

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL NOTARIO COMO LEGITIMADOR(*)⁽⁹⁾

RAÚL R. GARCÍA CONI

SUMARIO

I. Introducción. II. Legalidad y legitimación. III. Derecho público y derecho privado. IV. Forma y documento. V. Fe pública judicial y notarial. VI. Libertad de formas. VII. Fe pública y apariencia jurídica. VIII. Proliferación del instrumento privado. IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19, Const. Nacional) y cualquiera puede, por sí sólo, comportarse dentro de la legalidad, aunque sea un profano; pero cuando está comprometido el orden público deberá recurrir al patrocinio letrado (actuación forense) o a un legitimador que dé carácter público a su otorgamiento.

En estos supuestos los quehaceres particulares no son indiferentes a la comunidad y las relaciones jurídicas no se limitan al juego de prestaciones recíprocas, sino que - por lo menos potencialmente - abarcan a ciertos terceros, o a la seguridad jurídica, o a la economía procesal.

De ahí entonces que ciertos servicios especializados se reserven a profesionales universitarios cuyas incumbencias se regulan por ley, cuidando también que exista equilibrio demográfico entre los prestadores del servicio y los destinatarios naturales del mismo.

Quienes incursionen en estos campos sin estar oficialmente habilitados para ello, incurren en competencia desleal y alteran el mencionado equilibrio, por lo que deben ser combatidos, salvo que se trate de profesionales que comparten incumbencias en las inevitables zonas grises de las colindancias.

El Estado, que invierte mucho en la formación de sus universitarios, debe cuidar esa erogación, asegurándoles un desempeño a cubierto de vicisitudes y evitando el "ejercicio ilegal" de quienes no reúnan las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesarias condiciones intrínsecas (título universitario especializado) y extrínsecas (matrícula y colegiación).

II. LEGALIDAD Y LEGITIMACIÓN

El cumplimiento de la legalidad, teóricamente accesible a todos, consiste en el encuadre espontáneo dentro del plexo jurídico. Para el derecho positivo y en determinada circunstancia tempoespacial, un acto no puede ser más o menos legal, pues lo es o no lo es sin términos medios.

Si además de la legalidad (problema de conducta razonada o de asesoramiento) se pretende obtener legitimación, ya no bastan los comportamientos ni la sapiencia - propia o prestada - pues se necesitará también que alguien, con autoridad oficialmente reconocida se pronuncie positivamente sobre esa legalidad asumiendo la responsabilidad que le deriva el Estado (teoría del órgano: art. 1212 y conc. Cód. Civil y, en el caso del notario, también el art. 902, Cód. cit.).

No se trata, en la especie, de autoridad científica (que la puede tener un autodidacto) sino de la autoridad funcional inherente a una investidura, ya sea para algunos una delegación o una concesión del Estado, o una representación del mismo emanada de la ley.

Lo importante es que se ejercite la fe pública en algunas de sus vertientes, dentro de la concepción tripartita: fe pública judicial o litigiosa, fe pública administrativa o alitigiosa y fe pública notarial o antilitigiosa, según que esté ubicada en la perinorma (restablecimiento de la Justicia o su consolidación) o en la endonorma (paz jurídica y su mantenimiento).

En los casos de la fe pública judicial o de la administrativa (y en la subespecie de ésta: la registral), no caben dudas de que sus agentes son funcionarios públicos (propiamente dichos) de mayor o menor jerarquía, que perciben sus emolumentos del presupuesto estatal y que guardan relación de dependencia; aunque ésta es relativa para los jueces, que aplican su propio criterio y a quienes se asegura su autonomía funcional a través de la inamovilidad en el cargo, del que sólo pueden ser separados por el juicio político.

En el caso del notario, si bien no es inamovible, se asegura su independencia de criterio mediante una estabilidad que sólo cesa por causa de incapacidad, o, de inconducta, o por haber llegado a la edad tope que fijan algunas leyes reguladoras de la función.

La retribución del notario no depende del presupuesto oficial (salvo el caso de los Escribanos de Gobierno) y su paga la realiza directamente el usuario del servicio, pero no de modo convencional, sino por medio de una tarifa que tiene carácter de orden público, dado que su tarea legitimadora no se considera el ejercicio de una profesión liberal.

La tasa notarial no la paga el Estado (como persona de derecho público), pero la impone a ciertos contribuyentes (discriminando a veces su capacidad contributiva: tarifas de fomento para la vivienda propia). Tampoco reciben paga directa del Estado otros "funcionarios públicos", como los asesores honorarios y las autoridades comiciales o los médicos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que firman una partida de defunción, cuyas actividades atípicas son a veces esporádicas.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), ha declarado que el notario (latino) es un profesional de derecho a cargo de una función pública, pero esa profesionalidad a nivel universitario, si bien constituye un desiderátum, no es de la esencia de la función notarial, que en algunos países todavía perdura con el desempeño de empiristas. Inclusive en algunas provincias argentinas continúan actuando distinguidos colegas que no han frecuentado los claustros universitarios y de los que muchos aprendimos los secretos del oficio.

Según la clasificación de Bellver Cano en sus nociones sobre derecho notarial comparado(1)(10) el notario latino amalgama las condiciones de profesional de derecho (en rama especializada), y la de funcionario instrumentador. Cronológicamente actúa primero como profesional (audiencia e intermediación) que asesora a sus requirentes sobre la figura jurídica más adecuada para el equilibrio de sus respectivos intereses (para él no hay "contraparte") y debe ser imparcial, y luego se desempeña como funcionario propiamente dicho.

Todo ser humano con espíritu gregario cumple una función de convivencia dentro de la sociedad de la que forma parte. Esa función podrá ser privada y hasta íntima en el seno de su hogar y, en menor medida, seguirá siéndolo en su relación extrafamiliar; pero si la función que cumple es pública (en el concepto jurídico del vocablo) será funcionario público, aunque su tarea sea transitoria y gratuita. Todo ello hasta que se produzca su retiro del cargo o de la vida (de - función, al decir de Gattari).

Aunque el tema es polémico, nosotros nos enrolamos en la posición funcionarista del notariado latino, por cuanto creemos que es la única que justifica la limitación de actuantes y un severo régimen de incompatibilidades, principios consagrados en congresos internacionales de la especialidad.

Como simples particulares y cualquiera sea el grado académico que ostentemos, no podríamos ser legitimadores, por cuanto esta aptitud no la da el Estado en la Universidad (requisito intrínseco), sino a través de leyes orgánicas y de una especial designación que suele consistir en un decreto del Poder Ejecutivo o en una resolución ministerial.

Aunque la unción (discernimiento del cargo) no provenga del Poder Ejecutivo, sino del Poder Judicial (verb. Uruguay), o emane directamente del Poder Legislativo, es obvio que siempre deviene del Estado a través de alguno o algunos de los tres poderes en que se divide según la concepción montesquiana(2)(11).

III. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La influencia del derecho público en el derecho privado, estudiada en el reciente XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1986) está consustanciada con el quehacer notarial desde hace muchos años, cuando la función dejó de ser una actividad particular o de simple pericia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En nuestro país la ley 1494 expropió las pocas escribanías particulares que existían y por consiguiente todas las escrituras pasadas en el protocolo (que es propiedad del Estado) son públicas y, precisamente, son actos públicos en contraposición a los instrumentos privados y no porque cualquiera pueda tener acceso al contenido de tales instrumentos notariales, que encuadran en los límites del secreto profesional, ya que son otros los registros encargados de la publicidad (registros inscriptores).

Por todo ello hemos criticado la corruptela de llamar "escrituras oficiales" a las rogadas por instituciones del Estado, pues también son escrituras oficiales aquéllas autorizadas por notarios en que los otorgantes son simples particulares.

La verdad no es patrimonio de nadie, pero dicha por un notario (o por otros funcionarios públicos legitimadores) tiene el cuño de la verdad oficial, que surte efectos erga omnes (art. 993 y conc., Cód. Civil) y que sólo cede ante la redargución de falsedad.

Desde luego que el notario da fe (inspira fe y merece fe) "de que se le dice, pero no de "lo que se le dice" cuando la verdad declarada ante él no es de aquellas que dependen de su percepción sensorial (de visu et auditu suis sensibus), por lo que la oponibilidad de la escritura pública (como la de otros instrumentos públicos) es siempre instrumental y no necesariamente negocial(3)(12).

Sabemos que la fe pública notarial ha sido un desmembramiento de la fe pública judicial, como consecuencia de una mejor distribución del trabajo y de la distinción que se hace entre el acto justiciable (ius postulandi) y el acto jurídico pacífico.

A su vez la fe pública notarial contenida en ese registro público que se denomina protocolo(4)(13) dio origen a la fe pública que caracteriza a los registros inscriptores, y que para nosotros no tiene entidad suficiente para que la consideremos una cuarta especie (además de la judicial, notarial y administrativa). En nuestro sistema registral es una subespecie de la fe pública administrativa, aunque también se basa en la apariencia Jurídica(5)(14).

IV. FORMA Y DOCUMENTO

Forma no es solamente documento, pues éste es sólo una forma de la forma y ésta puede expresarse de otras maneras (gestos de asentimiento, entrega de la cosa y hasta ciertos silencios). A veces el Estado, por razones de orden público, impone la forma escrita (arts. 975 y 978, Cód. Civil), o el instrumento público genéricamente considerado (art. 976 íd.), o la escritura pública (art. 1184 y conc. id.).

"Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente" (art. 977, Cód. Civil) y por ello hemos criticado la redacción de ciertas leyes en que se dice "instrumento público", cuando éste no puede ser otro que la escritura pública (verb. arts. 4º y 165, ley 19550 y art. 131 del Cód. Civil, según ley 23264).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los instrumentos públicos sólo pueden ser creados por ley (como nuestros derechos reales) y para la validez del acto "es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones" (arts. 979 y 980, Cód. Civil).

El art. 979 del Código Civil enumera en 10 incisos a los instrumentos públicos, comenzando por la escritura pública y otros instrumentos notariales (incs. 1 y 2). En el inc. 4 se menciona a "las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos...", pues para la época del Código la fe pública judicial no era atribución de la magistratura, sino de los secretarios que como escribanos refrendaban la firma del juez.

Figuran además en el art. 979 otros instrumentos públicos sobre los que se ha producido la desuetudo, y si bien esa nómina es limitativa (La Ley, I - 119, 1955), otras normas han creado nuevos instrumentos públicos, como la Libreta de Enrolamiento, o el Documento Nacional de Identidad, o el Libro de Actas de la Caja Nacional de Jubilaciones (ley 10650), o la libreta de chofer profesional (La Ley, 45 - 346), o los informes del Registro de la Propiedad (Jurisprudencia Argentina, t. 46, pág. 220) y los telegramas colacionados (La Ley, 1956, I, pág. 154), etcétera.

Quienes sostienen que la falta de instrumento público ab initio se cubre con la posterior inscripción en un registro (cuyos asientos también son instrumento público a tenor del art. 979, inc. 2), olvidan que "la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico..." (art. 973, Cód. Civil) y no a posteriori.

Cuando el art. 973 citado exige que los actos solemnes se hagan "por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar" está refiriéndose concretamente a la fe pública notarial, a la administrativa y a la judicial, concepto que se reitera en la ley nacional de registros inmobiliarios (art. 3º, in fine, ley 17801) en lo que atañe a la autenticación de instrumentos privados.

La conversión en público de un instrumento privado, sólo es posible cuando es mandado "protocolizar" por juez competente (art. 984, Cód. Civil). También vale como acto público el testamento ológrafo (art. 3650, id. que señala algunas restricciones), pero este documento requiere su reconocimiento ante testigos respecto de la letra del testador y también su transcripción protocolar (art. 3692, Cód. Civil). En ambos casos de protocolización (arts. 984 y 3692 citados) debe tenerse en cuenta lo preceptuado por el art. 1003 del Código Civil, modificado por ley 15875.

Si la protocolización de documentos es exigida por ley "se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización, dará a los interesados los testimonios que se le pidieren" (art. 3º, in fine, Cód. Civil) los que también son escrituras públicas (art. 1010, id.).

Debemos inferir que si la protocolización no "es exigida por ley" (art. 1003 cit.) sino voluntaria - como sucede con documentos que ya son instrumentos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

públicos -, no hará falta disposición judicial que la resuelva, ya que la presentación al "protocolizador" será un acto espontáneo (salvo que se trate de documentos habilitantes).

Es importante destacar la evolución del concepto de protocolización. Antes la acción de protocolizar consistía en la transcripción de un documento en los folios protocolares. Ahora, con la modificación del art. 1003 del Código Civil por la ley 15875, es suficiente la inserción o incorporación del documento, de modo tal que protocolizar es "poner en el protocolo" lo que puede ser una certificación registral, un "documento habilitante", o de otra especie, como partes pertinentes de expedientes judiciales y administrativos, o copias autenticadas de escrituras extrajurisdiccionales (art. 8º, ley 21212 y art. 188 ley bonaerense 9020), que no requieren mandato judicial.

En los supuestos del tracto abreviado la ley nacional de registros inmobiliarios tampoco exige transcripciones y se conforma con "la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro" (art. 16, ley 17801). Empero, por razones de técnica notarial es aconsejable la transcripción de las declaratorias de herederos, pues bien sabemos el valor supletorio de estas protocolizaciones en caso de extravío del expediente judicial.

Por algo algunos juzgados llevan libros de sentencias que equivalen a protocolos, donde se conservan los originales y cuyas copias se agregan al respectivo expediente.

Recogiendo la recomendación de la XXV Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 1983), el Registro de la Propiedad de la aludida provincia dictó la Disposición Técnico Registral N° 14, de 1983, por la que considera "inscribibles todos los documentos en los que se utilice la modalidad del tracto sucesivo abreviado" y, dentro del concepto de "documento autónomo", acepta la aplicación integral del tracto abreviado aun en los supuestos de transferencias de partes indivisas (situación muy común entre coherederos).

Por su parte el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, con fecha 28 de octubre de 1986, ha dictado la Disposición Técnico Registral N° 1, según la cual: "En los supuestos de anotación de declaratoria de herederos y testamento, se admitirá como documento a registrar el testimonio de la escritura de protocolización de las actuaciones judiciales si así se hubiera dispuesto en el respectivo proceso sucesorio. Esta circunstancia debe resultar del propio documento. "Más progresista hubiera sido esta D.T.R. si no fuera por la exigencia de que la protocolización sea resuelta en sede judicial, pero no podía ser de otra manera si se tiene en cuenta que el propio Registro ha cercenado sus atribuciones, dado que el art. 103 del decreto 2080/80 exige que el juzgado ordene la inscripción, aun cuando la rogatoria inscriptiva no la haga el juzgado sino "los profesionales intervinientes" facultados a "solicitar directamente la inscripción de los bienes registrables" por el art. 698 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 22434 que ha previsto la "sucesión extrajudicial") .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ante la colisión de normas (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el decreto 2080/80 con su correlato D.T.R. N° 1, año 1968), no dudamos que debe prevalecer la ley sobre un decreto que ya ha sido tildado de inconstitucional por otras demasías.

V. FE PÚBLICA JUDICIAL Y NOTARIAL

Decíamos antes (supra III) que en el devenir histórico la fe pública notarial ha sido un desglose de la judicial (scabini, librepens, iudici chartularii, etc.), pero el nexo no ha desaparecido y conserva aspectos recíprocos, como en el caso de la conotariación de los jueces de paz (verb. Bolivia y Paraguay) y a ellos alude nuestro Código Civil cuando se refiere a "otros funcionarios con las mismas atribuciones" (art. 979, inc. 1), o a "otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones" (art. 997), los que deberán actuar "en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor" (art. 998, Cód. cit.). Añade este artículo que:

"Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno", lo que debe interpretarse que no valdrán como instrumento público, ya que en determinadas circunstancias podrán valer como instrumento privado (art. 987, íd.).

Durante muchos años, hasta que la Suprema Corte de Justicia terminó con la permisividad, los secretarios de Primera Instancia -como ayuda de costas - podían ejercer notariado, para lo cual utilizaban el protocolo que le facilitaba algún escribano de número.

En el año 1970 me decía un ministro de la Suprema Corte de Justicia en la República del Salvador, que ellos podían "cartular", pero que en la práctica no ejercían funciones notariales.

Recíprocamente, hay muchos actos judiciales que se protocolizan a los efectos de obtener matricidad y también para facilitar el trámite inscriptivo (verb. subastas públicas y juicios de usucapión), procedimiento que puede extenderse al proceso sucesorio extrajudicial(6)(15).

Es obvio que la fe pública judicial no necesita legitimación complementaria (salvo en la protocolización del testamento ológrafo: art. 3689, Cód. Civil), pero la matricidad notarial sirve a la economía procesal - inscriptiva, por cuanto libera a la judicatura de tarea delegable.

Tampoco el documento notarial necesita homologación judicial, pero los jueces pueden corregir errores u omisiones en reemplazo de subsanaciones notariales (art. 35, ley 17801 y III Congreso Internacional de Derecho Registral, Puerto Rico, año 1977), siempre que la resolución "contenga los elementos necesarios a tal efecto" (art. cit.) y, desde luego, podrá rectificar cualquier acto jurídico dentro del debido proceso.

Cuando la Justicia declara válido un testamento por acto público ("ante escribano público y tres testigos residentes e el lugar": art. 3654, Cód. Civil), no lo está convalidando, pues por sí solo "hace plena fe hasta que sea argüido de falso..." (art. 993 y conc., Cód. Civil), y en tal caso sólo se limita a legitimar al heredero aparente, como lo hace al dictar declaratoria de herederos (art. 3430, íd.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. LIBERTAD DE FORMAS

Dentro del concepto de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil) restringida ahora por las teorías de la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, la función social de la propiedad y la prohibición de dividir las cosas de modo antieconómico (arts. 954, 1198, 1071, 2513 y 2326, Cód. Civil, respectivamente), la tan pregonada libertad de formas es sólo un principio general (art. 974, Cód. Civil) pletórico de excepciones, ya que no puede interpretarse como la renuncia absoluta de la formalidad, sino como la posibilidad de que en algunos casos los interesados elijan, de entre todas las formas posibles, aquella que prefieran, puesto que de todos modos tienen que utilizar alguna.

Aun en los actos bajo firmas privadas en que "no hay forma alguna especial" y "las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes" (art. 1020, Cód. Civil), "la firma es una condición esencial" (art. 1012, íd.), y se requieren tantos ejemplares como partes intervengan con interés distinto (art. 1021, íd.), salvo contadas excepciones (arts. 987, 1023, 1024 y 1025, Cód. Civil).

También restringe la "libre contratación" la imposición estatal de presunciones que pueden o no admitir prueba en contrario (*iuris tantum* o *iuris et de iure*).

En el primer supuesto se invierte la carga de la prueba (*onus probandi*) y a veces no basta el mero planteo de la duda (como ocurre con el documento privado: art. 1032, Cód. Civil), ni la simple prueba en contrario, sino que se necesita la redargución de falsedad (legitimación propia del instrumento público).

En la segunda hipótesis, la presunción es absoluta (a veces más que una presunción es una verdadera ficción legal) y la circunstancia presunta queda convalidada en base a una incontrastable apariencia jurídica.

Observemos que la convalidación no es de distinto signo que la legitimación propiamente dicha o perfeccionadora. Aquella tiene un efecto "ofensivo" porque ataca lo que puede ser la realidad jurídica, y ésta sólo surte efectos "defensivos".

Ejemplos de apariencia jurídica los encontramos en el art. 22 de la ley 17801 y en los arts. 594, 732, 970, 981, 982, 983, 996, 1967, 2130, 2355, 2357, 2362, 2403, 2519, 3264, 3430, 3542, etcétera del Código Civil.

Se presume que el edicto lo lee hasta el analfabeto al que esté destinado, no se admite el error de derecho (aunque se cometen muchos) y sólo por excepción se acepta el "error excusable" en materia tributaria.

La convalidación registral no se basa en la fe pública (que campea en nuestros registros inmobiliarios), sino en la apariencia jurídica.

Su aplicación debe ser restrictiva, como cuando la titulación es defectuosa (ley 2111 de La Rioja) o la inscripción adquiere cierta antigüedad (Registro Nacional de la Propiedad del Automotor).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. FE PÚBLICA Y APARIENCIA JURÍDICA

Al Estado gendarme sólo le interesaba la seguridad física de los gobernados, para que sigan sirviendo como soldados en la próxima contienda.

Hoy, el moderno Estado providencia recurre a la forma, a la fe pública y a la apariencia, para que haya seguridad jurídica, tan importante para el progreso y la paz social.

La forma instrumental pública es la conjunción de forma y de fe pública, de la que ha dicho Orgaz que "es la garantía de la autenticidad y de verdad para los actos celebrados por oficiales públicos que son depositarios de potestad para otorgarlos".

Desde el punto de vista cuantitativo, las estadísticas revelan que la fuente más copiosa de forma instrumental pública es el documento protocolar a cargo de ese personaje que los alemanes llaman "guardián del derecho", que para Monasterio es el "magistrado de la paz", "pedagogo de la voluntad" para González Palomino, y que Carnelutti define como la estrella que guía en su opúsculo sobre La figura jurídica del notario.

Para Estanislao Zeballos: "El escribano ejerce el ministerio público de representar la soberanía nacional en la conservación y transmisión de actos jurídicos relativos a la familia y a la propiedad. Es el primer y más alto guardián del orden público bajo el amparo de la fe pública que administra."

El notario moderno no es un simple legitimador, es el legitimador por excelencia.

Estudiemos la alternativa. Cuantas veces se ha querido prescindir del notario fue preciso recurrir a un sucedáneo, casi siempre un burócrata al que no pagan los usuarios sino los contribuyentes.

Otras veces hay que buscar gestores que no tienen limitaciones éticas ni arancelarias, como sucede con La transmisión de automotores. El costo operativo no disminuye pero sí la seguridad jurídica.

Basta con observar lo ocurrido allí donde la fe pública notarial se reduce a la certificación de firmas del notary public norteamericano, en que los inconvenientes del instrumento privado fueron tantos que se quiso neutralizar sus falencias a través del Seguro de Títulos (Title Insurance), destinado a cubrir los generalizados riesgos de reivindicaciones.

En rigor, lo que hacen estos aseguradores es subrogarse en los derechos del reivindicado, cubriendo la eventual insolvencia del vendedor citado por evicción.

El sistema funcionó en la época del nominalismo, en que el recupero del precio permitía obtener análoga comodidad edilicia, y también debido a la idiosincrasia sajona, en que a nadie preocupa tener que mudarse pues no se apega a su vivienda. El primer factor ha desaparecido, pues también allí se sienten los estragos de la inflación.

Por ello y porque el negocio del seguro requiere que haya siniestralidad suficiente, se fomenta la proliferación del documento privado con argumentos que encubren el propósito de exportarnos una modalidad operativa reñida con nuestras costumbres, y que ha fracasado hasta en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lugar de origen.

VIII . PROLIFERACIÓN DEL INSTRUMENTO PRIVADO

Ningún argumento jurídico ha podido esgrimirse contra el instrumento público en general y la escritura pública en particular (por el contrario se reconocen sus virtudes), pero no obstante los detractores del notariado insisten en apoyar el documento privado. La proliferación de este instrumento carenciado la atribuimos a los siguientes factores:

1. Costo en tiempo y dinero (conceptos equivalentes para Franklin: "time is money") de la escritura pública.

Esta muletilla antinotarial ha perdido vigencia, ya que se reconoce que ciertos actos jurídicos deben ser deliberados y no improvisados en momentos de euforia.

Hay ciertas demoras no imputables al escribano (certificaciones administrativas, hoy atenuadas por la ley 22427 y similares provincianas)

Que, de no existir la escritura pública, se trasladarían al instrumento privado.

Recordemos el principio general de la conservación de la energía: lo que se gana en velocidad se pierde en fuerza (seguridad jurídica) .

En cuanto al costo dinerario, bien sabemos que es más lo que el escribano percibe como recaudador fiscal que para sí y sus colaboradores (el honorario notarial es más bajo que el de otros operadores del derecho y que el de la intermediación inmobiliaria).

También el documento privado tiene un redactor oneroso, no siempre visible.

2. Hipertrofia del boleto de compraventa que, pese a su fecha dubitable (salvo el hecho por escritura pública), puede tornar legítima la posesión (art. 2355, Cód. Civil) o conferir preferencias creditorias (art. 1185, bis íd.).

Con respecto al art. 2355 (con el agregado que le hizo la ley 17711) se altera lo normado por los arts. 2378 y 2379, Cód. Civil, en lo que atañe al "hecho" de la posesión.

La enmienda se justificaría si al mismo tiempo se hubiera acordado a la escritura pública transmisiva la presunción de la traditio chartae del Código Civil español (art. 1452), o del portorriqueño (art. 1351), tal como lo postulamos en 1978 durante las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Rev. del Notariado N° 762, página 2513).

El intercalado art. 1185 bis del Código Civil (fomentador de documentos antedatados) ha debido ser reducido al régimen habitacional por el art. 150 de la ley 19551.

Tampoco se justifica la exaltación del boleto de compraventa por vía de su registración (leyes 14005 y 19724), ya que tales "registraciones" no han producido buenos frutos (pese a la reciente reforma de la ley 14005).

3. El propósito imperialista de exportarnos el Seguro de Título (Title Insurance), al que ya nos referimos (supra VI) y que en rigor no es seguro de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

títulos sino de título (singular), por cuanto debe renovarse en cada transmisión.

4. El reemplazo del formulismo por el "formularismo", característico de los modelos burocráticos, como el que preconiza la Inspección General de Justicia de la Nación.

Ya la VII Jornada Notarial Argentina (Tucumán, 1957) declaró "que la utilización de formularios no revela generalmente la voluntad auténtica de las partes, que en ningún caso se ajusta a fórmulas rígidas y de preestablecimiento a la exteriorización de la voluntad".

5. El deseo inconfeso de interferir en las incumbencias notariales, que se advierte en algunos profanos.

En el caso de actividades concurrentes con otros profesionales (zonas compartidas), nosotros preferiríamos que los aranceles notariales establezcan tarifas diferenciales o permitan compartir emolumentos con otros universitarios que intervengan en la redacción de estatutos sociales u otros documentos en que la escritura pública no sea de rigor (art. 977 y conc., Cód. Civil).

Lo importante es que los particulares puedan, sin superposición de honorarios, contar con todas las ventajas instrumentales (formativas y probatorias) de la escritura pública.

IX. CONCLUSIONES

La complejidad de la vida contemporánea hace cada vez más apetecida la necesidad de certeza en las relaciones jurídicas, que muchas veces trascienden los intereses individuales superándose el esquema "res inter alios acta neque nocet neque prodest", por comprometer intereses comunitarios.

De ahí entonces que para los actos importantes la forma instrumental pública prevalezca sobre la forma instrumental privada, dentro del tráfico moderno.

El documento privado sólo se justifica para ciertos contratos (verb. locación) o cuando se trata de instrumentaciones de duración transitoria (por ej. boletos de compraventa: art. 1323, Cód. Civil).

El documento público podrá ser judicial, notarial o administrativo, debiendo distinguirse cuando la autenticidad es congénita (o propiamente dicha) y cuando es derivada (autenticación).

Los autores de instrumentos públicos son legitimadores y, además, profesionales de derecho en los casos del juez o del notario. En materia de fe pública administrativa el rango universitario es la excepción.

La fe pública judicial y la fe pública notarial (ésta derivada de aquélla) tienen muchos puntos de coincidencia dentro de la llamada "jurisdicción voluntaria". Se nota una tendencia a la protocolización de resoluciones judiciales a los efectos de obtener matricidad (valor supletorio) y de simplificar los trámites inscriptivos (ej. art. 698, ley 22434 y diversos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuestos del tracto abreviado: incs. a, b, y c, art. 16, ley 17801) .

La protocolización de piezas judiciales sirve también para desplazar el Archivo de Expedientes hacia el Archivo de Protocolos, obteniéndose economía procesal archivística.

Mientras que la legalidad no admite términos medios (es o no es), la legitimación es susceptible de grados y puede ser acumulativa, dependiendo no sólo del derecho positivo (como la legalidad), sino también del prestigio del órgano legitimador.

Cuidemos entonces el factor humano, especialmente en la formación del cuerpo notarial, teniendo presente que toda limitación de actuantes debe ser selectiva.