

Comisión 10: Derecho Notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

Título: Las actas notariales

Autores: Catalina R. Moggia de Samitier¹ y Angel Luis Moia²

I) La incorporación de un instrumento público con una gran tradición

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ha terminado con un debate de vieja data en materia de instrumentos incorporando a la legislación común a las actas notariales.

1.- Los antecedentes.

El derogado art. 979 C.C. no las consideraba entre los casos expresos de los instrumentos públicos, sin perjuicio que de la apertura que el inciso 2 hacía con respecto a *“cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”*, se considerara que resultaban incluidas.

Esta consideración lateral suscitó diversas posturas. Unos entendían que, por tratarse de un instrumento notarial unilateral, expedido sin la intervención ni contralor de la parte a quien se le pretendieran oponer sus constancias, carecía de las prerrogativas probatorias propias del instrumento público según las previsiones de los arts. 993 a 995 C.C. Otros, por el contrario, las entendían como instrumentos públicos, sin distinciones, dada la previsión legal antes mencionada.

2.- Las regulaciones locales.

La genérica mención del art. 979 inc. 2 C.C. era complementada con el desarrollo que las legislaciones locales hicieron de las actas.

¹Profesora Adjunta de Derecho Civil III (Contratos) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral

² Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil I (Parte General), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil II (Obligaciones) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral

En nuestro caso particular referiremos a la ley provincial 6.200, vigente en nuestra provincia, Entre Ríos.

Sancionada durante la vigencia del Código Civil establece una serie de normas sobre este tipo de instrumento público. Así, en general, se reconoce como desempeño de la función notarial la de confeccionar actas (art. 6 inc. d), y se fija competencia territorial a los Escribanos para levantar actas de constatación en los departamentos colindantes a aquellos en los que tienen asiento sus registros (art. 24 inc. a). En particular los capítulos III y IV de la misma ley regulan las actas en general (art. 57) y de las diversas clases actas en particular (arts. 58 a 65)

En cuanto a la configuración del instrumento se remite a las exigencias de la Escritura Pública, con una serie de adecuaciones según las características específicas del documento³. Con respecto a sus efectos, el último artículo de la parte especial de las actas dispone que *“las afirmaciones del escribano sobre hechos cumplidos por él mismo o pasados en su presencia, harán plena fe, hasta la argución de falsedad, conforme al Código Civil”*

3.- Las previsiones del Código.

En tres artículos el nuevo Código regula el régimen de las actas notariales.

En el primero de ellos (art. 310) las define circunscribiendo su ámbito a la comprobación de hechos. En el art. 311 define sus requisitos y configuración estableciendo una comunidad de exigencias con la escritura pública (arts. 299/309), con algunas salvedades expresas.

Dentro de las especificidades del acta se consigna que deben indicar el requerimiento y la explicitación del interés que justifica al requirente sin que sea menester la acreditación de personería ni del interés de terceros que invoque el requirente. De igual modo no se exige que

³Según dispone el art. 58, se distingue el acta de la escritura ya que *que“ a)- Se hará constar el requerimiento que motiva la intervención notarial. b)- El requirente se individualizará con los datos exigidos por el Código Civil para las escrituras -sin extenderse a los demás mencionados en el Artículo 55- y los requeridos sólo por su nombre y apellido. c)- Bastará en ellas que se preste conformidad con la exactitud del texto. d)- Cada diligencia podrá extenderse a continuación, como parte separada pero dentro de la misma escritura, observando estrictamente cronología. Cada acto llevará, en su caso, la firma del requirente o del requerido. e)- No será necesario afirmar el conocimiento de las personas con quienes deban entenderse las diligencias. f)- Se transcribirán las respuestas que den los requeridos. No será necesario que el requirente efectúe réplicas, ni la falta de éstas implicará conformidad con las afirmaciones o negaciones del requerido o notificado. g)- El escribano informará a las personas notificadas o requeridas que actúa como tal y que tienen derecho a contestar. 14 h)- Podrán extenderse coetáneamente o con posterioridad a los hechos que se narren, pero dentro del mismo día”*

el Notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los fines de cumplir con el requerimiento. Entendemos que las personas a que se hace referencia en el inc. c) del art. 311 son el o los requeridos, mientras que, por el contrario, debe identificar al requirente con todos los recaudos exigibles para las escrituras pública.-

El nuevo ordenamiento impone al Notario un especial deber de información cual es hacer saber a las personas notificadas o requeridas de la investidura y cometido de su intervención, a la vez, debe informárseles de la posibilidad de no manifestarse, y en caso de que lo haga asentar lo que se exprese. Si bien en materia de deber de información la regla es la de libertad de formas, en el caso concreto de las actas respecto a la posibilidad del requerido de no dar respuesta se exige que la misma se formalice por escrito.

Las diligencias consecuentes, si el objeto lo permite, no exigen la presencia del requirente, ni unidad de acto ni redacción; con la sola imposición de que se realicen dentro del mismo día. Pueden ser separadas en diversas partes o diligencias, siempre conservando el orden cronológico. Finalmente pueden autorizarse, según lo dispone el inc. g del art. 311, aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, dejando constancia de ello. Va de suyo que se está refiriendo al o los requeridos puesto que el requirente debe firmar; salvo que no pueda o no sepa hacerlo de lo que se dejará constancia; pero el rehusarse a firmar debe ser interpretado como desistimiento de la diligencia.

Los instrumentos así confeccionados constituyen instrumentos públicos en cuanto a su valor probatorio. El art 312 aclara que los hechos que el Escribano percibe, la verificación de su existencia y estado están amparados por la fe pública (arg. art. 296). Las personas que intervienen, si fueran identificadas (cosa que no exige el art. 311 inc. c) se tomará como un hecho constatado. Con respecto a las declaraciones que se formulen, se aclara que deben ser referidas como meros hechos y no como contenido negocial. Ello implica que si bien no se podrá negar sin redargución de falsedad el hecho de la manifestación en sí, respecto de su veracidad es admisible prueba en contrario.-

Como puede verse, prácticamente se siguen los lineamientos pacíficamente receptados en la práctica notarial de las provincias. Esto implica que las legislaciones locales, en cuanto no contradigan la preceptiva nacional, no ven afectada su vigencia. Antes bien, las contradicciones deben resolverse a favor de la normativa nacional, por tratarse la materia de los instrumentos de una cuestión delegada a la Nación (arg. art. 121 C.N.).

II) Algunas cuestiones no resueltas –expresamente-

La escueta normativa sobre las actas se complementa con el equilibrio que consagra la remisión a la regulación de las escrituras públicas. Esta no puede entenderse sólo limitada a las excepciones previstas explícitamente, sino que deben adecuarse las exigencias de un instrumento a la entidad del otro.

1.- La negociabilidad como característica de la Escritura Pública.

A tenor de la definición del art. 299 C.C. y C. la escritura como instrumento matriz tiene como contenido natural al acto jurídico. Los hechos, conforme lo establece el art. 310 del mismo cuerpo serían materia exclusiva de las actas notariales.

Sin perjuicio de la claridad conceptual que en abstracto se plantea, el mismo Código establece casos donde sobrevinientemente puede aparecer un negocio jurídico en la concreción de un acta. Tal el caso de la notificación del pago por consignación extrajudicial (art. 910 C.C.y C.). en la que el acreedor acepte el pago. En curso del emplazamiento al acreedor, puede plantearse que ambas partes planteen una espera o una modalización del pago que se está realizando..¿Debe continuarse con el acta notarial, o debe asentarse ese acto en una escritura pública? En su caso, ¿afecta esto a la validez del acta? Este supuesto plantea un interrogante al cual la ley no da respuesta. Entendemos que directamente en esos casos el Notario deberá efectuar la correspondiente escritura pública que refleje el acto jurídico pertinente

2.- El acta ¿documento protocolar o extraprotocolar?

Un tema que no se ha zanjado con la sanción del nuevo ordenamiento es el carácter de protocolar o extraprotocolar de las actas notariales.

Las legislaciones provinciales admitían un carácter dual, reconociendo que podría haber actas en el libro de intervenciones extraprotocolares (arg. art. 71 y ccdtes. ley 6.200)

Hay quienes sostienen que se trata de un instrumento protocolar a partir de la identificación estructural que establece el Código al sujetar a las actas a los requisitos de las escrituras públicas. El art. 299 C.C. y C., aplicables por la remisión del art. 311 C.C. y C., determina que la escritura pública debe realizarse en el libro de protocolo, resaltando su matricidad, sin que exista una expresa salvedad que excluya este requisito.

Esta conclusión nos enfrenta a un problema esencial ante la permisión prevista por las leyes locales. Situación que, como ya sostuviéramos, debe resolverse a favor de la exigencia sustancial.

Entendemos que puede válidamente ser un documento extraprotocolar porque cuando el artículo 311 C.C. y C. hace referencia a los requisitos de las escritura públicas, remite en primer lugar a lo establecido en el art 301 que expresamente refiere a ellos y no al texto de la definición de aquellas. A los recaudos previstos en el artículo 301 deben adicionarse los establecidos en los artículos 302 a 305 en tanto no hayan sido modificados expresamente.-

3.- Los defectos de forma en el acta.

Una laguna que permanece sin solución expresa es la consecuencia de la infracción de las exigencias formales establecidas para las actas notariales.

La aplicación mecánica de la remisión establecida por el art. 311 C.C. y C. nos llevaría a buscar la solución en el art. 309 del mismo cuerpo. Este distingue el tenor de las formalidades omitidas. Si se prescinde de la designación del tiempo y lugar en el que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del Escribano y de las partes, en su caso de la firma a ruego, o de los testigos cuando fuere menester, la sanción es la nulidad. Cualquier otro defecto no provoca la nulidad, habilitando sólo la posibilidad de sancionar al oficial público.

En el caso de las actas, su misma configuración condiciona la posibilidad de extender sin más esta solución porque se deben tener en cuenta las diferencias expresas que el propio ordenamiento establece en el artículo 311 respecto del régimen de las escrituras .-Así por ejemplo se puede obviar la firma del o los requeridos lo que no ocurre en el acto de escrituración en que las partes deben suscribirla (arg. art. 311 inc. g). Los únicos requisitos comunes serían en consecuencia la exigencia de que se consigne el tiempo y lugar de su realización, la firma del requirente y la del Notario cuya falta el acta notarial y la privaría de su valor probatorio.

Ahora bien, dentro de la economía particular del acta, es claro que las infracciones a las exigencias legales están sujetas al régimen general de las ineficacias y de la nulidad en particular establecido por el Código.

La verificación de una falencia que provocara la invalidez, afectaría la entidad probatoria del instrumento, dejándolo desprovisto de los efectos propios previstos por el art. 312 y sujeto a la valoración judicial correspondiente (arg. art. 294 C.C. yC.).

4.- Los límites a la realización de la diligencia cometida.

A.- El primer límite a la actuación notarial está dado por el requerimiento que fija la actuación profesional. El inciso d del art. 311 determina que el objeto de la comprobación limita el obrar notarial según las personas que intervengan. Es tarea propia del notario verificar tanto la posibilidad física como jurídica de efectuar la diligencia requerida.-

B.- El derecho de propiedad.

En el caso de actas de comprobación éstas no pueden efectuarse cuando afecten el derecho de propiedad del requerido.

C.- El derecho a la intimidad.

En particular, esta genérica invocación debe contener el ámbito del derecho a la intimidad, regulado dentro del capítulo de los derechos personalísimos por el nuevo Código (arts. 52, 55 y 1.770). Del concierto de estas normas surge un límite esencial a la intervención notarial fundado en este derecho, ya sea por el ámbito físico en el que debe desarrollarse (v.gr. el domicilio particular o espacios asimilables) o por el objeto, como es el caso de la correspondencia epistolar, ya sea en soporte físico o electrónico.

En este último caso el art. 318 C.C. y C. es claro en cuanto a que la correspondencia en general puede presentarse como prueba por el destinatario. Se diferencia de esta regla la situación de la correspondencia confidencial, que no puede ser empleada sin el consentimiento del remitente, condición que se proyecta sobre cualquier tercero. Lo dispuesto respecto de la correspondencia confidencial se extiende a la que se efectúe por medios electrónicos.⁴

El consentimiento, tratándose de derechos personalísimos, o que puedan afectar la propiedad privada, debe ser expreso y resulta de interpretación restrictiva. De ahí que el Notario deba abstenerse de obrar sobre este tipo de comunicación si no tiene constancia de que se cuenta con esta habilitación por parte del remitente.

5.-El deber de información formal.

⁴ C.C. C. L. y M de Neuquén, sala II, 30.12.14; L.M. C. c R.R.F s/ divorcio vincular con causa.

El inciso d del art. 311 exige que el Escribano despliegue una serie de comunicaciones a las personas involucradas en la diligencia sobre el modo de su intervención y las facultades que tienen. De estas diligencias debe quedar constancia en el mismo instrumento.

El art. 312 C.C. y C. restringe el valor probatorio en el acta a las percepciones del oficial público, sin embargo, consideramos necesario entender que también goza de la misma firmeza probatoria aquello que el Escribano realice. En concreto, resulta una exigencia formal del instrumento su incorporación en el texto, a fin de cumplir con las exigencias legales sobre la configuración del mismo.

Se trata de una exigencia formal que predica sobre la validez del acto, por lo que resulta lógico que se asiente su cumplimiento. No resultaría lógico descomponer los requisitos del instrumento, dejando librada su acreditación a medios alternativos, como sería la eventualidad de la prueba testimonial.

Su inclusión, no siendo una constatación percibida por el Escribano, debe poseer la misma entidad probatoria que la prevista por el art. 296 inc. a C.C. y C., aplicable por la remisión orgánica a las reglas de la escritura pública. De otro modo se provocaría una encerrona lógica en cuanto a la acreditación de un supuesto esencial, tal como lo reconocieron las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁵.

III) Conclusiones.

- 1.- Resulta auspicioso que el nuevo ordenamiento haya reconocido el carácter de instrumento pública de las actas notariales.
- 2.- La falta de requisitos formales sancionados con la nulidad respecto de las escrituras públicas no son aplicables in totum a las actas notariales
- 3.- Las actas extraprotocolares labradas con arreglo a los ordenamientos provinciales son válidas en la medida que esas legislaciones no contradigan el régimen del código civil y comercial

⁵Según el contenido de la conclusión 3 de la Comisión nº 1 se dijo que “*la eficacia probatoria del documento notarial no varía con el objeto de la dación de fe (C.C. 993). Ella es la misma, sea que se trate de una escritura pública (donde el objeto narrado es un negocio jurídico) de un acta (donde el objeto narrado no es un negocio jurídico) o de la mera certificación de una firma (donde el objeto que el notario narra es la suscripción del documento privado)*”, cf. <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-17-XIII-Jornadas-1991.pdf>

4.- Las actas notariales se encuentran sometidas a las reglas generales de ineficacia de los actos jurídicos.

5.- Resultan límites a la realización de la diligencia notarial la extensión del requerimiento, el derecho de propiedad y el de intimidad, esencialmente.

6.- Existe un deber de información formal que debe acreditarse mediante el mismo instrumento.

7.- Las manifestaciones del Notario en cuanto a su realización deben gozar de igual fuerza probatoria que sus percepciones.