

La botella y el vino

Metáfora del hecho auténtico y el autenticado

Alberto M. Miguens

RESUMEN

El presente intenta ser un trabajo de neto carácter notarial, destinado a señalar la diferencia entre el contenido y el continente, entre el hecho autenticado y el hecho auténtico, aplicado a un caso real. Aspectos analizados: nulidad del acto jurídico y nulidad del instrumento, inexistencia, mala fe. La teoría a la luz del análisis del caso. Extinción del mandato a la luz del derecho extranjero. Integración de la litis con el notario. Proceso defraudatorio: actos preparatorios y tentativa. Continente y contenido.

PALABRAS CLAVE

Poder; nulidad del acto jurídico; nulidad del instrumento público; inexistencia; mala fe; responsabilidad del escribano; obligación de medios; obligación de resultado; estudio de títulos; proceso defraudatorio; derecho comparado.

Recibido: 2/3/2020

Aceptado: 18/7/2020

Publicado online: 9/12/2020

Sumario: 1. Introducción. 1.1. La causa. 1.2. Otras circunstancias. 1.3. La defensa notarial. 2. Obligación de medios o de resultados. 3. Encuadre notarial. 4. Nulidad de la escritura. 5. Actuación del notario. 6. Vigencia del poder. 7. Derecho internacional. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Todos los que nos dedicamos al notariado oímos desde siempre hablar de que la escritura es el continente y el acto jurídico –que esta instrumenta–, el contenido. Frases que uno escucha y repite, cuyo alcance no siempre es apreciado con claridad. Muchas veces la nulidad de la escritura apareja la del acto, lo que hace difícil visualizar el concepto con precisión. Por eso, las actuales tendencias educativas ponen énfasis en el análisis del caso, donde se puede apreciar la teoría aplicada.

Unos años atrás nos pidió asesoramiento y colaboración un colega amigo. Apareció un abogado, señalando que se había producido una estafa y estaba intentando desentrañar el papel de los intervinientes. La única hermana de su cliente, soltera, sin



hijos, había fallecido. No teniendo herederos forzosos y no habiendo testado, su cliente era el único heredero. Puesto a buscar los bienes que supuestamente integraban el acervo, descubrió que varios habían sido enajenados en los últimos meses con poderes supuestamente fraguados, y el dinero había desaparecido junto con los apoderados y con cualquier posible rendición de cuentas. Una de las ventas había sido autorizada por nuestro amigo. La venta se había formalizado con un poder general amplio otorgado en Montevideo, Uruguay. Según el letrado, el poder no había sido firmado por la causante, a quien habrían sustituido. Agrava la situación el hecho cierto de que, al momento de la transmisión del dominio, la propietaria estaba fallecida. Ante la verosimilitud y gravedad de lo explicado, se puso a su disposición copia de toda la documentación, para facilitar su pesquisa. Con el tiempo, parte de lo relatado se fue confirmando, si bien quedan todavía algunas dudas sobre ciertos hechos y circunstancias.

El heredero inició acciones penales en Argentina y en Uruguay contra los supuestos fraudulentos apoderados, trabado por la complejidad propia de una causa internacional. Se habría dispuesto de bienes sitios en Uruguay con poderes otorgados en Argentina, y de inmuebles de acá, con el poder uruguayo. Maniobra pergeñada por alguien que tenía conocimiento de los vericuetos judiciales, notariales y registrales. En Argentina la causante tenía otros dos inmuebles que no pudieron enajenar a tiempo y fueron recuperados por el heredero.

1.1. La causa

El inicio de la causa civil tuvo mucha demora, a la espera del avance de las denuncias penales. Siguieron las mediaciones prejudiciales con citación al adquirente, a los apoderados –nunca concurrieron–, a los martilleros, al notario autorizante y a la compañía aseguradora. Cumplida dicha etapa, luego de una inexplicable dilación, se dio traslado a la demanda, enderezada por el heredero únicamente contra el adquirente. La actora planteó la inexistencia del acto, sosteniendo que, siendo inválido el poder, la compraventa devenía “inexistente”, reclamando, además de la restitución del bien, el canon locativo por el tiempo en que el adquirente se encontrara en uso ilegítimo del bien, más daños y perjuicios. Entre la prueba aportada destaca la partida de defunción de la causante –fallecida en Argentina– y una pericia caligráfica privada –particular o extrajudicial– realizada en Montevideo, que determina que la causante no ha suscripto el poder. Adujo además que el precio de venta era ridículamente bajo para los valores de mercado.

La estrategia del actor no enderezó la demanda contra el notario autorizante de la venta, si bien no ahorró descalificantes acusaciones sobre su deficiente actuación, señalando su responsabilidad objetiva y el reflejo de la misma sobre la buena fe del adquirente. Señala que del deficiente estudio de títulos deviene la mala fe del adquirente, quien “al momento de celebrar el acto conoció o debiera haber conocido que el representante no era tal”. Sostuvo que el estudio de títulos genera una obligación de resultado y que, acreditada la frustración del mismo, el escribano devenía responsable por los daños derivados. Curiosamente, a pesar de sostener la responsabilidad objetiva del notario, este no fue codemandado por el heredero.

En su responde, el comprador demandado opuso la prescripción de la acción –habían pasado más de tres años– y, subsidiariamente, contestó demanda. Entre otras cosas, señaló que no se había acreditado que el poder fuera apócrifo. Sostuvo que, a la luz del derecho uruguayo, acreditar el fallecimiento de la poderdante antes del acto no era suficiente para tener por extinguido el mandato, acompañando un dictamen de un prestigioso estudio jurídico local. Por último, solicitó se integrara la litis con nuestro amigo notario y con el apoderado actuante, en los términos del artículo 89 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) (CPCCN).¹ Citando abundante doctrina y jurisprudencia, señala la demandada que

... la litis debe ser necesariamente integrada por quienes participaron del acto jurídico atacado [...] pues una eventual e hipotética sentencia a dictarse conforme su pretensión [...] únicamente tendrá validez si la misma es **oponible a todas las partes** que intervinieron en la celebración del acto.²

Ante la negativa de la actora, quien sostuvo la innecesariedad de integrar la litis con el notario y con el apoderado, transcurridos los tiempos de la justicia le llegó la intimación al notario para realizar el descargo de rigor.

1.2. Otras circunstancias

Para un mejor entendimiento debemos completar ciertos hechos de trascendencia:

- 1) Los apoderados acompañaron –el notario tuvo a la vista, como marca la ley– testimonio original del título en “primera copia”, así como originales de los antecedentes del mismo, remontándose hasta la década de 1980. Toda, documentación original. Se acompañó también copia del reglamento, facturas, boletas de pago de servicios, etc., lo que constituye un indicio cierto de que los supuestos estafadores no “fabricaron” la documentación sino que accedieron a documentación real de la propietaria. Es de suponer que conocían a la causante o que tenían acceso a su documentación y que obraron con abuso de su confianza. El único instrumento apócrifo sería el supuesto falso poder uruguayo.
- 2) El notario realizó el estudio de títulos y antecedentes de rigor. Lo único que no verificó directamente en su matriz fue el poder oriental, pero llamó a la escribana uruguaya y corroboró la existencia material en la matriz. La existencia de soporte matriz no ha sido puesta en duda, ya que la misma fue ratificada por la accionante al acompañar la pericia caligráfica extra-judicial.

1. Art. 89 CPCCN: “*Litisconsorcio necesario*. Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere, el juez, de oficio o a pedido de parte, ordenará, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis...”. [N. del E.: los hipervínculos a normativa online dirigen a fuentes oficiales; última consulta en todos los casos: 24/7/2020].

2. El destacado me pertenece.

- 3) La escribana oriental dejó constancia en su escritura de haber tenido a la vista original del documento nacional de identidad argentino de la poderdante, agregando fotocopia.
- 4) Con la partida de defunción de la propietaria, fallecida en nuestro país, se acredita su deceso con posterioridad al otorgamiento del poder, antes de transmitirse el dominio. Por ese entonces, los notarios no teníamos acceso a la base del Registro Nacional de las Personas (Renaper), que hoy permite conocer rápidamente el fallecimiento de una persona.
- 5) Al momento de otorgarse la escritura, el notario constató que la clave única de identificación tributaria (CUIT) de la causante estuviera vigente, y tuvo a la vista el código de oferta de transferencia de inmuebles (COTI) solicitado por la martillera veinte días antes del acto, verificando así, indirectamente, la ausencia de comunicación del fallecimiento a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).
- 6) La martillera interviniente le manifestó al adquirente conocer a la causante. Tenía llaves y libre acceso al inmueble. Durante las diversas visitas que realizara el comprador, el bien estaba deshabitado pero todavía con algunos muebles.

1.3. La defensa notarial

Este relato, que parece sencillo y objetivo, en la realidad subjetiva de los hechos generó profunda angustia y pesar a nuestro colega amigo, y erosionó una larga amistad con el comprador. Parece innegable la existencia de una maniobra defraudatoria, donde la víctima no fue solo la propietaria –la causante– sino también el comprador y el notario. Como sucede a menudo, la contienda legal se entabla entre víctimas, en lugar de entablarse contra los estafadores.

Ardua tarea delimitar a quién se estafó. El falso procurador cobró el precio de venta y al poco tiempo habría fallecido. La contienda pretende dilucidar quién carga con los daños; en el caso del notario, determinar hasta dónde llega su responsabilidad, si fue diligente y puso sus mejores esfuerzos.

Cabe tener en cuenta que la defraudación no fue instantánea. Fue un proceso defraudatorio. Tuvo inicio –al menos– con la sustracción de los títulos de propiedad originales y del documento de identidad de la causante para sustituir su persona. Además, apoderado y martillera contaban con la tenencia del bien, con libre acceso para publicarlo a la venta y mostrarlo a los eventuales interesados, sin llamar la atención de vecinos o del encargado del edificio. La escritura sería un eslabón más –de los últimos– en la cadena ensamblada para llegar al resultado final.

En derecho penal se distingue entre actos preparatorios del delito y la tentativa. Los actos preparatorios constituyen una fase previa a la ejecución, en ciertos casos punible per se. En la tentativa, ya se ha iniciado la fase de ejecución del delito. En el caso, tanto los actos preparatorios como el inicio de la ejecución se dieron en fraude a la propietaria,

antes de que apareciera el comprador. La trampa estaba lista;³ de no haber sido este comprador, habría sido cualquier otro.

2. Obligación de medios o de resultados

La actora, como vimos, enfatiza la responsabilidad del notario, sosteniendo que su obligación es de resultado y que, en el caso, no fue eficaz. Bien señala Alterini, en un meticuloso trabajo, que el criterio del Código de Vélez sobre obligaciones de medios y de resultados sufrió una nueva revolución en el Código unificado.⁴ Según explica en su profundo análisis, a la luz del artículo 774 del [Código Civil y Comercial](#) (CCyC), la anterior división dual de obligaciones de medios y de resultados, propiciada por Dalmacio Vélez Sarsfield, fue sustituida por una división trial, donde encontramos:

- a) Las obligaciones de medios –o de pura actividad–, donde lo determinante es realizar la actividad comprometida con la diligencia apropiada –los mejores esfuerzos–, con independencia del resultado.
- b) Las obligaciones que procuran al acreedor un resultado concreto, pero sin garantizar la eficacia del mismo.
- c) Las obligaciones de resultado, que garantizan su eficacia.

Lo que distingue el grado de eficacia del compromiso asumido –según Alterini– es el grado de aleatoriedad o contingencia y el interés del acreedor.⁵ Por ejemplo: René Favalaro podría comprometerse válidamente a realizar un *bypass* coronario a Tiger Woods, prometiendo la aplicación de la mejor y más avanzada técnica conocida. Nunca podría garantizar la supervivencia del deportista y menos aún que volviera a jugar golf en el circuito profesional. Un pocero profesional puede comprometerse a realizar un pozo y llegar a la cuarta napa, a más de sesenta metros de profundidad, pero sin garantizar que el agua extraída sea potable o que brote con caudal suficiente. Vale decir que, habiendo realizado el pozo solicitado, cumpliría con la obligación de resultado –la obra–, pero sin garantizar su eficacia –agua potable en cantidad suficiente–. Podría también el mismo pocero comprometerse a cavar hasta encontrar agua potable en cantidad suficiente, lo que implicaría una obligación de resultado garantizando la eficacia. Claro está que esta sería una obligación distinta a la anterior, con otro grado de aleatoriedad (y otro costo).

En el mismo sentido, Alterini distingue las diversas obligaciones del notario –el *opus* notarial– en cuanto a que refieran al continente o al contenido. Explica que en la escritura conviven el acto de los otorgantes y el acto del escribano, el acto instrumentado con el acto instrumental. Así, el escribano asume una obligación de resultado consistente en autorizar una escritura eficaz no solo en lo que refiere a la validez del documento

3. Por eso decimos que corresponde determinar a quién se estafó. Cualquiera fuere el comprador, siempre los bienes enajenados serían de la causante. Ella fue la víctima del abuso de confianza.

4. ALTERINI, Ignacio E., “Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 5, 2018, pp. 13 y ss. [N. del E.: ver online [aquí](#)].

5. Ídem, pp. 16-17.

sino también en cuanto a sus débitos registrales. Por el contrario, en lo que al acto instrumentado refiere, el escribano no puede asegurar la eficacia del acto jurídico de las partes. No podría responder –por ejemplo– por los vicios de la voluntad de los otorgantes, ni tampoco podría hacerlo si el acto fuera lesivo, simulado o fraudulento.⁶

De Hoz –en consonancia con lo expuesto por Alterini–, hablando sobre buena fe exigida al adquirente,⁷ señala el artículo 1902 CCyC, que dice:

Justo título y buena fe. [...] La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en **no haber conocido ni podido conocer** la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el **examen previo de la documentación** y constancias registrales, así como el cumplimiento de los **actos de verificación** pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

De allí se desprende que, para tener buena fe, es esencial el examen de la documentación y la verificación de las constancias registrales, mas ello no alcanza para garantizar la eficacia de la operación inmobiliaria. En el caso bajo análisis, la escritura –el continente– estuvo correctamente realizada, se tomaron todas las precauciones usuales previas en este tipo de operaciones, lo que –al decir de Raúl Francisco Navas– en el derecho anglosajón se conoce como las “reglas de la experiencia”, de conformidad con la realidad y con la vida diría. Se realizó el estudio de títulos veinteñal, se operó con título original en primer testimonio y con sus antecedentes (también originales) a la vista; se pidieron los certificados de rigor al registro de la propiedad, a los organismos administrativos, a la administración del consorcio. Otorgado el acto, se inscribió en tiempo y forma para su oponibilidad. El resultado de la labor del escribano fue absolutamente eficaz.

Del acto de las partes –el contenido– no conocemos el final. No obstante haberse puesto toda la diligencia esperable, el heredero y el comprador están inmersos en una contienda que empaña la eficacia de cualquier resultado. Incluso en el supuesto de que finalmente se declare la eficacia de la operación inmobiliaria, lo vivido ha sido un terrible e inevitable dolor de cabeza. Una de las partes en conflicto –o ambas– va a salir perjudicada.

3. Encuadre notarial

Al reclamo formulado, el notario opuso una defensa escueta y netamente conceptual. El primer tema planteado fue una alusión al estudio de títulos. Señala que existe una idea generalizada errónea sobre el alcance del estudio de títulos. El estudio de títulos es un estudio formal. Se limita a analizar documentos, a verificar la existencia de matricidad de los antecedentes y a verificar que se haya cumplido con las formas de ley; básica y principalmente, con los artículos 290, 294 y 309 CCyC.⁸

6. Ídem.

7. DE HOZ, Marcelo A., “Estudio de títulos”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 5, 2018, p. 130. [N. del E.: ver online [aquí](#)].

8. Art. 290 CCyC: “*Requisitos del instrumento público*. Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial [...]; b) las firmas del

Son nulas las escrituras que no tengan designación de tiempo y lugar, los nombres de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes (o firma a ruego), y aquellas en que las enmiendas, salvados y entrelíneas en **partes esenciales** no estén debidamente salvadas. El oficial público debe actuar dentro de su esfera de competencia, cumpliendo además ciertos requisitos básicos de fondo relativos al contenido de la escritura. El estudio de títulos tiende a verificar el cumplimiento formal de todo ello. Enfatiza el responde que el escribano no tiene dotes adivinatorias ni proféticas. Quien realiza la referencia puede verificar cuántas personas comparecen al acto y, en base a ello, determinar cuántas firmas debieran obrar estampadas. En modo alguno puede saber si las firmas insertas responden a quien debiera firmar. El notario está capacitado para determinar si un poder cuenta con facultades suficientes, pero no tiene forma de saber si el poderdante ha fallecido o si se ha producido otra causal de extinción o revocación del poder. Es una falacia creer que un estudio de títulos garantiza cosas que en la realidad nadie puede garantizar. La labor del escribano en un estudio de títulos se limita a ver y analizar papeles.

Ilustra De Hoz que

... el objeto sobre el cual recae este estudio de antecedentes es siempre documental. Esto no implica que sea solo notarial sino también administrativo y judicial, ya que por esta vía también se modifican, crean o extinguen derechos reales sobre inmuebles.⁹

Y más adelante señala:

... se califica esta obligación como de **resultado simple, no eficaz**, que es lo mismo que puede ocurrir en el estudio de títulos, porque ni el mejor estudio de títulos puede descubrir una sustitución de personas.¹⁰

En sintonía, Alterini advierte que el estudio de títulos constituye una obligación de resultados, en la cual no se garantiza la eficacia; el resultado es el propio estudio de títulos; y concluye que

El escribano, en el ejercicio de la función pública, tiene importantes deberes, pero solo algunos conforman obligaciones de resultado en las que deba garantizar la eficacia de ellas.¹¹

Hablando sobre la buena fe del adquirente, Cabuli señala:

... la buena fe exigida al tercero adquirente no es la mera fe-creencia, sino la buena fe-diligencia o “buena fe que **consiste en la impecable convicción de estar obrando con**

oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.”

Art. 294 CCyC: “*Defectos de forma*. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas”.

Art. 309 CCyC: “*Nulidad*. Son nulas las escrituras que no tengan designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados”.

9. DE HOZ, Marcelo A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 125.

10. Ídem, p. 130 (el destacado me pertenece).

11. ALTERINI, Ignacio E., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 29.

arreglo a derecho”, que deriva de una situación aparente, y la apariencia solo justifica la protección de los terceros en la medida que se produce un error excusable.¹²

Por su parte, Hotz propone un enfoque distinto y con agudeza señala que

La buena fe debe entenderse como un elemento psicológico e íntimo del adquirente, ajeno al escribano, cuya acreditación no puede sustentarse en una diligencia profesional. De aquí que el criterio jurisprudencial por el que se tiene por probada la buena fe con la realización del estudio de títulos no se ajusta a la realidad de los hechos.¹³

En apoyo de su tesis, Hotz cita dos jornadas notariales argentinas donde se sostuvo:

... XVIII Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980): “Que el estudio de títulos es una actividad técnica notarial ajena a la esfera intelectual del adquirente, en consecuencia ineficaz para calificar su buena fe. No obstante lo cual, algún sector de la doctrina interpretó que era un medio determinante de su existencia” [...] XXVI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 2002): “Ratificando lo declarado en la XVIII Jornada Notarial Argentina, se expresa que el estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el art. 1051 del Cód. Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario...”¹⁴

En fin, no se puede confundir la buena fe del adquirente con la labor realizada por el notario. Lo esencial es que el adquirente no conociera o que no hubiera podido conocer el vicio del antecedente. Si el vicio fuera determinable por un estudio de títulos, el adquirente dejaría de ser de buena fe; pero esta –la buena fe– no se limita al mero estudio de antecedentes.¹⁵

4. Nulidad de la escritura

Al analizar la diferencia entre el acto de las partes (contenido) y el acto jurídico escritura (continente), el descargo del notario resalta que la actora reclama la inexistencia del acto jurídico de compraventa, en base a que el poder utilizado no había sido otorgado por la verdadera dueña del bien y, que además, esta había fallecido con anterioridad a la utilización del mismo, produciéndose la extinción del apoderamiento, en los términos del inciso b) del artículo 380 CCyC.¹⁶ Destaca también que el comprador demandado defiende la validez de la escritura, alegando que la pretendida inexistencia alegada por

12. CABULI, Ezequiel, “La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de la buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 3, 2016, p. 156. [N. del E.: ver online [aquí](#)].

13. HOTZ, Francisco, “Una propuesta interpretativa del justo título y buena fe del adquirente de inmuebles”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 4, 2017, p. 170. [N. del E.: ver online [aquí](#)].

14. Ídem, p. 179.

15. Francisco Hotz levanta un tema esencial y apasionante, que debiera ser tratado en forma independiente y exclusiva, fuera del presente comentario, al que excede.

16. Art 380 CCyC: “Extinción. El poder se extingue: [...] b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero...”

la actora es una categoría jurídica no aceptada expresamente por nuestra legislación. En definitiva, pone en evidencia que ninguna de las partes –ni actor, ni demandado– ha alegado en ningún momento la nulidad de la escritura, ni ha invocado alguna de las causales de nulidad de la escritura o de los instrumentos públicos de las enunciadas por la ley, ni las del [código velezano](#) (CCIV) –vigente al momento de otorgarse la escritura–, ni las del [código unificado actual](#), que prácticamente no difieren. Agrega en su defensa el notario que ambos cuerpos normativos, tanto el viejo artículo 1004 como el nuevo artículo 309, expresamente refieren que “la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras”. Finalmente, señala que todas las obligaciones legales, funcionales y contractuales para con los otorgantes de la escritura han sido debida y eficazmente cumplidas. La conducta del notario ha sido ajustada a derecho y también se ha adecuando a la función preventiva del daño, prevista por el artículo 1710 CCyC.¹⁷

Aclara que el notario, en relación al acto jurídico de las partes –cuestionado en cuanto a su validez–, es un tercero; que el notario no puede ser parte o tener interés en el acto jurídico que él autoriza por disposición legal –antes, el artículo 985 CCIV; hoy, el artículo 291 CCyC–.¹⁸ En ese orden de ideas, el notario se limita a autorizar una escritura pública a requerimiento de las partes del acto jurídico. Sin embargo, respecto del acto jurídico que las partes celebran, el notario –por imperio legal– es un tercero sin interés personal. Vale decir que

- 1) El notario no otorga la escritura pública, solo la autoriza. Quienes otorgan la escritura y celebran el acto jurídico son las partes.
- 2) Para cuestionar la validez del acto jurídico instrumentado en una escritura pública, no es necesario redargüirla de falsedad, ni tacharla de nulidad, ni demandar al notario que autoriza la escritura.

Por ello, la doctrina notarial distingue entre hechos auténticos y hechos autenticados. Los primeros son los pasados en presencia del escribano (arts. 996 CCIV y 296 CCyC)¹⁹ y los últimos son aquellos relatados por las partes al escribano pero no pasados ante aquel.

Concluye que, para atacar un hecho auténtico –de los que da fe el escribano–, ha de plantearse indefectiblemente la nulidad de la escritura, siendo el escribano parte necesaria de dicho proceso, en los términos del artículo 89 CPCCN. Por el contrario, para atacar un hecho autenticado –los que las partes relatan al escribano–, basta alegar

17. Art. 1710 CCyC: “*Deber de prevención del daño*. Toda persona tienen el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

18. Art. 291 CCyC: “*Prohibiciones*. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asuntos en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.

19. Art. 296 CCyC: “*Eficacia probatoria*. El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.

y producir prueba en contrario, sin que se requiera declarar la nulidad de la escritura ni que el notario integre la litis. En dicho caso se aplicaría el artículo 88 CPCCN, relativo al litisconsorcio facultativo.

Con una gráfica alegoría –que titula el presente trabajo–, Navas señala que “**los defectos del vino nunca pueden afectar la botella que lo contiene**”. Análogamente, los vicios del acto jurídico de las partes tampoco pueden afectar la validez de la escritura pública que los instrumenta y prueba. Con ello da respuesta a la discusión sobre la existencia del litisconsorcio necesario y la consecuente incorporación del notario a la litis.

El controvertido artículo 89 CPCCN establece:

Litisconsorcio necesario. Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso.

El notario no es parte, y debemos considerar que asiste razón al heredero demandante, que desde el inicio sostuvo que no era necesario integrar la litis con el notario. El juez bien podrá declarar la nulidad de la compraventa sin que ello acarree la nulidad de la escritura.

Parece insostenible también –como lo hace la actora– invocar la inexistencia del acto jurídico compraventa. Sin entrar en la discusión relativa a si nuestro derecho positivo valida o no la categoría de actos inexistentes, entendemos que sobre la compraventa analizada podría predicarse su nulidad pero nunca su inexistencia. El acto pasó, fue real, se juntaron las partes –comprador por sí, vendedora representada–, se leyó la escritura, se pagó el precio, se firmó el protocolo, se dio recibo y carta de pago, se declaró entregada la posesión, se pagaron gastos y honorarios al escribano, se retuvieron y pagaron los impuestos nacionales y locales. Todos están de acuerdo en ello, y de ello da fe el notario –plena fe– en los términos del inciso a) del artículo 296 CCyC.

El viejo artículo 994 CCIV era sumamente elocuente:

Los instrumentos públicos hacen plena fe, no solo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etcétera, contenidos en ellos.

En la nota a los artículos 993 y 994 explica Vélez que hacen plena fe los hechos que el oficial público por su oficio debe conocer en el acto de extender el documento; y de aquellas cosas que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga la misión de comprobar.²⁰

Quienes sostienen que la categoría de actos inexistentes es una categoría lógica, que excede a las categorías jurídicas, podrían predicarla eventualmente del poder en que se acredite la sustitución de la persona del mandante, o en los casos en que se expide un título sin matricidad, una “no escritura”. Pero, apelando a la misma lógica que ellos invocan, necesariamente deben concluir que en este caso el acto compraventa existió, independientemente de la eventual declaración judicial de nulidad o invalidez con que pueda oportunamente sancionarse.

20. [N. del E.: ver VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, p. 75; fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 23/7/2020].

5. Actuación del notario

Señala Navas que el alcance de la actuación del notario en una escritura pública está definido por el artículo 301 CCyC, que establece que

El escribano deber recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe **calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlos técnicamente.**

El escribano carece de facultades de instrucción y de investigación. El acceso a los hechos y circunstancias, los presupuestos y elementos del acto, lo tiene el notario por los papeles que aportan las personas que comparecen ante él –que le permiten al notario acceder a los diversos registros públicos– y por sus manifestaciones. Sobre la base del relato de los requirentes y de lo que surge de los papeles a los que accede, el notario debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente.

El relato de los requirentes es verificado y concordado por el notario en los diversos registros públicos, a saber:

- a) el registro notarial donde se otorgó el acto de adquisición;
- b) el registro de la propiedad donde dicho acto fuera registrado para su oponibilidad frente a terceros;
- c) el registro catastral donde constan los detalles de la parcela, su ubicación, linderos, dimensiones, superficie, mejores, etc.

La capacidad del notario se limita a concordar las manifestaciones de los requirentes con las constancias obrantes en el título y en los registros. El notario no revisa el inmueble –antes o después de la escritura–, no verifica las relaciones de poder²¹ de los sujetos con la cosa –su estado de ocupación y mantenimiento–, y no constituye una incumbencia del mismo apreciar los valores inmobiliarios.

6. Vigencia del poder

Por último, señala la defensa del escribano, en cuanto a la vigencia de los poderes, que desde tiempos inmemoriales son los propios representantes quienes manifiestan ante el escribano sobre la vigencia de la representación. En los países que no cuentan con registro de mandatos, no hay otra forma. Resulta humana y jurídicamente imposible para cualquier escribano verificar si el mandante vive o no vive, si ha sido declarado incapaz, si se ha revocado el mandato cuando no se ha puesto nota a la matriz, si se lo ha modificado con instrucciones especiales –coetáneas o posteriores al otorgamiento–, más allá de la declaración del representante.

Es de la esencia del mandato que los terceros contratan con el apoderado en ausencia del mandante. Desde siempre fue así. Por ello, en todas las escrituras se identifican los datos del poder, y al propio apoderado se lo hace declarar expresamente que el poder

21. Arts. 1908 y ss. CCyC.

que invoca se encuentra vigente. Si dicha manifestación fuere omitida, se presume por la mera firma de la escritura en ejercicio de la representación.

En cuanto a la identificación del poder, el artículo 78 de la [Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires](#) refiere:

Procuraciones y documentos habilitantes:

- a) Cuando los otorgantes actúen en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número de registro notarial si el documento constare en escritura, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original y los datos registrales, cuando fueren obligatorios.
- b) El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la **declaración del representante sobre su vigencia**.

7. Derecho internacional

Sobre la vigencia del poder, la demandada levanta un interesante punto de derecho internacional. Según el artículo 2649 CCyC:

Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Vale decir que al poder uruguayo se le aplicaría la legislación de dicho país. El Código Civil oriental²² –al igual que todos los demás– establece que el mandato cesa con el fallecimiento del mandante. Sin embargo, el artículo 2094 de dicho código reza: “Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones...”.

De dicha norma deduce el demandado –y la opinión jurídica que acompaña– que la cesación del mandato no depende –o no depende exclusivamente– del fallecimiento del poderdante sino también del conocimiento que pudiera haber tenido el apoderado de la ocurrencia de dicha circunstancia. Toda vez que el apoderado expresamente manifestó que el apoderamiento se encontraba vigente, existe la posibilidad de que el mismo no conociera el fallecimiento de la poderdante.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2101 del Código Civil de Uruguay señala:

En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada por el mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Este –refiriendo al mandante– quedará también obligado, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe...

22. [N. del E.: puede consultarse [aquí](#); fuente: IMPO; última consulta: 24/7/2020].

Vale decir que el referido código prioriza –da mayor trascendencia a– la buena fe del tercero que a la ocurrencia de la causal de expiración del apoderamiento.

El último párrafo del artículo cierra diciendo que “en los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el Juez, en su prudencia, absolver al mandante” de cumplir la obligación asumida por el mandatario. La mala fe del apoderado queda en un segundo plano; el código oriental cuida al tercero de buena fe.

Aunado a ello, refiere la opinión jurídica presentada por el demandado que en la República Oriental del Uruguay existe un registro de mandatos *sui generis*, legislado en la sección “Mandatos y poderes” del Registro Nacional de Actos Personales. El dictamen señala que en dicho registro no se requiere obligatoriamente inscribir los mandatos y poderes, pero –para su oponibilidad *erga omnes*– serán inscribibles las revocaciones, las renunciaciones, las sustituciones y ciertas extinciones, entre las que se refiere la extinción por fallecimiento del mandante. Manifiesta el opinante que, a raíz de la consulta formulada por el demandado, dicho registro fue consultado y que en el mismo no obra anotada revocación o extinción del mandato utilizado (ni en vida de la causante, ni por su heredero). Todo ello integrará oportunamente la prueba a producir. Sopesar dichas circunstancias constituirá la ardua labor del juez, que escapa a este comentario.

El presente está encaminado –como se dijera al comienzo– a analizar el encuadre jurídico y su aplicación a un caso determinado, a mostrar la teoría jurídica aplicada a un caso de la vida real. Esperamos sea de utilidad.

8. Bibliografía

- ALTERINI, Ignacio E., “Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 5, 2018.
- CABULI, Ezequiel, “La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de la buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 3, 2016.
- DE HOZ, Marcelo A., “Estudio de títulos”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 5, 2018.
- HOTZ, Francisco, “Una propuesta interpretativa del justo título y buena fe del adquirente de inmuebles”, en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 4, 2017.

Normativa citada:

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley nacional 17454 y sus modificatorias)
Código Civil y Comercial (Ley nacional 26994 y sus modificatorias)
Código Civil (Ley nacional 340 y sus modificatorias)
Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Código Civil de la República Oriental del Uruguay (Ley nacional 16603 y modificatorias)