

## XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

### PONENCIA COMISION: 10 DERECHO NOTARIAL

#### INNOVACIONES DEL CODIGO RESPECTO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

**AUTORES:** ROBERTO EDUARDO GIANFELICI (I) MARIO CESAR GIANFELICI (II)

#### **CONCLUSIONES:**

##### **1.- Instrumentos Públicos.**

El art. 291 CCCN configura un supuesto de incompetencia del funcionario en relación a las personas.

El supuesto determina un límite objetivo, basado en el parentesco y en resguardo del principio de imparcialidad.

Quedan también comprendido el parentesco por adopción.

La prohibición determina una presunción iuris et de iuris para los casos contemplados en el referido artículo.

La restricción puede extenderse al caso de los convivientes aún en el supuesto en que no se encuentre registrada la convivencia.

El acto realizado bajo la prohibición del art. 291 CCCN es de Nulidad absoluta y no puede ser confirmado.

##### **2.- Instrumentos Privados:**

El instrumento que contenga la impresión digital, es un instrumento no firmado configurando un principio de prueba por escrito.

Los instrumentos no firmados deben contener para su eficacia además de la impresión digital la firma de testigos.

Los testigos del instrumento no firmado deben tener la idoneidad que el ordenamiento prevé para los instrumentos públicos (Art. 295 CCCN).

## I.- Fundamentos:

a) Los instrumentos públicos configuran una especie dentro del género documental, caracterizándose por la presencia del oficial público en el marco de su competencia con el adecuado cumplimiento de la formalidad establecida por la ley para cada tipo.

La legislación Civil y Comercial simplificó la enunciación que contenía el Código Civil, recreando la clasificación que un sector de la doctrina enunciaba en: Instrumentos Notariales, Administrativos y Judiciales.

Respecto de los instrumentos notariales el Código Civil y Comercial distingue las Actas de las Escrituras Públicas, consagrando con ello la distinción que en la práctica notarial se reflejaba.

Relacionado con las Prohibiciones, el art. 291 del CCCN, prevé: Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asuntos en que él, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

Si bien no es novedoso, las modificaciones introducidas permiten realizar algunos comentarios.

El artículo refiera a la competencia del funcionario en relación a las personas, mejorando el enunciado que consagraba la legislación velezana, el que había quedado desactualizado por la transformación del derecho y la composición de la familia.

Va de suyo que la restricción tiene a proteger el principio de imparcialidad al que tantas veces recurrió la doctrina.

Es así donde el alcance de la restricción se amplía al cónyuge, quien no es un pariente, aunque la doctrina lo equiparaba al interpretar comprendido dentro de la prohibición.

También el referido artículo incluye al conviviente, al que para un sector de los juristas alcanza únicamente a las uniones convivenciales inscriptas (art. 511 CCCN).

La función que cumple el oficial público es fedataria, de la cual se desprende que cuando actúa dentro de su competencia, los efectos que el ordenamiento le atribuye a los instrumentos públicos demanda la imparcialidad del funcionario.

Es indudable que en el caso bajo análisis se fija un límite objetivo, basado en el parentesco, estableciendo una presunción de parcialidad iuris et de iuris en tales supuestos.

Relacionado con el conviviente, interpretamos que aún en el caso de ausencia de registración de la unión convivencial, también deben quedar circunscripto en la prohibición.

En relación al parentesco por adopción y parientes del conviviente, ninguna consideración ha realizado la legislación civil y comercial. En relación a los primeros, acorde con los Fundamentos del Código Civil y Comercial *“cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología”*, se los equipararía.

En cuanto a los parientes del conviviente siguiendo la garantía de imparcialidad podrían quedar comprendidos dentro de la restricción, la que se debería extender a los colegas del notario tengan interés en el mismo registro (adscriptos).

El instrumento extendido violando el régimen de prohibición, es ineficaz, careciendo de efectos entre las partes como así también de la presunción de autenticidad. Dicha nulidad puede articularse por vía de acción o de excepción.

En el caso de la conversión del instrumento, el art. 294 del CCCN establece *“El instrumento que adolezca de defectos de forma que lo invaliden como instrumento público vale como instrumento privado siempre que se encuentre firmado por las partes”*. Dos son los requisitos, la firma de las partes y que el acto emane de un oficial público. En ese caso el instrumento público invalido como tal puede valer como instrumento privado.

El supuesto refiere a una conversión formal, pudiendo en su caso el instrumento privado convertido ser elevado a escritura pública.

No cualquier defecto autoriza la conversión del instrumento. Un sector de la doctrina entiende que el supuesto bajo análisis comprendería todos los casos de nulidad instrumental, incompetencia material o territorial del funcionario, violación de la prohibición del art. 291, falta de firma del funcionario. También sería el caso del instrumento que no haya participado el oficial público, o habiendo éstos presenciado no lo hubiesen firmado.

Consideramos que en el caso del 291 del CCCN, el defecto afecta el acto instrumentado por la imparcialidad del funcionario, alcanzado el mismo a la totalidad del

negocio jurídico. De admitirse la posibilidad de conversión se convalidaría el mismo acto con el vicio que presenta cuya prohibición se plasmó en la norma.

Es así que la nulidad es de carácter absoluta (art. 386 CCCN), razón por la cual no admite posibilidad alguna de conversión.

En relación a las Actas notariales, les corresponden las mismas prohibiciones que se sostuvo precedentemente, toda vez que las mismas, como quedara expuesto, tienen ahora el reconocimiento expreso de instrumento público.

## II.- Fundamentos:

b) Los instrumentos privados son los suscriptos por los interesados con el fin de hacer constar un acto o hecho que interesan al derecho y que carecen de eficacia probatoria por sí mismo.

Están recubiertos en principio por la libertad de forma, con una sola excepción que es la firma 313 CCCN.

La firma cumple la función de autoría y demostración de la voluntad.

Los cambios que se advierten están en la inclusión de la impresión digital como sucedáneo de la firma en los casos en que la persona no sepa o no pueda firmar.

En relación a la impresión digital, entendemos que sirve para acreditar la identidad de la persona y en ese sentido tiene un grado extremo de perfección por cuanto no existen dos impresiones iguales. Pero a diferencia de la firma, puede suceder que la impresión no responda a un acto voluntario, ya que se la puede extraer cuando la persona está inconsciente o bien después de fallecida. De allí que no satisface el recaudo de firma.

El Código Civil y Comercial permite que se deje constancia de la impresión digital o bien con la presencia de testigos que también deben suscribir el instrumento. En este supuesto no se lo asimila a la firma, al asignársele un carácter de “principio de prueba por escrito”.

El instrumento privado para su autenticidad, requiere del reconocimiento de la firma.

En el caso de los instrumentos que tienen la impresión digital no son considerados instrumentos privados por carecer de firma. De allí que el código no los asimile ni les otorgue

la misma eficacia, ya que como se anticipara se les atribuye el carácter de principio de prueba por escrito (art. 1020 CCCN).

A su vez, el art. 314 CCCN admite la posibilidad de ser impugnado en su contenido, carga probatoria impuesta al propio interesado que debe sortear dicho escollo para restar eficacia al instrumento.

Distinto es el supuesto del caso en que el instrumento contenga la firma de los testigos, ya que con el reconocimiento de estos deviene el carácter de instrumento privado, por cuanto quedaría cumplido el recaudo del art. 314 CCCN.

Sin perjuicio, entendemos que en el caso bajo análisis, deberían acumularse las exigencias, impresión digital y presencia de testigos en resguardo de la persona que no pudo firmar.

Los testigos en este supuesto serán analizados por el juez con mayor rigor y con el grado de idoneidad de los firmantes en los instrumentos públicos (art. 295 CCCN)..

#### Bibliografía consultada:

CASTAGNO, José C. “Que dice el art. 291 del Código C y Comercial?”, rev. LL, diario del 18-09-15.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO, T II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 132 y ss.

PIÑON, Benjamín P.; “Instrumentos públicos y escrituras públicas” U.N.L. Santa Fe, 1978.

PELOSI, Carlos A.; “El documento notarial” Astrea, Bs. As. 1980.

RIVERA, Julio C. Derecho Civil Parte General, Bs.As., Abeledo Perrot, año2016.

SAUCEDO, Ricardo Javier, “Los instrumentos públicos, privados y particulares”, en Comentarios al Proyecto del Código C y Comercial de la Nación, Bs.As, Abeledo Perrot, año 2012, pág. 167 y ss.

ZINNY, Mario. “El acto notarial”, Bs, As, Ad-Hoc, 2007

I.- Profesor ordinario de Derecho Civil I en la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.), UCSFE y UCA Paraná.

II.- Profesor Titular ordinario en Derecho Civil II (Obligaciones) y Derecho Civil III (contratos), en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.)

