

CUESTIONES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 291

❖ Autores: Dra Elba María de los Ángeles FRONTINI
Dr. Sebastián Justo COSOLA

1. INTRODUCCION

El *Código Civil y Comercial de La Nación* (en adelante CCCN) vigente a partir del 1 de agosto de 2015, ha modificado la normativa del derecho civil y comercial, reemplazando en el *código velezano* la estructura de los Libros, Capítulos y numeración de las distintas instituciones. También ha recepcionado doctrina y jurisprudencia elaboradas en los casi 150 años de vigencia de la anterior legislación en la regulación de los distintos artículos.

Así, en el **Título IV del Libro Primero** se regulan las disposiciones relativas a los “Hechos y Actos Jurídicos”, y dentro de estos últimos en el **Capítulo 5**, en la **Sección 4º**, se ocupa específicamente de los “**Instrumentos Públicos**”.

En la parte pertinente del art. 289, se hace una enunciación de los instrumentos públicos [a) **las escrituras públicas y sus copias o testimonios**; b) **los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes**;.....] Determinando en el art. 290 los **Requisitos de Validez** de los Instrumentos Públicos [a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial,....; b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes;]

El art. 291 se refiere a la competencia en relación a las personas. El mismo viene a dejar en claro, entre otras cuestiones relevantes, la actualización de la posición del sujeto en la familia y con ello, los alcances y los efectos que pueden causar las

determinadas autorizaciones de instrumentos¹. La referencia al interés personal debe considerarse como *directo, objetivo y económico*, con virtualidad suficiente para afectar lo que se considera como *actuación imparcial* del oficial autorizante. Se protege así entonces -y de manera jurídica y ética- al mencionado principio, tantas veces aludido por la doctrina en general -y por la notarial en especial- al momento de efectuar una exposición del concepto de *elaboración notarial del derecho*² destinada a plasmarse en el *documento*³ previa tarea de *calificación notarial*⁴.

Desde el artículo en vigencia entonces, se establecen las **Prohibiciones del Instrumento Público**: “*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*”.

El mismo reconoce como fuente directa tanto el art. 985 del Código Civil en anterior vigencia, como el inc. c) del art. 268 del proyecto de unificación del año 1998, también fuente primaria del código actual. En el primero, se destacaba que el acto otorgado era de “*ningún valor*” si se encontraban personalmente interesados el funcionario público autorizante o sus parientes hasta *el cuarto grado*; mientras que el derecho proyectado de 1998 exigía que dichos sujetos no fueran parte en el instrumento como *recaudo de validez del mismo*, y alcanzaba a la intervención en *representación de terceros* y al *segundo grado de afinidad*.

¹ Desde 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* en plena vigencia establece, en el artículo séptimo, lo siguiente: “*Se 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*”. Esta descripción es una de las pautas legales y objetivas más importantes a las que se suele recurrir para justificar el alcance del concepto de familia actual

² Cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1.946, p. 120 y ss y Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica*, tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.004, p. 211. En nuestro país: Rufino LARRAUD, *Curso de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1.966, p. 173, y Adriana N. ABELLA, *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2.010, p. 100.

³ Cfr. Carlos A. PELOSI, *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1.987, p. 124 y ss.

⁴ Cfr. Natalio P. ETCHEGARAY, *Escrituras y actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, 2.016, p. 40 y ss.

2. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD O EXTRANEIDAD

La existencia de normas, como la contenida en el art. 291 del CCCN, tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, “*pretende la actuación imparcial y objetiva del funcionario público estableciendo un criterio de justicia que garantice la equidistancia entre las partes otorgantes del acto, la igualdad en el resguardo de los derechos y el cumplimiento de los deberes que se encuentren comprometidos*”⁵. Desde el notariado, esa actuación imparcial se enmarca dentro de dos funciones *diametralmente opuestas* que el mencionado profesional ejerce, referidas tanto a la actuación profesional *privada* por un lado, como a la *dación de fe* proveniente del ejercicio de una función pública por el otro⁶. En la *actuación notarial* la función pública y privada debe considerarse como inescindible⁷.

La *presunción de autenticidad* es inseparable del concepto de *instrumento público*, siendo una de las razones esenciales de su existencia. Por lo tanto el legislador protege su contenido de cualquier subjetividad. Frente a las expectativas sociales, la fe no es más que un instrumento técnico profesional que entre tantos otros de importancia también notoria, sirven para garantizar la perdurabilidad, la certeza, la confianza y la verdad contenida en un documento que de por sí, ya materialmente, transmite la seguridad jurídica con la sola exhibición (fuerza cartular externa⁸). De esta manera, la *dación de fe al notario* –con los alcances previstos por la doctrina actual⁹– le es absolutamente inexcusable¹⁰, conformando la misma una característica histórica esencial en la actividad notarial¹¹. Frente a la valoración que se realiza de los

⁵ Cfr. Mariela GATTI, *El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista Notarial n° 978, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2014. p 895.

⁶ Cfr. Rubén A. LAMBER, *La escritura pública*, t° I, FEN, La Plata, 2.003, p. 199.

⁷ Cfr. Antonio RODRIGUEZ ADRADOS, *El notario: Función Privada y función pública: su inescindibilidad*, *Escritos Jurídicos*, Vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.996, págs. 217-321. En nuestro país: Cristina N. ARMELLA, *De las escrituras públicas*, en Alberto J. BUERES (Dirección)-Elena I. HIGHTON (Coordinación), *Código Civil y normas complementarias*, t° 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1.999, p. 67.

⁸ Esto siempre ha sido así: los autores en su total generalidad comparten la idea que es más sencillo advertir los orígenes de la fe notarial en Alemania y los países longobardos que en el propio *derecho romano*, de cuya desmembración surgió la fe laica y la fe eclesiástica notarial entre otras divisiones relevantes.

⁹ Cfr. Marcelo E. URBANEJA, *Práctica notarial de contratos usuales*, Vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 2.017, p. 2. El autor se inclina por la expresión *fe pública* en lugar de la alocución *plena fe* referida en el artículo 296 del CCCN.

¹⁰ Cfr. Mario A. ZINNY, *El acto notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2.000, p. 11.

¹¹ Cfr. Eduardo B. PONDÉ, *Origen e historia del notariado*, Depalma, Buenos Aires, 1.967, págs. 133 y ss.

instrumentos públicos en general y notariales en particular, se consolida la teoría de los valores que los mismos contienen a partir del análisis medular de la autenticidad intrínseca. En este sentido y como habitualmente se reconoce, la fe pública jerarquiza y eleva los hechos ocurridos o presenciados por el oficial a la máxima categoría de protección legal. Los hechos se transforman en derecho, y únicamente son atacables por falsedad en los casos en donde pueda realmente invocarse la mencionada acción de impugnación. En el anterior paradigma, los documentos públicos en general receptaban la voluntad de los comparecientes o partes involucradas asimilándola a la ley. En el moderno derecho, la voluntad se asimila no solo a la ley, sino también a los valores, a los principios, a la primera fuente originaria obligatoria para quien oficia de jurista (Constitución Nacional) lo que viene a revalorizar mucho más fuertemente desde la fe pública, el concepto y el contenido del documento emergente de la potencia de la *fuerza cartular interna*.

La *fe pública notarial* se encuentra íntimamente relacionada con la cuestión de la eficacia del documento. Eficacia que se encuentra socialmente consolidada –en general no suele generar duda alguna el contenido de una escritura- y que sirve para justificar además el argumento relativo a la *paz jurídica*. Si no hay errores y no hay dudas del contenido documental, es materialmente imposible que se genere un conflicto. Por ello es indispensable que el notario, desde el ejercicio *imparcial*, haga de la fe la mejor aplicación que desde el ordenamiento le sea posible efectuar, cumpliendo con las significaciones relativas a los valores emergentes de verdad y de la certeza, todos protegidos y amparados por el derecho vigente.

La eficacia jurídica del instrumento público es ciertamente considerada como un valor de indudable jerarquía, que en *dirección objetiva* y en última instancia pretende solidificar los efectos jurídicos de una determinada figura o institución¹². También la eficacia jurídica presenta una *valoración subjetiva*, tema de análisis de lo que habitualmente se denomina la *sociología del derecho notarial*, que es lo que en definitiva viene a demostrar que siempre existe una valoración social general sobre los instrumentos en sus diversas especies, y en especial, de los de naturaleza *notarial*¹³.

¹² Cfr. Antonio RODRIGUEZ ADRADOS, *Fe pública*, Estudios Jurídicos, Vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.996, p. 175.

¹³ *Ibíd.* Dice el autor: “La misma palabra “fe” tiene evidentes resonancias éticas y religiosas, y la “confianza pública” de los ciudadanos en general –sin la cual, a la larga, un determinado tipo de

Es por ello que se requiere la total ajenidad del acto instrumentado con el instrumentador. Si el funcionario autorizante estuviese personalmente interesado en el acto o negocio que se está instrumentando, no sería imparcial, que es lo que se requiere para el relato veraz de los hechos y dichos de las partes. Así, en el cumplimiento de la regla de la *imparcialidad*, el oficial o funcionario se debe abstener por la ley y también desde la ética. En este aspecto, y quizás como no tanto en otros, lo lógico se aleja de lo justo; entonces la regla de la imparcialidad tiene que protegerse desde lo jurídico y desde lo ético, porque en tiempos de ejercicio de un código de principios, la ley no alcanza, de ninguna manera ya, a proteger lo justo concreto. En definitiva, con los alcances referidos, la norma jurídica relativa a la imparcialidad establece una presunción absolutamente objetiva: los grados de parentesco implicados en la misma *suponen* un quebrantamiento de la regla jurídica y ética de la imparcialidad.

Siendo los notarios, en ejercicio de su función pública, los “hacedores” de una las clases principales de Instrumento Públicos, resulta necesario remitirnos a los estudios realizados por la doctrina notarial en el análisis de la *Función Notarial*.

Entre los sistemas notariales que existen en el derecho comparado, podemos mencionar tres tipos básicos: a) El sistema anglosajón o libre, que se caracteriza por que los instrumentos en que intervienen los llamados notarios, sólo tienen valor de principio de prueba por escrito, con lo cual la función notarial es más "certificante" que "legitimadora"; b) el notariado administrativista soviético y c) el **notariado de tipo latino**, que es el que rige entre nosotros; estos dos últimos se caracterizan por hacer nacer un documento auténtico, la tarea del notario es esencialmente "**legitimadora**" y sus escrituras tienen "*per se*" **fuerza probatoria**¹⁴.

El sistema de notario de tipo Latino se caracteriza por el cumplimiento de una serie de Principios que la doctrina y algunas legislaciones han ido elaborando para lograr el máximo de validez del documento notarial.

documento público no podría subsistir-, es la parte de verdad que hay en la tradicional dirección subjetiva que, desde el punto de vista del destinatario del documento, concibe la fe pública como "creencia"-creer lo que no vimos- de las personas que pudieran venir afectadas por el documento; y mas erróneo sería, tomando en otro sentido el adjetivo pública, el pensar que aquella creencia pudiera ser impuesta por la autoridad pública".

¹⁴ Cfr. Carlos E. GONZÁLEZ, *Derecho Notarial*, Fedye (La Ley), Buenos Aires, 1971, p. 112; José María MENGUAL y MENGUAL, *Elementos de derecho notarial*, tº II, Vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1.933, págs. 626 y ss.

Los Principios del Notariado Latino son entre otros: 1) Principio de autenticidad del documento. 2) **Principio de Extraneidad: Como se desprende de la propia palabra “extraneidad” este principio determina que el Notario debe ser extraño o ajeno al acto, es decir, no debe ser parte interesada en el mismo, ni el notario ni los parientes que cada legislación nacional determinara.** 3) Principio de Fe Pública. 4) Principio de Inmediatez. 5) Principio de forma. 6) Principio de legalidad. 7) Principio de Rogación¹⁵.

3. ALCANCE DE LA NORMA

Ahora bien, en nuestro ordenamiento el artículo 291, como ya hemos referido, se encuentra dentro de la Sección dedicada a Los Instrumentos Públicos en general.

El artículo 289, ya citado, a semejanza del art. 979 del código sustituido, incluye en esa categoría todos aquellos instrumentos emanados de los agentes en quienes el estado delega la fe pública, obligando a tener por ciertos y auténticos determinados hechos documentados por su sola afirmación, mientras no sean argüidos de falsos y declarados tales en sentido firme (conforme doctrina del fallo de Cámara Nacional Civil en pleno, “Cock, Guillermo”, 5/10/48, JA, 1949-I-443)¹⁶.

Si bien no existen dudas sobre la aplicación de las denominadas “prohibiciones” a las escrituras públicas y, en consecuencia, a los escribanos, la interpretación integrada de ambos preceptos (arts. 289 y 291 CCCN) permite hacer inferir que abarcan también a los instrumentos extendidos por *otros funcionarios públicos*, excediendo a los notariales e incluyendo a aquellos de origen judicial y administrativo (“siempre que reúnan los recaudos legales necesarios” art. 289 CCCN)¹⁷.

¹⁵ Cfr. Rafael NUÑEZ LAGOS, *La Función Notarial. Nociones Básicas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tº XII. Madrid, 1961 (Parte propedéutica).

¹⁶ GATTI Mariela. Ob. Ya citada

¹⁷ En este sentido, la *XXXI Jornada Notarial Argentina* celebrada en la ciudad de Córdoba en el año 2014 aprobó los despachos de la comisión tercera referidos al tema “*Las prohibiciones del art. 985 del C.C. Interés contrario. Interpretación de la norma frente a la actuación con personas jurídicas y la celebración o ejecución de contratos de fideicomisos. Otros supuestos. Carácter de la nulidad consagrada*”. El despacho 1 se refiere específicamente a que la prohibición establecida en el –hoy anterior- artículo 985

Por otra parte, legislativamente se diferencia a las escrituras y a sus testimonios de los restantes instrumentos extendidos por los funcionarios públicos que reúnan los recaudos legales. De la enunciación contenida en la norma puede deducirse que el art. 291 alcanza también a los documentos (en sentido amplio) en los que el notario intervenga en ejercicio de su función y que no sean escrituras públicas.

❖ Dra Elba Maria de los Angeles FRONTINI

Profesora Adjunta

Derechos Reales (Civil IV)

Profesora Adjunta Derecho Registral

Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Mar del Plata

❖ Dr. Sebastian Justo Cosola –

Profesor Adjunto

Derecho Notarial –

Facultad de derecho – Universidad Nacional de La Plata

Profesor adjunto

Derecho de los contratos (Civil III)

Facultad de Derecho – Universidad Nacional del Noroeste de la
Provincia de Buenos Aires

del Código Civil es aplicable a todo funcionario público, ya que la ley no realiza distinción alguna. La invalidez prevista puede afectar actos de origen notarial, judicial o administrativo.

PONENCIA:

1. La interpretación integrada de los arts. 289 y 291 CCCN permite inferir que las llamadas prohibiciones del art. 291 abarcan a los instrumentos enumerados en el art. 289, incluyendo, en consecuencia, a los extendidos por escribanos u otros funcionarios públicos, excediendo a los notariales e incluyendo a aquellos de origen judicial y administrativo (“siempre que reúnan los recaudos legales necesarios”).
2. El art. 291 alcanza también a los documentos (en sentido amplio) en los que el notario intervenga en ejercicio de su función y que no sean escrituras públicas.

