos".

"El propósito de esta exigencia es evitar que las partes se pongan de acuerdo para fraguar un documento antedatándolo con el objeto de burlar los derechos de terceros. Por ello, sólo en el caso de que el instrumento haya adquirido «fecha cierta» puede serles opuesto(2)(238)". La condición de la fecha cierta es necesaria respecto a "los sucesores singulares de las partes o a terceros".

El artículo 1035 enumera cuatro modos de hacer adquirir fecha cierta a los instrumentos privados y establece, además, cuál es la fecha que en cada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso les corresponde.

Art. 1035: "Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o terceros será:

1º La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública, para cualquier fin, si allí quedase archivado.

2º La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren.

3º La de su transcripción en cualquier registro.

4º La del fallecimiento de la parte que lo firmó o del que lo escribió o del que firmó como testigo.

No analizaremos los cuatro incisos sino que apuntaremos a lo específico del tema. Coinciden autores y jurisprudencia que el propósito del legislador, contenido en el dispositivo legal mencionado, ha sido el de garantizar a terceros contra el peligro de las antedataciones de los instrumentos privados, asegurando, en tal forma, su tráfico jurídico. Pero las diferencias de interpretación aparecen cuando se consideran los recaudos que la ley dispone en procura de ese objetivo. Para algunos autores, el artículo 1035 es de carácter "taxativo", y sólo puede darse fecha cierta a un instrumento privado en la forma allí dispuesta. Para otros, en una corriente más moderna, el documento privado reconocido por su firmante puede en cuanto a fecha cierta se refiere, ser probado por otros medios idóneos, serios y fehacientes.

¿Tiene carácter limitativo la enumeración del art. 1035, o, por el contrario, la enumeración es meramente enunciativa? ¿No hay otros casos en los que pueda aceptarse por analogía que el instrumento privado tenga fecha cierta?

II. OPINIÓN DE LA DOCTRINA

Salvat(3)(239) opina que "la enumeración debe considerarse de carácter limitativo": Por una parte, los casos enumerados en el artículo 1035 demuestran que el legislador, para dar fecha cierta a los instrumentos privados, sólo ha tomado en cuenta hechos que no dejan lugar a dudas, hechos que por sí solos impliquen la seguridad absoluta de que el documento no ha podido ser firmado con posterioridad a la fecha de producido; tal es el carácter común de los hechos tenidos en cuenta en cada uno de los cuatro incisos del artículo 1035 [...]. La fecha cierta no puede resultar de ninguna clase de prueba y, con mayor razón, de la prueba de testigos o de presunciones. Sería completamente inútil y no podría ser invocada contra el tercero a quien se opone el documento, tanto la prueba de la sinceridad de la fecha que éste lleva, como la de la fecha en que se realizó el contrato que él "constata".

EL autor mencionado es considerado en la doctrina como el sostenedor más extremo de que la enumeración es limitativa, llegando a afirmar que "en el caso de una persona que hubiera perdido sus manos, ¿quién puede afirmar de un modo absoluto que no haya aprendido a manejar el portaplumas con los pies?(4)(240)".

Machado(5)(241) y Luis de Gásperi(6)(242) opinan en igual sentido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Borda(7)(243) estima que la posición recién expresada parece insostenible: "Ante todo la ley no dice que la enumeración del art. 1035 tenga carácter taxativo y no hay ningún asidero legal que permita sostener un punto de vista tan exagerado e injusto. Lo que la ley ha querido es evitar que la fecha de los instrumentos privados pueda fraguarse; los jueces deben, por consiguiente, ser muy rigurosos en la apreciación de la prueba de la fecha, especialmente no podrá admitirse la de testigos. Pero si las constancias del expediente son suficientes para acreditar en forma cierta inequívoca, que el documento ha estado firmado antes de una fecha dada, esta debe tenerse como cierta. También postulan que pueden aceptarse otros medios de dar fecha cierta Baldomero Llerena(8)(244), Alberto G. Spota(9)(245) y Segovia(10)(246).

III. NUESTRA OPINIÓN

Por nuestra parte, opinamos que la enumeración del art. 1035 es enunciativa, pues no puede entrar en el espíritu de la ley cerrar otros caminos de comprobación, pues, en tal forma, desnaturalizaría la amplitud de la prueba que reconoce para los contratos y hechos jurídicos y produciría perjuicios a los contratantes de buena fe que para regular sus derechos usaran de un medio legal autorizado. Y para ello, nada más elocuente que el voto emitido por el doctor Plíner en la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, en los autos "Suanes Manuel c/ Paniagua Bildo J.(11)(247). "Adhiero con entera convicción a la tesis de que la enumeración de los supuestos enunciados en el art. 1035 del Código Civil en que un instrumento privado adquiere fecha cierta frente a terceros o sucesores singulares no constituyen «una lista cerrada y limitativa» que impida el reconocimiento judicial de otros casos en que la certidumbre fáctica se impone fuertemente a la conciencia de los jueces y el negarlo importaría hacer prevalecer un formalismo «huero negatorio» de la justicia frente a la verdad real evidente". La renuncia consciente a la verdad - ha dicho la Corte Suprema de la Nación - es incompatible con el servicio de la justicia (Fallos, t. 238, pág. 533).

IV. CITAS JURISPRUDENCIALES

En apoyo de la opinión sustentada, citaremos algunos de los numerosos fallos:

a) "Los supuestos enunciados en el artículo 1035 no son limitativos. Adquieren fecha cierta los documentos privados autenticados por escribano público en la provincia de Buenos Aires, si el acto se instrumentó en el libro de requerimientos llevado con arreglo a la resolución del Colegio de Escribanos de fecha 6 de abril de 1965" (autos "Suanes Manuel c/Paniagua Bildo J.", L.L. 6/7/73, fallo 69.152, t. 151);

b) "Si la razón de ser de la necesidad de probar la fecha cierta del documento privado frente a terceros estriba en la exigencia axiológica de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mantener incólume la seguridad jurídica evitando el perjuicio de los terceros por la vía del fraude en las fechas, obvio es que no se atenta contra esta ratio, si se admite, juntamente con los supuestos del art. 1035 del Código Civil, la admisión de otros igualmente inequívocos y concluyentes" (Suprema Corte de Buenos Aires, E.D., t. 44, pág. 543);

c) "Las disposiciones del art. 1035 del Código Civil respecto a la fecha cierta de los instrumentos privados no desplaza otras formas de comprobación por no tratarse de una norma general e inflexible" (Superior Tribunal de Justicia de Misiones, autos "Eliçardo Rafael c/J. Ceidon Theodor y otra", Revista del Notariado 704, pág. 704).

V. UN CASO OFICIAL DE FECHA CIERTA

El sello fechador

La Suprema Corte de Buenos Aires, en los autos "Osorio Justo c/Duris Esteban y otro" (publicado en Doctrina Jurídica del 6/10/72) resolvió: "[...] 2. Que el sello fechador ya sea del Banco de la Provincia o de la Dirección Nacional de Rentas no confiere al instrumento fecha cierta en tanto no quede archivado como lo exige - el citado artículo 1035 [...]". 3. Las constancias emanadas de la Dirección Nacional de Rentas (sello y firma autenticadora del funcionario interviniente) tienen valor para las relaciones del contribuyente con el Fisco, sin que ello interfiera en la interpretación de las normas del Código Civil en cuanto se vinculan con los derechos de terceros. 4. Si la presentación de un instrumento privado en una oficina otorga a aquél fecha cierta, siempre que allí quedase archivado, dispensar de esta última exigencia vale tanto como mutilar la norma. Cuando un caso está contemplado en la ley deben reunirse todos los requisitos exigidos por ella, sin que importe considerarla por eso de carácter taxativo".

Este fallo, siguiendo la posición tradicional, entiende que el sello fechador no otorga fecha cierta.

El codificador, al redactar el artículo 1035, siguió los lineamientos del Código Napoleónico y del Código italiano de 1865, y se apartó de Freitas, que en el artículo 728, inciso 4, incluía expresamente, entre los medios de fecha cierta, el sello fechador.

Pensamos que el codificador estimó que el sello fechador no ofrecía seguridad para resguardar los derechos de los terceros. Merece un especial comentario, en el fallo citado, el voto en disidencia del doctor Daireaux, al que adhirió el doctor Bemberg: "1. El artículo 1035 del Código Civil no constituye un sistema hermético. 2. La intervención de la oficina de sellos de la Dirección General de Rentas instrumentada mediante el sello del caso y la firma autenticadora de un funcionario, tiene el objeto de fijar fechas relevantes que el Estado reconoce como ciertas, lo cual es eficaz también en la órbita de las relaciones jurídicas privadas".

El doctor Augusto Mario Morello(12)(248), haciendo una mesurada crítica a este discutido fallo, dice que "el mismo reitera una lejana y única doctrina interpretativa del art. 1035 [...]". El autor citado expresa en el mismo comentario: "Se aprehende en su justa y necesaria medida la norma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudiada, contribuyendo al afianzamiento de los valores en juego: la certeza de las transacciones, su seguridad y la protección y amparo de los terceros en el campo de los negocios jurídicos, entendiendo que el art. 1035: a) no trae una enumeración cerrada de procedimientos, formas o modos de adquirir fecha cierta a los instrumentos privados; b) como corolario de tal principio, el sello fechador bancario debe ser considerado como uno de esos modos. Así lo aconseja la experiencia de todos los días y la agilidad y seriedad de las transacciones. No compartimos la crítica enjundiosa que el doctor Morello hace del fallo. Acotaremos que el doctor Borda participa también de la opinión del citado autor(13)(249); a lo que debe añadirse el precedente del doctor Tobal y, concretamente, en cuanto al sello puesto por las oficinas recaudadoras(14)(250).

Queda por acotar que, a nuestro juicio, el sello fechador no ofrece certeza, pues queda la duda sobre la forma en que se obtuvieron las estampillas, dado que, en el quehacer notarial no ignoramos algún caso en que el empleado del Correo consiguió antedatar un documento.

OPINIÓN DE CARLOS A. PELOSI

DOCTRINA: 1) Para admitir la ampliación de los supuestos de fecha cierta contemplados en el art. 1035 del Código Civil, es necesario que concurren una serie de elementos de convicción que permitan establecer con toda certeza la fecha del documento privado.

2) En consecuencia, no puede determinarse a priori cuáles son las hipótesis en que también debe admitirse la existencia de fecha cierta. Su declaración debe quedar reservada a los señores jueces, quienes en cada caso concreto juzgarán el valor de los datos aportados para demostrarlo.

I. ALCANCE DEL TEMA

Interpreto que el tema sometido al análisis debe tener un enfoque notarial, o, más precisamente, investigar cuáles son las consecuencias en el orden notarial, de llegar a determinar el carácter taxativo o simplemente enumerativo del art. 1035 del Cód. Civil.

No siendo así, pienso que su estudio carece de interés directo para el Instituto, ya que el organismo está llamado a fijar criterios para una conceptualización notarial de cuestiones jurídicas susceptibles de interpretaciones contradictorias.

La científicidad que debe caracterizar sus dictámenes no excluye la motivación práctica que, dentro del derecho, es inseparable de las actividades científicas (Castán Tobeñas, José, Teoría de la aplicación e investigación del derecho, edit. Reus, Madrid, 1947, pág. 26). Esta técnica operatoria lleva necesariamente a ordenar los conceptos en vista de una eventual política legislativa conveniente para el notariado, que no supone entrar en el terreno de la política notarial.

II. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN LEGAL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es notorio, y por ello omito citas, que la doctrina y la jurisprudencia sostienen criterios opuestos acerca del carácter taxativo o simplemente enumerativo del art. 1035 del Cód. Civil.

Quienes se inclinan por ampliar la enumeración sostienen que la ratio iuris del precepto consiste en dar seguridad jurídica a favor de los terceros para que las partes del acto no puedan antedatarlo en su perjuicio (Morello, Augusto Mario, "El sello fechador horario que inutiliza las estampillas fiscales hace adquirir fecha cierta al instrumento privado", en Revista Notarial 725, julio - agosto 1959, pág. 1157). Spota aduce que, frente a circunstancias inequívocas de que el documento adquirió fecha cierta, debe ampliarse la enumeración (Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil, v. 3, siete, edit. Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 801).

III. EL PELIGRO DE LA AMPLIACIÓN

Guiado por la orientación antes señalada, que el dictamen debe consultar los intereses notariales, estimo necesario establecer cuáles son las consecuencias a que puede conducir considerar este asunto con criterio amplio.

El problema está centrado en determinar si, por el hecho de intervenir un escribano autenticando la firma y produciendo un instrumento (la certificación, que es adicional) y que hace plena fe, entre otros extremos de la fecha, importa, a la vez, dar fecha cierta a la del documento privado (adicionado).

Esta cuestión ya la he planteado en mi trabajo "Las certificaciones de firmas (Revista del Notariado, año 1961, págs. 712 y sigtes.). El peligro se insinuó, posteriormente, con el fallo dictado por la Cámara 1º de Apelaciones de Bahía Blanca, de fecha 30 de marzo de 1973, en autos "Suanes, Manuel c/Paniagua Bildo J.", que cita la escribana Carballal, que tuvo cabida en Revista del Notariado, año 1973, págs. 566 y sigtes., con una nota mía titulada "Discutible supuesto de fecha cierta", en la que expresé las razones por las cuales estimo objetable que se asimile a los supuestos del art. 1035 del Cód. Civil la circunstancia de que la autenticación de la firma se hace constar en el libro de requerimientos o registro de firmas.

También un juez nacional en lo Comercial declaró que no puede dudarse de que la fecha del contrato sea otra que aquella en la que el escribano da fe de que las firmas son auténticas. El tribunal de alzada (sala B), habida cuenta que la fecha estaba raspada y aplicando el temperamento adoptado en anterior resolución, hizo un distingo entre la certificación que se limita a expresar que la firma pertenece a la persona que menciona y cuyo documento de identidad específica, y la hipótesis en que el escribano atestigua que la firma ha sido puesta en su presencia (L.L., t. 103, pág. 459, fallo 46.784 S.).

La Sala C de la misma Cámara Comercial, a su vez, con fecha 24 de febrero de 1961, decidió que si el escribano, al certificar las firmas, expresa que ellas han sido puestas en su presencia, debe entenderse que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato ha sido firmado el día que indica la certificación, quedando a salvo con ello el soberrraspado de la fecha que figura en el encabezamiento del contrato (L.L., t. 103, pág. 783, fallo 6978 S.).

Por ello he dicho en mi referido trabajo "Las certificaciones de firmas" que la intervención notarial tiene vis suficiente para apoyar, teóricamente, la tendencia favorable a la fecha cierta.

Conviene, entonces, ser cautos en la aplicación de un criterio dilatado, pues, a las pretendidas virtudes o efectos que algunos asignan al documento privado con autenticación de las firmas por notario, se le agregará este de la fecha cierta al mismo documento privado, que sólo puede emanar del instrumento público principal y autónomo, y que no se extiende, en el caso que nos ocupa, al documento adicionado, cuando existe un adicional de certificación de firma, que es en sí mismo, independientemente del documento privado, instrumento público autónomo.

IV. LA SOLUCIÓN

Se impone interpretar con sólidos y concordantes elementos de convicción los casos en que puede admitirse la existencia de fecha cierta, no encuadrados en el art. 1035 del Cód. Civil.

EL supuesto más común que se presenta para demostrar que se dan circunstancias fácticas no previstas en dicha norma es el de la doble amputación de las manos.

Sin embargo, los avances de la técnica y los nuevos conocimientos podrían generar documentos firmados por personas que padezcan ese defecto físico. Téngase presente lo que han alcanzado a realizar los llamados "pintores sin mano".

Se deduce de lo expuesto y de otras situaciones que omito explicar, por razones de brevedad, que no es posible establecer a priori los casos en que debe admitirse, más allá de las disposiciones legales vigentes, que el documento privado ha adquirido fecha cierta.

A esa conclusión sólo puede llegarse cuando un apreciable conjunto de elementos de convicción habiliten para establecer, con toda certeza, la fecha del documento privado. Su declaración debe quedar reservada a los señores jueces, quienes en cada caso concreto, juzgarán el valor de los datos aportados para demostrarlo.

OPINIÓN DE LAUREANO ARTURO MOREIRA

DOCTRINA: 1) Los instrumentos públicos hacen plena fe de su fecha entre las partes y respecto de terceros, en virtud de la presunción legal de su autenticidad.

2) Los documentos privados reconocidos judicialmente tienen fecha cierta entre las partes y sus sucesores universales. Respecto de terceros y de los sucesores a título singular de las partes, los documentos privados tienen fecha cierta en los casos y desde el momento que determina el art. 1035 del Código Civil. En estos casos no debe admitirse prueba en contra de la certeza de la fecha.

3) Judicialmente, pueden admitirse otros casos cuando la prueba producida lleva al juzgador a la convicción de la certeza de la fecha del documento privado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4) Extrajudicialmente, los documentos privados adquieren fecha cierta sólo en los casos del art. 1035.

Participo de las conclusiones a que arriban los dictámenes precedentes de la escribana Hada E. Carballal y del doctor Carlos A. Pelosi, y me parece de utilidad puntualizar lo siguiente:

Los instrumentos públicos hacen plena fe de su fecha, tanto entre las partes como para los terceros, en virtud de la presunción de autenticidad que establece el art. 993 del Código Civil (Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil, Parte General, ed. 1961, t. II, n° 1669, pág. 445; n° 1671, pág. 446; y n° 1678, pág. 452).

Los instrumentos privados, conforme al art. 1034, aun después de reconocidos, no prueban la verdad de su fecha respecto de los terceros o de los sucesores a título singular. Pero tienen fecha cierta entre las partes que lo suscriben y sus sucesores a título universal aquellos documentos privados que fueron reconocidos judicialmente, o fueron declarados judicialmente como debidamente reconocidos (art. 1026).

En los casos que menciona el artículo 1035, el documento privado adquiere fecha cierta oponible a los terceros y a los sucesores singulares a partir del momento en que se verifica cualquiera de sus supuestos (exhibición y archivo en juicio o en cualquier repartición pública; reconocimiento ante escribano y dos testigos que lo firmaren; transcripción en cualquier registro público; fallecimiento de la parte que lo firmó, o del que lo escribió, o del que firmó como testigo). Obviamente, la certeza no se refiere a la fecha de suscripción del documento privado, sino a la fecha de realización de cualquiera de estos actos.

Verificado cualquiera de estos hechos que menciona el art. 1035, no debe admitirse prueba en contra de la certeza de la fecha porque se trata de la prueba legal de la fecha cierta de los documentos (Llambías, ob. cit., t. II, n° 1621, pág. 420, y la opinión que cita de Fernando Legón y de Segovia).

La doctrina y la jurisprudencia más recientes, reseñadas en los dictámenes precedentes, admiten el carácter enunciativo y no limitativo de la enumeración del art. 1035.

Señala Llambías que "para aceptar otros hechos comprobatorios de la fecha cierta no hay necesidad de acudir a la idea de las presunciones hominis, que en esta materia no es adecuada [...] sino de atribuir fecha cierta a los documentos en base a la certeza moral resultante de ciertos hechos debidamente comprobados" (ob. cit., t. II, n° 1621, pág. 420).

Coincido con este criterio, que admite la atribución judicial de fecha cierta a los documentos privados fuera de los casos enumerados por el art. 1035, cuando la prueba producida lleva al juzgador a la convicción de la certeza de la fecha, desde el momento que en cada caso se determine.

La prueba judicial debe ser concluyente, no admitiéndose la sola prueba de testigos (Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino, Parte General, t. II, n° 942, pág. 173, ed. 1970).

Antes de la sentencia judicial firme que admite la certeza de la fecha, previa prueba de esta cuestión de hecho o la admisión de su notoriedad, no puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser tenida como cierta la fecha del documento privado.

Los distintos casos que fuera de la enumeración del artículo 1035 dan lugar a la admisión judicial de la certeza de la fecha son precedentes de importancia para la aceptación de casos similares.

Pero no implica que deban generalizarse a su aplicación extrajudicial. Por ejemplo, si varios fallos coincidentes admiten la fecha cierta de un documento privado suscrito ante un notario que certificó la autenticidad de las firmas, nos hallaremos frente a una jurisprudencia favorable a la viabilidad de determinar judicialmente la certeza de esa fecha. Pero de ello no puede concluirse que todos los documentos privados que llevan sus firmas certificadas hagan plena fe de su fecha, si ello no ha sido declarado judicialmente.

Fuera de juicio, los documentos privados sólo tienen fecha cierta respecto de terceros y de los sucesores singulares, en los casos y desde las fechas que menciona el art. 1035.

Debe advertirse que un documento privado - que es reconocido judicialmente por las partes, o se lo declara judicialmente como debidamente reconocido, previo cotejo u otra prueba (art. 1033), conforme al art. 1026, "tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores", pero "no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos" (art. 1034). Claro que, si el texto del instrumento privado reconocido judicialmente por todas las partes se encuentra agregado al expediente judicial, también se habrá verificado el requisito del inciso 1° del artículo 1035 del Código Civil, siempre que quede archivado en el mismo el original o una copia autenticada (Borda, ob. cit., t. II, pág. 127; Acdeel Salas, Código Civil anotado, t. I, pág. 584). Por el contrario, en el caso de la certificación de firmas, sin que se hayan verificado los supuestos del citado art. 1035, la admisión generalizada de su fecha como cierta los colocaría en situación privilegiada y con más amplios efectos que los que el Código asigna a los documentos privados reconocidos judicialmente (arts. 1026 y 1034 citados), lo que no guarda coherencia con el régimen de nuestro Código.

OPINIÓN DE JORGE A. BOLLINI

Comúnmente, se ha convenido en llamar "fecha cierta" a la fecha conocida y comprobada respecto a cuya exactitud no puede haber dudas. Esta institución tiene origen antiguo, que se remonta al derecho romano y al español, no obstante lo cual, nuestro codificador ha tomado como antecedente el derecho francés, que, a su vez, ha seguido al antiguo derecho.

Los antecedentes del derecho francés se encuentran en dos fallos del Parlamento de Rouen (año 1629) y otro del Parlamento de París (año 1729). En el derecho español, un instrumento privado adquiriría fecha cierta y antigüedad contra terceros: 1. Desde el día en que la persona que lo firmó se puso, por muerte o por la pérdida de los dos brazos, en la imposibilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de escribir y, por lo tanto, de antedatarlo. 2. Desde el día en que hizo constar su contenido en algún acto auténtico, como, por ejemplo, en un inventario solemne, en un embargo, en un proceso o en un documento autorizado por funcionario público. 3. Desde el día de su presentación en juicio, con tal que sea reconocido o atestiguado o comprobado en la forma que más arriba se ha dicho. 4. Desde el día de su propia fecha, si estuviese firmado por el deudor y tres testigos, pues en este caso tiene la misma fuerza que el público, según la ley 31, título 13, partida 5. 5. Desde el día, igualmente, de su propia fecha, si estuviese extendido en el papel sellado que le correspondiere por la calidad y cantidad de su contenido, según lo dispuesto para las escrituras públicas, porque entonces cesa el peligro de las antedatas, como dice la ley 5, título 24, libro 10 de la Novísima Recopilación.

En nuestra legislación, el concepto de fecha cierta surge de los artículos 1034 y 1035 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 1034: Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores, por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos."

"Artículo 1035: Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta, en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será: 1° La de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivada. 2° La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren. 3° La de su transcripción en cualquier registro público. 4° La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo."

De acuerdo con los artículos transcritos, la condición de fecha cierta es necesaria respecto de los sucesores singulares de las partes o de terceros. El artículo 1035 enumera cuatro modos de hacer adquirir fecha cierta a los instrumentos privados, y establece, al mismo tiempo, cuál es la fecha que en cada caso les corresponde.

La enumeración del artículo 1035 tiene carácter limitativo, ¿o no? ¿Hay otros casos en los que puede aceptarse, por analogía, que el instrumento privado tenga fecha cierta? Según Salvat, con cuya opinión coincidimos, la enumeración del artículo 1035 tiene carácter limitativo. El legislador sólo ha tomado en mente, para dar fecha cierta a los instrumentos privados, hechos que no dejan lugar a dudas, que por sí solos implican seguridad absoluta, de que el documento no pueda haber sido firmado con posterioridad a la fecha de producido; tal es el carácter común de los hechos tenidos en cuenta en cada uno de los cuatro incisos del artículo citado.

Por otra parte, lo que la ley no ha querido ha sido abrir la puerta a lo arbitrario y a la incertidumbre, por ello el artículo 1035 es limitativo. Sobre si los artículos 1034 y 1035 son aplicables en materia comercial, la mayoría de los tratadistas enseñan que la condición de fecha cierta no se aplica en materia comercial. Invocan para ello la celeridad de las operaciones comerciales y la facilidad de descubrir, en los libros de comercio, el fraude. Otros tratadistas estiman, de acuerdo con lo establecido por el artículo 207 del Código de Comercio, que la cuestión debe ser resuelta favorablemente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como punto final de lo expuesto, coincidimos plenamente con la doctrina expresada por el miembro informante Carlos A. Pelosi.

OPINIÓN DE MIGUEL NORBERTO FALBO

I. CONCEPTO GENERAL DE FECHA CIERTA EN INSTRUMENTOS PRIVADOS. TERCEROS Y SUCESORES SINGULARES DE LAS PARTES

1. LA CUESTIÓN DE LA FECHA CIERTA EN LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

El art. 1035 del Cód. Civil expresa: "Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será [...]", y a continuación presenta cuatro supuestos que luego comentaremos.

A su vez, el art. 1034 dispone: "Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra tercero o contra los sucesores por título singular la verdad de la fecha expresada en ellos".

La conclusión es evidente: en relación con ciertas personas (terceros o sucesores singulares de los firmantes del documento), el instrumento privado carece de fecha cierta (o de fecha verdadera).

Es decir: esa clase de instrumentos puede tener fecha escrita en su texto y, más aún, sus otorgantes pueden reconocer como verdadero su contenido, por confesión judicial (art. 1026), o notarial (arts. 720 y 1035 inc. 2), pero ese reconocimiento no determina la "verdad" de la fecha que estaba escrita en el documento cuando ella quiere hacerse valer en relación con terceros o con sus sucesores singulares.

Como dice el art. 1328 del Cód. Civil francés: "Los documentos privados no tienen fecha cierta contra los terceros más que a partir del día en que se produce uno de los acontecimientos previstos por la ley".

Comentando ese texto, Ripert y Boulanger dicen: "Para frustrar todos los fraudes posibles, la ley adopta la solución radical que consiste en privar de toda fuerza probatoria a la indicación de la fecha que figura en el documento" (Tratado de derecho civil, IV, nº 436, pág. 276, Buenos Aires, 1964).

2. SUCESORES SINGULARES DE LAS PARTES Y TERCEROS

La solución legal está dada en protección de los sucesores singulares de las partes y de terceros. ¿Quiénes son esos terceros y esos sucesores singulares?

Como observan los citados Ripert y Boulanger, "terceros", en el sentido de la ley, no son los penitus extranei, como llamaba Dumoulin a quienes éste pudiera perjudicar, si la fecha fuese cierta, es decir, los necesariamente de personas a las que fuera oponible el documento y a quienes éste pudiera perjudicar, si la fecha fuese cierta, es decir, los causahabientes particulares de las partes. Habiendo recibido algo de su autor, sufren necesariamente los efectos de los documentos por los que éste ha modificado el derecho que les ha transmitido, pero con una condición: que la modificación sea anterior a la transmisión. A partir del momento en que han tratado con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autor, se convierten en terceros para él; éste no puede nada contra ellos. De ahí que la cuestión de la fecha adquiera una importancia capital con respecto a ellos. De ella depende la eficacia del documento contra ellos (ob. cit., n° 439, págs. 278 y sigtes.).

Entre nosotros, Acdeel Ernesto Salas, resumiendo la doctrina jurisprudencial, ha indicado que revisten la calidad de terceros respecto a un documento privado, sin fecha cierta, todos los que no han intervenido en el acto que aquél documenta y que tienen sobre el objeto de él un derecho real o personal que les viene de algunos de los signatarios, o de la ley, derecho que se vería perjudicado si se diera fe a la fecha inserta en él. (Código Civil... anotado, y. I, nota 1 al art. 1034, pág. 511, 2ª edición, Buenos Aires, 1971).

3. CASOS EN QUE EL INSTRUMENTO PRIVADO ADQUIERE FECHA CIERTA. ENUMERACIÓN LEGAL

En consecuencia, en relación con esos sujetos (terceros o sucesores singulares de los otorgantes), el documento privado adquiere fehaciencia en cuanto a su fecha desde el día en que se produce alguno de los presupuestos de hecho o de derecho que establece el art. 1035, a saber:

A. Del día en que se realice alguno de los siguientes actos jurídicos:

- a) de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado (inc. 1º);
- b) de su reconocimiento ante escribano y dos testigos que lo firmaren (inc. 2º);
- c) de su transcripción en cualquier registro público (inc. 3º).

B. Del día en que se produzca alguno de los siguientes hechos jurídicos: el fallecimiento de la parte que lo firmó; o del que lo escribió; o del que lo firmó como testigo.

De lo expuesto resulta que la ley ha seleccionado los casos que puedan dar fehaciencia al instrumento privado en cuanto a la verdad de su fecha que, por nuestra parte, hemos dividido, distinguiendo los que requieren la realización de "actos jurídicos", o los que son consecuencia de "hechos jurídicos"; cada uno de ellos, a su vez, debe reunir ciertos requisitos que son inherentes a su naturaleza.

II. REQUISITOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS PARA QUE PUEDAN DAR FEHACIENCIA A LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

1. NECESARIA INTERVENCIÓN DE UN OFICIAL PÚBLICO COMPETENTE

En primer lugar, en estos actos jurídicos tiene que intervenir un "oficial público" dotado de suficiente autoridad legal como para que, como consecuencia de su actuación, el instrumento adquiera fehaciencia en cuanto a su fecha.

Este "oficial público" tiene que ser un funcionario del Estado que integre el poder jurisdiccional (inc. 1º, art. 1035), o el administrativo (incs. 1º y 3º, art.

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1035), con competencia suficiente para conferir autenticidad a los instrumentos (doctrina de los arts. 980, sigtes. y concords. del Cód. Civil). También puede ser un notario o escribano público (inc. 29 art. 1035) porque la ley le confiere autoridad para intervenir en la creación de las escrituras y demás instrumentos públicos (arts. 979, inc. 1º y 2º, y 997 y sigtes.).

2. NECESARIA PRESENTACIÓN DEL INSTRUMENTO PRIVADO AL OFICIAL PÚBLICO

Según lo que antes anotamos, el art. 1935 dispone que, para que un instrumento privado adquiera "fecha cierta", es necesario que sea "exhibido" (inc. 1º); o que sea "reconocido" (inc. 2º); o que se "transcriba" (inc. 3º).

Cualquiera de esos actos (los de "exhibir", "reconocer" o "archivar") requiere, necesariamente, que el instrumento sea presentado, como una cosa corporal (que, por lo general, será un papel con signos gráficos de escritura inteligibles impresos en él), para que el oficial público (judicial, o administrativo, o escribano público), lo vea y lo examine como un hecho jurídico voluntario y lícito.

El principio de intermediación (que como tal principio es común al derecho procesal y al notarial) impone la necesidad de la presentación del instrumento privado al oficial público, lo que nos conduce, directamente, a la sede de la fe pública originaria.

La percepción sensible de las cosas mediante el órgano visual se produce por su "exhibición", que en materia de fe pública adquiere valor de regla general, la intermediación engendra directamente la autenticidad del hecho que es "evidente" para el oficial público, pues es un "hecho" que se produce en su presencia (art. 993 y su doctrina).

El oficial público narra en el instrumento público lo que ve, y, en esa "evidencia", con el cumplimiento de las formas legales (art. 986), reside la autenticidad de dicho instrumento público.

Esta es la doctrina legal, pero, además, no se concibe que el instrumento privado pueda quedar "archivado", "reconocido", o "transcrito", si antes no se lo presenta al oficial público competente para que, en ejercicio de su función, ejecute tales actos jurídicos previstos por el citado art. 1035.

3. NECESIDAD DE QUE SE FORMALICE UN INSTRUMENTO PÚBLICO COMPLEMENTARIO. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE LA EXHIBICIÓN DEL INSTRUMENTO PRIVADO (ART. 1036 INC. 1º)

El instrumento privado no adquiere fe pública sólo porque parte interesada lo "presente" o lo "exhiba" a uno de esos oficiales públicos, sino porque, además y, precisamente, como consecuencia de esa exhibición - debe producirse una "actuación" del funcionario, que necesariamente debe originar la formalización de un instrumento público.

Ese "instrumento público" tendrá que disponer que el documento privado se agregue al juicio (en realidad al "expediente" judicial), o al "expediente" que se esté sustanciando en la "repartición pública" donde debe quedar "archivado", pues sólo así puede interpretarse y adquiere sentido el inc. 1º del art. 1035.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es decir, no puede pensarse que el "instrumento privado" va a adquirir "fecha cierta" sólo porque se lo "exhiba" y "quede archivado" en un expediente judicial o administrativo, si tales actos se realizan por personas anónimas o incompetentes.

No se trata, pues, de meter (en sentido de introducir) el instrumento privado en el expediente judicial o administrativo, como se mete una carta en un buzón del correo. El instrumento privado adquiere "fehaciencia" porque, como consecuencia de su exhibición, hay un funcionario público que confecciona un "instrumento público" complementario (que puede llamarse "auto", "providencia", "resolución" etc.), que cumple una doble función: de un lado, dispone que el "instrumento privado" quede "archivado" en el expediente; de otro, le da a ese documento que se archiva la "fecha cierta" que hasta entonces no tenía.

Esa "fecha" que adquiere el instrumento privado es la que tiene y le corresponde al instrumento público antes indicado, y, desde entonces (es decir, a contar de esa fecha y de ese archivo) aquél (el instrumento privado) adquiere virtualidad (en el sentido de adquirir eficacia) en relación con terceros y sucesores particulares de las partes.

4. NECESARIA LIMITACIÓN FUNCIONAL DEL INC. 3º DEL ART. 1035

De igual manera, el "instrumento privado" adquirirá fecha cierta si se lo "transcribe en cualquier registro público" (inc. 3º, art. 1035).

Pero las palabras de la ley tienen que interpretarse en su justo sentido. Es decir, un instrumento privado, cualquiera que sea su contenido negocial, no puede transcribirse en "cualquier registro público". Por ejemplo, el contrato de compraventa de un automóvil documentado en instrumento privado no puede inscribirse (y menos "transcribirse") en el Registro de la Propiedad Inmueble, ni en el de buques ni en el de aeronaves, etcétera.

El texto legal tiene que adecuarse a la integridad del ordenamiento jurídico para que adquiera verdadero sentido.

En primer lugar, parece necesario establecer a qué registros públicos se refiere el citado inc. 3º del art. 1035.

Cuando se sancionó el Código Civil, los "libros de registro", o los "registros públicos" que existían no eran numerosos.

Unos eran los libros parroquiales y los registros municipales creados (o que debían crearse), que nombra el art. 979, inc. 10, el que, implícitamente, se refiere a los del art. 80 (para inscribir el nacimiento de las personas); al 104 (para registrar el fallecimiento); y al 179 (para anotar la celebración del matrimonio religioso, católico o de las otras comuniones a que pertenecieran los contrayentes). Los textos citados son los del Código en su versión original.

Existía también el Registro Público del Comercio, donde tenían que inscribirse las sociedades y demás documentos a que se refería el Código de la materia (arts. 34 y sigtes. del Cód. de Comercio).

Otro era el Registro de Hipotecas, destinado a la toma de razón de ese derecho real para su oponibilidad a terceros (arts. 3134 y sigtes.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Además, estaba el libro de protocolo o libro de registro, de los escribanos públicos (arts. 979, inc. 1º, 998, etc.).

De todos estos registros públicos, o libros de registros, descartamos los referidos a matrimonios, nacimientos y defunciones, dada su finalidad y características.

También el de hipotecas, pues en él sólo se podía tomar razón de esos actos constitutivos otorgados en escritura pública (arts. 3128, 3134 y concords.).

En el Registro Público de Comercio se inscribían (y se inscriben) numerosos actos con la finalidad común a todos los sistemas registrales, o sea el de la divulgación o exteriorización de hechos o de actos susceptibles de producir alguna modificación que interese a terceros.

Las inscripciones que se efectúan en estos Registros, y que adquieren mayor significación en cuanto pueden vincularse con el tema, son las referidas a los contratos de sociedades mercantiles formalizados en instrumentos privados; los poderes conferidos por los comerciantes a los factores o dependientes; las autorizaciones dadas a las mujeres casadas, o a los menores, para que puedan ejercer el comercio; y otros documentos, pero referidos siempre en relación con actos de comercio y al giro comercial (arts. 34 y sigtes. del Cód. de Comercio).

Por último, nos queda el libro de registro (o de protocolo) de los escribanos públicos, que, indudablemente, es el registro donde pueden "transcribirse" mayor número de instrumentos privados que, de esta manera, adquieren "fecha cierta".

Aunque en la actualidad es mayor el número de registros públicos que existen en el país destinados a conferir publicidad a hechos y actos jurídicos, la situación no ha variado demasiado desde la fecha en que se sancionó el Código Civil.

En efecto, cada uno de los registros públicos que existen tiene un objeto específico. Así, pueden referirse a cosas inmuebles o muebles (automotores, aeronaves, buques, semovientes), o a bienes, como, por ejemplo, a los derechos intelectuales, marcas de fábrica, comercio y agricultura; patentes de invención; créditos prendarios; etcétera.

Por consiguiente, pese a la amplitud del inc. 3º del art. 1035, un instrumento privado no puede "transcribirse" en "cualquier registro público", sino: a) en el Registro público que corresponda, atendiendo al objeto propio para el cual fue creado; y b) la transcripción debe efectuarse, en todo caso, cumpliendo con los requisitos formales que establece la ley aplicable.

Por ejemplo, en el Registro de la Propiedad inmueble se puede inscribir un boleto de compraventa de un bien raíz, aunque esté redactado en instrumento privado, pero, como excepción, y siempre que la firma de quienes lo han otorgado esté certificada por escribano público o funcionario competente (art. 3º, último párrafo, ley 17801).

En el Registro Público de Comercio se inscriben contratos constitutivos de cierto tipo de sociedades comerciales escritos en instrumentos privados, pero previa ratificación de los otorgantes ante el juez que disponga la inscripción, excepto que las firmas hubieran sido certificadas por escribano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

público u otro funcionario competente (arts. 4º y 5º, ley 19550).

En resumen, la doble limitación anotada (o sea, la que se refiere a la necesidad de que el contenido sustantivo del instrumento privado concuerde con la finalidad o el objeto propio para el que fue creado el registro público; y que el instrumento privado reúna ciertos requisitos formales que le den algún sentido de credibilidad y autenticidad, no siendo suficiente, en este sentido, sólo la firma de las partes, pese a que es la única formalidad que establece la ley como condición de su existencia: art. 1012) impide que los instrumentos privados se transcriban porque sí, por la sola voluntad de los interesados, en "cualquier registro público", por lo que el sentido y la posibilidad de utilización del supuesto previsto en el inc. 3º del art. 1035 queda muy limitado y su mayor significación y practicidad queda referida al supuesto de que la "transcripción" de esos instrumentos se efectúe en protocolo notarial.

Con todo, para evitar dudas, conviene advertir y tener presente que dicha "transcripción" sólo da fecha cierta al instrumento privado, pero no lo transforma en instrumento público pues su contenido sigue siendo privado e inauténtico. Para que el instrumento privado se eleve a la categoría de público, no basta que esté transcrito en registro o protocolo notarial. Es necesario que un juez competente disponga su protocolización (arts. 984 y 1003, segunda parte); o que se produzca la "conversión formal" del documento, para lo cual es requisito - de forma y de fondo - que las partes que otorgaron el instrumento privado comparezcan ante el notario y, en ese acto, renueven su consentimiento como si expresaran su voluntad por primera vez (doctrina de los arts. 718 a 723, sobre la que más adelante volveremos).

5. ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DEL INC. 3º DEL ART. 1035

Con todo, por más amplia que pudiera ser la interpretación que se sustentara del supuesto previsto por el inc. 3º del art. 1035, para que un instrumento privado se "transcriba" en un registro público y, como consecuencia, adquiera fecha cierta, siempre será necesario que el proceso se realice cumpliendo las siguientes reglas que antes señalamos y que ahora concretamos:

- a) Presentación del instrumento privado: Al solo efecto de su "transcripción", puede presentarlo uno o todos los que lo han firmado. También cualquier otra persona que tenga interés en formalizar ese acto;
- b) Necesaria intervención y participación del oficial público en el acto: Esa "transcripción" no puede realizarse en ningún registro público, sin la necesaria intervención del oficial público competente que actúe en sede propia del registro a su cargo;
- c) Necesidad de que se formalice acta de recepción y de transcripción de instrumento: Presentado el instrumento al oficial público, éste debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proceder a redactar un acta en el registro a su cargo que cumpla la función específica de "complementar" al instrumento privado. Para ello es necesario que de su texto resulte la mejor determinación del instrumento que se le ha presentado, consignando los datos indispensables para circunstanciarlo (como cosa mueble que tiene a la vista) consignando, por ejemplo, clase, color y demás características del papel en que está escrito; cantidad de hojas empleadas; características de los tipos gráficos de la escritura que está impresa; etc. Además, desde luego, que se "transcriba" el texto escrito como lo requiere la ley y, en nuestra opinión, que el original se anexe al protocolo donde debe quedar archivado (doctrina del art. 1003, parte segunda);

d) Comunicación de la fecha cierta debido a la propia fuerza del instrumento público: Antes dijimos que en estos casos el instrumento público "complementa" al privado porque el primero (el público) hace plena fe de "su" fecha por sí mismo, pero, simultáneamente, comunica esa certeza (en cuanto a la fecha) al privado, que también la adquiere, como consecuencia, a partir de ese día. Desde luego, sin ninguna posibilidad de efecto retroactivo;

e) Requisitos propios del instrumento público complementario: Por último, señalamos que el instrumento público complementario debe reunir, además, todos los otros requisitos legales necesarios para su validez: por ejemplo; no sólo que el oficial público sea competente, sino que se encuentre legitimado para el ejercicio de su función; que se efectúen las salvaturas que dispone la ley ante posibles errores en lo escrito; que el acta la suscriba el requirente; que la autorice el oficial público; etcétera.

6. EL RECONOCIMIENTO DEL INSTRUMENTO PRIVADO PREVISTO POR EL INC. 2º DEL ART. 1035

Otro de los actos jurídicos que admite la ley para que un instrumento privado adquiera fecha cierta es "la de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren" (inc. 2º, art. 1035).

a) Interpretación de la doctrina

La doctrina nacional examina la norma transcrita en sus aspectos más generales.

Salvat señala dos condiciones: 1. Que el reconocimiento se haga ante escribano y dos testigos, y 2. Que el instrumento reconocido sea firmado por el escribano y los dos testigos, condición destinada a hacer imposible toda sustitución. En cuanto a la forma en que ha de practicarse el reconocimiento, sostiene la necesidad de que se efectúe en escritura pública (Salvat - Romero del Prado, Tratado, Parte general, II, números 2235 y 2236, págs. 435 y sigtes., novena edición, Buenos Aires, 1951).

Por su parte, Spota arriba a las siguientes conclusiones: 1. Es suficiente que uno de los signatarios efectúe el reconocimiento, aunque no lo hagan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los demás. 2. No es necesario que se labre acta de reconocimiento en el protocolo notarial. 3. El acto puede verificarse ante escribano de registro o escribano autorizado conforme a lo que dispone la ley notarial vigente en el lugar en que se efectúa el reconocimiento (Tratado... Parte general, y. III - 7, n° 2141, letra b, págs. 802 y sigtes.) .

Fassi opina que no confiere fecha cierta al instrumento privado la certificación del escribano escrita al pie de ese documento. Para que adquiera fecha cierta - agrega - es necesario que se levante acta en el protocolo, evitándose así las infracciones e incorrecciones que puedan perjudicar a terceros, además del desprestigio notarial. Cita, en apoyo de sus afirmaciones, un fallo de la Cámara de Apelaciones de Río Cuarto, del 27 de mayo de 1963 (L.L., 113, pág. 622) y otro de la Cámara Primera de Apelaciones de Mar del Plata, del 6 de abril de 1964 (J. A., 1964, IV, pág. 672). (Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado, II, n° 1387, pág. 9).

Para Mustárich, el caso del inc. 2° del art. 1035 configura una protocolización, además del reconocimiento del instrumento privado, cuando se lo incorpore a protocolo. Coincide con Salvat y con Borda en cuanto a que la mera suscripción del notario y de dos testigos al pie del documento privado no le otorga fecha cierta (Tratado teórico y práctico de derecho notarial, I, págs. 407 y sigtes.).

Borda reconoce que la redacción del inc. 2° del art. 1035 parece dar a entender que basta que el escribano y dos testigos firmen al pie del documento, dando fe de la fecha en que lo han hecho para que éste adquiera fecha cierta. Pero ese procedimiento - observa - significaría facilitar de modo extraordinario el fraude en perjuicio de terceros, porque bien podría un escribano complaciente hacer una atestiguación falsa. Se requiere, por consiguiente, la redacción de una escritura en la que el documento quede perfectamente individualizado. En la práctica - concluye - los escribanos sólo dan fecha cierta a un instrumento privado transcribiéndolo en el protocolo, es decir, cumpliendo con lo previsto en el inc. 3° del art. 1035 (Tratado... Parte general, II, n° 941 a págs. 178 y sigtes., 6° edic. actualizada, Buenos Aires, 1976).

Llambías advierte que la interpretación de la generalidad de la doctrina es, para el caso en examen, la necesidad de que se otorgue escritura pública en la que se haga constar el reconocimiento del instrumento privado. Pero después opina que, a pesar de la excelente intención de esa interpretación rigurosa, ella no se aviene a la latitud de las expresiones usadas por el codificador, que, sin distinción de casos, sólo alude al reconocimiento del documento ante escribano y dos testigos que lo firmen, lo que hace pensar que, si se exige el aditamento de la firma de los testigos en el mismo instrumento, no ha de ser necesaria la escritura pública, que haría superflua cualquier otra formalidad. Por lo demás - añade - , la interpretación amplia parece más acorde con la ley 12990, cuyo art. 10 no exige que se labre una escritura cada vez que se requiere la intervención de un escribano para dar autenticidad al acto de que se trate, por ejemplo, para autenticar una firma. Con todo - concluye - es indiscutible que la opinión apoyada por la doctrina

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es la que mejor asegura el interés de los terceros, y esa directiva es la que recoge en el art. 227 de su Anteproyecto de Código Civil del año 1954 (Tratado... Parte general, TI, n° 1619, pág. 416, 7ª edic. actualizada, Buenos Aires, 1978).

b) Breve análisis de la doctrina aplicable al acto de reconocimiento y caracterización de sus funciones

Por nuestra parte, nos parece necesario - antes de entrar en el tema - tratar de establecer el sentido jurídico que tiene el acto de reconocimiento del instrumento privado, ya que la ley se refiere a ese supuesto en numerosos textos del Código (ver arts. 1014, 1016, 1026 a 1029, y 1034 a 1036).

En su concepción más amplia, siguiendo a Von Tuhr, podemos decir - que el "reconocimiento" admite dos funciones: como declaración de ciencia y como declaración de voluntad.

El reconocimiento, en el sentido de "declaración de ciencia", es una manifestación (o conducta) de la cual se desprende que su autor está convencido de que existe un hecho (o un derecho). Tiene, ante todo, un sentido procesal, y, en ese campo, lleva el nombre de "confesión".

EL reconocimiento en el sentido de "declaración de voluntad" que fija los términos de una relación jurídica incierta o insegura en su estado o alcance. En este sentido, el reconocimiento es un negocio jurídico, porque se propone y logra un efecto jurídico, esto es, sustituir con un estado jurídico determinado a uno que no lo es (Teoría general del derecho civil alemán, v. III - 1 (5), págs. 279 y sigtes., Buenos Aires, 1948).

Von Tuhr aclara que la terminología en la materia es completamente confusa, por lo que convendría usar la palabra "reconocimiento" sólo en el segundo sentido (o sea como negocio de reconocimiento), pero como la distinción no resulta de la ley, no cabe más que agregarle la calificación de "negocial", "dispositivo", o "verdadero", cuando se lo usa para indicar la declaración de voluntad en oposición al reconocimiento con valor de manifestación de ciencia (ob. cit., pág. 280).

c) Objeto específico del acto de reconocimiento

No vamos a introducirnos en el análisis de la teoría del reconocimiento porque excedería los límites de la investigación que realizamos en esta oportunidad. Con todo, parece conveniente tener presente lo siguiente:

En cuanto a su objeto específico, el reconocimiento puede tener las siguientes finalidades principales:

A. Entre las partes

A - 1. Una declaración negocial por la que una de dichas partes (o más de una, según el caso) reconoce la existencia de una obligación preexistente (o, a la inversa, cuando reconoce la extinción de una obligación). El reconocimiento, en este caso, está regulado en nuestro ordenamiento por los arts. 718 y sigtes. del Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando se presenta el supuesto que consideramos - como cuando se celebra cualquier negocio jurídico - el acto de reconocimiento debe reunir todos los requisitos, condiciones y formalidades propias de los actos jurídicos (art. 719). A - 2. Como confesión de la autoría formal de un instrumento. Admite diversas variantes: a - 1. Que el declarante admita ser el autor material del instrumento (porque fue quien lo escribió a mano o a máquina), pero no admita ser su autor intelectual; b - 2. Que una misma persona reconozca ser su autor material e intelectual; c - 3. Que reconozca la autoría originaria, pero niegue ser quien escribió las notas marginales; o las entrelíneas; o que efectuó y escribió sobre lo raspado; etc. (art. 1030).

A - 3. Que un sujeto reconozca haber firmado el instrumento, con lo que confiesa su autoría y, como consecuencia, asume las obligaciones que resultan de su contenido negocial (arts. 1012, 1016 y 1028).

B. En cuanto a terceros y sucesores singulares: el instrumento privado aun reconocido entre partes, según lo antes expuesto, carece de eficacia en relación con terceros y con los sucesores singulares de las partes, a tenor de lo dispuesto por el art. 1034 y 1195, último párrafo; sin perjuicio de lo previsto por el art. 1196.

d) La forma del acto de reconocimiento

En lo que se refiere a su forma, el acto de reconocimiento puede resultar

A. En cuanto a las partes

a - 1. Por su propia actuación (es decir, por hechos o actos suyos) formalizados en instrumentos públicos o privados. De contenido meramente confesorio (prueba extrajudicial), o de contenido negocial (o reconocimiento "negocial", o "dispositivo", o "verdadero", según las recordadas expresiones de Von Tuhr).

Esos instrumentos (sea el público o el privado) deben tener los requisitos y condiciones de validez que para su correcta conformación establece la ley.

b - 1. Por resolución judicial fundada en confesión hecha en el proceso por el sujeto a quien se le opone el instrumento privado (arts. 1026, primera parte; 1031 y 1032); o por otro medio de prueba admisible valorado por el juez (art. 1033).

En todo caso, la confesión (judicial o extrajudicial) debe ser formulada por persona capaz (art. 1027). Los efectos del reconocimiento se extienden a los sucesores universales (arts. 1032 y 1195).

B. En cuanto a terceros y sucesores a título singular

Como antes hemos expresado, cuando el reconocimiento (sea confesorio o negocial) se formaliza en instrumento privado, su fecha carece de certeza en cuanto a los sucesores singulares de las partes y a terceros, en tanto no se dé cumplimiento a lo que establece el inc. 2º del art. 1035.

En cambio, cuando el reconocimiento se efectúa en instrumento público (por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo general, en escritura pública), adquiere fecha cierta para todos (incluidos dichos terceros y sucesores singulares), en razón de que el instrumento privado se eleva a la categoría de instrumento público (o, mejor, de escritura pública), con todas las cualidades que la ley le reconoce.

e) Principales diferencias entre el "reconocimiento" y la "transcripción" (o "protocolización") de un instrumento privado

Antes comentamos el inc. 3° del art. 1035. Para evitar confusiones, parece conveniente aclarar, ahora, que, jurídicamente, no es lo mismo una escritura pública de "reconocimiento" de instrumento privado, que la mera "transcripción" (o "protocolización") de esa clase de instrumentos en un registro de escrituras públicas.

Para ello es necesario tener presente - tal como antes anotamos - que en el acto jurídico del "reconocimiento" el instrumento privado se eleva a escritura pública.

Ese acto sólo puede ser otorgado por los mismos sujetos que han suscrito el documento privado (todos o alguno de ellos), pero nunca por un tercero.

Tales sujetos, en esa oportunidad, de un lado, confiesan la existencia de una relación jurídica anterior (que, como dice el art. 723, es la "causa" del deber) y, simultáneamente, de nuevo declaran su voluntad negocial que adquiere y valor constitutivo de la relación jurídica pues, de acuerdo con lo que dispone el art. 718 y su doctrina, el reconocimiento de una obligación es la declaración (de voluntad) por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra.

Como explica Núñez - Lagos, el documento privado, por absorción, queda convertido en público, desapareciendo como privado, en el mismo acto de la formalización de la escritura pública de reconocimiento. ("Contenido sustantivo de la escritura pública", en Rev. Not., 746, pág. 84, nº 115).

En cambio, cuando un instrumento privado "se protocoliza" (o "se transcribe", como dice el inc. 3° del art. 1035) en un registro público, no hay "reconocimiento" de ninguna naturaleza (ni confesorio, ni negocial). El instrumento privado protocolizado (o transcrito) sigue siendo privado, no adquiere autenticidad, ni fuerza ejecutiva.

Repitiendo lo antes expuesto, recordamos que esa "protocolización", o esa "transcripción", puede solicitarla cualquier persona que tenga interés jurídico en hacerlo, aunque no sea uno de los sujetos que han suscrito el instrumento privado.

La eficacia del acto de "protocolización" se reduce a darle "fecha cierta" al instrumento que se transcribe.

Sólo en ese aspecto - el de dar "fecha cierta" al instrumento privado en relación con terceros y con los sucesores singulares de las partes - coincide el efecto jurídico del "reconocimiento" y el de la "transcripción" (o "protocolización").

Por eso es que ambos supuestos - no obstante las diferencias señaladas - son admitidos en el art. 1035 como suficientes para alcanzar esa finalidad.

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Contenido sustantivo del acto

Como enseña Von Tuhr, el reconocimiento ha de resultar de una declaración que, según sus funciones, puede ser de ciencia (valor confesorio), o de voluntad (lo que equivale a consentir la existencia de una relación jurídica negocial).

El caso particular del reconocimiento de un instrumento privado para conferirle "fecha cierta" no queda excluido de esta regla general que informa toda la doctrina jurídica del acto de reconocimiento.

EL mismo inc. 2º del art. 1035, pese a su brevedad, emplea palabras suficientemente expresivas para avalar esa doctrina. En efecto, su texto lo indica con claridad: "la de su reconocimiento «ante» un escribano [...]".

La preposición que emplea la norma ("[...] «ante» un escribano [...]") tiene el significado de "adelante de", o de "en presencia de", lo que evidencia que, para que se produzca el acto de reconocimiento, es necesario que haya una declaración en ese sentido, por consiguiente, que ella - como toda declaración - tenga contenido sustantivo (en el sentido de que quien "declara" está diciendo o expresando algo, en relación con hechos, actos o circunstancias, con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas. Como dice el art. 944, con el fin inmediato de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos). Además, que esa declaración se formalice ante escribano, siguiendo el procedimiento que exponemos a continuación.

b) Sujetos legitimados

En primer lugar, es necesario caracterizar a los sujetos que se encuentran legitimados para formular válidamente esa declaración y otorgar el acto.

Como hemos visto, el contenido sustantivo del reconocimiento consiste en una "declaración" de ciencia (con valor confesorio), o de voluntad (con valor vinculante de relación jurídica). Por consiguiente, el acto sólo puede ser otorgado por todos (o por alguno) de los sujetos que han firmado el instrumento privado (art. 1031), en tanto conserven su capacidad en el momento del reconocimiento (art. 1027).

También puede efectuarlo quien sólo haya puesto en ese instrumento sus iniciales o signos siempre que, por acto de su voluntad, quiera hacerlo (art. 1014).

Por último, los herederos universales de los firmantes, a tenor de lo dispuesto por el art. 1032, cuyo texto concuerda plenamente con la doctrina del art. 1195 que regula la extensión de los efectos de los contratos.

Hemos dicho que el reconocimiento puede ser efectuado por todos o por alguno de los sujetos que han firmado el instrumento privado. En el primer caso, el efecto del reconocimiento es total, en cuanto se extiende a todos los sujetos. En el segundo es parcial, pues sus efectos sólo alcanzan a quienes otorgaron el acto (de reconocimiento) y no a los que no participaron de él.

En resumen, en razón de que el reconocimiento es, en definitiva, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

declaración formal de un determinado sujeto que confiesa un hecho (declaración de ciencia), o que consiente la existencia de una relación jurídica negocial (declaración de voluntad), el acto no puede realizarse sin la necesaria intervención de ese sujeto, lo que excluye toda posibilidad de que el reconocimiento del inc. 2° del art. 1035 pueda sustanciarse válidamente con la sola actuación del notario y de los testigos, como lo sostienen los doctores Spota y Llambías (ver opinión de los nombrados tratadistas en citas efectuadas supra, tít. 6, apartado a).

c) Necesaria intervención de escribano de registro

Si bien es cierto que el reconocimiento de una obligación, para su eficacia entre partes, puede hacerse en instrumento privado (art. 720), tal forma jurídica carece de eficacia respecto de terceros y, en especial, para conferir "fecha cierta", precisamente, en razón de lo que dispone el inc. 2° del art. 1035, que requiere la intervención de "un escribano".

Las palabras, tal vez demasiado genéricas, que tiene el texto legal (en cuanto sólo hacen referencia a la intervención de "[...] un escribano [...]") parecen que dieran razón a los doctores Spota y Llambías, quienes admiten la posibilidad de que ese acto pueda verificarse válidamente ante un escribano "de título inscripto en la matrícula profesional del Colegio de Escribanos" (art. 12, ley 12990, con la modificación del decreto - ley 12454/57) que, desde luego, no es "escribano de registro" (ver opinión de dichos autores anotada supra, tít. 6, apartado a).

Por nuestra parte, consideramos que esa interpretación no se ajusta a derecho pues el reconocimiento sólo puede efectuarse válidamente ante "escribano de registro".

Fundamos nuestra opinión en la propia naturaleza del acto de reconocimiento que, como vimos, requiere que se formalice mediante una declaración (de voluntad o de verdad) que el sujeto legitimado debe expresar "ante" notario.

Como es sabido, la doctrina notarial y la jurisprudencia reconocen - dentro de la clasificación de los documentos notariales - la distinción fundamental que existe entre "escrituras" y "actas" (ver Carlos A. Pelosi, El documento notarial, capítulo VIII, n° 62, pág. 145, separata de los números 751 a 757 de la Rev. del Not.).

Entendemos que es escritura pública todo documento protocolar redactado de conformidad con la ley, firmado por los otorgantes, y autorizado por notario competente; cuyo contenido sustancial es un acto o negocio jurídico que tiene por fin inmediato establecer relaciones jurídicas, que crea, transfiere, modifica, conserva o extingue, por lo que, por definición, requiere como elemento esencial, expresión del consentimiento de los otorgantes mediante su declaración que puede ser de voluntad, de ciencia, de sentimiento, de conocimiento, etc. (art. 22 del "Anteproyecto de ley de los documentos notariales", en Rev. del Not. 765, y arts. 979, inc. 1°, 997 y sigtes., arts. 944, 1137, 1144, sigtes. y concords. Cód. Civil).

Acta, en cambio, es todo documento protocolar o extraprotocolar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formalizado a requerimiento de sujeto interesado, y autorizado por notario competente, quien debe redactarla conforme la ley, que tiene por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, de los que puede resultar alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, en cuanto para ello no sea necesario expresión de consentimiento (ver arts. 40 y sigtes. del "Anteproyecto de ley de los documentos notariales", en Rev. del Not. 765). Además, para las actas protocolares: arts. 984, 1003, 1211 y 3129, Cód. Civil; la intervención del notario y la necesidad de que las actas se redacten conforme a la ley: arts. 979 inc. 2° y 986; en cuanto al posible efecto de los hechos documentados: art. 896 y su doctrina.

Los hechos que pueden ser objeto de las actas notariales son, en general, aquellos a los que se refiere el codificador en la parte final de la nota general con que comienza la sección segunda del Código Civil, en la que regula los hechos y actos jurídicos y, también, la nota al art. 896.

En consecuencia, de conformidad con la distinción fundamental que acabamos de recordar, si el acto de reconocimiento debe efectuarse mediante una declaración de verdad, o de voluntad; si esa declaración sólo pueden efectuarla los sujetos legitimados; si ésta (la declaración) debe formalizarse "ante" notario, la conclusión es obvia: el único oficial público que puede ejercer válidamente esa función, redactando y autorizando escrituras públicas en el libro de protocolo, es el escribano público, titular, adscripto o suplente de un registro notarial (arts. 979, inc. 1°, y 997, Código Civil; arts. 10 y 12, primer párrafo, ley 12990 para la Capital Federal, y art. 1°, ley 9020, para la provincia de Buenos Aires).

A lo que antecede agregamos - a título recordatorio - que el escribano público que intervenga en el acto debe encontrarse en ejercicio legítimo de su función, tener competencia (por razón de lugar y de materia); que no medien impedimentos para actuar por vínculos de parentesco (art. 985, Cód. Civil); y, desde luego, que el acto debe formalizarse de conformidad con las disposiciones legales aplicables en todo lo referente a su estructura y contenido.

Por último, no olvidamos que una escritura pública puede ser autorizada, también, por ciertos funcionarios públicos, a quienes la ley les ha conferido iguales atribuciones que al escribano público, tal como lo dispone el mismo Código (arts. 979, inc. 1°, y 997: caso de los escribanos de gobierno, de los cónsules, etc.); pero nunca por quien sólo tenga el grado académico, o universitario, de "escribano" o de "notario", aun cuando se encuentre "matriculado" en algún Colegio Notarial y se le haya autorizado - según la ley - para realizar ciertos actos de facción extraprotocolar.

d) Forma del acto de reconocimiento

La opinión de la doctrina nacional no es coincidente en lo que se refiere a la forma en que debe otorgarse el acto de reconocimiento.

Spota y Llambías consideran que no es necesario que se formalice acta, y estiman suficiente que el acto se verifique al pie del instrumento privado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

firmando la atestación respectiva alguno de los signatarios del instrumento que se reconoce y, además, el notario y dos testigos. En cambio, Fassi juzga necesario que se redacte acta de reconocimiento en el protocolo notarial. Para Mustárich, el acto de reconocimiento es semejante al de protocolización. Neri considera que la suscripción al pie del documento que se reconoce no es aconsejable, porque no excluye la posibilidad de que se complazca una falsa certificación, por lo que el espíritu de la ley es que el reconocimiento se valore ante un escribano de registro, en acta extendida en el protocolo, es decir, que se otorgue en escritura pública (Tratado de derecho notarial, y. II, pág. 364).

Salvat conceptúa que es necesario el otorgamiento de una escritura pública; y Borda sustenta la misma opinión, con el agregado de que el instrumento reconocido quede perfectamente individualizado (ver supra, tít. 6, apartado a, donde se consignan las citas correspondientes a las obras de los autores nombrados).

En nuestra opinión, conforme a todo lo que antes hemos expuesto, siendo que el reconocimiento es un acto jurídico que exige una declaración (de ciencia o de voluntad) de parte del sujeto que lo realiza, la única forma válida para su otorgamiento es a escritura pública pues, dentro de los diversos tipos de documento notariales, ésta (la escritura pública) es la que ha establecido la ley para que en ella se exprese el consentimiento, con la finalidad de dar forma auténtica a los actos jurídicos.

Una declaración de esa naturaleza no puede formalizarse válidamente en acta notarial pues, como antes hemos anotado, esa clase de documento está destinada sólo a la autenticación, comprobación y fijación de "hechos", lo que excluye el reconocimiento que, por su naturaleza, exige una "declaración", aunque esa declaración se limite a reconocer el "hecho" de haberse firmado el documento, como corresponde a las declaraciones de verdad o de ciencia.

Exclusión que todavía se pone más de manifiesto si el acta se redacta fuera del protocolo (art. 998) como una simple constancia al pie del instrumento privado, tal como opinan los doctores Spota y Llambías.

e) Estructura del acto de reconocimiento

a - 1. Presentación del instrumento. Efectuado el requerimiento a notario competente para que intervenga en la documentación del acto y acreditada en debida forma la legitimación de los sujetos que han de otorgarlo, corresponde que los interesados presenten al notario el instrumento privado que va a ser objeto del acto de reconocimiento.

Esta parte del proceso es semejante a la que expusimos al analizar el supuesto de transcripción (o de protocolización) del instrumento privado, limitada, naturalmente, al supuesto de que intervenga en ese acto notario público (recordamos que, como la transcripción puede efectuarse en "cualquier registro público", puede presentarse el caso que intervenga algún funcionario público y no, necesariamente, un notario público).

Aunque en el reconocimiento el escribano, al redactar la escritura, debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proceder a determinar el instrumento privado expresando los datos indispensables para circunstanciarlo como cosa mueble que tiene a la vista, tal como expresamos antes al considerar el supuesto que establece el inc. 3º del art. 1035 (ver, supra, tít. 5, apartado c); en el caso que ahora analizamos no es necesario que lo transcriba en el protocolo, y, mucho menos, que proceda a anexarlo como cabeza de escritura pues, como más adelante indicamos, ese documento debe ser devuelto a los requirentes.

b - 1. Declaración de los otorgantes

En cambio, es fundamental que la escritura contenga la declaración de los otorgantes, en la que expresan que reconocen el instrumento privado que antes ha quedado determinado conforme a lo que dejamos expuesto en el acápite anterior, pues ése es el objeto específico del acto que se instrumenta y, a partir de ella, es su propia autenticidad la que comunica su fecha al instrumento privado reconocido.

c - 1. Firma de los testigos

La escritura de reconocimiento - como toda escritura pública - debe ser leída a los requirentes y, una vez que se hubieren efectuado las salvaturas a que se refieren los arts. 989 y 1001 (en caso de existir), debe ser firmada por los otorgantes (supuesto, desde luego, su consentimiento) y autorizada al final por el escribano.

Pero, además, esta clase particular de escrituras ¿requiere como requisito formal de validez la firma de dos testigos presentes en el acto?

En nuestra opinión, si tuviéramos el poder de decidir alguna cuestión de esta naturaleza, no tendríamos dudas en afirmar que, a partir de la sanción de la ley 15875, una escritura de reconocimiento de un instrumento privado, redactado conforme a los recaudos que dejamos expuestos, no requiere, para su validez, que el acto se otorgue ante testigos y que éstos deban firmar la escritura.

No obstante, como uno de los aspectos fundamentales de la función notarial es conferir seguridad a los actos jurídicos, y considerando que siempre se encuentran personas dispuestas a exagerar el cumplimiento de formalismos que, a veces, continúan con vigencia aparente en el derecho positivo, aunque nadie pueda explicar su fundamento, y, si lo tuvo, ha perdido virtualidad con la incesante evolución de los conceptos, de las doctrinas, y de las instituciones jurídicas, es que recomendamos la presencia de testigos instrumentales en esas escrituras conforme a lo que resulta del inc. 2º del art. 1035 y de la parte final del art. 1001.

d - 1. Atestación en el instrumento privado

Otorgada la escritura de reconocimiento, el notario debe expedir copia (o testimonio) de ella y entregarla a los interesados, poniendo la nota correspondiente en el folio protocolar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como antes puntualizamos, en la escritura de reconocimiento no corresponde la protocolización del instrumento privado. Este (el documento privado) sólo debe quedar debidamente determinado y relacionado en el texto de la escritura.

Pero, además, el escribano, debe poner al pie de ese documento (agregando una hoja de papel complementaria, si fuere necesario) una atestación en la que se relacione el acto que ante él se ha otorgado, de la que resulte quién fue el requirente; el reconocimiento efectuado y el efecto querido, o sea el de comunicar a ese instrumento (el privado) la fecha que tiene la escritura.

Desde luego, la data (lugar y fecha) de dicha atestación tiene que coincidir con el de la escritura.

A nuestro parecer, esta atestación tendría que llevar sólo la firma y sello del escribano que autoriza la escritura (o, en su caso, la de su adscripto, suplente o sucesor en la titularidad del registro notarial), pero, por las razones que expusimos en el apartado anterior, es recomendable que también la suscriban los propios sujetos que otorgaron la escritura y los testigos del acto.

III. LOS HECHOS JURÍDICOS QUE PUEDEN DAR FECHA CIERTA A LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

Por el inc. 4° del art. 1035, un instrumento privado adquiere "fecha cierta" en relación con los sucesores singulares de las partes, o de terceros, cuando ocurra alguno de los siguientes hechos: fallecimiento de la parte que lo firmó; o del que lo escribió; o del que firmó como testigo.

Desde luego, la muerte - comprobada - de alguna de las personas que indica la ley importa la verificación de un hecho jurídico que confiere certeza en cuanto a la fecha del documento en este sentido: su "fecha cierta" no será la que en él se expresa, sino la del día en que se produce ese hecho, es decir, el de fallecimiento, excepto, naturalmente, que ambas fechas coincidan.

Además, no debe haber dudas en cuanto a la paternidad de la firma que aparece en el documento: debe haber sido puesta y pertenecer a la persona que falleció.

Por otra parte, como observa el doctor Spota, la muerte de quien "escribió" el documento (desde luego, partiendo de la base de que lo haya manuscrito, y no que lo hubiere hecho con medios mecánicos) no debería implicar fecha cierta - si es que, al mismo tiempo, esa persona no suscribió el documento - pues éste (el documento) pudo haber sido firmado aun con posterioridad al fallecimiento de la persona que lo escribió. Como anota el doctor Spota, este hecho sólo revela que el documento fue suscrito, por lo menos, a partir de que tal muerte ocurrió, pero no brinda certeza sobre la fecha. Procede, pues, la pertinente interpretación correctora y en el sentido indicado (ob. cit., n° 2141, pág. 803).

Por consiguiente, lo que hace cierta la fecha del instrumento privado es el hecho de la muerte de la persona que lo firmó como otorgante, o de la persona que lo firmó como testigo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por nuestra parte, interpretamos que a los dos supuestos anotados cabe agregar el de la muerte de cualquier otra persona que haya suscrito el documento a condición de que de su texto resulte que ha participado en el acto. Por ejemplo: la firma de un boleto de compraventa de un inmueble alquilado. Si el locatario participa en el acto prometiendo, al comprador, que en determinada fecha dejará de ocupar el inmueble como inquilino, y ello se redacta como una cláusula especial del boleto, la muerte del locatario, aunque no revista el carácter de "parte" contratante en la compraventa del inmueble, ni de "testigo" del acto, determina la "fecha cierta" del instrumento privado porque fue partícipe de su otorgamiento y, como tal, firmó el documento.

En resumen: el instrumento privado adquiere "fecha cierta", por causa de la muerte de la parte que lo otorgó, o del testigo del acto, que firmaron dicho documento.

También, en nuestra opinión - aunque no lo diga la ley - , desde el día de la muerte de quien participó en el acto, aunque no revista el carácter de parte del negocio principal, ni la de testigo del acto.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

De acuerdo con todo lo que dejamos expuesto, nos permitimos formular las siguientes conclusiones generales en relación con los hechos o actos jurídicos que pueden conferir "fecha cierta" a los instrumentos privados:

1. Que esa "fecha cierta" ha sido regulada por la ley teniendo en consideración el interés jurídico de las personas que no han participado en la formalización de tales instrumentos (es decir, los privados). Pero, además, y muy especialmente de aquellos sujetos a los que el documento les puede perjudicar si les fuere oponible por tratarse de sucesores particulares de quienes lo otorgaron, tal como antes explicamos (título I, párrafo 2).
2. Que el instrumento privado adquiere fecha cierta como consecuencia de actos jurídicos que tienen que configurarse conforme a un elevado índice de seguridad; o también de hechos jurídicos que excluyen toda posibilidad de desconfianza en cuanto a su propia existencia y virtualidad.
3. Esos "hechos", o esos "actos jurídicos", por sí solos, deben considerarse suficientes para que se tenga la certeza de que el documento privado no ha podido ser firmado después que alguno de tales "hechos" o "actos" se han producido.
4. En cuanto a los "actos jurídicos" la ley requiere:
 - a) la necesaria intervención de un oficial público (por consiguiente, de una persona a la que se le exige estar designado y encontrarse habilitado para ejercer una determinada función pública); tener competencia - en razón del lugar y del asunto - y no mediar impedimentos para su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actuación por vínculos de parentesco;

b) la necesidad de que en estos casos se formalice un instrumento público complementario (que debe tener las formalidades de ley), que es el que, en definitiva, comunica su propia fecha (que, por su naturaleza, se la considera "cierta" o "verdadera") al instrumento privado;

c) que, como consecuencia de la necesaria producción de ese documento público y del ejercicio de su función, el oficial público tiene que participar en el acto (que puede ser de "reconocimiento"; o de "transcripción"; o de "protocolización" del instrumento privado; así como su "archivo" en una repartición pública) y asumir las responsabilidades del caso.

5. En cuanto los "hechos jurídicos" que pueden llegar a conferir fecha cierta a un instrumento privado, sólo pueden admitirse aquellos que - como antes anotamos - ofrecen certeza absoluta de ese resultado y excluyen toda posibilidad de desconfianza, como es el del fallecimiento del sujeto que suscribió ese instrumento: una vez que se ha probado la muerte cierta de esa persona (con la consiguiente certificación expedida por el Registro respectivo); así como que "su firma" es la que se encuentra escrita en el instrumento, es indudable que éste (el instrumento) no ha podido otorgarse con fecha posterior a la fecha del deceso de la parte o del testigo; o también - como explicamos antes - del sujeto que, sin revestir esas categorías, participó en el otorgamiento de ese instrumento.

V. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DEL ART. 1035. ¿ES TAXATIVA O EJEMPLIFICATIVA?

Hemos tratado de hacer un análisis de los diversos supuestos que contiene el art. 1035 del Cód. Civil con la finalidad, precisamente, de dar respuesta a esta pregunta final.

No vamos a repetir la opinión de la doctrina nacional en este aspecto de la cuestión. Como es sabido, hay autores que consideran que los supuestos del art. 1035 son taxativos. Otros los consideran sólo enunciativos.

Por nuestra parte, en coincidencia con los preopinantes, escribana Carballal y doctores Pelosi y Moreira, consideramos que los supuestos que presenta el citado artículo no son taxativos, pues el derecho está destinado a realizar una permanente valoración y ordenamiento de hechos y actos de los seres humanos, los que serán jurídicos en tanto produzcan consecuencias de esa naturaleza (es decir, la creación, adquisición, conservación, transmisión, modificación, o extinción de derechos, obligaciones, o relaciones jurídicas), con el reconocimiento (expreso o tácito) de la sociedad y de los poderes públicos instituidos para representarla en forma organizada.

Pero si bien admitimos la posibilidad de que haya otros actos o hechos jurídicos que tengan la virtualidad de conferir fecha cierta a los instrumentos privados, su naturaleza tiene que ser semejante, o equiparable, a lo que expresa el art. 1035, tal como lo señalamos en el título IV del presente estudio, que ahora resumimos así:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Que la elección del supuesto admisible como eficiente para conferir fecha cierta al instrumento privado se efectúe teniendo en cuenta, por sobre todo, los derechos de los sucesores singulares de las partes y el de los terceros y no otros derechos, ni otros intereses.
2. Que el hecho o acto jurídico que se considere admisible, por sí solo tenga virtualidad suficiente para cumplir con esa finalidad (dar fecha cierta), produciendo certeza absoluta de ese resultado, de manera que quede excluida toda idea de desconfianza.
3. Que los enunciados que anteceden requieren, además, cuando el supuesto admisible se trate de un acto jurídico: a) la necesaria intervención de un oficial público que tenga competencia y asuma la responsabilidad del acto; b) que ese acto comunique su propia fecha al instrumento privado, confiriéndole la necesaria fehaciencia.

VI. EXAMEN DE LAS CONCLUSIONES FORMULADAS EN RELACIÓN CON DIVERSOS SUPUESTOS DE HECHOS Y DE ACTOS JURÍDICOS

1. Pérdida de las manos o enfermedad permanente que impida firmar

Pueden ser hechos admisibles para determinar la fecha cierta del instrumento privado.

Pero como "hechos" no son suficientes, por sí mismos, para que se considere alcanzada esa finalidad con seguridad, como resulta en el caso del fallecimiento. Como recordaba el doctor Pelosi, es conocido el caso de los pintores sin manos. Es decir, aun sin manos, siempre subsiste la posibilidad de que una persona pueda firmar un documento utilizando su boca, los dedos del pie, o empleando aparatos ortopédicos.

En estos casos, siempre será necesaria una sentencia (dictada en proceso contencioso, con la necesaria intervención del tercero, o del sucesor singular de la parte) que resuelva ese caso concreto, declarando fecha cierta del documento la del día en que se produjo el hecho a partir del cual, el sujeto que aparece firmando, perdió la posibilidad de hacerlo en el futuro.

2. El acto jurídico de certificación de firma

Por lo general, la certificación de firmas puestas en instrumentos privados las efectúa el notario público. A veces la ley confiere esta atribución a funcionarios del poder judicial y de la administración. Desde luego, no puede ser cualquier funcionario - por más alta que sea su jerarquía - . Si no tiene competencia especial para efectuar esa certificación y, al mismo tiempo, si no tiene el poder de dar fe.

Además, el proceso de la certificación tiene que reunir los requisitos legales indispensables que aseguren la autenticidad del acto. En primer lugar, el interesado debe formular requerimiento al oficial público para provocar su intervención. En sede notarial, este requerimiento queda documentado en el protocolo notarial o en el libro de requerimiento para certificaciones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

firmas en el que se deja constancia de quién solicita la certificación y a qué se refiere el documento privado.

En segundo lugar, el requirente debe firmar simultáneamente ante el notario, el acta de requerimiento y el instrumento privado.

Va de suyo que queda excluida toda posibilidad de que el requerimiento lo formule una persona distinta de la que suscribe el instrumento y, además, como consecuencia del proceso por cumplirse, que ese instrumento esté firmado por el requirente antes de que lo presente al notario a los efectos de la certificación. En realidad, si el instrumento se presenta al notario estando ya firmado, éste (el notario) debe requerir que el o los interesados lo vuelvan a firmar en ese acto, y en su presencia.

Cabe advertir que en estos casos hay una recíproca intercomunicación de fechas entre la que lleva el acta de requerimiento y la que el notario pone en el documento privado que certifica.

Con todo, debe tenerse presente que la fecha de la certificación puede ser la fecha cierta del instrumento privado, si en esa oportunidad (es decir, la de la certificación) efectúan el requerimiento y firman ese instrumento todas las personas que aparecen suscribiéndolo.

En cambio, si el documento privado aparece suscrito por varias personas, pero el notario certifica la firma de una, o alguno de los firmantes, pero no de todos, la fecha de la certificación puede computarse como cierta para éstos (es decir, para las personas cuyas firmas están certificadas), pero no para los demás que, desde luego, pudieron firmar con posterioridad a ese acto.

Toda certificación de firma que no cumpla con las formalidades mínimas que en sus lineamientos generales dejamos expuesta, no puede ser admitida como cierta y valedera, negándole eficacia jurídica y, sobre todo, oponibilidad a terceros y sucesores singulares de las partes.

Por último, debe tenerse presente que estas certificaciones no tienen el valor jurídico de la declaración de reconocimiento del contenido negocial del instrumento; ni el de su transcripción en un registro público; ni de su archivo; razón por la cual la pérdida o destrucción del instrumento privado determina, simultáneamente, la pérdida de valor de la certificación realizada, pese a la constancia que pueda quedar en el libro de requerimientos de haberse verificado el acto.

3. Sello fechador de reparticiones fiscales, del correo y de bancos

Aun dejando de lado la posibilidad de que el sello fechador que se utiliza en las reparticiones fiscales, o del correo, o de instituciones bancarias sea utilizado con intención fraudulenta (lo que no puede sorprender a nadie, pues para ello ni siquiera es necesaria la complacencia de la persona encargada de utilizarlos, ya que puede hacerlo cualquier otra que tenga la posibilidad fáctica de estamparlo, aprovechando momentáneos descuidos o el abuso de la confianza concedida), no admitimos la posibilidad de que su empleo sea suficiente para conferir fecha cierta a los instrumentos privados por las siguientes razones:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El estampado del sello importa - indudablemente - la realización de un acto jurídico, pero quien lo coloca - aun cuando se lo considere un funcionario fiscal, del correo o del banco - no tiene la categoría de oficial público con competencia suficiente para conferir fecha cierta a un instrumento privado. Además, su intervención es anónima (desde que el estampado del sello no lleva firma que identifique a quien lo ha colocado) y, por tanto, ajena a toda asunción de responsabilidad funcional (excepto la interna propia de la administración en la que presta sus servicios).

Además, el estampado del sello es un acto que se cumple como un proceso casi mecánico, más que jurídico, ya que no se formaliza ningún instrumento público que - como en los demás supuestos - comunique su propia fecha al documento privado.

Por consiguiente, la suma de todas las observaciones nos lleva a la conclusión de que el sello fechador que utilizan las instituciones antes indicadas no puede - por sí sólo - conferir certeza a los instrumentos privados en cuanto a su fecha ni, desde luego, excluir toda posibilidad de desconfianza de parte de los sujetos (terceros o sucesores particulares de las partes) a quienes se les quiera imponer su existencia y su eficacia jurídica.

OPINIÓN DE EDUARDO BAUTISTA PONDE

DOCTRINA: La enumeración del art. 1035, Cód. Civil, debe entenderse enunciativa, con lo que puede adquirirse la certeza de fecha cierta por aplicación de otras normas, siempre que posean fuerza fideifaciente. Los ordenamientos reguladores de la función notarial que tengan el amparo de la fe pública son aptos para dar fecha cierta a documentos privados cuando se cumplen los requisitos impuestos por esas normas legales. Ello se efectiviza sin necesidad de intervención judicial ni de ningún otro poder del Estado.

Mi tesis es favorable a la interpretación que da carácter enunciativo a los cuatro incisos del art. 1035 del Código Civil. Comparto, pues, lo expuesto por aquellos preopinantes que se manifestaron en favor de la tesis enumerativa. También coincido con el maestro Pelosi, en cuanto a que el tema debe ser enfocado con sentido notarialista.

Escribo - cuando ya Carlos Pelosi no es consejero, - porque dejó este mundo del humano vivir. Le llamo, entonces, maestro, como un otro homenaje a su memoria y porque lo fue en un nivel que hasta ahora nadie alcanzó en América y muy pocos en todos los ámbitos del notariado llamado de tipo latino.

Desde ese ángulo notarialista, sostengo que los ordenamientos reguladores de la función notarial que tengan el amparo de la fe pública notarial son aptos para dar fecha cierta a documentos privados, siempre - claro está - que se cumplan los requisitos que impongan esas normas legales.

Tales - recogiendo el ejemplo dado por el maestro Pelosi - las constancias devenidas de los libros de requerimientos o de registración de firmas. Son documentos notariales auténticos porque la fideifaciencia notarial les da

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esa categoría e impregna no el contenido del documento privado, pero sí la certificación extendida por el notario, cuya fecha de certificación es indudable fecha cierta, de lo que disiento de la opinión del maestro Pelosi, en cuanto a que para él no se extiende al documento "adicionado".

No veo posibilidad de duda con respecto a que el día que el documento privado es exhibido al notario y firmado en su presencia, ese documento existe, y en relación con esa fecha no tiene sentido suponer que pueda antedatarse, ya que es un hecho que percibe el notario y que él afirma con toda la fuerza y eficacia jurídica emanada de su facultad fedante.

Negar esa realidad es desbaratar toda la teoría de las certificaciones, de las notas y de las actas notariales, por cuya incorporación, de manera expresa, a la ley de fondo venimos luchando doctrinalmente los notarialistas argentinos y que ya se logró en otros países.

Precisamente, con enfoque notarial, es equivocado retacear el vigor fideifaciente que resulta de esos libros de requerimientos o de registro de firmas y su extensión a la constancia puesta en el documento privado.

El ejemplo en cuestión constituye una oportunísima demostración y prueba del carácter enunciativo y no taxativo del art. 1035, Cód. Civil.

En forma alguna deben confundirse esas constancias notariales de carácter certificante auténtico con los efectos del comúnmente llamado "matasellos". Las certificaciones notariales del tipo a que me refiero tienen efectos jurídicos erga omnes por la incidencia de la fe pública notarial; el sello fechador, como bien dice la primera opinante Hada Carballal, no tiene eficacia en relación con terceros, sino entre partes, que son el Fisco y el contribuyente, lo que escapa al hipotético jurídico del art. 1035 del Código Civil.

Va de suyo, por otra parte, que el sello fechador carece de seguridad jurídica. Ello así, porque además de la facilidad y simpleza con que el empleado a cargo de la selladura puede cambiar la fecha, ocurre que tal empleado carece de fe pública y por ende no autentica nada; sencillamente está autorizado para esa tarea cumpliendo un quehacer de carácter interno en la repartición donde trabaja.

No apruebo la eventual derivación interpretativa a la justicia en el comentado supuesto de fecha cierta advenida al documento privado el día de la intervención certificante del notario, acorde con la ley que regla esa actividad.

Ello no obsta a que el juez, ante situaciones especiales, pueda dar por probada la fecha cierta en razón de los diversos elementos de juicio que puedan haberse acumulado, lo que - de otra parte - vendría a corroborar que si el juez puede valerse de medios distintos de los determinados en el art. 1035, Cód. Civil para fijar la fecha cierta de un documento privado, el texto de este artículo es enunciativo. Pero éste es otro aspecto no necesariamente relacionado con la función notarial, y tengo ya expresado que me ciño al enfoque notarialista del tema.

La proclividad a desplazar lo notarial con valor fehaciente a veredicto del Poder Judicial me resulta inaceptable, porque implica un renunciamiento al poder fedante que posee el notario; es más, creo que la autolimitación en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejercicio de la fe pública representa el incumplimiento de una faz esencial de la función notarial.

La fe pública es una; pero se exterioriza formalmente con caracteres administrativos, legislativos, judiciales y notariales. En esa exteriorización se revelan diferencias como verbigracia, la condición estrictamente personal, enfáticamente calificada como personalísima cuando es ejercida por el notario y, de manera contrapuesta, de tipo corporativo, cuando lo es por parte del Poder Judicial, del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

Por esa razón exteriorizante se suele hablar de fe pública judicial, fe pública administrativa, fe pública legislativa y fe pública notarial. Empero, es siempre fe pública única.

Sigo, consiguientemente, que si la fe pública es una, su vigor es exactamente igual sea quien fuere que la ejerza, si está dotado de ella.

La fe pública del notario no cede ante la del juez ni ante la de ningún funcionario, por elevada que sea su jerarquía, como tampoco la supera. Es igual en fuerza y eficacia jurídica, simplemente porque es la misma, desde que es única.

OPINIÓN DE FRANCISCO FERRARI CERETTI

DOCTRINA: La enumeración del art. 1035, Cód Civil, es limitativa La redacción del art. 1034, que lo precede; inclina a ese entendimiento. Los jueces podrán admitir el ofrecimiento de todo género de pruebas, pero éstas deberán estar enmarcados en la dirección que contemplan los incisos del art. 1035.

Los dictámenes que preceden exponen exhaustivamente la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, lo que me exime de ser repetitivo.

En la apreciación de las disposiciones legales siempre existe quien se inclina por una doctrina o por otra.

No se alcanza a comprender qué otros medios puedan ofrecerse para establecer indubitablemente la fecha de un documento privado, desde que Vélez Sársfield, haciendo gala de sabiduría, ha precisado los cuatro casos en que queda fijada la fecha de un documento privado.

Salvat, por quien nos inclinamos, al igual que el consejero Bollini, es, a nuestro modo de ver, quien con más claridad ha interpretado el pensamiento del codificador:

"Por una parte, los casos enumerados en el art. 1035 demuestran que el legislador, para dar fecha cierta a los instrumentos, sólo ha tomado en cuenta hechos que no dejan lugar a dudas, hechos que por sí solos impliquen la seguridad absoluta de que el documento no ha podido ser firmado con posterioridad a la fecha de producido; tal es el carácter común de los hechos tenidos en cuenta en cada uno de los cuatro incisos del artículo 1035 [...] La fecha cierta no puede resultar de ninguna clase de prueba y con mayor razón de la prueba de testigos o de presunciones. Sería inútil y no podría ser invocada contra el tercero a quien se opone el documento, tanto la prueba de la fecha que éste lleva, como la de la fecha en que se realizó el contrato que él constata".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por otra parte, lo que la ley no ha querido, ha sido abrir la puerta a lo arbitrario y a la incertidumbre, por ello el artículo 1035 es limitativo.

Coincido con el ex consejero Pelosi que no es posible establecer a priori los casos en que deba admitirse, más allá de las disposiciones legales vigentes, que el documento privado ha adquirido fecha cierta.

Y que su declaración debe quedar reservada a los señores jueces, quienes en cada caso concreto, juzgarán el valor de los datos aportados para demostrarlo.

Los notarios carecen del imperium de los jueces, y, por tanto, deben aplicar la ley tal cual está concebida.