
IMPORTANCIA DEL DESARROLLO DE LOS VALORES EMERGENTES DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EN EL SENO DEL NUEVO DERECHO PRIVADO CONTRACTUAL ARGENTINO

*Sebastián J. COSOLA**

Fecha de recepción: 6 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 22 de agosto de 2015

Resumen

El artículo analiza el tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a la forma como elemento del acto jurídico que permite la externalización de la voluntad. El estudio de la forma no puede verse desprovisto de su relación con distintos principios jurídicos que rodean a la teoría contractual tales como la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica. A partir de ello se aboca a las clasificaciones entre instrumentos privados, particulares sin

* Abogado y Escribano graduado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) (Argentina). Notario en ejercicio adscripto a registro 7 del partido de Junín. Presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Postulante a Doctor en derecho por la Universidad Austral. Becario por concurso del Consejo General del Notariado Español, Madrid. Postgraduado en Derecho Civil (Contratos), Universidad de Salamanca. Especialista en Documentación y Contratación Notarial (Universidad Notarial Argentina). Ex miembro correspondiente por la República Argentina ante la Academia Notarial Americana y Miembro del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado. Docente investigador categorizado del Ministerio de Educación de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Notarial (UNA). Miembro titular del Consejo de Redacción del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, Madrid, España y miembro Honorario Consultivo de la Gaceta Notarial, Lima, Perú. Fundador y director del Centro de Estudios Jurídicos y Notariales (UNNOBA). Profesor en los cargos de Titular, Adjunto o Jefe de Trabajos Prácticos (de grado y Postgrado) de Derecho Notarial, Derecho de los contratos y ética de las profesiones jurídicas en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires y en la Universidad Notarial Argentina. Autor de libros y de artículos de derecho notarial y registral, derecho de los contratos y ética jurídica publicados en Argentina y en el extranjero. Ha dado charlas, conferencias y disertaciones en Madrid, México, en varias ciudades de Bolivia, Paraguay y Perú, y en Argentina en los colegios notariales de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Río Negro, Salta, San Juan, Tierra del Fuego y Santa Fe - Segunda Circunscripción, y en diversas universidades y ateneos de la República Argentina. Correo electrónico de contacto: sebastiancosola@derecho.uba.ar

firma, que viene acompañada de una serie de ejemplos y en especial de los instrumentos públicos enumerados en el artículo 289, sus requisitos, validez y eficacia. Tales requisitos implican un análisis del autor del instrumento público —es decir, el notario—, y su competencia nos lleva a abocarnos a su rol, marcado por su imparcialidad, ante un nuevo derecho de las familias.

Palabras clave

Forma – eficacia – requisitos del instrumento público – competencia material – imparcialidad

THE IMPORTANCE OF PUBLIC INSTRUMENTS' EMERGING VALUES IN THE NEW ARGENTINE PRIVATE CONTRACT LAW

Abstract

The article analyzes the new Argentine Civil and Commercial Code's approach to the form as an element of the act that makes the parties' will visible and states that the study of form cannot be deprived of its relationship with other legal principles surrounding the Contracts' Theory, such as autonomy and legal certainty. Then, the author studies the classification among private instruments, individual instruments without signature —providing several examples— and focuses on public instruments enumerated in Section 289, their requirements, validity and effectiveness. Such requirements involve the author's analysis of public documents —that is, the notaries public—, their competences and tasks, coming to the conclusion that, within the frame of this new Family Law, they have become impartial actors.

Keywords

Form – enforceability – requirements of public instruments – subject-matter jurisdiction – impartiality

I. Un adecuado punto de partida para su consideración dentro de la teoría contractual: el elemento forma en el nuevo Código Civil y Comercial

Conjuntamente con la teoría del consentimiento (arts. 971 y concs.), el objeto (arts. 1003 y sigs.) y la causa (art. 1013), la forma estudiada dentro de la teoría general del acto

jurídico en el nuevo Derecho Privado argentino se consolida como un elemento esencial (arts. 284 y 1015, respectivamente). Es así que empiezan a cobrar relevancia las palabras de los autores argentinos que advierten que son verdaderamente impropias las designaciones de los negocios o actos jurídicos *sin forma* o como *no formales* (CIFUENTES, 2001: 189; 2004: 225; 2011: 465, LORENZETTI, 2004: 420; REZZÓNICO, 1999: 264).

En el nuevo Derecho Privado, el establecimiento del elemento *forma* como máxima expresión de la exteriorización de la voluntad implica dotar al acto de validez, vigencia y eficacia. Y desde aquí que se enseñe con acierto que la voluntad pertenece a una esfera del individuo que es incapaz de trascender por sí misma y, por esa razón, la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto (en palabras del genial ZINNY: forma es acción; acción que incluye además el gesticular, hablar, escribir, manipular la computadora, entregar, edificar y sembrar, y a veces es callar o estarse quieto) (ZINNY, 2008: 40).

Autores como LÓPEZ DE ZAVALÍA o MOSSET ITURRASPE advierten que existe un sentido genérico y uno específico para la palabra forma: mientras que el primero se refiere a cualquier manera de exteriorización de la voluntad, el segundo se remite únicamente a algunas maneras específicas y determinadas (MOSSET ITURRASPE, 1998: 257; LÓPEZ DE ZAVALÍA, 2006: 307). Muy a pesar de todo esto, debe siempre recordarse que tanto en el antiguo como en el actual Derecho contractual la fuerza jurídica de las convenciones no emana del cumplimiento de formas sacramentales, sino que emerge de la voluntad individual. En su gran mayoría, los autores argentinos concluyen que el instituto de la autonomía es un principio dentro del Derecho de los contratos que se exterioriza y objetiviza a partir de la consideración de un estándar ético de libertad (COMPAGNUCCI DE CASO, 1992: 54; GASTALDI, 2003: 3; MOSSET ITURRASPE, 2006, 27-35 y 320-324; LEIVA FERNÁNDEZ, 2007: 767-8; LLAMBÍAS, 1991: 314, LORENZETTI, 2004: 123; ORGAZ, 1963: 51-4; SPOTA, 2009: 49-63; STIGLITZ, 1994: 345). Cuando la voluntad exteriorizada es cierta, precisa, auténtica, de buena fe, el cumplimiento se vuelve para tan exigible como si fuera ordenado por la ley misma. Por ello, con razón se ha dicho que cuando el principio de libertad se ha cumplido, "la voluntad [...] presenta] un poder normativo ilimitado" (LORENZETTI, 2004: 124). Así es que las partes tienen la posibilidad de elegir contratar o no hacerlo, de autorregular sus intereses de manera bilateral y, especialmente, de cumplir con el principio de autorresponsabilidad (LORENZETTI, 2004: 123-4). Autorizada doctrina internacional también arriba a similares conclusiones, muy a pesar de los diferentes enfoques propuestos que acarrear, consecuentemente, concepciones propias de cada país, Estado o región (BETTI, 2000: 53; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003: 29-32). Según lo antedicho, puede sostenerse como regla

general que siempre deberá prevalecer la autonomía de la voluntad reflejada en los actos y contratos por sobre todo tipo de formalismo —la doctrina en general diferencia formalidad, forma y formalismo—.

Sin embargo, muy a pesar de la fuerza del mencionado principio —también receptado en la nueva legislación (arts. 958 y 962)— se exceptúan aquellos casos especiales que en razón de la seguridad o finalidad, requieren una forma impuesta por la ley. De ahí que el paradigma de la libertad de formas no sea absoluto, y que pueda reconocer excepciones, como aquellas que ordenan la celebración de los actos bajo forma escrita y especialmente a lo que este ensayo importa, la utilización de instrumentos públicos. Si bien la exigencia de la forma determinada opera como excepción, se suele reconocer que múltiples son las mencionadas excepciones.

De todas maneras, resaltemos que el principio de libertad es el que campea en las relaciones privadas de las personas, y es por ello que inclusive la propia autonomía de la voluntad puede imponer formas aun más fuertes o duras que las previstas legislativamente. De esta forma, las partes pueden elevar la seguridad jurídica preventiva por sobre la ley, cuando ésta no se vea afectada o restringida, siempre dentro de los cánones que marca lo justo conmutativo (VIGO, 1999: 158). Tan injusto es el acto desprotegido de manera adrede sin forma como el exceso ritual que en circunstancias es una traba o una invitación al incumplimiento. Para ello se necesita un equilibrio en la forma, para que en su concreción sea justa. Así se advierte el sentido del equilibrio en el control de la forma en los instrumentos públicos, especialmente, los de naturaleza notarial (ZAVALA, 2003: 397). En definitiva, los actos siempre tendrán una forma, y si aquélla no fue prescripta expresamente, tendrá la que las partes juzguen más conveniente (LAMBER, 2003:10).

Esta introducción es clave para entender desde la forma la importancia que reviste el tratamiento de los instrumentos públicos en la teoría contractual. El gran Rafael NÚÑEZ LAGOS insistía desde sus hechos y derechos en el instrumento público que había que diferenciar el continente (instrumento) del contenido (acto o contrato), muy a pesar que su tratamiento en conjunto era —¡y es!— tan necesario como indispensable. Así es que la estructuración del contenido sustancial del instrumento público dentro de la teoría general del contrato es absolutamente relevante para poder advertir de manera proyectada, el valor del elemento forma dentro de esta disciplina del Derecho Privado.

a) Una referencia a los instrumentos privados y particulares no firmados

El nuevo artículo 287 del Código Civil y Comercial refiere a la categoría de los instrumentos privados o particulares no firmados. El artículo es claro: si los particulares están firmados se denominan instrumentos privados; si no lo estuvieran, entonces quedan dentro de la categoría ya conocida de instrumentos particulares no firmados. Sin embargo, el presente artículo amplía notablemente a esta última categoría, puesto que se considera que comprende a *todo escrito no firmado*, donde se encuentran ciertos ejemplos enumerados como potentes, como los registros visuales o auditivos de cosas o de hechos. Si bien esto no es nuevo —CARNELUTTI ya había tratado en derecho de procedimientos el tema del valor probatorio de los fonogramas, etc.—, su incorporación al Código Civil y Comercial es relevante y pone en jaque a la doctrina tradicional que exige formalmente la prueba documentada de hechos y actos.

Seguidamente a esta categoría, el nuevo cuerpo legal resalta la importancia de la firma manuscrita volcada en los instrumentos y la firma digital, prevista para aquellos instrumentos generados por medios electrónicos. Admitida la firma como trazos habituales que una persona acostumbra a escribir para manifestar su voluntad frente a una determinada circunstancia, el nuevo artículo 288 confirma específicamente como un especial medio de prueba. El trazo habitual efectuado por una persona —o la conjunción de la clave pública y privada en materia de firma digital— probará la declaración de voluntad descripta en el texto o medio electrónico al que corresponda.

Sin duda alguna, el principal efecto perseguido por el legislador que a la luz sobresale de una simple lectura es la asunción del texto por el firmante. Lógicamente, de ninguna manera se restringe la composición de ese trazo, sino que se deja librada a la más amplia conciencia la posibilidad de bosquejar una firma, símbolo o signo que determine la autoría de una persona. Dentro de los instrumentos privados, la firma es componente inexcusable; ya que cumple dos funciones esenciales: demostrar la voluntad e imputar la autoría (LEIVA FERNÁNDEZ, 2007: 71).

II. Los instrumentos públicos¹

Una de las clásicas definiciones de nuestro Derecho Civil para los instrumentos públicos nos viene legada de la inigualable pluma del maestro LLAMBÍAS (1991), quien enseñaba que los instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlos, se denominan *instrumentos* públicos (p. 430). Aclaran ARMELLA (1999: 3), RIVERA (2010: 433) y ORELLE (2001: 476 y ss.), entre otros, que debido a la enunciación que realiza el Código Civil a partir del artículo 979 del Código de Vélez,² sin dar ningún tipo de definición o concepto, es que la doctrina tradicional en nuestro país se ha posicionado frente a dos tesis diferentes: una *amplia*, que sostiene que para que exista *instrumento público* únicamente se requiere la intervención de un *oficial público*; y otra *restringida*, que afirma que además debe haberse conferido al oficial público, mediante *ley*, la *facultad de otorgarlo*. En la actualidad, Carlos D'ALESSIO confirma que el nuevo código tampoco brinda una definición de los instrumentos públicos, aunque aquélla pueda ser establecida a partir de una interpretación de los requisitos y efectos previstos en el articulado en general (D'ALESSIO, 2015: 122).

Sobre esto, digamos que la definición de RIVERA (2010) es similar a la de LLAMBÍAS (1991), sólo que el primero destaca además que la propia ley otorga a las mencionadas creaciones *plena fe* sin necesidad de posteriores pruebas o verificaciones, y que hay supuestos de no-presencia de *oficial público* como el caso de los asientos de libros de corredores, entre otros, por cuanto la ley considera que existen determinadas personas que

¹ Cfr. COSOLA (2014: 663 y ss.).

² “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1° Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2° Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado; 3° Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4° Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5° Las letras aceptadas por el Gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6° Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público; 7° Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8° Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9° Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizadas para tales emisiones; 10° Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros” (art. 979, Cód. Civ. de Vélez Sarsfield).

desempeñan funciones que sin ser públicas se les asemejan perfectamente (p. 434 y ss). De manera que puede establecerse que la existencia del instrumento público está sujeta a la calidad de los sujetos que lo autorizan —con la salvedad realizada, teniendo en cuenta que autores como el mencionado LLAMBÍAS exigen que además el autorizante debe ser capaz (LLAMBÍAS, 1991, 431)—, que obren dentro de la facultad que tengan para realizarlos —situación asimilable a la noción de *competencia*— y dentro de los márgenes que la ley ordena o establece.³ Finalmente, recordemos con Cristina ARMELLA (2015: 726-7) que la doctrina en general suele clasificar a los instrumentos públicos según el agente y según su contenido, distinguiendo entre aquellos administrativos, judiciales y notariales.

a) La teoría general del instrumento público y su relación directa con el análisis de la escritura pública notarial

El tema que plantea la teoría general del instrumento público como *género* está notoriamente vinculado con el desarrollo del *documento notarial* como *principal especie*, quizás por ser el único que tanto en el código de Vélez como en el nuevo Código Civil y Comercial tiene tratamiento especial, sirviendo así de guía a los otros instrumentos legislativamente enumerados. Pero siempre la teoría del instrumento público ha sido objeto de interés *notarial*. Ya he referido líneas atrás que la primera tesis doctoral de un escribano defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se remonta al año 1952, y su autor, Carlos Emérito GONZÁLEZ (1953), la tituló "Teoría general del instrumento público (Introducción al derecho notarial argentino y comparado)". En España, el máximo aporte notarial realizado por Rafael NÚÑEZ LAGOS (1953) llevó como nombre *Los esquemas conceptuales del instrumento público*.

Desde allí hasta hoy es que todos los desarrollos de excelencia de la doctrina notarialista argentina y española vienen haciendo referencia clara y concreta al notario como creador del instrumento público, de donde también surgen interesantes estudios

³ "Para su validez el instrumento público debe otorgarse con las formalidades prescriptas en la ley bajo pena de nulidad pues el incumplimiento de tales requisitos da lugar a la nulidad o a la anulación del instrumento según el modo de actuación de la causa de invalidez. Los instrumentos son nulos si el oficial público ha perdido su capacidad, como si actúa sin competencia, o cuando no se han llenado las formas legales exigidas de manera que la inobservancia del requisito surja patente del mismo instrumento, como si faltan las firmas de las partes. En cambio, son anulables si su examen permite descubrir irregularidades tan importantes como para persuadir al juez de su invalidez", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, (04.07.1984), en *El Derecho* del 24.09.84, pág. 3).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

referidos a las bondades que el código brinda a quienes recurren a utilizar esta fantástica figura propia del Derecho occidental o *civil law*, todo desde una innegable, elogiosa y necesaria comunidad con los desarrollos de la doctrina civilista iberoamericana, digna del más grande respeto y consideración.

Es oportuno recordar que la finalidad del instrumento público es la acreditación fehaciente de la existencia de todo acto, hecho o contrato que importa a las partes y que ocurren en presencia del escribano, notario u oficial público, cuyos efectos se asimilan a los de la plena o máxima prueba. En este sentido, se afirma con razón que es una necesidad social que contribuye al desarrollo de la seguridad jurídica que determinados actos o hechos o relaciones jurídicas que son considerados como trascendentes puedan acreditarse con otro requisito que la mera exhibición del documento (D'ALESSIO, 2015: 122), como es el que proviene del valor de la fe pública, el sentido de la autenticidad externa. Muy a pesar de ello, es bueno recordar con Eduardo COUTURE (2005) que ninguna prueba instrumental puede ser plenamente perfecta —aunque esté revestida de *fe pública*—, ya que los actos de los hombres librados a la sinrazón pueden causar daños irreparables —pensemos no sólo en errores o equivocaciones que merecerán luego ser corregidas, sino en los casos de inmoralidad o corrupción que puedan llegar a tener asidero instrumental—. Para ello entonces se prevé la institución de la redargución de falsedad, como protección a los actos de los fedatarios que no se corresponden ni con su investidura ni con su función de garantía, justicia y seguridad, y lógicamente un buen sistema de responsabilidad notarial que está destinado a separar o apartar a los malos profesionales del ejercicio fedatario funcional (COUTURE, 2005, 110 y ss.).

b) Enunciación legal de los instrumentos públicos en el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo artículo 289 del Código Civil y Comercial⁴ no ofrece definiciones ni conceptualizaciones, por lo que encontrar una definición que seduzca a la mayor parte del auditorio seguirá siendo una hermosa tarea de creación de la doctrina dominante y de la

⁴ “Enunciación. Son instrumentos públicos: Las escrituras públicas y sus copias o testimonios; Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión” (art. 289, Cód. Civ. y Com.).

próxima jurisprudencia en la interpretación de los demás artículos del nuevo Código,⁵ y muy a pesar que existen ya definiciones absolutamente consolidadas. Esto no obsta a que se pueda realizar un somero análisis de los tres incisos que presenta el artículo —en lugar de los diez que ofrece el artículo 979— en una enumeración legal que es, también, meramente enunciativa.

i. Las escrituras públicas y sus copias o testimonios

Se refiere a la *escritura pública*, que es la especie más importante de los instrumentos públicos, y que se extiende en el protocolo con los alcances previstos en la nueva norma y en las leyes especiales notariales, ya que se consolida como elemento esencial del tráfico jurídico privado, en su faz de *protectora* de la *seguridad jurídica*. La *escritura pública* es el *documento notarial principal, protocolar* y con valor de *instrumento público* (ETCHEGARAY y CAPURRO, 2011: 275). Destaca ARMELLA (2015) de la propia definición del nuevo artículo 299 como elementos esenciales de las escrituras a la matricidad, el protocolo, el autor y el contenido (p. 760.). El documento original por excelencia, advierte D'ALESSIO (2015: 159), es la *escritura pública*.

Tan importante y medular es para el Derecho contractual la referencia a la escritura pública, que autores destacados han optado oportunamente, por denominar con ese nombre a sus obras más trascendentes, comprensiva del Derecho notarial y registral, contractual, civil, comercial y patrimonial de incidencia en el ejercicio de la función fedante (LAMBER, 2006). Algunos autores inclusive acuerdan en darle a la escritura el valor trascendente del que goza en la actualidad, muy a pesar que dentro del estudio del Derecho notarial sustantivo una de las cuestiones que realzan la atención del jurista es la que refiere a las innumerables y diferentes denominaciones que se escogen para designar al mismo concepto. Así, mientras hay quienes refieren a las escrituras públicas y se encargan de definir y precisar el alcance de sus conceptos (NEGRI, NERI, MUSTAPICH), existen otros que advierten que la escritura pública es un instrumento público o, al menos, su especie más importante (ACQUARONE, ABELLA, ORELLE), agregándose a esto que su contenido principal en el acto o negocio jurídico allí contenido, autorizado por un notario en ejercicio de sus funciones, ya que la escritura, como conocimiento para el Derecho, *constituye los hechos y los*

⁵ "El concepto de instrumento público no se agota, en su perspectiva penal, con la enunciación que efectúa, a título meramente ejemplificativo, el artículo 979 del Cód. Civil", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, 06.12.1979, *La Ley Online*. Citado en CIFUENTES (2011, 196).

dichos de la audiencia notarial (GATTARI, 2008: 53). En otra sintonía, autores clásicos en cambio apuntan al instrumento público notarial y, dentro de su seno, al análisis de la escritura pública (GONZÁLEZ, LAMBER, COUTURE). Dentro de esta última consideración, el caso de José Carlos CARMINIO CASTAGNO (2006) es esencialmente particular, porque diferencia específicamente el acto notarial, el instrumento público y el negocio jurídico en forma elogiosa y contundente (p. 31 y ss.). En fin, la mayoría de los autores insisten en referirse al *documento o instrumento* y a su especie principal, la *escritura pública* (ARMELLA, PONDÉ, PELOSI, MARTÍNEZ SEGOVIA, ZINNY, D'ALESSIO). El aspecto instrumental que resguarda el contenido contractual es tan relevante que hasta en situaciones se suelen utilizar los términos instrumento, escritura o documento como intercambiables. Es el caso entre tantos de la reconocida *Enciclopedia Jurídica Omeba*, que no contiene el tratamiento de la voz escritura pública. En el tomo correspondiente a esa voz, se remite al referirse a la escritura a la voz *instrumento público*, que tan bien trata Luis BOFFI BOGGERO (1996) asimilando y ensamblando perfecta y armoniosamente sus efectos al de las escrituras públicas (pp. 211-37). Sobre esto, una primera reflexión es que el nuevo artículo 299, referido a las escrituras públicas como especie principal de los instrumentos públicos, intenta por primera vez instaurar una suerte de *definición* al describir que la escritura es el instrumento matriz extendido en el *protocolo*. Con esto se destaca un aspecto esencial de aquélla de acuerdo a la doctrina mayoritaria.

ii. Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes

Similar al artículo 979, inciso 2, del recientemente derogado código velezano, el contenido del artículo 289, inciso b), refiere a cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos, notarios o los demás funcionarios públicos con los requisitos que establezcan las leyes. El presente inciso se refiere a los jueces de paz, agentes diplomáticos y, como bien, han advertido ARMELLA (1999: 6) y CIFUENTES (2001: 195), respectivamente, estos instrumentos pueden reconocer distintas procedencias: *notarial, administrativa o judicial*. No obstante, la referencia notarial a los otros instrumentos que extendieren los escribanos se refería generalmente a las actas notariales, que no encontraban recepción legislativa en el código originario, y que sí la tienen a partir del artículo 310 del nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, otros autores plantean, siguiendo la tesis amplia de los instrumentos públicos ya referida, la posibilidad de incluir todos los instrumentos notariales que se otorgan fuera del protocolo como la certificación de autenticidad de las firmas, la práctica de inventarios, el desempeño de funciones de secretario de un tribunal

arbitral, la redacción de actas de asambleas, la recopilación y firma del estudio de títulos, entre otros instrumentos de naturaleza notarial.

iii. Los títulos emitidos por el Estado

Al referirse a los títulos emitidos por el Estado Nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme a las leyes que autorizan su emisión, el inciso c) del artículo 289 puede encontrar su antecedente en el antiguo inciso 5° del artículo 979. Se atiende aquí, con mejor redacción que el citado en último término, a aquellos títulos emitidos por los estados referidos, sujeto a lo que disponga la normativa de su creación. Como bien aclara ARMELLA (1999), aunque en su origen se trata de instrumentos particulares, cierto es que al revestirlos de autenticidad se facilita la circulación evitando la necesidad de tener que justificar la firma del funcionario público que los emite (p. 6).

c) Los requisitos exigidos para los instrumentos públicos

i. La actuación del oficial público

El nuevo código se refiere a la exigencia de los requisitos de *validez del instrumento público*.⁶ La referencia a las atribuciones son aquellas que según ley —o costumbre, en algunos casos concretos y reconocidos— le están encomendadas al oficial público y en razón de ello, no puede dejar de cumplirlas.

ii. La competencia material

El artículo 290 del nuevo código hace referencia a que el oficial público debe obrar *dentro de sus atribuciones*, lo que es estudiado comúnmente en doctrina como *competencia* de tipo *material*. Recordemos que al Derecho, la voz competencia le resulta muy clara a veces, pero muy confusa en otras situaciones. El recordado Lino PALACIO advertía inclusive —con verdadero acierto— que la competencia es la medida de la jurisdicción y, con ello, aun

⁶ "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, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del 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. 290, Cód. Civ. y Com.).

más confuso se tornaba el estudio de estas instituciones. Lo que se trata de determinar es que las atribuciones, propias de la idiosincrasia de cada profesión y de las competencias a ellas atribuida por ley, son aquellas que describen las actividades generales repartidas a cada una de ellas, pero, a la vez, ponen un límite al exceso o a lo realizado indebidamente o en desmedro de otras o de inclusive, la misma profesión que uno realiza. Es, en definitiva, obrar dentro de la competencia *ratione materiae*. ARMELLA (1999) trae un ejemplo de LLAMBIAS que es absolutamente clarificador: “[u]n escribano titular de un registro notarial no puede extender un acta de matrimonio, así como un oficial del Registro Civil no puede autorizar un testamento por acto público” (p. 15). Se refiere exclusivamente a una medida de jurisdicción.

iii. La competencia territorial

Propio de las funciones públicas, los escribanos o notarios, oficiales y funcionarios tienen un ámbito de ejercicio previsto para el desarrollo de sus funciones y además, un ámbito que es proyectado de acuerdo a parámetros legales, judiciales o consuetudinarios absolutamente consolidados (se tienen en cuenta, por ejemplo, las distancias, la cantidad de habitantes de una determinada ciudad, el aumento o el decrecimiento de la actividad económica, entre otros valores de referencia relevantes). Esto es lo que la doctrina ha considerado en denominar competencia territorial, y es por ello que al primer requisito — obrar dentro del parámetro de sus atribuciones— se le agrega que las atribuciones encomendadas se deben ejercer en el ámbito o espacio asignado por ley. Como caso exclusivamente excepcional a esta regla, se admite el ejercicio funcional en un territorio que aunque no sea el asignado originariamente, tenido en cuenta como si estuviere comprendido dentro de la competencia territorial delimitada. Esta excepción es clara: territorio que se considera esta dentro de los límites de la competencia. No es el caso de prórroga de jurisdicción, reconocidos en leyes de naturaleza notarial o judicial, que tiene y presenta notorias diferencias de acuerdo al caso concreto.

Entonces, el principio general es que cada notario o funcionario, si bien lo es de todo el Estado Nacional, tendrá su competencia *de ejercicio* asignada a una cierta parte del territorio. Es lo que sucede en países como España o como Argentina, por citar algún ejemplo, donde un notario de Madrid o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solamente puede autorizar actos en Madrid o en Ciudad Autónoma y no en otra zona de ejercicio atribuida a otro registro notarial, muy a pesar que ese acto tendrá validez tanto nacional como internacional. El tema de la competencia territorial se refiere exclusivamente al ámbito de ejercicio de la función fedataria: la *puesta en práctica* de la actividad fedante puede

únicamente ejercerse en el territorio que a cada notario se le ha asignado en razón de la cantidad de población y de tráfico escriturario.⁷ A esto digamos que el nuevo artículo 293 ordena que los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece el código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.⁸

Se proyecta entonces un principio del Derecho establecido en la Constitución Nacional, de acuerdo con el título preliminar del nuevo código que garantiza que éste debe interpretarse de acuerdo con la Constitución, siendo este caso una aplicación directa de lo establecido en el artículo séptimo de nuestra carta magna, cuando allí se afirma que los actos públicos y procedimientos judiciales en una provincia gozan de entera fe en las demás, dejando librado al Congreso la posibilidad de sanción de leyes generales que determinen los alcances y los efectos de esa libre circulación, a los efectos de alcanzar la eficacia legal y probatoria que los mismos producirán en otra jurisdicción. Sobre esto, ZARINI (2013) advierte que lo que se ordena es que se atribuyan los mismos efectos a los instrumentos que hubieran de producir en la provincia de donde emanan (p. 44). Lo que se intentó con la reforma referida al Código Civil es alcanzar la consolidación del principio constitucional de la libre circulación de los instrumentos públicos en general, y especialmente, como pone de manifiesto ARMELLA (1999: 18), de las escrituras públicas, para lograr las respectivas inscripciones en los registros de la propiedad respectivos que se correspondan con el lugar de situación del inmueble objeto del acto, sin que sea necesaria la participación del escribano del lugar. La manera de dar seguridad jurídica a estas circulaciones es a través del sistema de legalizaciones,⁹ mediante las cuales se consolida el tráfico instrumental o escriturario en todo el territorio nacional.

7 "No existe ninguna disposición que impida otorgar la escritura pública traslativa del dominio en distinta jurisdicción de la del inmueble. Lo que la ley prohíbe es que se suscriba la escritura fuera del territorio que se ha asignado al escribano para el ejercicio de sus funciones o sea, el desplazamiento de este a una jurisdicción ajena invadiendo la de otros", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 22.11.1978, en *La Ley*, 1979-A, 342.

8 "Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece éste Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado" (art. 293, Cód. Civ. y Com.).

9 "La falta de legalización en la provincia de Córdoba del poder conferido en otra provincia del país, no obsta a su validez y eficacia, pues el artículo 980 del Código Civil —incorporado por la ley 24441— dispone que los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece el mismo código de fondo, gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina,

Finalmente, no debe dejar de mencionarse aquí que el ejercicio de la función fedante ocurre en un determinado periodo de duración del ejercicio de las facultades propias del escribano, notario, y de los funcionarios públicos en general, que se encuentra prevista en el artículo 292 del nuevo código, conocida como competencia en razón del tiempo.

iv. Las firmas del oficial público, de las partes y en su caso, de sus representantes

Las firmas acreditan indudablemente presencia, consentimiento y autoría en las escrituras y en las actas, comprueban no sólo la presencia sino también la conformidad con lo narrado, además de la autoría (ARMELLA, 2015: 732). El segundo apartado del artículo 290 mencionado en el nuevo código reconoce como antecedente, entre otros, a los artículos 987 y 988 del Código Civil de Vélez y aclara un tema muy importante, que es el de la firma del — en este caso así se denomina— oficial público. Recordemos que en materia de designaciones el escribano o notario es un profesional del Derecho en ejercicio de una función pública y que, por esta razón, en la doctrina notarial mayoritaria en nuestro país y en muchos países del notariado continental —comúnmente denominado *latino*— no se lo considera funcionario u oficial público salvo que realmente formen parte del Estado dentro del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, respectivamente. Es un tema relevante, en donde opino que se ha perdido nuevamente la posibilidad de diferenciar la naturaleza de los funcionarios o profesionales independientes autorizantes que intervienen en la redacción de los instrumentos, cabiéndole a cada uno la responsabilidad correspondiente.

En efecto, para los requisitos de validez del instrumento, se exige la firma del oficial, de las partes y, si correspondiere, de la firma a ruego cuando el otorgante no sabe o no puede firmar, que únicamente es válida en un instrumento público que reúna los requisitos legales. El artículo 987 del código de Vélez se estudia como conversión del negocio jurídico. Así, se establece que el acto mismo no vale como instrumento público, pero sí como instrumento privado si las partes lo hubieran firmado, independientemente de la incompetencia del oficial y que, inclusive, el mismo instrumento carezca de las formas debidas. En la nota al presente artículo se refiere a la falta de firma del oficial, advirtiendo que si ésta no estuviese presente el acto no valdría ni como acto bajo la forma privada, porque el escrito que por él no esté firmado no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La solución a la falta de firma del oficial o notario autorizante era una solución

cualquiera sea la jurisdicción en que se hubiesen otorgado”, Cámara en lo Civil y Comercial, del Trabajo y Familia de Villa Dolores (Córdoba), 18.08.2009, *La Ley Cuyo* 2010 (Febrero), pág. 115.

brindada por la doctrina: algunos recordaban que, al no estar prevista legalmente, no podía existir la invalidez o cualquier tipo de nulidad, sobre todo teniendo en cuenta que la última es una sanción de tipo legal. Esta misma doctrina se ocupó entonces de abrir el camino hacia la tan mencionada teoría de la inexistencia. Otra doctrina, en cambio, más flexible, consideraba que si bien la nulidad por falta de firma del oficial público no estaba prevista —pero sí lo estaba el espíritu del codificador en la nota— podría ésta encasillarse a modo de excepción en el artículo 18 del Código Civil, dando lugar a lo que la doctrina comenzó por llamar nulidades virtuales. Finalmente, en el año 2006, la ley 26.140 reformadora del código en los artículos 1001 y 1002, trajo paz a estas consideraciones, por cuanto consideró que la escritura tiene que estar al final autorizada por el escribano. Esta solución entonces reúne los requisitos de validez dispersos en todo el articulado del código, evitando tener que recurrir a reglas de interpretación analógica —para hacer valer el requisito de la firma del funcionario, recurrir a lo que se establece en el capítulo de las escrituras públicas para el escribano— y posiciona al valor de las firmas en el lugar merecido. En suma, para que el instrumento sea válido, tendrá que contar con:

- a) competencia del oficial, funcionario o escribano en los términos analizados; y
- b) las firmas de otorgantes y autorizantes del acto, con los alcances también previstos en el nuevo artículo 290 en análisis.

Como apostilla final en referencia a las firmas, es bueno coincidir con D'ALESSIO (2015) en que debe distinguirse útilmente entre compareciente y parte: es compareciente aquel que está presente por el solo hecho de estarlo, mientras que reviste el carácter de parte quien tiene un vínculo jurídico con el acto que se ha instrumentado (p. 129). En opinión del autor, que en todo comparto, la falta de firma del compareciente no acarrea la nulidad formal del acto, ya que precisamente no es parte del vínculo que se instrumenta, y por lo tanto la severidad de la sanción de nulidad únicamente puede aplicarse si la falta de firma corresponde a la parte (p. 130).

c) La competencia en relación a las personas. Protección jurídica de la imparcialidad

El artículo 291 del nuevo cuerpo legal refiere a la competencia en relación a las personas.¹⁰ Sin dudas, mejora ampliamente el alcance del artículo 985 correspondiente en el código civil velezano, que ya había quedado absolutamente desactualizado en razón de los cambios producidos por la evolución del derecho en la consideración de la posición del sujeto en la familia, los alcances y los efectos que pueden causar las determinadas autorizaciones de instrumentos. El aludido precepto del código de Vélez no responde entonces a un cambio en la concepción del paradigma de la familia, de los afectos y de las relaciones en general, y, por ello, éste es uno de los artículos que debe celebrarse. Situaciones como la del cónyuge, por ejemplo, que no estaba previsto en la redacción original —y quién técnicamente no es un pariente—, y que la doctrina y jurisprudencia dominante consideraban con buen criterio dentro del precepto. Por su parte, en la referencia al interés personal debe considerarse que es directo, objetivo y económico, con virtualidad suficiente para afectar la imparcialidad del oficial autorizante. Se protege así y de manera jurídica el principio de *imparcialidad*, tantas veces aludido por la doctrina en general, y por la notarial en especial, como tuvimos ocasión ya de analizar a menos a manera de introducción, al momento de analizar la cuestión de la *calificación notarial imparcial*.

i. El Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino y la protección ética de la imparcialidad

Cuando el Derecho proyectado en la ley resulta inadecuado o insuficiente, la ética de las profesiones jurídicas lo ayuda y lo complementa ofreciendo respuestas claras, concretas y contundentes, en este caso, a través de los dictámenes de órganos consultivos. En efecto, el Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino presenta un dictamen de excelencia advirtiendo, ante una consulta específica de dos notarios que recíprocamente se autorizaban instrumentos siendo concubinos, que la situación, si bien no encuadraba dentro de los supuestos jurídicos del artículo 985, era sin dudas una falta de

¹⁰ “Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado de afinidad, sean personalmente interesados” (art. 291, Cód. Civ. y Com.).

ética que obligaba a los autorizantes a tener que abstenerse de realizar los mencionados actos. Dice entonces el dictamen en la parte que aquí interesa:¹¹

[v]isto: El caso planteado por el Colegio de Escribanos de Neuquén, por el cual se consulta a este Consejo Consultivo de Ética, si existe Falta de Ética, en el otorgamiento de actos notariales entre Escribanos, ambos Titulares de Registro en esa Provincia, en la que recíprocamente los mismos son otorgantes y autorizantes de escrituras, siendo concubinos, conviviendo en el mismo domicilio y teniendo hijos en común y [...] Considerando: Que el deber de imparcialidad constituye uno de los más antiguos símbolos de la función notarial, y en la actualidad, en todo el derecho positivo del notariado latino; también reconocido por la doctrina mas distinguida del notariado en escala global en forma unánime, pregonada en cuanta Jornada, o Congreso organizado ya sea Provincial, Nacional o Internacional, señalando a ese deber como un emblema distintivo o como atributo esencial del notariado en el ejercicio de la función notarial [...]. Por otra parte, se sostiene que la ley —sistema de principios y reglas de conducta humana prescriptas por una instancia de poder del Estado— es capaz de establecer la diferencia entre lo correcto e incorrecto desde una perspectiva formal y objetiva; en cambio la ética, al estar basada en estándares de conducta y juicio moral relacionados con múltiples factores sociológicos, políticos, culturales, etc., posee aspectos menos objetivos que la ley pero de igual o mayor valor que ésta. La ley es un parámetro mínimo que determina el funcionamiento "convencionalmente aceptable" de la vida en sociedad, sea éste positivo o negativo. Nuestros sistemas legales son imperfectos, toda vez que nos alejamos cada vez más de lo ético en la elaboración y, ciertamente, en la "interpretación de las normas legales" [...]. La justicia registra un caso sentenciado por la Cámara Civil II del departamento judicial de La Plata, con

¹¹ Cfr. Eduardo Justo COSOLA (Presidente), Belkis CASTELLUCI DE RUGNON y Liliana Esther GRAFFIGNA (Miembros titulares), Dictamen del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Disponible en [http://www.cfna.org.ar/documentacion/convenio-consultivo-etica—dictámenes/dictamen_consulta_colegio_neuquen_III.pdf].

fecha 10 de Marzo de 1953 (Ver “Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario”, dirigido por la Dra. Notaria Cristina Noemí Armella; capítulo a cargo del Not. Francisco Javier Siri, Tº I, página 243, Editorial Ad-Hoc, año 1.998), que fuera confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha Agosto de 1954, en el cual se dio por comprobado que la concubina del escribano autorizante era la adquirente del bien inmueble, como consecuencia de ello el camarista Dr. Manuel Ibáñez Frocham categóricamente asevera: “No hay duda: la compradora es la concubina del escribano. Tal escritura es nula, de ningún valor, artículo 985 del código civil”. El juez Galarza, que apoyo con su voto al Juez citado en primer término decía: “Partiendo de la base cierta de ese concubinato, me inclino sin duda alguna por la tesis sostenida por el juez citado, en la seguridad de que el escribano mismo tiene personal interés en el asunto y se encuentra comprendido en el artículo 985 del cód. civil” Del citado fallo surge además que habiendo opinado el Colegio de Escribanos, a pedido de parte, “entiende que no es aplicable el art. 985 del Cód. Civil, aunque desde el punto de vista ético...”. Seguramente terminó diciendo, “es reprochable”. L.L t: 71, pág: 215 [...]. Entendemos, respecto de la consulta realizada, que podríamos decir que la imparcialidad no estaría vulnerada en tanto el término “concubinato” no cae dentro del gramatical concepto de pariente del Código Civil. Sin embargo, también comprendemos que resulta insostenible e inverosímil permanecer imparcial al autorizar un acto jurídico otorgado por aquella persona (concubina) con la que se comparte la vida, los hijos y la cama, existiendo por consiguiente un vínculo con una comunidad de intereses y de afectos similares o normalmente superiores a los de parientes entre sí, imperando sin duda alguna, un “interés personal” del notario. Estos actos serán siempre sospechados como de falta de imparcialidad, aun en el hipotético caso de que el notario hubiera cumplido con su deber. De ahí que la regla debe ser categórica, —un notario no debe autorizar acto alguno en que intervenga su concubina/o— a fin de que no pueda quedar la mínima duda en la conducta, y de ese modo asimismo, evitar los conflictos de intereses, no sólo los evidentes y flagrantes sino

también los posibles y potenciales. En igual sentido a lo expresado, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la acordada del 11 de Julio de 1.881, expresaba: "Si bien en el caso enunciado no parece infringida una disposición expresa de la ley, la moralidad de los actos expresados, puede prestarse por lo menos a una equívoca interpretación que conviene desautorizar, para que no quede asidero, ni aun la sospecha de que la fe pública no presida con completo desinterés los actos que está encargada de autorizar". Por las consideraciones expuestas el Consejo Consultivo de Ética dictamina, que independientemente de las nulidades que la justicia pudiera establecer en los casos de actos notariales protocolares o extra-protocolares, en los que un notario/a fuera el autorizante y su concubina/o otorgante, tales actos constituyen una falta de ética.

ii. La imparcialidad notarial instrumental, su incidencia contractual y la cuestión de las relaciones de familia

La noción de familia de comienzos del siglo pasado en la Argentina era considerada únicamente a través de la institución del *matrimonio religioso*. El Derecho de Familia planteaba un acercamiento a la noción de *justicia legal* a partir del posicionamiento de un consorte (marido) que administra y dispone los bienes del matrimonio; que además toma decisiones en relación a los hijos y decide el destino de la familia que ha compuesto, pues su cónyuge mujer presenta jurídicamente una incapacidad relativa. El mismo Derecho presentaba una descripción de los lazos parentales que otorgaban derechos únicamente al descendiente legítimo y sanguíneo, en donde figuras como el *patronato* y la *asistencia* eran modelos de instituciones jurídicas que protegían a la parte fundamental de la creación y proyección, como son los *menores*. En épocas de esplendor del *positivismo jurídico*, con la noción de Derecho imbuida en la noción de *sistema* impuesta por SAVIGNY y consecuentemente, una *interpretación* casi exegética, en donde el Derecho está inserto dentro de un cuerpo cerrado de normas que no presenta lagunas ni dificultades de aplicación, un posible planteo jurídico acerca de los *principios* tan necesarios para la vida como la *igualdad*, la *libertad*, la *independencia* y la *autodeterminación* hubiera resultado absolutamente criticable.

Sin embargo, esa concepción de familia argentina de fines del siglo XIX y hasta pasados los mediados del siglo XX en la actualidad ha quedado prácticamente extinguida. La

costumbre se impuso al Derecho y, a partir de allí, éste último evoluciona hacia la *autorregulación familiar de lo establecido fácticamente*. Nacen así nuevos temas que merecen la atención del jurista. Nace así un nuevo Derecho de Familia, que sustenta sus relaciones en los principios (MÉNDEZ COSTA, 2006: 423). Este nuevo Derecho, receptado en el nuevo Código Civil y Comercial, posiciona una idea central, por sobre todas las demás, que es la que enseña que en la actualidad no existe una única forma de integración familiar, sino que, por el contrario, hay muchas estructuras familiares existentes que requieren el amparo del Derecho. De esta manera, se tiene en cuenta a la familia tradicional, a la familia de personas del mismo sexo que celebran sus nupcias teniendo o no teniendo hijos; las familias uniparentales como consecuencia del divorcio, nulidad matrimonial o viudez; la familia ensamblada, las uniones convivenciales, la familia monoparental, etc. (AZPIRI, 2015: 27). El nuevo Derecho viene a argumentar entonces que siempre habrá familia en la medida en que la *ley establezca vínculos jurídicos resultantes de las relaciones de personas y de la filiación* (p. 28).

A esto debe sumarse la protección jurídica en resguardo de los derechos de las familias no tradicionales través de instituciones como el bien de familia, la novedosa incorporación al nuevo Código Civil y Comercial de la protección de la vivienda a favor del titular de dominio sin familia, tan bien considerada por María Victoria FAMÁ (2011); la consecuente igualdad en el ejercicio de la responsabilidad parental y en la administración de los bienes de los cónyuges o concubinos, teniendo especialmente en cuenta la protección del interés familiar (CAPPARELLI, 2010: 201); la notable influencia de la ley de adopción en la crianza igualitaria de los hijos; la justicia en el trámite de la filiación (que posibilita las declaraciones unilaterales de reconocimiento), y la tan necesaria protección de las personas con capacidades limitadas o restringidas, e inclusive aquellas que se encuentran en la etapa de vejez. Todo ello, viene a replantear definitivamente, no solo una reflexión en el nuevo concepto y alcance de la familia, sino en una —al menos culturalmente— diferente composición estructural de la vida en sociedad (HERRERA, 2015: 567).

De acuerdo a lo antedicho, se afirma un Derecho más justo, más noble, más equitativo para el ejercicio de la *función notarial* y de ahí, para su consolidación instrumental. En este sentido, ya no alcanza a comprenderse como se declara que la regla *jurídica y ética* de la imparcialidad alcanza a los parientes consanguíneos, afines y adoptivos, en línea ascendente, descendente y colateral, hasta el cuarto grado, al cónyuge, pero no así a la intervención del concubino por no existir vínculo legal de parentesco, necesitando una declaración nada menos que judicial que advierta de ese determinado interés. ¿Cómo piensa probarse el interés personal de un notario con un concubino en sede judicial sino a través de

un planteamiento de supuestas e hipotéticas tesis prácticamente improbables desde la razón? ¿Cómo un juez puede evaluar el alcance ético de esta regla? Suponer la prueba y la sentencia de un atentado contra la ética desde estos niveles es adscribir a una regla imposible, cuanto más ilógica y no menos que inoportuna, proclive a obtener resultados dañinos para la propia función basados en apreciaciones circunstanciales menores. No juega aquí, de ninguna manera, el *razonamiento justificatorio judicial*; si en cambio es eficaz y oportuna la opinión de un órgano o consejo consultivo compuesto por pares que comprenden el ejercicio funcional, y que pueden colaborar con la elaboración de un dictamen no vinculante que pueda respaldar o fortalecer la ética, cuando una norma jurídica resulta insuficiente para realizar la *justicia*.

Es así que no se establece una regla ética firme, omnicomprensiva de todos aquellos casos que no están ni se dan por incluidos en una norma jurídica, diferenciando sus alcances en razón de una regla técnica jurídica como lo es necesariamente el orden del parentesco. De esto se trata la regla ética de la imparcialidad. De juzgar al acto por el verdadero interés que el notario o funcionario público al imponer su ministerio en un instrumento público tiene en aquél, y que puede generar una injusticia en su concreción, independientemente de cualquier otra circunstancia. En suma: la norma jurídica relativa a la imparcialidad establece una presunción: los grados de parentesco implicados que suponen un quebrantamiento de la regla de la imparcialidad. Pero, como la imparcialidad no puede sino advertirse a partir del caso concreto, teniendo en cuenta el verdadero interés notarial que va mas allá del grado de parentesco, lo cierto es que cuando la regla jurídica no alcanza para proteger la justicia del acto, se debe recurrir a la regla ética de la imparcialidad que cubrirá inclusive aquellos casos de dudosa aplicación como los que no comprende la norma específicamente establecida para este tipo de actuaciones. Para ello, en definitiva, se han creado los consejos consultivos de ética; para que sus dictámenes no vinculantes iluminen a las autoridades colegiales o a los que tienen que aplicar las sanciones disciplinarias en los tribunales de disciplina.

e) El nuevo Derecho Privado y el alcance preciso de la regla (jurídica y ética) de la imparcialidad

De acuerdo a todo lo antedicho, debe comenzar por reconocerse que hace ya un tiempo relativamente prolongado se viene insistiendo en que la noción de familia es en definitiva tan amplia como los sentimientos que una persona este destinada a considerar hacia otra. Comprensiones como las de la "familia tradicional" van ampliando su campo de aplicación hacia otros miembros no incluidos originariamente en el concepto de familia,

pero que hoy revisten el carácter esencial de posición familiar desde el sentimiento y el acompañamiento. Tal es así, que el decreto 415/2006, que sirve de sustento a la ley 26.061, referente a la *protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* establece, en el artículo séptimo, lo siguiente:

[s]e entenderá por familia o núcleo familiar, grupo familiar, grupo familiar de origen, medio familiar comunitario y familia ampliada, además de los progenitores, a las personas vinculadas a las niñas, niños y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

Más cercano en el tiempo, el artículo 246 del nuevo Código Civil y Comercial establece que los beneficiarios del régimen único de acceso a la vivienda como derecho humano ya previsto en los tratados con jerarquía de derechos humanos, son el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes y, en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente. Es notoria la ampliación del concepto de familia y su impacto en sede notarial, teniendo en cuenta que el actual régimen de bien de familia determina que pueden ser beneficiarios la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente. Se acerca entonces el nuevo código a una noción de familia más amplia y más justa con el principio de realidad social.

En este sentido, debe volver a insistirse que el nuevo artículo 291 del código amplía la regla de la imparcialidad, advirtiendo ahora que es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados. Habiéndose perdido la oportunidad de considerar al escribano o notario en el Código Civil y Comercial fuera del alcance de la tesis del funcionario público acorde con los desarrollos académicos de, al menos, los últimos cuarenta años —lo que era de esperar se concretara en las declaraciones de las XXX Jornadas Notariales Argentinas aludidas—, no queda otra alternativa que la de transmitir el régimen de la *imparcialidad* por vía de

analogía al régimen notarial, incluyendo ahora felizmente al conviviente, tal como lo había advertido hace ya un tiempo el Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino en un dictamen no vinculante pero de indudable jerarquía, que hoy se acopla a la moderna normativa y a la función social que cumple el nuevo Derecho.

En el fin, debe reiterarse nuevamente: lo más trascendente en este punto es no dejar de tomar conocimiento que el notariado argentino cuenta con una regla ética de la imparcialidad que amplía el campo de aplicación previsto en la regla jurídica en procura de la protección de las partes, y con la regla ética de la independencia destinada a proteger a los terceros; ambas consolidadas a través de la práctica y la doctrina que emana de los dictámenes del ya referido Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino.

III. Conclusión

Acorde con la visión constitucionalista del nuevo Derecho Privado, el moderno Derecho contractual, en definitiva, recepta una serie interminable de principios.¹²

- a) principio de libertad de contratación (art. 958);
- b) principio de efecto vinculante del contrato entre las partes (art. 959);
- c) principio de autodeterminación del contrato (art. 960): los jueces no tienen facultades de modificación de los contratos, salvo autorización legal o cuando se afecte directamente al orden público;
- d) principio de buena fe (art. 961): con mejor redacción que el artículo 1198, primera parte, del Código Civil de Vélez Sarsfield, modificado según ley 17.711/68;
- e) principio del carácter supletorio de las normas legales frente al contrato (art. 962);
- f) reglas de prelación normativa (art. 963), que deben aplicarse de conformidad con las reglas de interpretación previstas en los artículos 1060 a 1067, especialmente el principio de protección de la confianza (art. 1067) y el principio de conservación (art. 1066);

¹² Enumeración que guarda sintonía con los realizados y propuestos en el seno de la Comisión Asesora de Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (Julio/2015).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

- g) principio de integración (art. 964);
- h) derecho de propiedad de los derechos que resultan del contrato (art. 965), conforme la constitucionalización del Derecho Privado actual, entre ellos el derecho constitucional de propiedad;
- i) principio del efecto relativo (art. 1021) y conceptos de partes y terceros en los efectos (arts. 1021 a 1024);
- j) principio de la función y protección de los terceros en los contratos (arts. 1025 a 1030); y
- k) principio de suspensión del cumplimiento y fuerza mayor (arts. 1031 y 1032).

Estos principios encuentran su razón de ser en la autonomía de la voluntad, y se proyectan así a lo largo y a lo ancho de todo el contrato para que el mismo pueda llegar a alcanzar el efecto principal y esencial de su cometido que es el cumplimiento. Sin embargo, también encuentran una mayor protección en el seno del instrumento público, porque aquéllos se proyectan libremente, con el control de legalidad integrada (reglas más normas más principios) que realiza el escribano o el oficial público que los termina por autorizar. Los principios valen precisamente porque son principios y como tales, no están sujetos a controles o *test* de valoración como si en cambio lo están las normas. Y, por ello, sin dejar de tener en cuenta que en el ámbito contractual campea el principio de libertad de formas, cuando aquélla es impuesta por la ley, lo que se alcanza es la máxima protección de la voluntad, por cuanto ésta se realiza frente a un notario u oficial que, en la circunstancia que le toque intervenir, sabrá adecuar los requerimientos a lo justo conmutativo, esto es, a lo que cada parte quiere y pretende para sí. Por esta razón, insisto: el desarrollo de los aspectos elementales del instrumento público —y, en especial, del documento o escritura notarial— en la parte general de los contratos es esencial para poder descubrir no solamente el elemento forma, sino para proyectar la seguridad jurídica al servicio de la voluntad de las partes intervinientes.

Bibliografía

ARMELLA, C. (1999) “De los instrumentos públicos”, en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 2C, Buenos Aires, Hammurabi, p. 3 y ss.

— (2015) "Instrumentos públicos", en CLUSELLAS, E. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tomo I, Buenos Aires, Astrea-FEN, pp. 726-7.

AZPIRI, J. (2015) *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Hammurabi.

BETTI, E. (2000), *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares.

BOFFI BOGGERO, L. (1996) *Instrumento público*, Buenos Aires, EJO, Driskill S.A.

CAPPARELLI, J. (2010) *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, Educa.

CARMINIO CASTAGNO, J. (2006) *Teoría General del Acto Notarial y otros estudios*, Paraná, Ediciones del Autor.

CIFUENTES, S. (dir.) y SAGARNA, F. (coord.) (2001) *Código Civil Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley.

— (2004) *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea.

— (2011) "Forma de los actos jurídicos", en BELLUSCIO, A. (dir.) y ZANNONI, E. (coord.) *Código Civil y Leyes complementarias*, tomo 4, Buenos Aires, Astrea, p. 465 y ss.

COMPAGNUCCI DE CASO, R. (1992), *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea.

COSOLA, S. (2014) "Instrumentos públicos", en RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.) y ESPER, M. (coord.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, p. 663 y ss.

COUTURE, E. (2005) *El concepto de fe pública (Introducción al Derecho Notarial)*. Rosario, Fas.

D'ALESSIO, C. (2015) "Instrumentos públicos", en LORENZETTI, R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 122 y ss.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. (2003) *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos.

ETCHEGARAY, N. y CAPURRO, V. (2011) *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea.

FAMÁ, M. (2011) "La protección de la vivienda unipersonal; Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia", en RDPC, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 59-91.

GASTALDI, J. M. (2003) *Introducción al estudio del contrato*, Buenos Aires, La Ley.

GATTARI, C. (2008) *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

- GONZÁLEZ, C. (1953) *Teoría General del Instrumento Público (introducción al estudio del derecho notarial argentino y comparado)*, Buenos Aires, Ediar.
- HERRERA, M. (2015) "Matrimonio", en LORENZETTI, R. (dir.) *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tomo II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- LAMBER, R. (2003) *La escritura pública*, La Plata, FEN.
- LEIVA FERNÁNDEZ, L. (2007) "La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil", en *Ensayos de Derecho Civil y técnica legislativa*, Buenos Aires, La Ley, p. 767 y ss.
- LLAMBÍAS, J. (1991) *Tratado de derecho civil. Parte General*, actualizado por RAFFO BENEFA, P., Buenos Aires, Perrot.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (2006) *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavallía.
- LORENZETTI, R. (2004) *Tratado de los Contratos. Parte General*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- MÉNDEZ COSTA, M. (2006) *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, J. (2006) *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- NUÑEZ LAGOS, R. (1953) *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid, Publicación originaria del Instituto de España y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- ORELLE, J. (2001) "De los instrumentos públicos", en BELLUSCIO, A. (dir.) y ZANNONI, E. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 4, Buenos Aires, Astrea, p. 476 y ss.
- ORGAZ, A. (1963), *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia.
- RIVERA, J. (2010) *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- REZZÓNICO, J. (1999) *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea.
- SPOTA, A. (2009) *Contratos. Instituciones de derecho Civil*, actualizado por LEIVA FERNÁNDEZ, L., Buenos Aires, La Ley.
- STIGLITZ, R. (1994) *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Depalma.
- VIGO, R. (1999) *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- ZARINI, H. (2013) *Constitución Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires, Astrea.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

COSOLA, S. (2015) "Importancia del desarrollo de los valores emergentes de...", pp. 183-209.

ZAVALA, G. (2003) "La forma notarial", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n° 2, Madrid, Consejo General del Notariado Español, p. 397 y ss.

ZINNY, M. (2008) *Instituciones de Derecho Privado*, Buenos Aires, Ad Hoc.