

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

LA PLATA

Comisión 10:

Derecho Notarial

“Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

Sonia Lukaszewicz

DEL ORDEN CRONOLOGICO EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

(O DE SU AUSENCIA Y ALGUNAS OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA VALIDEZ)

Todo negocio jurídico necesita exteriorizarse a través de una forma.

Sin embargo, y sin perjuicio de la interdependencia entre ambos conceptos -y a excepción de aquellos supuestos en los que la forma adquiere carácter substancial o constitutivo- 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.¹

Ello 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.²

FORMAS DE DECLARACION DE VOLUNTAD:

Nuestro vigente CCCN establece que la voluntad que declara el negocio puede exteriorizarse expresamente de diferentes formas, a saber: por signos inequívocos, por la ejecución de un hecho material, verbalmente o por escrito³, pudiéndose en este último caso expresarse en instrumento particular 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.⁴

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

¹ Véase Rafael Nuñez Lagos, Los esquemas conceptuales del instrumento público. Separata de Revista de Derecho Notarial, Madrid 1953. Pag 31: “El plano del negotium pertenece al Derecho material o sustantivo, civil o comercial. El plano del instrumentum al Derecho Notarial, que es un Derecho no sustantivo, un Derecho Formal”

² Tómesese el caso de una escritura de compraventa autorizada por un notario fuera de los límites del territorio asignado para el ejercicio de sus funciones -para ejemplificar el primero de los supuestos- y el caso de la escritura de compraventa suscripta por persona con capacidad restringida en los términos del art 32 CCCN; o entre quienes no pueden contratar en virtud de la existencia de las inhabilidades previstas en el art. 1002 CCCN -para el segundo-.

³ Conf. Art. 262 CCCN

⁴ Conf. Art 284 CCCN

en los cuales la forma se adopta al solo efecto probatorio o “ad probationem”,⁵ el actual ordenamiento vigente recepta tres categorías de formas⁶:

- Forma utilizada al mero efecto probatorio de la celebración del acto, forma “ad probationem”.
- Forma 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: forma solemne relativa.
- Forma impuesta por ley -equivalente a forma sustancia- con la consecuyente sanción de nulidad del acto que porta el instrumento: forma solemne absoluta, “ad solemnitatem”o “adsubstantiam”.

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 legisla una forma particular para contratar.⁷

En tanto que, en el segundo supuesto, legislativamente se establece una forma de contratación, la cual, incumplida, modifica el efecto del contrato celebrado por exclusivo designio de ley: los contratantes se ven obligados a otorgar el acto en la forma prevista.

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 del CCCN.

⁵ Dentro de la Doctrina Nacional ver “Tratado de Derecho Civil Argentino” Raymundo M. Salvat, Edición del Cincuentenario actualizada por José María Olaciregui, Tipográfica Editora Argentina, Bs As 1964, “Contratos Instituciones de Derecho Civil”, Alberto G. Spota, 2da edición actualizada por Luis F.P. Leiva Fernandez, La ley 2009.

⁶ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, presentados por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011: “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.”. Ver asimismo Código Civil y leyes complementarias, Editorial Astrea, primera reimpresión 1.988 comentario a los artículos 979 a 1001, José María Orelle.

⁷V.g. contrato de Mutuo o comodato

La falta de dicho instrumento no obsta a 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.⁸

Ahora bien, cuando la forma es sustancia, los planos paralelos a los que refería 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.⁹

Y esa simbiosis produce un efecto dominó ya que el error en la instrumentación, determina la ineficacia del negocio.

Dentro de este grupo, 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 pública¹⁰

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.

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

⁸De manera ejemplificativa pero no excluyente integran esta categoría de actos: Las convenciones matrimoniales (Art 448 CCCN); consentimiento en el marco de TRHA (Art. 561 CCCN); leasing si tiene por objeto bienes inmuebles (Art 1234 CCCN); contratos bancarios (Art. 1380 CCCN); Contrato oneroso de renta vitalicia (Art 1608 CCCN); Cesión de Derechos (Art 1618 CCCN) entre otros. Otorgado el acto de una forma no prevista por ley valen como contratos en que las partes se han obligado a cumplir con dicha formalidad.

⁹En el mismo sentido, Rafael Nuñez Lagos: "... 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 continent*" Hechos y derechos en el Instrumento Público, Madrid 1950, pág. 75

¹⁰Conf. Arts. 2467/2473/2474/2475/2479 y concordantes CCCN.

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, que atributos debe contener la escritura pública para que sus defectos no produzcan el devastador efecto “Nulidad” sobre el acto instrumentado.

REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ESCRITURA

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 Sársfield, pasando por las modificaciones previstas por las leyes 9151, 15.875 y las más recientes 24.441 y 26.140, arribamos a la fórmula actual en la que se prevé un articulado abarcativo y reglamentador de la labor notarial donde -salvo aquellas cuestiones relacionadas con las características de los folios, 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, trató en el Título III, de la Sección Segunda, del Libro Segundo del Código Civil 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 Carlos A. Pelosi¹¹ quien clasificó en la siguiente forma las posibles nulidades en la Escritura Pública:

“a) En razón del autor: a.1 Falta de firma del autorizante a.2 Falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 Cód. Civil). a.3 Falta de investidura o

¹¹ El Documento Notarial, Editorial Astrea, 2da reimpresión, 1992.

capacidad (art. 983). b) Por razón de los sujetos instrumentales: b.1 Falta de firma de alguno de los comparecientes. b.2 Falta de la firma a ruego cuando corresponda. b.3 Falta de firma o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuese requerida o necesaria.c) Por razón de la forma: c.1 Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo c.2 Inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte. c.3 Transgresión al orden cronológico (art. 1005).

2. 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).”¹²

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, Título IV, Hechos y Actos Jurídicos, Capítulo 5

Sección 4: Instrumentos Públicos.

Reglas Especiales: Libro Primero, Título IV, Hechos y Actos Jurídicos, Capítulo 5

Sección 5: Escritura Pública y Acta.

Por ello se entiende la siguiente interpretación:

Se aplica a la escritura pública la regla general, en tanto no exista regla particular que la contradiga.¹³

Parafraseando:

Son requisitos de validez de la escritura pública de conformidad a nuestro CCCN:

1. En razón del autor:

a. que el escribano actúe dentro de los límites de sus atribuciones y su competencia territorial, personal y temporal (Art 290 inc. a, 291, 292 CCCN)

¹² Se han omitido en la transcripción las referencias a la teoría de la inexistencia, atento su tratamiento implicaría exceder el marco de la ponencia, aunque es dable anticipar que entendemos que el CCCN recepta la misma. Ver por ejemplo art 406 CCCN.

¹³ Adviértase la importancia que da el legislador a la norma especial que al referirse a la forma que debe tener el testamento otorgado por escritura pública, remite a la normativa del art 299 y siguientes, es decir las normas especiales de la escritura pública y no las generales del instrumento público.

b. que contenga la firma del escribano (Art. 290 inc. b; Art 309 CCCN).

2. En razón de las partes y demás comparecientes:

a.- que contenga la firma de las partes¹⁴ o sus representantes, la de los firmantes a ruego y los testigos cuando sean requeridos (Art 290 inc. b, Art 309, Art 2480 CCCN)

b.- que los testigos sean hábiles (Art 295 y 2481 CCCN)

3.- En razón del instrumento¹⁵:

1.- que tenga designación de tiempo y lugar de firma (Art 309 CCCN).

2.- que contenga el nombre de los otorgantes.¹⁶

3.- que cumpla formalidades especiales en caso de ser testamento por acto público (Arts. 2474 y 2479 CCCN).

LAS NULIDADES DE LA ESCRITURA PÚBLICA SON EXPRESAS:

Cuando hablamos de nulidades y nos referimos al negocio jurídico, al contenido y no al continente, la lectura de los artículos 382 al 397 del CCCN, impacta a aquellos que tratamos de sistematizar el Régimen de las nulidades previsto por el Código Civil. Sobre todo, por la falta de normas equivalentes al Artículo 1037 del CC -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 aún con la ausencia de norma equivalente al citado art 1037CC, las nulidades no pueden ser producto de la discrecionalidad del juzgador.¹⁷

Sin embargo, en el ámbito de las Nulidades Instrumentales de la escritura pública, si están enunciadas 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, el cual en su parte

¹⁴ Aplicando principios generales del derecho, se ha resuelto en opuesto sentido Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "Maristany Dedesma Paula Nancy c/ Torres Ramón s/ sucesión ab-intestato s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)" 19/11/2014)

¹⁵ Que la escritura se extienda en protocolo llevado en legal forma ante el escribano, entendemos hace a la existencia de la misma.

¹⁶ 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 éstos últimos pueden comparecer en representación y no por sus propios derechos.

¹⁷ En igual sentido Marcelo Lopez Mesa "Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos Procesales y Administrativos" Segunda Edición. Editorial IBde F

final sostiene: “la inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos¹⁸ pueden ser sancionados”

Por ello, no es nulo el instrumento escritura pública si se incumple alguno de los preceptos previstos por el legislador fuera de los mencionados “ut supra”. No es nula, por ejemplo, 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 CCCN.¹⁹

Obviamente, el escribano podrá ser sancionado disciplinariamente por quien cuida que la función notarial sea ejercida por persona 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:

- Error material de impresión donde -por ejemplo- habiendo dos instrumentos impresos se alteró el orden de fecha escrita pero la firma tuvo lugar en el orden cronológico real²⁰;

ó

- Falsedad ideológica, donde por lo menos una de las escrituras contiene una fecha que no es verdadera.

La primera conclusión se impone, no en defensa del notario, sino en defensa de la ley, del instrumento, de los contratantes. El vigente artículo 296 CCCN establece: “El instrumento

¹⁸Se refiere solo a los Cónsules cuando tienen facultades notariales, o a los Escribanos de gobierno, y no a cualquier otro funcionario, atento la ubicación de la norma.

¹⁹ Nótese en este punto especialmente que la Ley 15.873 modificó la redacción original del artículo 1004 del CC eliminando como causa de nulidad las procuraciones o documentos habilitantes.

²⁰ Supongamos que se imprimieron la escritura 7001 y 7002 y la segunda tiene fecha anterior a la primera, habiéndose firmado las mismas en fecha mencionada en el instrumento.

público hace plena fe ... en cuanto a la fecha ... hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal”²¹

Por ende, hasta tanto no 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.

Simplemente advertir que, en nuestra 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, por ello la sanción disciplinaria. Pero no la invalidez de la escritura.

²¹Este hecho del mundo interior, este razonamiento del notario hoy se encuentra protegido por la plena fe. Ver Pelosi, antes citado.

PONENCIA

Las Nulidades Instrumentales de la Escritura Pública son las que expresamente se regulan en la Ley de conformidad a lo previsto en el Artículo 309 CCCN.

El legislador ha previsto normas de validez generales, las cuales son aplicables a todos los Instrumentos Públicos y normas de validez especiales aplicables a la Escritura Pública en particular.

Sólo se consideran aplicables a la Escritura Pública las normas generales de validez del Instrumento Público cuando no haya norma especial que la contradiga.

La normativa local no puede determinar la invalidez de la Escritura Pública. Sólo puede sancionar al autor de dicho instrumento notarial.

La Pública hace plena fe de la fecha enunciada, por ende, la falta de orden cronológico no invalida la misma hasta tanto sea declarada falsa en juicio civil o criminal.