

## NOTA A FALLO FE DE CONOCIMIENTO

### ¿SE DEBE ELIMINAR ESTA INSTITUCIÓN JURÍDICA O PRECISAR LOS JUSTOS TÉRMINOS DE LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL EMERGENTE ANTE LA SUSTITUCIÓN DE PERSONAS?

Por **José María Labayru**

*“...pretender suplantar la fe de conocimiento por cualquier otro medio es, a mi juicio, un atentado a la escritura pública y al mismo tiempo un suicidio profesional... (José Adrián Negri – Trabajo presentado al II Congr. Int. Notariado Latino – 1950)*

#### I. Antecedentes históricos y legislativos

El tema no resulta novedoso. Baste para fundar lo dicho la intervención que tuvieron al redactar las *Leyes de Partidas*, Baldo, que veía como requisito imprescindible de la escritura el conocimiento del autorizante de las partes otorgantes para evitar engaños en el nombre de los interesados que pudiesen conducir a una falsedad; y Juan Andrés, que consideraba posible la autorización del acto sin ese requisito de conocimiento por parte del notario<sup>1</sup>. Creo que el vigor que hoy tiene en el mundo la institución del notariado latino se debe, en mucho, al hecho de que haya triunfado la tesis de Baldo. Es la postura que se refleja en la obra de Alfonso el Sabio en el *Fuero Real*<sup>2</sup>, en las citadas *Partidas*<sup>3</sup>, en la *Pragmática de Alcalá* del 7 de junio de 1503<sup>4</sup>, en la *Novísima Recopilación*, fuente de nuestros artículos 1001 y 1002, conforme a la nota de Vélez a éstos. Francisco del Moral y de Luna<sup>5</sup> nos lleva más lejos aún en el tiempo: “El emperador Justiniano, a consecuencia de un caso particular que se presentó en juicio por una escritura cuyo otorgamiento negó la persona a quien perjudicaba, impuso a los tabeliones la obligación de tomar personalmente las órdenes y notas, para redactar y autorizar los documentos, en vez de entregarlos a sus tabularios y amanuenses”.

(1) Rafael Núñez Lagos. *El documento medieval*, págs. 144 y sgtes.

(2) Ley 7, título 9, libro 2 del *Fuero Real*: “Ningún Escribano non faga carta entre ningunos omes, a menos de los conocer o de saber sus nombres si fuesen de la tierra o sino fuesen de la tierra sean los testimonios de la tierra o omes conocidos”.

(3) Ley 5, título 8 de la III *Partida*: “é debe ser muy acusioso el Escribano, de trabajarse de conocer los omes a quien le faze las cartas a quien son y de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho nin engaño”.

(4) Capítulo 11 de la *Pragmática*, que es la ley 2ª, Lº 10 de la *Novísima Recopilación*: “que si por ventura el escribano no conociere a alguna de las partes que quisieren otorgar el contrato o escritura, que no lo haga, ni reciba, salvo si las dichas partes, que así no conociese, presentasen dos testigos que digan que las conocen y que haga mención de ello al fin de la escritura, nombrando los dos testigos y asentando sus nombres y de dónde son vecinos, y si el escribano conociese al otorgante, dé fe de ello en la suscripción”.

(5) *La fe de conocimiento y sus problemas en el derecho español*, Valencia 1949.

## II. II Congreso Internacional del Notariado Latino. Madrid 1950

Si bien no es novedoso, no por ello deja de ser de suma actualidad. Creo que, aún, no se ha superado la recomendación del II Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid, en 1950, la cual transcribo:

“1. La autenticidad del documento notarial debe extenderse a la identificación de los otorgantes.

2. Es función y deber del notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos.

3. La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estime adecuados, actuando con prudencia y cautela.

4. La determinación de los medios supletorios de la identificación notarial ha de ser resuelta en cada país según sus especiales circunstancias”.

## III. Los que propugnan eliminar la obligación

Pero ésta no fue la última palabra. El tema resulta espinoso por la responsabilidad y dificultad que trae aparejadas a los notarios. Ello ha llevado a distinguidos miembros de la doctrina notarial, como Osvaldo S. Solari<sup>6</sup>, a sostener la falta de necesidad “de que el escribano adquiriera el conocimiento de los requirentes” ya que “éstos deben probar quiénes son con sus respectivos documentos, los que no tienen por misión convencer al escribano, sino lisa y llanamente probar a todos los otorgantes que son quienes dicen ser. Es decir, que si los otorgantes justifican su identidad con sus respectivos documentos, el escribano nada tiene que agregar a la atestación de que medió esa justificación. Los documentos no son para probar la identidad al escribano para que, luego, él retransmita esa prueba a los demás, sino que, universalmente, los documentos prueban a ‘todo el mundo’ la identidad de quien los exhibe. Prueban que él es quien dice ser y nadie tiene nada que agregar ni comentar”.

Eduardo B. Pondé<sup>7</sup>, en la sesión del Ateneo Notarial del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial del mes de junio de 1988, sostuvo que el concepto “clásico” de fe de conocimiento estaba completamente superado. Basaba esa afirmación en la distinción semántica de los términos “conocimiento”, “identificación” e “individualización”. El primero, es decir el conocimiento, no sería la consecuencia de los otros, sino a la inversa, un modo más de individualizar a alguien dentro del género humano.

## IV. La doctrina clásica

La titulamos así no por su antigüedad sino por el sentido preciso del término, es decir, a pesar del tiempo transcurrido no ha podido ser superada la

(6) En su dictamen presentado al entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial, en la reunión del mes de junio de 1988.

(7) Ídem nota anterior, dictamen consejero Eduardo B. Pondé.

posición de los seguidores de Justiniano y de Balbo; entre ellos destacamos los siguientes:

a) Francisco Ferrari Ceretti: “La función notarial, con independencia de las demás exigencias de la ley, está basada en la fe de conocimiento de los otorgantes por el escribano y el correcto estudio de los antecedentes de los títulos... Para otorgar un título inobjetable, el escribano debe... verificar si esa persona es quien dice ser. La fe de conocimiento es uno de los atributos consustanciales de la escritura pública y la certeza que surge de la dación de fe es seguridad, verdad, confianza, tranquilidad”<sup>8</sup>.

b) Laureano Moreira: “La finalidad de este requisito consiste en justificar la identidad de los otorgantes (art. 1002). No se trata pues de un conocimiento necesariamente derivado de un largo trato personal, de carácter testimonial, sino de un mecanismo legal tendiente a asegurar la correcta identificación de las personas que otorgan las escrituras públicas. Se pierde de vista el verdadero interés del tema cuando la doctrina se orienta a la discusión del correcto sentido de la voz ‘conocimiento’, que como casi todas las palabras de nuestro idioma es multívoca porque tiene diferentes aplicaciones. A tal punto que no debe olvidarse que uno de los más importantes capítulos de la filosofía está dedicado a la teoría del conocimiento. La correcta interpretación ha sido efectuada en el IIº Congreso Internacional de Notariado Latino de 1950, celebrado en Madrid” (transcripta precedentemente).

c) José Adrián Negri: “Pero humanizando un poco el razonamiento, sin escudarnos en principios filosóficos de carácter absoluto, tal vez sea posible llegar a conclusiones adecuadas. La expresión ‘ciencia propia’ no tiene, no puede tener, otro alcance que el de determinar que el notario debe adquirir por sí mismo, ante su propia conciencia, la firme convicción de que el otorgante es en verdad la persona que pretende ser. No se trata de tal o cual procedimiento preestablecido; no se trata de tal o cual prueba tasada de antemano, de tal o cual medio expresamente determinado para llegar a la identificación. Se trata de adquirir por sí mismo y por todos los medios posibles y adecuados, por cuantos medios exija el propio espíritu para llegar a una convicción, tan profunda, tan íntima, tan firme sobre la pretendida identidad, como para respaldarla con su propia responsabilidad profesional. Y si no, no hay tal conocimiento... Porque la ley no pretende, ni ha podido pretender, constreñir la actuación del notario al relativamente estrecho círculo de personas de su vinculación personal... Y este juzgamiento del notario no puede ser llevado, como su afirmación resultante, más allá de los justos y humanos términos, ni la responsabilidad que la ampara debe excluir categóricamente toda posibilidad de error o confusión”. Concluye considerándola base de todo el sistema notarial: “Ella ha de subsistir en la legislación notarial y civil con el esplendor de la escueta redacción actual y con el concepto y alcance que hemos tratado de discernir en este estudio. Ella está tan ligada a la importancia, a la eficacia y a la significación de la escritura pública y de la institución notarial, como para

(8) Posición sustentada en la misma reunión citada en nota anterior.

que, tal como nos permitimos aseverarlo hace veinte años, **todo intento de supresión o de atenuación de su exigencia represente para el notariado latino el principio de su decadencia institucional**<sup>9</sup>.

d) Carlos A. Pelosi: “Es necesario aprehender cómo es posible dar fe del conocimiento sin grandes temores, para dar otro enfoque al problema. La decisión de ciencia propia por parte del notario sobre la certidumbre de la identidad no puede realizarse exclusivamente sobre la base de documentos de identidad, como erróneamente lo han interpretado algunos pronunciamientos judiciales, en contra de la más recibida doctrina argentina. Pero tampoco se requiere haber tratado durante mucho tiempo antes a la persona ni haber asistido a su nacimiento... Por lo tanto, debe entenderse que la ley no establece medios tasados para adquirir esa certidumbre o convicción; que los documentos de identidad sólo constituyen un elemento coadyuvante cuando se ha expedido en reciente data y no presentan alteración alguna, y que hay dos maneras de adquirir el conocimiento, en el sentido de la ley. El directo o preexistente, cuando se ha tratado a la persona mucho tiempo antes de la vida de relación. El indirecto, aparte de los testigos de conocimiento a que se refiere el art. 1002 del CC, debe resultar de un conjunto de méritos para formar juicio, actuando con prudencia, entre los que pueden citarse los que mencionaba González, esto es: cotejo de firmas, personas de conocimiento conjunto, identificación dactiloscópica, a los que pueden agregarse las impresiones que recoja el notario en la **inmediación** que debe tener con los otorgantes al recibir sus declaraciones, la documentación respectiva, los datos y antecedentes de la operación, etcétera”<sup>10</sup>.

e) En la II Jornada Notarial del Cono Sur, realizada en Asunción del Paraguay en 1977, se ha aprobado la declaración mediante la cual el juicio de identidad se apoya: “1) en el trato y comunicación del fedatario con los sujetos de las relaciones jurídicas que se formalizan ante él; 2) en el examen cuidadoso de las fuentes o medios que conduzcan a la evidencia de aquella identidad”. También ha agregado: “Que el juicio de conocimiento, potestad exclusiva de los notarios, no debe considerarse formado mientras aquél no adquiriera la convicción racional, la certeza de que dichos sujetos son las personas que manifiestan ser. Sobre la base de la evidencia se funda el juicio de identidad. La identificación del sujeto deberá tomar necesariamente en cuenta los datos inmutables tales como el nombre, el origen, el lugar y fecha de nacimiento, sin perjuicio de otros que la legislación de cada país determine”<sup>11</sup>.

## V. Jurisprudencia

Coincidimos con Jorge A. Bollini<sup>12</sup> en que el fallo de la Cámara Civil, Sala F, del 31/5/1984, recaído en los autos “**Anaeróbicos Argentinos S. R. L. c/ De-**

(9) “La fe de conocimiento” (año 1950), *Obras de José A. Negri*, vol. I, pág. 254, Col. de Escribanos Capital Federal, República Argentina, 1966.

(10) Carlos A. Pelosi, “*El documento notarial*” N° 56, pág. 204, Ed. Astrea, 1980.

(11) *Revista del Notariado*, año 1977, pág. 448.

(12) Nota al fallo publicado en *Revista del Notariado*, año 1984, pág. 1346.

try, Amaro N.”, haya sido tal vez el fallo más claro sobre el concepto de “fe de conocimiento” y la responsabilidad civil que incumbe al escribano, en caso de sustitución de persona, coincidente con la doctrina de congresos notariales nacionales e internacionales y de autores que se han ocupado del tema. Destaco del voto del Dr. Beltrán la parte en que, siguiendo a Pelosi, afirma: “Para nuestro ordenamiento notarial no hay medios tasados en la ley a efectos de adquirir la seguridad de que el compareciente u otorgante es la persona a que se refiere el acto instrumentado. La fe de conocimiento puede darse incluso respecto de personas que no son de la amistad del escribano o no han tenido mucho trato con él, pero que, en virtud de circunstancias precisas y coherentes relacionadas entre sí, concurren razonablemente a cerciorarse sobre su identidad, pero sin olvidar que el análisis debe efectuarse con la debida prudencia, todo ello a la luz de las reglas que determinan una conducta diligente”. “La convicción sobre la identidad se adquiere, pues, mediante la concurrencia de una serie o conjunto de hechos que razonablemente operan en el escribano para llevarlo al convencimiento o certeza de que el sujeto instrumental es la persona que se individualiza”. Agrega en ese mismo voto: “La responsabilidad civil del escribano –repito– nace cuando incumple las obligaciones y reglas de la profesión, pero si no existe dolo, culpa o negligencia no puede imputársele un mal desempeño en sus funciones no siendo, en consecuencia, responsable civilmente”. De las consideraciones agregadas en el voto del Dr. Bossert señalo especialmente que: “el escribano no puede conformarse con la exhibición que ante él se hace de un documento de identidad, sino que debe efectuar el análisis de los elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que habrá de instrumentar, debiéndose extender tal análisis a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo u otro pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes. Haciendo aplicación de estas nociones, considero que el demandado ha actuado con la diligencia y la prudencia que su función exige al analizar –según surge de autos– los elementos de convicción con los que formó su juicio de certeza sobre la identidad de la vendedora...” Se refiere, en primer lugar, a la libreta cívica de la vendedora, sin limitarse a la simple posesión de la misma, sino indicando también la coherencia de las circunstancias que de ella surgían, como la edad similar a la de la mujer que se presentó invocando falsamente ser tal, el número del documento con los títulos y certificados requeridos, la coincidencia entre la portadora y la fotografía, la ausencia de detalles que pudieran insinuar adulteración del documento, la intervención en el boleto de compraventa, el estudio de títulos encomendado, la presentación efectuada por personas intermediarias, la entrega de la documentación pertinente, concluyendo “que la diligencia puesta por el escribano, según el análisis precedente, fue acorde a las circunstancias, lo que a la luz de los arts. 511 y 512 lo exime de culpa. El negocio jurídico fracasó por el engaño que él, la compradora, la cedente del boleto y el martillero sufrieron”.

Fallo del 11/8/2000, Sala M, Cámara Nac. de Apelaciones en lo Civil, autos

“N., J. A. c/ R., J. M. y otro s/ redargución de falsedad”<sup>13</sup>, en el que, en su voto, el Dr. Hernán Daray sostuvo: “...que el accionar del escribano debe juzgarse a la luz del concepto genérico de culpa del art. 512 del Código Civil. Luego no habrá culpa cuando el resultado prometido se frustre por un ardid doloso bien tramado y bien ejecutado por terceros que no estaba a su alcance evitar o prever... tal como el cada día más común caso de autos, donde un impostor concurre a la escribanía con documentos falsos, exhibe títulos de propiedad... en definitiva, urde una maniobra que ni su contraparte ni el notario pueden advertir... Por los motivos expuestos, siendo que en forma alguna se ha probado en ninguno de los expedientes civiles ni penales acollarados un actuar doloso de parte del escribano R., habiendo sido su actitud lo suficientemente diligente en la inteligencia dada al instituto en debate –aunque víctima de un actuar doloso ajeno–, y conforme a la prueba producida...”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su sentencia del 15/X/1974, recaída en los autos caratulados “Gallegos Botto, María T. B. de y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, sostuvo que “los elementos de juicio que obran en la causa permiten concluir que el referido notario utilizó los medios adecuados para el conocimiento e identificación del deudor, llegando así a una convicción racional que a la postre resultó errónea como consecuencia no sólo de las maniobras y argucias del llamado Iglesias, sino del propio informe erróneo del Registro de la Propiedad que le asignó –equivocadamente– el carácter de titular del dominio del campo hipotecado”.

## VI. Responsabilidad emergente

### a) Penal

De las distintas responsabilidades en que puede incurrir el notario, ante la sustitución de personas, se destaca por su gravedad, en primer lugar, la responsabilidad penal. Este delito se encuentra tipificado en nuestro Código Penal sólo en forma dolosa, es decir que lo reprimido nunca puede ser una conducta imprudente, negligente o que demuestre su impericia profesional, sólo se cometerá falsedad ideológica instrumental cuando tal acción se lleve a cabo “a propósito”, es decir, **sabiendo** que el que va a firmar no es el que se ha individualizado en la escritura e igual se hace. La expresada negligencia puede que conduzca al escribano a ser sujeto pasivo del delito, víctima, nunca autor.

### b) Civil

En este terreno responderá no sólo por su actuar doloso, sino también por la falta del obrar diligente descrito en los párrafos precedentes, pero reitero, con culpa, sin ella no hay responsabilidad. La postura más exigente, aquella que ve en la relación del escribano con el requirente una locación de obra intelectual en que aquél se obliga a un resultado, no advierte que ello es así, en cuanto a una parte de esa relación contractual, es decir, aquella por la cual el notario se compromete a la confección de la escritura misma y sólo en cuan-

(13) Comentado por Agustín Novaro en *Revista del Notariado*, año 2001, N° 864, pág. 262.

to a ello; en cambio, no caben dentro del concepto “obligación de resultado” todas aquellas diligencias preescriturarias y postescriturarias, tales como el pedido de certificados, el estudio de títulos, el asesoramiento debido, la liquidación y pago de impuestos y, sobre todo, el tema objeto de este comentario, la identificación o individualización de las partes para poder estar en condiciones de “dar fe de conocimiento”, tareas todas que constituyen una neta “obligación de medios”, por la naturaleza misma de tales servicios a los que se ve obligado, y que lo comprometen a la debida diligencia y responsabilidad emergente cuando ésta falte y sólo entonces, como lo ha sostenido uno de los más destacados civilistas, Alberto G. Spota<sup>14</sup>. Este autor ve la relación del escribano con los requirentes del servicio como una “combinación” de locación de obra, locación de servicios y, también en parte, una relación del derecho administrativo, dado el carácter de funcionario público que reviste aquél, según el aspecto y naturaleza de las distintas tareas que componen la función.

El tema de la naturaleza jurídica de la función notarial no es un tema menor ya que, según sea una u otra la posición que adoptemos, distintas serán las consecuencias resultantes en cuanto a la prescripción, en cuanto a la extensión del resarcimiento, en cuanto a la ley aplicable y, sobre todo, en materia de “carga de la prueba”. No creo que se puedan encasillar todos los aspectos que componen esa relación funcional en una u otra categoría, contractual o extracontractual, sino que depende del aspecto que se enfoque y, así como la redacción de la escritura pareciera no ofrecer dudas en cuanto a la naturaleza contractual con la consecuente obligación de resultado de aquélla, nacida por lo que esa tarea encierra, frustrándose la misma, será el escribano deudor de esa obligación el que deberá probar su falta de culpa o diligencia en esa frustración o que la obra, redacción de la escritura, a pesar de la diligencia acreditada, igualmente no pudo llevarse a cabo (caso fortuito). Si se enfoca el aspecto de asesoramiento debido o el objeto de este comentario, dación de fe de conocimiento, creo que al perjudicado por la sustitución, acreedor de la obligación, no le bastará con probar lo ocurrido, sino que además él tendrá a cargo la prueba de que el escribano no se condujo con la diligencia pretendida y común en los “buenos escribanos” y que, de haber cumplido en forma regular las obligaciones legales, tal sustitución no se hubiera producido<sup>15</sup>.

## VII. Obligación de medios y de resultado

La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medio y obligaciones de resultado, formulada por Demogue y que tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, no es una diferencia de derecho sino una cuestión de he-

(14) *Tratado de Derecho Civil*, tº 9, Nº 2118, págs. 655 y sgtes.

(15) Art. 1122 C. Civil: “Los hechos y las omisiones en los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”. Nota a ese art.: “De los jueces y oficiales del Ministerio Público... de los escribanos, procuradores y... Véase Aubry y Rau, nota 7”.

cho<sup>16</sup> y, así como en las obligaciones de resultado, la culpa del deudor consiste en no haber obtenido el compromiso asumido (ej.: obligación del vendedor de entregar la cosa vendida; del comprador o del inquilino de pagar el precio; del depositario o comodatario de restituir la cosa a su dueño; del constructor de ejecutar la obra prometida), en las obligaciones de medio, en cambio, el incumplimiento consiste en la omisión de las diligencias debidas, que es a lo único a que el deudor se obligó. En consecuencia, en tales casos, para demostrar el incumplimiento es forzoso demostrar la culpa por parte del acreedor (ej.: obligación del médico que consiste en emplear los cuidados apropiados para la curación del enfermo, sin asegurar que la salud será restablecida, lo que no podrá prometer por exceder sus efectivas posibilidades; la de un cajero de banco de abonar las extracciones al verdadero titular de una cuenta o a su representante y no a un impostor, siendo la elección de éste último ejemplo ex profeso por la similitud con nuestro tema). En las obligaciones de resultado, el acreedor no tiene que probar la culpa del deudor, le basta probar el incumplimiento, es decir que el “resultado” prometido no se ha logrado; si el deudor quiere exculparse y quedar exento de responsabilidad debe demostrar que la frustración del resultado que integra el objeto de la obligación proviene de un caso fortuito o fuerza mayor. Por el contrario, en las obligaciones de medio el acreedor que quiera hacer valer la responsabilidad de su deudor tendrá que producir la prueba de la culpa de éste, es decir, en los ejemplos dados, que el médico fue descuidado, ignorante o imprudente, que el cajero fue negligente o que no cumplió con las instrucciones pertinentes para identificar al titular de la cuenta o su representante.

Llambías<sup>17</sup> comparte la clasificación “que opone dos categorías de obligaciones en función de la distinta naturaleza de su objeto, a saber: un ‘resultado’ determinado o una ‘conducta’ encaminada a un resultado que no es dable asegurar. También estamos de acuerdo en que difieren ambas clases de obligaciones en cuanto a la prueba de la culpa del deudor, que el acreedor debe suministrar si se trata de una obligación de medio y de lo que está eximido si la obligación es de resultado. Pero no creemos que esta diversidad de hecho en cuanto a la prueba de la culpa provenga de una diferencia de derecho en cuanto al régimen probatorio de los extremos de la responsabilidad del deudor. Nos parece que el régimen probatorio es siempre el mismo: al acreedor que quiera hacer valer una responsabilidad contractual le incumbe probar el ‘incumplimiento’ del deudor, sin necesitar demostrar, además, que tal incumplimiento le es imputable al deudor, pues ello es lo que la ley presume. Es cierto que para establecer el ‘incumplimiento’ en las obligaciones de medio hay que llegar hasta la demostración de la culpa del deudor, pero ello es la consecuencia de la distinta naturaleza del objeto debido, que no permite escindir el ‘incumpli-

(16) Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, tomo I, N° 171, pág. 207, 5ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot.

(17) Op. cit. en nota anterior, pág. 209.

miento' de la culpa, pues en estas obligaciones el incumplimiento consiste en la culpa del deudor”.

Es ilógico y, diríamos, casi imposible sin caer en el ridículo exigir a alguien el resultado de asegurar que tal persona es “fulano de tal”, por la naturaleza misma de la obligación, por una cuestión de hecho, por la simple evidencia que demuestra la observación de la realidad. No ya tan sólo en el actuar diario y corriente de los notarios, sino también en el de todos los funcionarios que cumplen tarea de identificación, determinación dentro del género humano, individualización, fe de conocimiento o como se lo denomine. Compartimos la afirmación del inteligente y agudo observador español don Rafael Núñez Lagos: “pues para que el notario tuviera la evidencia *de visu et auditu sui sensibus* de que el compareciente es la personalidad física y jurídica que se afirmaba, haría falta que como tal notario presenciara el hecho del parto y la entidad permanente del nacido, desde el alumbramiento hasta la comparecencia”<sup>18</sup>.

## VIII. Nuestra opinión

¿Qué es el conocimiento? Es la coincidencia entre el objeto estudiado y la realidad. ¿Qué es fe? Es creer subjetivamente que ello es así. En el caso particular de la fe de conocimiento notarial, es la convicción del escribano de la verdad que encierra el hecho de que las personas que comparecen ante él son éstas y no otras. Si esa convicción, verdad subjetiva, coincide con la realidad, verdad objetiva, nos encontraremos frente a la normalidad de lo que ocurre en casi todas las escrituras. Creo que en esto no hay discrepancias, tanto el vulgo como los especialistas, el legislador, los tribunales y la sociedad toda, llegan a la misma conclusión de lo que ontológicamente es fe de conocimiento.

Tampoco debería haber discrepancias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 993 (“el instrumento público hace plena fe... de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia”), entre la distinta valorización que cabe para un documento en que el escribano autorizante anuncia el hecho de que conoce al sujeto o sujetos otorgantes del acto jurídico –ya sea en forma explícita, como lo manda el artículo 1001, o implícitamente, como lo sugiere *de lege ferenda* Villalba Welsh<sup>19</sup>– y aquel otro documento en que la verdad de la identidad de los otorgantes pueda ser destruida por la simple prueba en contrario. Una escritura sin fe de conocimiento está más cerca de un instrumen-

(18) Rafael Núñez Lagos, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Talleres Penitenciarios Alcalá de Henares, 1945.

(19) Reunión del Instituto Argentino de Cultura Notarial del mes de junio de 1988, donde cierra su dictamen con el siguiente párrafo: “Hubiera sido deseable encontrar una fórmula que importara disminuir la responsabilidad del notario, pero es fácil advertir que ello no es posible en tanto se quiera mantener incólume la jerarquía del documento notarial y que él haga plena fe respecto no sólo de los hechos materiales pasados en su presencia sino también de aquellos que hubiere anunciado como cumplidos por él mismo, verbigracia, la afirmación de que el compareciente es la persona que queda individualizada”.

to privado que del instrumento público que hace plena fe por sí mismo y que hemos conocido a lo largo de los siglos, sin cambio en sus aspectos esenciales. Sujeto, objeto y causa, sin ellos no existe negocio jurídico, sin sujeto cierto no hay más que una apariencia del acto o contrato.

Sin lugar a dudas, lo que la sociedad quiere de la escritura pública es que siga gozando de la plena fe impuesta por la ley en el citado artículo 993. Y no debería haber discrepancias, pero sin embargo las hay y están dadas por la responsabilidad que lógicamente conlleva para el escribano el cumplimiento de esa obligación y, en ese afán por aliviar su responsabilidad, se ha llegado a cometer lo que a mi entender son excesos, como sostener que esa obligación “es un verdadero anacronismo”<sup>20</sup> o que “la solución no debe venir por el camino del escribano sino por el de los propios otorgantes. Y conste que no descubro nada, puesto que ése fue el pensamiento de Juan Andrés... Porque entiéndase bien que lo que en esta línea se propugna es eludir una injustificada responsabilidad del escribano y permitir que éste pueda decir la verdad de lo acaecido”<sup>21</sup>.

No compartimos esta posición. Si traemos a colación los viejos antecedentes legislativos y las viejas discusiones doctrinarias, no es por un afán de curiosidad histórica, sino para demostrar que, a pesar del tiempo corrido, la esencia de lo que debe aportar el notario al documento que él confecciona no ha variado en absoluto, es decir, la convicción de que los otorgantes son quienes dicen ser. Las herramientas para llegar a ese juicio se han incrementado; a las viejas presentaciones, a la audiencia previa y al trato y la fama se han agregado otras que, sin descartar las anteriores, también coadyuvan para que el notario llegue a ese conocimiento. Entre ellas se destacan, sin duda, los documentos de identidad, que van perfeccionando sus técnicas ante el avance cada vez más sofisticado de los falsificadores. Todavía no implementada, a pesar de la factibilidad técnica y de las reuniones mantenidas en el transcurso del año 2000 entre el Colegio de Escribanos de esta Ciudad –de cuyo Consejo Directivo formaba parte en ese entonces– y la Policía Federal, es la transmisión informática de las huellas digitales. Este proyecto agregaría un arma sumamente eficaz para identificar a quienes van a comparecer para otorgar una escritura y daría una contundente vuelta de hoja en la solución del problema. Pero es juicio que concluye en la convicción del agente, no se forma automáticamente; es imprescindible el proceso que comienza con la “primera audiencia”, al decir de Francisco Martínez Segovia<sup>22</sup>, donde el escribano **personalmente** tomará contacto con los que solicitan su intervención. Creo que no es necesario “tasar” ninguna de las formas o medios que el escribano necesita para llegar a formarse ese concepto que le permita concluir en el juicio que significa “dar fe de conocimiento”. Es posible que aun así, frente a una maniobra dolosa bien

(20) Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, Parte General, N° 1020, pág. 233, 7ª edición actualizada, Editorial Perrot.

(21) Osvaldo S. Solari. Dictamen citado en la nota 6.

(22) *Función Notarial*, Ediciones Jurídicas Europa América, Bs. As., 1961, págs. 115 y sgtes.

urdida, “ni su contraparte ni el notario puedan advertir la sustitución”<sup>23</sup>. Entendemos que en ese caso no cabría responsabilidad alguna para quien obró con la debida diligencia y con la prudencia y pleno conocimiento exigidos en el art. 902 de nuestro Código Civil. Ello es así porque no existe responsabilidad sin culpa, ya sea que encasillemos la relación con los sujetos del negocio jurídico como extracontractual, preceptuada en el art. 1112, como en la responsabilidad contractual estipulada en los arts. 519, 520 y concordantes del citado Código. Nunca el notario puede asegurar un resultado en materia de fe de conocimiento, sí, en cambio, el obrar diligente que “exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiese a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 512 CC). Tampoco les debe de haber resultado muy fácil a los tabeliones de Roma cumplir con esta obligación en la época del imperio romano; esta capital no era una villa de cientos de personas donde todos se conocían, tampoco tenían los elementos con que contamos hoy para adquirir el conocimiento y la debida convicción, no existían las fotografías ni los documentos y credenciales con que en la actualidad cuenta normalmente una persona. Casi un siglo antes de la sanción del Código de Vélez ya se advertían los problemas que esa obligación acarrearía al escribano; así, el consejero M. Real, en su comentario al art. 11 de la ley del 25 de Ventoso del año XI<sup>24</sup>, aseveraba: “Exigir más hubiera sido prohibir a los notarios prestar su ministerio en un número infinito de circunstancias, y reducir en particular a los notarios de ciudades fronterizas a la imposibilidad casi absoluta de recibir ninguna escritura”<sup>25</sup>. El escribano cumple dando fe de conocimiento. ¿Cuándo debe tener por cumplido ese conocimiento? La ley, sabiamente, nada dice. No ha tasado, a mi entender acertadamente, los medios de los que ha de valerle el notario para emitir prudentemente ese juicio, lo ha dejado librado al criterio de quien tiene que emitirlo y también al criterio de quien tiene que juzgarlo. Los medios son los que cambian, “... en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta”<sup>26</sup>, en relación con la culpa en el incumplimiento de la obligación, no la obligación misma, es decir, al emitir su juicio el funcionario notarial debe estar convencido de que **“quienes dicen ser, son”**. La ley no exige ridiculeces, no pretende pericias caligráficas, ni un análisis de ADN; quiere que el escribano actúe como “un buen escribano”. “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”<sup>27</sup>. “El error de hecho no per-

(23) Carlos D’Alessio en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio* de Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, págs. 629 y sgtes.

(24) Art. 11: “El nombre, el estado y la residencia de las partes deben ser conocidos por los notarios, o serles atestiguados en el acto por dos ciudadanos conocidos por ellos, que tengan las mismas condiciones que para ser testigo instrumental”.

(25) “Commentaire de la Loi du 25 Ventoso An XI”, pág. 7, Imp. H. Fournier, Paris, 1834 (tomado de José A. Negri, pág. 29, op. cit.).

(26) Zachariae, citado por Vélez Sársfield, en la nota al art. 512 del Código Civil.

(27) Art. 902 del Código Civil.

judica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable<sup>28</sup>.

El punto de partida del acto jurídico a otorgarse es la autenticidad de la persona que va a manifestar su voluntad. “De poco serviría que el notario recogiera cuidadosamente las manifestaciones de los concurrentes a su estudio y las revistiera de todas las solemnidades del instrumento público, si no constara que la persona que establecía la relación jurídica era la misma a quien verdaderamente corresponden el nombre y apellido con que se presenta a contratar<sup>29</sup>”.

Creo que la audiencia **previa y personal** del escribano y los otorgantes que por primera vez van a otorgar un acto es imprescindible, en ella presentarán sus documentos de identidad al funcionario, quien tomará los datos personales y conversará acerca de las circunstancias del negocio a realizar, recibirá la restante documentación relacionada con el caso y se formará una idea cabal de si está verdaderamente en condiciones de poder dar esa fe de conocimiento que se le exige. Los relativamente pocos escribanos que han sido víctimas de sustitución es muy difícil que hayan reiterado el desgraciado episodio y supongo que muchos, no digo todos, por cierto, pero muchos sí, tal vez hubieran evitado la sustitución de haber sostenido esta audiencia previa y personal. El margen que queda fuera no está a su alcance evitarlo o preverlo. Tampoco deberá responder por ello.

La persona que a diario realiza esa labor adquiere una experiencia que representa una valla muy difícil de superar y disuasiva para quienes pretendan intentarlo. Hasta hoy no hubo mayores dificultades, en primer lugar, porque los casos fueron realmente excepcionales y, en segundo lugar, porque cuando se produjeron esos casos la jurisprudencia fundó sus fallos en la acertada opinión de la doctrina especialista en el tema.

Observemos el proceder del cajero de un banco cuando un cliente de otra sucursal viene a retirar una suma de dinero y, en pocos minutos, debe formarse un juicio que lo lleve a la conclusión de que va a entregar el importe a la persona que corresponde. Le pide un documento. Constata la firma con la del formulario de extracción y con la que tiene registrada en el Banco, que le surge de la pantalla. La misma computadora a veces le requiere que pida otro documento o alguna tarjeta de crédito. Tal vez también de la misma pantalla le sugieren otro tipo de preguntas, como nombre de los padres, domicilios, teléfonos, etcétera, buscando la congruencia total. ¿Podemos asegurar que el sistema sea perfecto? Es decir, ¿que exista absoluta imposibilidad de que se dé un caso de sustitución de personas? Indudablemente no, pero sin embargo diríamos que estos casos casi no se dan, porque de darse habitualmente impedirían a los bancos prestar ese tipo de servicios al público.

(28) Art. 929 del Código Civil.

(29) Miguel Fernández Casado, *Tratado de notaría*, Viuda de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1985.

Volviendo al tema de nuestra profesión, ¿es imposible evitar absolutamente todos los riesgos utilizando la diligencia adecuada? La respuesta también será no pero, a pesar de ello, utilizando la debida diligencia los casos se reducen a una mínima expresión, que hoy, con la existencia del seguro de responsabilidad civil, estamos en mejores condiciones de evaluar estadísticamente. Por el mismo costo del seguro, muy bajo en comparación con el de otros seguros de mala praxis profesional; por la nueva exigencia de la compañía aseguradora de tomar huellas digitales como condición para cubrir el riesgo, procedimiento habitual entre muchos escribanos, sobre todo entre aquellos a los que alguna vez les tocó ser víctimas de este delito; y en vista de los contados casos que se han verificado, a tenor de lo expuesto por esas compañías aseguradoras y por la jurisprudencia sobre el tema, en relación con la cantidad de escrituras que se otorgan anualmente en todos los Registros de la ciudad de Buenos Aires, es posible sostener que la fe de conocimiento es uno de los servicios esenciales que presta el notariado a la sociedad y uno de los pilares en que se basa la institución toda desde hace muchos siglos y que no debe ser reemplazada, a pesar de las responsabilidades que puede implicar para el agente. Las leyes que regulan nuestra profesión han sido y deben ser pensadas en función de las personas a quienes se les presta el servicio y no en función del que lo presta, ésa es la razón del prestigio logrado, al que nosotros debemos seguir contribuyendo a sostener. La obligación es la misma, así como el fin perseguido a través del tiempo, lo que puede y debe variar son los medios de que podemos valernos para llegar a ese juicio, aprovechando todas las posibilidades técnicas que nos ofrece el siglo XXI.

## IX. El fallo transcripto

Pareciera que el fallo no ha abordado las cuestiones esenciales a tener en cuenta para llegar a la conclusión de la existencia del incumplimiento de la “obligación de medios” del escribano demandado ante la sustitución de persona acontecida. Aseverar “...que la delicada labor que le compete al escribano público, lo obliga a extremar los recaudos necesarios para asegurarse plenamente de la veracidad del acto que autentica. Para ello es que evidentemente ha recibido una especial capacitación profesional que lo pone en condiciones de llevar adelante su cometido con mayor idoneidad que el común de la gente”, es ignorar que el título de grado mediante el cual ha recibido esa especial capacitación profesional en nada difiere del que recibió el juzgador y que “asegurarse plenamente de la veracidad del acto que autentica” implica caer en la ironía de Núñez Lagos, en cuanto a la necesidad de haber asistido al parto, en calidad de notario, y haber tenido trato permanente hasta la fecha del acto hipotecario otorgado.

De la lectura de la sentencia no surgen la descripción y la probanza de los hechos en que se basa la conclusión de que ha quedado demostrado el actuar negligente del escribano. Tal vez surjan de “los correctamente señalados por el *a quo*, a los que en honor a la brevedad corresponde remitirse”. Por otro lado,

de la jurisprudencia citada (*Anaeróbicos Argentinos c/ Detry s/ daños*) surge la disposición de analizar la responsabilidad del funcionario sobre la base de la culpabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones y, fuera del anuncio que ya se ha pronunciado en anteriores causas en el sentido de que la actuación debe ser evaluada con criterio estricto y de otras citas de jurisprudencia y doctrina con las que coincido, no encuentro el nexo de causalidad entre las acciones u omisiones del escribano que no se mencionan y la conducta que debió haber tenido para merecer el reproche de la sentencia condenatoria, como tampoco la relación entre los casos contenidos en esa jurisprudencia y el presente fallo. En todos se comprobó que había habido sustitución de personas pero, además de ese “resultado”, lo que quedó acreditado en aquéllos es la diligencia que los eximió de responsabilidad o la negligencia acreditada que los condenó a la indemnización civil. El incumplimiento no consiste en la sustitución de identidad de uno de los comparecientes, sino que, además, el perjudicado debe probar la negligencia del escribano en el cumplimiento de su función. ¿Ello quedó probado? De la lectura del fallo no surge.

Repito, coincido con la doctrina del fallo como con la necesidad de sostener la “fe de conocimiento”, que valoriza la escritura pública, jerarquizando y prestigiando la institución toda. Sin embargo, no es éste el objetivo, sino dar a la sociedad un instrumento eficaz que contribuya a la paz social que debe reinar. La misión ha sido cumplida a través de los siglos. Pretendo que, a la hora de juzgar nuestra conducta, se lo haga sobre la base de nuestra diligencia comprometida y no por el resultado imposible de asegurar, a pesar de esa diligencia irreprochable. Para que podamos seguir dando fe de conocer, como lo vinieron haciendo durante tantos años los que nos precedieron, con mejor técnica e igual diligencia.