

Del orden cronológico en las escrituras públicas*

Sonia Lukaszewicz

RESUMEN

Las nulidades instrumentales surgen expresamente de la ley. El legislador ha previsto normas de validez generales –aplicables a todos los instrumentos públicos– como así también normas especiales, aplicables a la escritura pública en particular. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 296 del CCCN, la fecha enunciada en la escritura goza de plena fe. No se ha contemplado como causal de nulidad la falta de orden cronológico; por ende, su ausencia no invalida la escritura. Para que así lo sea, en razón de la fecha expresada, debe ser declarada falsa en juicio civil o criminal.

PALABRAS CLAVE

Instrumentos públicos, escritura pública, forma, orden cronológico, nulidad.

Fechas de recepción y aceptación

14/8/2018 - 7/11/2018

Sumario: 1. Introducción. Forma de la declaración de voluntad. 2. Requisitos de validez de la escritura pública. 3. Las nulidades expresas. 4. Bibliografía.

1. Introducción. Forma de la declaración de voluntad

Denominamos *forma* a la manera en que el negocio jurídico se exterioriza, se hace perceptible. Sin embargo, y sin perjuicio de la interdependencia entre los conceptos de forma y de negocio jurídico, y a excepción de aquellos supuestos en los que la forma adquiere carácter substancial o constitutiva, su existencia y eficacia transita por andariveles autónomos, paralelos si se quiere, pero fluyendo en planos diferentes. Por un lado, el negocio y, por otro, el instrumento: “el plano del *negotium* pertenece al derecho material o sustantivo [...] el plano del *instrumentum* al derecho notarial, que es [...] un derecho formal”.¹ Ello nos lleva a aseverar que, salvo la excepción mencionada, actos jurídicos eficaces pueden resultar exteriorizados en instrumentos ineficaces y a la inversa: instrumentos eficaces pueden resultar portadores de actos que adolecen de vicios tales que tornen nulos a dichos negocios.

* Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), especial para la *Revista del Notariado*.

1. Ver NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953, p. 31.

Para ejemplificar el primero de los supuestos, considérese un negocio jurídico de compraventa inmobiliaria instrumentado por escritura pública, la cual fuera autorizada por un notario que no se hallare dentro de los límites del territorio asignado para el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, si el negocio inmobiliario se autoriza en escritura pública, instrumentada conforme los recaudos de ley, pero lo otorga –interviniendo por sus propios derechos– una persona con capacidad restringida en los términos del artículo 32 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) o es celebrado entre quienes no pueden contratar en virtud de la existencia de las inhabilidades previstas en el artículo 1002 CCCN, no cabe duda de que es el negocio, y no el instrumento, el que devendrá ineficaz, de conformidad con lo previsto en los artículos 382 y concordantes.

Sucintamente, el CCCN establece que la voluntad que declara el negocio puede exteriorizarse en forma expresa de diferentes maneras, a saber: por signos inequívocos, por la ejecución de un hecho material, oralmente o por escrito,² pudiéndose en este último caso expresarse en instrumento privado o público. Y, dentro de la especie del instrumento público, utilizar cuando la ley lo establezca o las partes así lo hayan previsto, la forma escritura pública.³

Superando tradicionales clasificaciones doctrinales en las cuales los actos –según el valor de la forma utilizada– se clasificaban en actos de solemnidad absoluta o *ad solemnitatem* y actos en los cuales la forma se adopta al solo efecto probatorio o *ad probationem*,⁴ el actual ordenamiento vigente recepta una clasificación tripartita:⁵

- *Ad probationem*: utilizada al mero efecto probatorio de la celebración del acto.
- Solemne relativa: utilizada negocialmente, insuficiente para que el acto cumpla con sus efectos propios pero suficiente para que por imperio legal las partes deban cumplir con la formalidad exigida por ley.
- Solemne absoluta, *ad solemnitatem* o *ad substantiam*: impuesta por ley como esencial con la consecuente sanción de nulidad del acto que porta el instrumento si la misma no es respetada.

En el primer caso, la elección de la forma responde a la necesidad de probar la existencia del contrato, ya que la legislación no impone, no exige una forma particular para contratar.⁶ En tanto que, en el segundo supuesto, se establece legislativamente una forma de contratación que, incumplida, modifica el efecto del contrato celebrado por

2. Art. 262 CCC.

3. Art 284 CCCN.

4. Dentro de la doctrina nacional, ver evolución en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 [ed. actualizada por J. M. OLACIREGUI], p. 257, y *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1957 (ed. actualizada por A. Acuña Anzorena), p. 119; SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ], p. 361.

5. Ver LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012: “En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente, cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios” [N. del E.: ver fundamentos completos [aquí](#) {p. 42}; última consulta: 27/12/2018]. Ver asimismo CIFUENTES, Santos, [comentario al art. 974], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 467.

6. P.ej., contrato de mutuo o comodato.

exclusivo designio de ley: los contratantes quedan obligados a otorgar el instrumento correspondiente. Tal es el caso de la exigencia legal de la forma escritura pública para transferir el dominio de bienes inmuebles, como resulta de lo normado en el artículo 1017 CCCN. La falta de dicho instrumento no obsta la existencia de la operación de compraventa, pero los contratantes quedan obligados a otorgar la escritura pública de transferencia del derecho real, tal como lo prevén los artículos 285, 969 y 1018 CCCN.

De manera ejemplificativa –pero no excluyente–, integran esta categoría de actos las convenciones matrimoniales (art. 448 CCCN), el consentimiento en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 561 CCCN), el contrato de *leasing* si tiene por objeto bienes inmuebles (art. 1234 CCCN), el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601 CCCN), el contrato de cesión de derechos hereditarios (art. 1618 CCCN), entre otros.

Otorgado el acto de una forma no prevista por ley, el mismo vale como contrato en que las partes se han obligado a cumplir con dicha formalidad. Ahora bien, cuando la forma es sustancia, los planos paralelos a los que nos referíamos inicialmente encuentran su punto máximo de acercamiento, transformándose en una única línea. Si bien aún se diferencian, ya que una cosa es la declaración y otra la forma en la que la declaración se manifiesta, podríamos decir que se amalgaman, se fusionan. Ya no reconocen vida en forma separada: comparten un destino común.⁷ Y esa simbiosis produce un efecto dominó, ya que el error en la instrumentación determina la ineficacia del negocio.

Dentro de este tercer grupo, y en lo que atañe a la labor notarial, el codificador consagra la forma escritura pública bajo pena de nulidad para la instrumentación de donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCCN). Así también, resultará nulo el testamento que no cumpla con las formalidades exigidas por ley, sea el mismo otorgado en forma ológrafa o por escritura pública.⁸

En este orden de ideas, se advierte entonces que, para nuestro derecho, la forma escritura pública es, en algunos casos, requisito esencial para la existencia del acto, y en otros, requisito para conseguir que los actos instrumentados cumplan sus efectos propios. Y el legislador no ha querido dejar al arbitrio del autor del instrumento –notario o escribano– la forma que el mismo debe tener. Por el contrario, en pos de la seguridad jurídica, lo compele a, por ejemplo, expresarse sobre un soporte determinado y, en un idioma determinado, lo somete a cumplir determinados requisitos de actuación –como ser la lectura del instrumento, la presencia de testigos–, lo conmina a recabar las firmas de los comparecientes y los testigos, lo fuerza a estampar su firma en el instrumento autorizado.

Sin embargo, no toda actuación efectuada en cumplimiento del rito ordenado tiene la misma jerarquía; por ende, su ausencia no genera idénticas consecuencias sobre el instrumento. Corresponde examinar, en fin, qué atributos debe contener la escritura pública para que sus defectos no produzcan el devastador efecto “nulidad” sobre el acto instrumentado.

7. En el mismo sentido, ver NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, p. 75: “Documento constitutivo es aquel que, como tal documento, se perfecciona simultáneamente con el negocio jurídico que contiene. Un mismo consentimiento perfecciona negocio y documento: perfección *in continenti*”.

8. De conformidad con los arts. 2467, 2473-2475, 2479 y conc. CCCN.

2. Requisitos de validez de la escritura pública

Es la primera vez que la legislación de fondo define el concepto y detalla tan minuciosamente tanto las operaciones de ejercicio que el notario lleva a cabo como el contenido de la escritura en sí.

Del exiguo tratamiento legal dado por Vélez Sarsfield, pasando por las modificaciones previstas por las Leyes 9151, 15875 y las más recientes 24441 y 26140, arribamos a la fórmula actual, en la que se prevé un articulado abarcador y prácticamente reglamentador de la labor notarial donde, salvo aquellas cuestiones relacionadas con las características de los folios a utilizarse, su conservación y archivo, quedan plasmadas desde la definición de protocolo hasta la enorme labor notarial que efectúa el escribano en la interpretación, legitimación y encuadramiento del acto a documentar, pasando por la identificación de los comparecientes, el idioma de la escritura, la justificación de la representación de los sujetos que no comparecen por sí, entre otros.

El criterio del codificador velezano se basó en reglas generales y particulares para establecer los requisitos de validez de los instrumentos públicos y las escrituras, evidentemente porque instrumento público es género y escritura pública es especie. De esta forma, se trató en el título III de la sección segunda del libro II del Código Civil (en adelante, “CCIV”) los instrumentos públicos en tanto que en el Título IV hizo lo propio con la escritura pública. Dicha clasificación legal permitió la enorme labor de Pelosi, quien sistematizó de la siguiente manera las posibles nulidades formales de la escritura pública:

A) Documentos nulos

- 1) *En razón del autor*: a) Falta de firma del autorizante [...]; b) falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 Cód. Civil); c) falta de investidura o capacidad (art. 983).
- 2) *Por razón de los sujetos instrumentales*: a) Falta de firma de alguno de los comparecientes; b) falta de la firma a ruego cuando corresponda; c) falta de firma o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuese requerida o necesaria.
- 3) *Por razón de la forma*: a) Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo [...]; b) inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte; c) transgresión al orden cronológico (art. 1005).

B) Documentos anulables

- a) Por declaración de falsedad material o ideológica (art. 989); b) cuando tuviese enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al fin (art. 989).⁹

La redacción actual, aunque con algunos cambios, siguió el mismo criterio: reglas generales aplicables a todos los instrumentos públicos y reglas particulares aplicables únicamente a la escritura pública, a saber:

- Reglas generales: libro primero “Parte general”, título IV “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 5 “Actos jurídicos”, sección 4ª “Instrumentos públicos”.

9. PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 300. Se han omitido en la transcripción las referencias a la teoría de la inexistencia, atento su tratamiento implicaría exceder el marco de la presente, aunque es dable anticipar que entendemos que el CCCN recepta la misma. Ver art. 406 CCCN.

- Reglas especiales: libro primero “Parte general”, título “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 5 “Actos jurídicos”, sección 5ª “Escritura pública y acta”.

Por ello, se entiende que la interpretación debe ser la siguiente. Se aplica a la escritura pública la regla general en tanto no exista regla particular que la complemente o contradiga.¹⁰ Parafraseando: son requisitos de validez de la escritura pública, de conformidad con el CCCN:

1. En razón del autor:

- a) Que el escribano efectivamente en funciones actúe dentro de los límites de sus atribuciones y su competencia territorial, personal y temporal (arts. 290 inc. a, 291, 292).
- b) Que esté autorizada por el escribano.

2. En razón de las partes y demás comparecientes:

- a) Que esté suscripta por las partes¹¹ o sus representantes, por los firmantes a ruego y los testigos cuando sean requeridos (arts. 290 inc. b, 309, 2480).
- b) Que los testigos sean hábiles (arts. 295 y 2481).

3. En razón del instrumento:¹²

- a) Que tenga designación de tiempo y lugar de firma.
- b) Que contenga el nombre de los otorgantes.¹³
- c) Que cumpla las formalidades generales y especiales para cada instrumento en particular, por ejemplo: testamento por acto público (arts. 2474 y 2479 CCCN).

3. Las nulidades expresas

Cuando hablamos de nulidades y nos referimos al negocio jurídico, al contenido y no al continente, la lectura de los artículos 382-397 CCCN impacta en aquellos que tratan de sistematizar el régimen de las nulidades previsto, sobre todo por la falta de normas equivalentes al artículo 1037 CCIV, el cual legislaba sobre nulidades expresas, y de aquellas relacionadas con el acto anulable o con la nulidad refleja. Nos referimos en este caso a las nulidades del acto, no del instrumento, y coincidimos con quienes opinan que, aun con

10. Adviértase la importancia que le da el legislador a la norma especial al referirse a la forma que debe tener el testamento otorgado por escritura pública aun remitiendo a la normativa del art. 299 y siguientes.

11. Aplicando principios generales del derecho, ha resuelto en opuesto sentido CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma Paula Nancy c/ Torres Ramón s/ sucesión ab-intestato s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)”. [N. del E.: ver fallos completos [aquí](#) {incluye 1ª instancia y nota a fallo: Cabuli, Ezequiel, “Una esperada solución a los títulos observables” {[online](#)}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 918, 2014].

12. Que la escritura se extienda en protocolo llevado en legal forma ante el escribano –entendemos– hace a la existencia de la misma.

13. Aunque se entiende que el legislador ha querido referirse al nombre de las partes y no a quienes comparecen a otorgar el acto notarial, ya que estos últimos pueden comparecer en representación y no por sus propios derechos.

la ausencia de norma equivalente al citado artículo 1037 CCIV, las nulidades no pueden ser producto de la discrecionalidad del juzgador.¹⁴

Sin embargo, en el ámbito de las nulidades instrumentales de la escritura pública, el codificador sí enuncia las causas por las cuales una escritura es nula, por ende, en este caso, **las nulidades son expresas**, no pudiendo inferirse otras por imperio del mismo artículo 309, que en su parte final sostiene: “La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos¹⁵ pueden ser sancionados”. Por ello, no es nulo el instrumento escritura pública si se incumple alguno de los preceptos mencionados en los artículos 301-308 CCCN.

No es nula la escritura si hay espacios en blanco, si hay abreviaturas, si no se ha consignado el documento de identidad, o el estado de familia, o no se ha agregado la minuta firmada por el otorgante que habla un idioma extranjero volcada al idioma nacional, o no se agrega la documentación habilitante prevista en el artículo 307 (nótese en este punto especialmente que la Ley 15875 del año 1961 modificó la redacción original del art. 1004 CCIV, eliminando como causa de nulidad la falta de procuraciones o documentos habilitantes).

Obviamente, el escribano podrá ser sancionado disciplinariamente por quien cuida que la función notarial sea ejercida por persona que sea idónea y proba, pero el documento notarial, el acto jurídico, el interés de las partes queda a salvo. Y es aquí donde llegamos al punto más álgido de la cuestión: el legislador ha modificado sustancialmente su criterio al no contemplar el orden cronológico como causal de nulidad de la escritura. Por ende, si advertimos que una escritura adolece de falta de orden cronológico, incumpliendo de esta manera lo previsto en las leyes locales pero no la normativa de fondo, las consecuencias que se imponen serán:

- Llegar a la conclusión de que su inobservancia proviene de un error material (de impresión, p. ej., donde habiendo dos instrumentos impresos se alteró el orden de fecha escrita pero la firma tuvo lugar en el tiempo cronológico real¹⁶); o
- Falsedad ideológica, donde por lo menos una de las escrituras contiene una fecha que no es verdadera.

“En nuestro sistema formal [...] no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y rubrica en blanco [...] en principio esa anomalía puede tener por origen un **mero error** cuando se consignó el día mes o año fácilmente demostrable por otros elementos del protocolo, o una **falsedad** en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento”.¹⁷

14. En igual sentido, ver LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F, 2015, (2ª ed.).

15. En referencia a cónsules en uso de facultades notariales.

16. Supongamos que se imprimieron las escrituras 7001 y 7002 y la segunda tiene fecha anterior a la primera, habiéndose firmado las mismas en fecha mencionada en el instrumento.

17. ETCHEGARAY, Natalio P., “Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 921, 2015; cita de CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., *Derecho notarial aplicado* (colección “Función notarial”; dirigida por Natalio Pedro Etchegaray, v. 1), Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 154.

En síntesis, el vigente artículo 296 CCCN establece: “El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto [...] a la fecha [...] hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal”.¹⁸ Por ello, hasta la decisión judicial, la primera conclusión, el error, se impone no en defensa del notario sino en defensa de la ley, del instrumento, de los contratantes. Y, por ello, hasta tanto se demuestre la falsedad de la fecha, la escritura es válida y eficaz.

Por supuesto, no es intención alguna proteger el accionar desprolijo, descuidado ni mucho menos promoverlo, sino simplemente advertir que, en la labor notarial –por más cuidadosos que seamos– no estamos exentos del error. Es nuestra condición humana. Y es cierto: el error en este caso es reprochable, y por ello la sanción disciplinaria, pero no la invalidez.

4. Bibliografía

- CIFUENTES, Santos, [comentario al art. 974], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ETCHEGARAY, Natalio P., “Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 921, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F, 2015, (2ª ed.).
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953.
- *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.
- PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, [ed. actualizada por J. M. Olaciregui].
- SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Luis F. P. Leiva Fernández].

18. Este hecho del mundo interior, este razonamiento del notario hoy se encuentra protegido por la plena fe. Ver PELOSI, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 9).