

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RELACIONES JURÍDICAS NOTARIALES

JULIO R. BARDALLÓ

SUMARIO

1ª PARTE. Generalidades. 1. Las relaciones jurídicas notariales. 2. Relación jurídica. Análisis. - 2ª PARTE. Relación notarial formal. (requeriente - notario). 3. Posición denegatoria de la relación notarial. 4. Crítica a la posición negatoria. 5. Definición. 6. Sujetos de la relación. 7. Hecho condicionante. Requerimiento. 8. Impedimentos. 9. Admisión. 10. Objeto de la relación. Forma pública notarial. 11. Situaciones correlativas de facultades y deberes. 12. Naturaleza jurídica de la relación. - 3ª PARTE. Relación notarial funcional. Escribano Estado. 13. Imagen de la relación notarial funcional. 14. Definición. 15. Sujetos de la relación. 16. Hecho condicionante. 17. Objeto de la relación. 18. Situaciones correlativas de facultades y deberes. - 4ª PARTE. Derecho al valor de la forma pública notarial. Relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica. 19. Imagen de la relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica. 20. Sujetos de la relación. 21. Hecho condicionante. 22. Objeto de la relación. 23. Situaciones correlativas de derechos y obligaciones. - 5ª PARTE. En resumen. 24. Relación notarial formal. 25. Relación notarial funcional. 26. Relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica. Derecho al valor de la forma pública notarial.

1ª PARTE GENERALIDADES

1. Las relaciones jurídicas notariales

Es seguro que nos viene del derecho procesal la idea de la "relación notarial". En el campo del derecho notarial es lo que la "relación procesal" al derecho de igual denominación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

O sea, una relación formal que tendría por objeto principal dar vida a la relación sustancial.

En el derecho procesal la relación sustancial preexiste. Algo no ha funcionado debidamente en ella; los sujetos de la relación no han podido resolver entre sí la dificultad surgida y alguno de ellos, o ambos, han resuelto someterla a la jurisdicción, para que el juez exprese cuál es el derecho aplicable, haciendo actuar la norma correspondiente. Desde el momento mismo que se inicia el proceso surge la "relación procesal" que vincula a las partes y al juez y que los obliga a guardar las reglas del procedimiento correspondiente, hasta la liquidación del conflicto por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Innegablemente algo parecido, de ninguna manera igual, ocurre en el derecho notarial.

Los sujetos de la "relación sustancial", generalmente antes de su nacimiento, cuando aún es proyecto, o si se prefiere, una vez finalizadas las tratativas y encaminadas las partes a la formalización del negocio jurídico, recurren al escribano para encomendarle la tarea de redactarlo, documentarlo y solemnizarlo o, como venimos repitiendo desde hace muchos años, darle forma y autenticidad.

El requerimiento formal al escribano determina el nacimiento de una relación jurídica que lo vincula a los requerientes, con aquel objeto. Relación formal al servicio de la relación sustancial.

Hay diferencias grandes entre las situaciones jurídicas que se plantean en los derechos que estamos comparando, aparte de las diferencias formales.

En orden a la "relación sustancial", ya existe cuando se traba la "relación procesal"; no importa si bien o mal configurada. En cambio, cuando se traba la "relación notarial", normalmente, salvo ciertas actuaciones propias del acta notarial, la relación sustancial no se ha constituido. Precisamente la intervención notarial tiende a su debida y formal constitución.

Con respecto a las normas jurídicas aplicables, la doctrina de los procesalistas es uniforme en el sentido de que el juez se limita a declarar el derecho aplicable, a decir qué normas rigen la relación sustancial y, consecuentemente, según las enseñanzas de Kelsen, a dictar la norma concreta para el caso. El juez, como técnico, analizadas todas las circunstancias del asunto sometido a su conocimiento, verifica bajo el imperio de qué normas nació la "relación sustancial" y, por lo tanto, cuáles son las consecuencias que de ello se derivan. El notario se mueve en un campo más amplio. Cuando la "relación sustancial" no ha nacido aún, puede elegir el ámbito jurídico donde constituirlo; puede seleccionar la especie dentro de la cual ubicar la voluntad jurídica para que se produzcan determinadas consecuencias. Claro está que las posibilidades de elección son limitadas y muchas veces no hay opciones, pero convengamos que la situación del notario es distinta a la del juez y que es mucho más cómoda la del primero, si sabe manejar las posibilidades que el caso le ofrece. Es la diferencia que hay entre lo dado y lo que aún está en camino de "SER".

Las diferencias formales entre la "relación procesal" y la "relación notarial" son innumerables. Por esto advertíamos lo que todos saben por intuición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica, aunque nunca se hayan detenido a analizar ambas relaciones; éstas tienen solo un parecido, su parentesco es muy lejano.

La doctrina especializada se limita a considerar la existencia y caracteres de la "relación notarial" a que nos referíamos. Pero cabe preguntarse si es la "única" en el campo del derecho notarial o si por el contrario existen otras. Pensamos esto último. En efecto, el escribano, se le considere como aspirante o investido y en el ejercicio de la función notarial, está relacionado con el órgano estatal o paraestatal, en nuestro caso la Suprema Corte de Justicia, que lo adscribe a la función y lo controla en su ejercicio. Ambos sujetos (notario - órgano de superintendencia) aparecen vinculados con motivo de la función notarial; en situaciones correlativas de derechos y deberes, conforme al orden jurídico vigente. Podrá objetarse que esta zona jurídica no integra propiamente al derecho notarial, pero es por lo menos linderera y cabe hacer su estudio.

Finalmente, hay otra especie de relación, que algunos autores estudian en particular.

Sanahuja y Soler, con su característico poder analítico, enseña que: "si el sujeto a quien compete la fe pública notarial autoriza conforme a las leyes un instrumento público (así llaman los españoles al documento notarial), éste tendrá la fuerza auténtica, constitutiva o declarativa y ejecutiva prevenida en la ley.

"Esta proposición parte de tres supuestos: a) que un órgano jurídico se halla investido del poder de dar fe; b) que este órgano autoriza en forma legal un instrumento público; y c) que el acto notarial objeto del instrumento público es adecuado a la ley. Y deduce la consecuencia: dicho instrumento tendrá la fuerza legalmente prevenida. Se traduce en una situación jurídica real, en la cual es sujeto agente el notario y sujeto paciente la comunidad jurídica en general, dado que el valor de autenticidad se produce con respecto a todos" (Tratado. ..., t. I, pág. 225).

En la hipótesis del autor que glosamos, autorizado en forma un documento notarial, se traba una relación jurídica entre el notario (autor material de la forma pública) y la sociedad o "comunidad jurídica", como él la llama, que obliga a ésta, y por lo tanto a sus componentes, a reconocerle al documento referido el valor de auténtico que la ley le atribuye. Surgirían también, como consecuencia, situaciones jurídicas correlativas de derechos y deberes entre los sujetos jurídicos, como términos de la relación.

Delimitado así el campo de nuestro análisis, entremos al estudio de las relaciones jurídicas notariales.

2. Relación jurídica. Análisis

La primera tarea es fijar el concepto básico de "relación jurídica".

Carnelutti ha dicho que la noción más amplia y sencilla de relación jurídica es la de "una relación, constituida por el derecho, entre dos sujetos respecto a un objeto". Representa gráficamente la relación jurídica en esta forma:

a -----n

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diversas personas. Al obligado suele llamársele sujeto pasivo de la relación; a la persona autorizada para exigir de aquél la observancia de la norma denomínasele sujeto activo, facultado, derecho habiente o pretensor. La obligación del sujeto pasivo es una deuda; en cuanto al pretensor, tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la misma" (Introducción.... N° 9, pág. 31).

Legaz y Lacambra ha definido muy precisamente la relación jurídica poniendo de relieve sus elementos constitutivos, tales como los hemos esquematizado.

"Un vínculo jurídico entre sujetos de derecho nacido de un determinado hecho, definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto cierto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción" (Filosofía.... Barcelona, 1953, pág. 555).

a) "Vínculo jurídico entre sujetos de derecho. .." La relación jurídica es un vínculo entre personas de derecho.

b) Hecho... condición. Se origina en un hecho condicionante o supuesto de hecho, es decir, un acontecimiento natural o un acto de la voluntad.

c) Objeto cierto. La relación jurídica tiene lugar entre sujetos de derecho y versa sobre algo que se les subordina por su valor de utilidad que constituye el objeto de la misma: este objeto pueden ser determinadas cosas o prestaciones humanas.

d) Facultad - deber. ". . . situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes..." Desde el momento que dos personas se relacionan jurídicamente, sobre la una pesa una obligación cuyo cumplimiento es un derecho subjetivo de la otra.

Del Vecchio define la relación jurídica como "vínculo entre personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada".

e) Sanción. Esta nota se agrega al esquema que manejamos y lo completa científicamente. La garantía de la prestación radica en la sanción, cuya aplicación, por los órganos estatales, al sujeto pasivo puede promover la parte contraria mediante una determinada manifestación de voluntad.

Resumiendo: (A) se halla en relación jurídica con (B), porque en virtud de un hecho condicionante (H) aquél puede promover el aparato coactivo (derecho subjetivo) contra éste, en el caso de que no realice la prestación "p" a que se halla obligado (deber jurídico), provocando en su contra la aplicación de una consecuencia jurídica desagradable o sanción: H. .Aps, Bps (tal la fórmula lógica de la relación jurídica) (Legaz y Lacambra, Filosofía. . ., pág. 562).

2ª PARTE "RELACIÓN NOTARIAL FORMAL" (REQUERIENTE - NOTARIO)

3. Posición denegatoria de la relación notarial

¿Existe la relación jurídica notarial requeriente notario?

Es asombroso que esto haya sido puesto en duda por prestigiosos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarialistas. Por ello pensamos que lo que niegan es que tal relación sea similar a la "relación procesal" y no la existencia de la relación misma.

Mustápicich ha realizado un completo análisis del problema y niega la existencia de esta relación notarial. La primera objeción es la independencia notoria entre la relación procesal y la relación sustantiva objeto del proceso. Esa autonomía no existe respecto de la relación notarial. Recordemos, dice, que la base fundamental de la relación jurídica procesal es el distinguo de la acción del derecho mismo. De allí, agrega, que los presupuestos procesales sean independientes de la relación material. Luego se pregunta, ¿existe, acaso, esa independencia, esa autonomía, en el campo del instrumento notarial? La intervención y regulación de actividades de un oficial público, la realización de determinadas formalidades, ¿configuran una relación autónoma de la sustancial? Si la forma notarial se exige ad solemnitatem, "la forma, la estructura y la voluntad jurídica forman un haz inseparable"; "en cuanto a los instrumentos requeridos ad probationem por el derecho privado, no permiten tampoco sostener la existencia de tal relación".

Otra objeción del autor es la interdependencia de los actos procesales y el principio de preclusión, que no se dan en el desarrollo de la escritura pública.

"La forma notarial es una medida de seguridad determinada por la ley o la prudencia de las partes, y en ella el papel del notario es pasivo frente a la contratación, diferente, por tal, al papel relevante del juez, en la relación procesal. El notario, pues, no es parte en la contratación. Puede ser asesor y director de las partes, pero su labor es de mero asesoramiento o consulta. Su función no es judicial, no es decisoria. Se limita a comprobar los hechos y declaraciones de las partes, que pasan ante su presencia.

"¿ Qué relación es ésta, en la que uno de los pretendidos sujetos no tiene participación activa?" (Tratado..., t. 1, págs. 34 a 36). El maestro Nuñez - Lagos niega también la supuesta relación jurídica notarial en torno a la cual, agrega, no puede organizarse el derecho notarial. Hay, en concepto del autor, dos razones principales: falta de sujeción y falta de sucesión en la supuesta relación jurídica notarial.

"a) Por falta de sujeción: Ni el compareciente ni la parte están sujetos al notario, como lo están al juez por el imperium de éste, sino al documento después de su firma. Es verdad que todas las legislaciones imponen al notario la obligación de prestar su ministerio, a petición de parte interesada, quien, por tanto, tiene un derecho frente al notario, amparado en un recurso ante el superior jerárquico. Pero esta obligación y este derecho son de carácter administrativo, comunes a todos los funcionarios públicos. En cambio, la rogatio no vincula inicialmente a la parte al notario, que antes de firmar el instrumento puede desistir libremente por su sola voluntad unilateral y sin necesidad de formalización alguna.

"b) Por falta de sucesión: En el proceso no sólo hay una sujeción final de las partes «a la» sentencia, sino una sujeción inicial «para la» sentencia. Esto implica un tractus temporis. La intervención notarial no tiene una concatenación, serie o sucesión de actos jurídicos, reglada y oficial que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vinculen las partes al notario desde el primer acto y día hasta la firma del instrumento. En una palabra, carece de procedimiento y de términos o plazos, por lo que no es posible ningún momento de preclusión. La autenticidad es una cualidad del instrumento, y hasta que éste se formaliza con la firma, la serie de actos preparatorios llevados a cabo por el notario carecen de significación jurídica" (Esquemas conceptuales del instrumento público, pág. 23).

4. Crítica a la posición negatoria

La posición que niega la relación notarial no sitúa el problema en sus verdaderos términos.

Claro está que si se comparan la relación jurídica procesal y la notarial, especies distintas de un mismo género sólo tienen de común a éste y difieren en todo lo que les es específico. Buscar y encontrar esas diferencias que nadie niega, no basta para concluir que no hay entonces una relación jurídica notarial. Lo que debe analizarse es si las notas características de la "relación jurídica" se dan o no en el caso de la presunta "relación notarial". Si se dieran, hay relación, y si no se dieran, no la hay. Esto es lo único que se debe examinar.

Aunque esta reflexión basta para contestar y rechazar la posición negatoria de la relación jurídica notarial, vale la pena considerar algunas de las objeciones formuladas.

La pretendida falta de autonomía de la relación jurídica notarial, con respecto a la relación jurídica sustancial, no es cierta. Ambas relaciones son distintas, porque son distintos los sujetos, el objeto, la causa o hecho condicionante, etc., y cada una conserva su autonomía con relación a la otra y se rige por diferentes normas. En la relación jurídica notarial los sujetos son los requerientes y el escribano; el objeto es la constitución de la forma pública o auténtica, y la causa o hecho determinante de su nacimiento es la "rogatio". En la relación sustantiva a la que aquélla sirve, los sujetos son las partes en el acto o negocio (para nada interviene en ella el escribano); el objeto es el bien sobre el cual recae la negociación (inmueble, mueble, derechos, etc.) y el hecho condicionante es la voluntad concurrente de los sujetos o consentimiento, etc.

La relación notarial se rige por las normas del derecho notarial, y la relación sustancial, por el derecho en cuyo ámbito cae la misma: derecho civil, comercial, administrativo, etc.

La circunstancia especial de que en ciertos casos la forma pública o auténtica sea requisito de solemnidad de la relación sustancial y forme con ésta un todo inseparable, no priva a la relación jurídica notarial de su objeto. No importa qué papel juega el documento notarial en la relación sustantiva. El objeto "documento notarial" tiene su propia existencia y es el producto de otra relación jurídica, que a su vez tiene su propia disciplina jurídica.

La no sujeción de los requerientes al escribano, a diferencia de lo que acontece con la relación procesal, en la que las partes están sujetas al juez, es una modalidad específica, propia de esta relación jurídica, que si está

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ausente en otra especie de relación, no le quita a ésta su carácter de tal. La prosecución del proceso hacia su término, que es la sentencia, exige cierta subordinación de las partes al juez, para que no se paralice su desarrollo. Esta necesidad del proceso explica el principio de sujeción; pero este principio puede faltar en otras especies de relaciones jurídicas que persiguen otros fines.

Iguals reflexiones caben en relación con la falta de sucesión de los actos constitutivos de la forma pública, sucesión que es esencial en el proceso en el cual los distintos actos del mismo se producen según un orden necesario, cuidadosamente establecido y reglamentado. Es otra característica específica de la relación procesal, justificada por su propio fin.

Tampoco es del todo cierto que en la relación jurídica notarial no exista una sucesión de actos y que éstos no se produzcan en un cierto orden necesario. El "requerimiento" y la "admisión", por no existir impedimento legal; la "formulación" del acto, su documentación y registro; el otorgamiento y autorización, etc., son "actos" de los sujetos de la relación notarial; actos necesarios y que se dan en un orden lógico.

Por último, no creo que nadie pretenda desarrollar el derecho notarial en torno a la relación notarial. Tampoco creo que el derecho procesal se estructure en torno a la relación procesal. Son fenómenos jurídicos propios de estas ramas de derecho; importantes, porque proyectan infinidad de efectos o consecuencias en otras zonas de la misma materia, pero no son el centro de las respectivas disciplinas jurídicas.

Mustápic, después de negar la supuesta relación jurídica notarial, admite que entre los requerientes y el notario se establece una relación, con lo cual confunde al lector, porque parece contradictorio su dualismo.

Dice, por ejemplo, en un pasaje:

"Existe, sí, una relación entre las partes y el escribano, pero ella deriva de la ley, accesoria a la teoría de las formas del derecho civil. El escribano está obligado a prestar su ministerio acordando la fe pública de que es investido por el Estado, a requerimiento de partes.

"Su función está regulada por la ley. El derecho civil le señala cómo debe coadyuvar a la facción del instrumento público y el derecho le señala los límites del ejercicio de sus funciones, sus derechos y obligaciones" (Tratado..., t. 1, págs. 38 y 39).

Hay entonces una relación jurídica; los sujetos son "las partes y el escribano"; deriva de la ley; se traba a requerimiento de partes; obliga al notario a prestar su ministerio acordando la fe pública de que está investido; el derecho señala (no el derecho civil, como equivocadamente afirma el autor, sino el derecho notarial) cómo debe procederse a la facción del instrumento público, los límites, derechos y obligaciones del ejercicio de las funciones...

Quienes admitimos la existencia de la relación jurídica notarial, no pretendemos más. La confesada presencia de esos elementos es suficiente para reconocer una relación jurídica. Ésta no es otra cosa que eso, que Mustápic parece desechar, como insuficiente aún, para constituir una verdadera relación jurídica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

5. Definición

La relación jurídica notarial puede definirse como relación legal, onerosa y de confianza, que vincula al escribano y a los requerientes, en virtud de la rogatio, cuyo objeto es la constitución de una forma jurídica notarial idónea, para alcanzar fines determinados.

Son sujetos de esta relación jurídica el o los requerientes, por una parte, y el notario por la otra.

El vínculo que surge entre dichos sujetos tiene como causa eficiente la "rogatio" o requerimiento, que compromete al escribano a ejercer la función notarial de que está investido, cuando no media legítimo impedimento (art. 60, decreto - ley 1421).

El objeto es la "forma pública notarial", que da ser y valor al negocio o acto no negocial materia de aquélla.

Las situaciones correlativas de derechos y deberes se dan una vez trabada la relación que nos ocupa. El o los requerientes tienen derecho a una forma notarial idónea para el o los fines que persiguen; y el escribano debe proveerla, de manera que los propósitos se logren plenamente. Cualquier falla o defecto que lesione el derecho o el interés del requeriente o requerientes importa un incumplimiento de la obligación asumida.

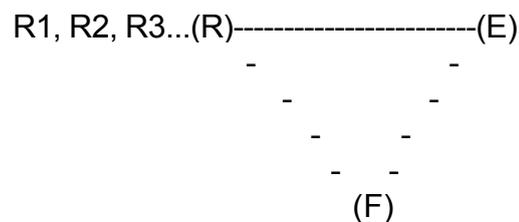
La conducta de las partes debe ser conducente a la finalidad propuesta; en su defecto sobrevendrá la sanción que castiga todo incumplimiento.

Esta relación - jurídica presenta, además, las especiales características de ser legal, onerosa y de confianza. Surge por ministerio de la ley, no por el consentimiento libremente prestado. El requeriente o requerientes deben retribuir el servicio al notario, conforme al precio convenio o de uso, según las normas arancelarias. Finalmente, el o los requerientes pueden revocar en todo momento el encargo, haciendo cesar en esta forma la intervención notarial.

Nos ocuparemos en particular de los distintos elementos configurativos de la relación jurídica notarial.

6. Sujetos de la relación

Los protagonistas de la relación que nos ocupa son: el o los requerientes y el notario o escribano.



El sujeto R (requeriente) puede ser uni o pluripersonal; generalmente está formado por más de una persona, física o jurídica. No importa a quién de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requerientes, en caso de ser varios los sujetos de la relación material, el derecho vigente de cada país confiere el derecho o la facultad de formular el requerimiento al escribano. Éste se hace para todos y a todos se liga el notario por el único hecho de la rogatio. A todos debe servir por igual, con el mismo celo, dedicación y eficacia, en función del supremo principio de la imparcialidad, que compromete toda su actuación.

En caso de representación legal o voluntaria, es claro que el sujeto R es el representado, o sea, aquel a quien pertenece el derecho o el interés en el acto o negocio materia de la forma pública notarial. El representante es el requeriente formal, quien formula la rogatio ante el escribano; el representado es el requeriente material y el verdadero sujeto de la relación formal o notarial.

El sujeto E (escribano) es, en cambio, necesariamente unipersonal.

Nuestro ordenamiento jurídico sólo admite la intervención de un notario en cada caso. Podrá éste auxiliarse de otros escribanos para cumplir su cometido (socios, empleados, destajistas), pero dichos auxiliares no integran, como sujetos, la relación jurídica notarial. Es la imagen de la casi totalidad de los derechos latinos.

Véase como original la previsión del derecho notarial francés, que permite recibir ciertos actos, como las donaciones entre vivos, por dos notarios, aunque se aclara que la presencia del segundo notario se requiere en el momento de la lectura por el primer notario y de la firma por las partes (art. 9º, inc. 2º, ley 25, ventoso año XI - texto de la ley 12 de agosto de 1902). Esta especial modalidad de actuación notarial no alcanza a ser excepción a la característica unipersonal del sujeto E, habida cuenta del limitado papel del segundo notario.

En la realidad de nuestro medio notarial, actúan parejas de escribanos ligados por un contrato de sociedad de hecho o escrito (en la inmensa mayoría de hecho), que ofrecen sus servicios profesionales como "firma social", con la particularidad de que el requerimiento se entiende hecho a cualquiera de los dos notarios y que éstos están facultados para distribuirse entre ellos el trabajo de la manera que estimen conveniente. Aun en estos casos la intervención se singulariza siempre, pues uno de los escribanos es quien atiende el caso, constituye la forma notarial, documenta, registra en sus registros el documento, etc.

7. Hecho condicionante. Requerimiento

El nacimiento de la relación jurídica notarial no tiene como "hecho causal" el mero consentimiento de las partes, tal como antes se pensó, cuando la formación civilista de los notarios influía en las obras sobre teoría y práctica del documento notarial. Entonces se pensaba que el escribano y las partes del acto a documentar se vinculaban por el consentimiento, y que el contrato que a su vez celebraban, era un arrendamiento de servicios.

El análisis de los modernos notarialistas reveló que el escribano y los sujetos del acto o negocio no prestaban un verdadero consentimiento, puesto que el primero, titular de la función notarial, no es libre para aceptar o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rechazar la solicitud de los sujetos de la relación sustancial; por el contrario, si no tiene impedimento, debe admitir la proposición. Una negativa infundada haría responsable al escribano por incumplimiento de la obligación de autorizar la forma idónea para el acto o negocio.

En definitiva, el requerimiento, seguido de la admisión expresa o tácita del notario, por no existir impedimento que obste al ejercicio de la función notarial para el caso concreto, hace nacer la relación jurídica entre el escribano y las partes del acto o negocio jurídico. Consideremos entonces el requerimiento y la admisión.

A) El requerimiento es el acto en virtud del cual un sujeto solicita al escribano, como órgano de la función notarial, autorice la forma auténtica idónea para un acto o negocio jurídico determinado.

El art. 60 del decreto - ley 1421 de 31 de diciembre de 1878 consagra el principio que examinamos: "Es deber de los escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento".

". . . para que fuesen llamados . . ."; en el sentido de requeridos, necesarios, para el fin de "autorizar... los actos y contratos".

¿A quién corresponde el derecho concreto de requerir cuando el sujeto R es pluripersonal, o cuando los sujetos del acto o negocio jurídico son dos o más?

En nuestro ordenamiento, el Regl. Notarial contiene normas precisas que resuelven la dificultad. El art. 33 dispone que:

"Las partes son libres de hacer elección de escribano, salvo los casos en que las leyes o reglamentaciones disponen que el acto sea autorizado por uno determinado. En los actos jurídicos bilaterales, corresponde la elección a la parte a quien se constituye título de dominio o de acreedor, a quien se da seguridades reales o personales, a la que asume la calidad de arrendador de bienes corporales o de arrendatario de obra o va a resultar liberado de obligaciones en virtud del acto a autorizarse".

El art. 34, complementando aquella norma, dice:

"Si por la naturaleza del acto la elección no pudiera efectuarse aplicando las reglas contenidas en el artículo anterior, ella se efectuará por la mayoría de partes interesadas, siempre que representen la mayoría de intereses. Cuando las mayorías mencionadas no puedan lograrse, el escribano autorizante deberá ser elegido de conformidad por las partes interesadas, sin perjuicio de que los otorgantes se hagan asesorar por el escribano de su elección".

Resumiendo, el derecho a designar al escribano y formularle concretamente el requerimiento, corresponde a aquel a quien se titulan derechos o que se libera de obligaciones, en virtud del acto a autorizarse.

El requerimiento puede ser oral o escrito; generalmente reviste la primera modalidad. No obstante, en la práctica hemos visto que algunos escribanos prevenidos usan "órdenes de escrituración", en las que el requeriente da los principales datos del trabajo encomendado y firma el pedido de autorizar la escritura correspondiente. Esta orden importa un verdadero requerimiento escrito, y por lo tanto una prueba literal del mismo para el caso eventual de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ruptura de la relación notarial, por revocación unilateral del requeriente.

El requerimiento debe ser expreso, de manera que no deje dudas sobre el propósito de quién lo formula, y concreto, o sea, para un asunto determinado.

Si bien el requerimiento formalmente lo realiza quien tiene derecho a formularlo, según el ordenamiento jurídico o los usos y costumbres del país, debe entenderse hecho por todos los sujetos del acto o negocio jurídico a instrumentar, pues en conjunto constituyen uno de los términos de la relación jurídica notarial.

Formulado el requerimiento, ¿nace por ese solo hecho dicha relación jurídica, aun antes de que el escribano a quien se dirige exprese que no existe impedimento alguno para su ejecución?

8. Impedimentos

Nuestra ley orgánica dice que el escribano requerido debe autorizar el acto o contrato, a no ser que tenga legítimo impedimento.

Luego, el vínculo jurídico de el o los requerientes con el escribano no nace como consecuencia inmediata del requerimiento, sino que es necesario, además, que no existan impedimentos y esto sea reconocido por el notario, mediante la admisión de la solicitud.

No debe existir impedimento de actuación respecto del escribano llamado a intervenir. La ley uruguaya habla de "legítimo impedimento", pero no indica qué circunstancias tienen esa calidad jurídica. La doctrina se encarga de poner en claro este pasaje legal.

Se enseña que los impedimentos legítimos pueden ser legales, materiales, técnicos y deontológicos.

A) Son impedimentos legales la falta de competencia; la existencia de inhibiciones; la ilicitud del acto; la prohibición legal de actuar en determinadas circunstancias, etc. A veces, el impedimento surge cuando el proceso "de escrituración" ya ha comenzado, como ocurre frecuentemente con las justificaciones fiscales que las partes deben hacerle al escribano; vg.: el enajenante es deudor del impuesto al patrimonio y no puede disponer del inmueble objeto de la negociación.

La falta de competencia del notario para actuar, por razón de la materia o del territorio; la existencia de inhibiciones; la ilicitud del acto, constituyen, naturalmente, obstáculos insalvables para que el escribano admita el encargo.

Es claro, asimismo, que la existencia de alguno de estos impedimentos obstan al nacimiento de la relación notarial.

B) Son impedimentos materiales, de hecho, la enfermedad del requerido; la distancia a recorrer para el desempeño del encargo; etc.

C) Los impedimentos técnicos se refieren a planteamientos que el escribano no acepta por razones de técnica profesional, vg.: se polemiza en nuestro país sobre el alcance actual del art. 1675 del Código Civil que dice:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados ni separados de cuerpos". Algunos entienden que las excepciones legales se extienden a los cónyuges "separados de bienes" y que, por tanto, es válida la compraventa entre los mismos. Otros estiman, por el contrario, que estamos frente a una norma excepcional, que debe interpretarse estrictamente, y por lo tanto es nula la compraventa entre cónyuges separados de bienes. Si a quienes sostienen esta posición se les requiere para autorizar una escritura que consideran nula, aunque reconozcan que otros reputan válida, es obvio que por razones de "técnica" profesional pueden abstenerse de intervenir.

D) Los impedimentos deontológicos son aquellos que tienen su fundamento en un deber moral que el escribano no quiere quebrantar, vg.: el acreedor designa al escribano para autorizar una escritura de préstamo e hipoteca, pero le impide una parte del honorario, alegando que es su "forma de trabajar".

Los ejemplos se pueden multiplicar dentro de la praxis notarial. Bastan los citados para dar una idea de lo que deseamos expresar.

La existencia de un "legítimo impedimento" autoriza al escribano requerido a ejercer el derecho de abstención, es decir, de no intervenir, por las fundadas razones que invoca.

9. Admisión

Dijimos que el solo requerimiento no hace nacer la relación jurídica notarial, puesto que pueden existir impedimentos por parte del requerido. Esto supone que el escribano analizará la situación que se le plantea, con la única finalidad de verificar en principio la no existencia de impedimento alguno, que legitime su abstención e impida, por lo tanto, que surja la relación formal.

Si existieran tales impedimentos, el notario los comprobará cuidadosamente, los hará conocer al requeriente y le expresará que se abstiene de intervenir. El acto del escribano, manifiesto, expreso: es la abstención. Si es legítima, no habrá relación jurídica notarial. Si no lo es, habrá, pese a la negativa, relación jurídica, el requerido ha incumplido entonces un deber legal y merece la sanción que corresponda.

Si no existieran impedimentos, el escribano debe ADMITIR el requerimiento. Es difícil encontrar el vocablo justo, preciso, que exprese la idea de "aceptar sin consentir", por eso proponemos "admitir". Con esta palabra queremos significar algo distinto de "consentir" o "aceptar"; procuramos dar la idea de "acatamiento", en la cual la conducta del sujeto (escribano en nuestro caso) está determinada por su sometimiento al régimen legal, en virtud del requerimiento formal y la ausencia de impedimentos. Entendemos que en la "admisión" no hay ningún matiz de "voluntariedad", como libre determinación del sujeto, sino de sujeción a la voluntad de la ley, puesta en movimiento por un requerimiento legítimo.

Creo que la doctrina está conforme con esta característica de la situación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especial del notario requerido y que la mayoría de los especialistas admiten que es distinta, de quien "acepta" una "propuesta". Propuesta y aceptación son actos absolutamente libres de los sujetos protagonistas de una y otra. Requerimiento y admisión son actos determinados por el ordenamiento jurídico; voluntario el primero, pero no el segundo; en éste, el protagonista debe ejercer la función de que está investido, por el hecho del requerimiento y la ausencia de impedimentos legítimos.

Esto nos lleva a considerar, como lógica consecuencia, que el fundamento jurídico de la relación creada entre los sujetos R y E es en definitiva la ley. Si nos fuera dado hablar en términos civilistas, diríamos: la relación notarial es una obligación legal.

Estas características singulares de la relación jurídica notarial son propias de la naturaleza de la función notarial. Sabemos que se ha cuestionado su carácter público o privado y que esta divergencia doctrinaria es y será polémica. Esa es la realidad.

Sin embargo, debe reconocerse que una característica de las funciones públicas es ser "obligatorias", desde el punto de vista de su ejercicio, para quienes están investidos de tales funciones, cuando son requeridos, en legal forma.

El juez llamado a dirimir una contienda, debidamente planteada según las normas procesales aplicables, no "acepta" intervenir; "admite" la formalización del juicio por la demanda, que en el fondo es un requerimiento.

Está legalmente obligado a "decidir" el litigio, salvo también, por curiosa coincidencia, que existan "impedimentos". (Véanse arts. 783 y sigts. del Cód. de Proc. Civil.)

En la misma forma, el ejercicio de la función notarial es obligatorio para quien la inviste. Necesariamente tiene que ser así, puesto que una negativa a intervenir, infundada, puede colocar al requeriente en una delicada situación: no contar con la asistencia notarial debida, ya sea necesaria porque la ley la exige o porque las propias partes así lo sienten.

Este planteamiento puede no aparecer tan grave en un país de libre ejercicio profesional como el nuestro. Si un escribano no "quiere" intervenir en un caso dado, los interesados encontrarán muchos otros tan buenos y competentes que "sí, quieran" intervenir. Pero aun en nuestro medio es indispensable mantener la obligatoriedad de la función, pues hay intervenciones que los escribanos no gustan realizar y a las que procuran eludir, inventando impedimentos o "escondiéndose", vg.: protestas, intimaciones, etc., especialmente cuando son diligencias no retributivas. Esto no puede ser. Quien acepta ejercer la función notarial, debe hacerlo con dignidad y esto supone "servir", sin cálculos de ninguna naturaleza. Repetimos para que se nos entienda y no se olvide: SERVIR.

10. Objeto de la relación. Forma pública notarial

Carnelutti enseña que así como en toda relación los sujetos son necesariamente dos, contrapuestos uno al otro; el objeto, en sentido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estricto, es uno solo. La característica del sujeto es la dualidad y la del objeto, la unidad. En esa contraposición y por ella, tiene vida el conflicto de intereses.

Divide luego el maestro italiano los objetos o cosas de la relación jurídica, en corporales e incorporales. Y agrega una reflexión muy personal, pero extraordinariamente significativa, que transcribimos:

"¿Deberá llegarse, pues, a la conclusión de que no existen cosas incorporales y que la corporalidad es una característica esencial de la cosa? No permite llegar a tal conclusión la observación de la realidad, la cual nos presenta un conjunto de relaciones jurídicas cuyo objeto no posee tal carácter; tal son los llamados derechos o relaciones jurídicas sobre las obras de ingenio, cuyo ejemplo más antiguo y bien conocido es la obra de arte y más en especial la obra literaria. Cuando se pregunta cuál es el bien que constituye el objeto de esta relación jurídica es fácil excluir que sea la cosa corporal que constituye la envoltura exterior de la obra del entendimiento (por ejemplo: en la obra literaria, las hojas y la encuadernación que forman el «corpus» del libro); pero es más difícil pasar de esta respuesta negativa a una respuesta afirmativa y positiva, definiendo en qué consiste el «quid» que se halla contenido en esa envoltura. Tan grave es esa dificultad que los juristas, en su mayoría, han fracasado en resolverla, reconociendo que allí hay algo cuya naturaleza no conocen o incluso no investigan. Cuando han intentado conocerla, alguno se ha inclinado incluso a la grotesca solución de admitir una relación sin objeto" (Teoría..., págs. 166 y 170).

Cuando definimos la relación jurídica notarial o relación formal notarial, expresamos que el objeto es la forma jurídica notarial idónea, cuya constitución se nos encomienda (5). Este objeto es de naturaleza incorporal, como la obra literaria. La cosa corporal que constituye la envoltura exterior de la forma notarial, parodiando a Carnelutti, es el documento escrito protocolado.

Pero el verdadero objeto de nuestra relación es la forma jurídica, como determinación del acto o negocio; "forma" que es un complejo de elementos constitutivos, resultante de los actos de calificación, legalización, legitimación, configuración jurídica, documentación y autorización. El escribano requerido para dar forma y autenticidad a un acto o negocio jurídico cumple un conjunto de actos interdependientes que procuran moldear dicho contenido, creando su "forma". La calificación ubica la "materia" de la forma en una figura jurídica propia y la subordina al régimen jurídico que la disciplina. Esta "determinación formal" es quizás, la de más sencilla expresión, pero sin duda la más trascendente. Cuando decimos "compraventa" utilizamos un solo vocablo, pero esta forma está cargada de la más alta significación jurídica. Por la legalización hacemos el ajuste del acto o negocio a la ley, lo que supone no sólo subordinarlo al ordenamiento jurídico, sino, además, a lo que la jurisprudencia y las doctrinas más recibidas han establecido, como aplicación e interpretación de las normas legales. Cumplimos así otro acto de "determinación formal"; la legalidad intrínseca, obra de un autor cierto, es el alma de las estipulaciones que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forman la trama del acto o negocio. La legitimación asegura que sujetos y objeto de la relación material tienen la aptitud jurídica necesaria para serlo eficazmente, según los propósitos que se persiguen. O como enseñaba el maestro Sanahuja y Soler, comprobar que hay una situación jurídica preexistente, que funda eficazmente la nueva situación jurídica, que será consecuencia del acto o negocio, cuya estructura formal realiza el escribano. Más allá de la validez, está la eficacia y ambos valores son los objetivos concretos de la legalización y la legitimación. Ésta también implica determinación formal, en cuando agrega al producto una nueva virtud.

La configuración interna es el "tenor del negocio" de los viejos tratados y manuales de "arte de notaría". Es el conjunto de antecedentes y estipulaciones que "estructuran" el acto o negocio, que le dan ser, en cuanto lo transforman en algo existente, desprendido ya de los sujetos de la relación material. Es otra "determinación formal", que se ve con los ojos de la inteligencia y se disfruta con el entendimiento, cuando la respalda la técnica depurada de un buen artífice.

Ese texto, no son las meras palabras escritas sobre un papel; son las ideas y significados que esas palabras encierra; la armonía del conjunto; la precisión jurídica; la inequívocidad de sus valencias, etc. Es importante que se comprenda esto.

El documento - escrito, registrado o protocolado - es el "corpus" de la forma; su materia; la "cosificación" diría Carnelutti de la inmaterialidad de la forma. El sostén físico de ese contenido que es el acto o negocio.

La autorización, en ejercicio de la fe pública, es imponerle al conjunto una forma de verdad. Un carisma de certeza, con el que la comunidad jurídica puede contar. Última determinación formal. Acto final en la constitución de la forma pública notarial. Ésta es el producto o resultado visible de un complejo proceso constitutivo.

Forma y autenticidad es la esencia misma del derecho notarial y de la función, que permite lograr ese producto.

11. Situaciones correlativas de facultades y deberes

La relación jurídica notarial que analizamos, una vez trabada, liga al requeriente o requerientes con el escribano y, consecuentemente, surgen entre los sujetos vinculados situaciones correlativas de facultades y deberes.

Lo que es facultad o derecho para una de las partes de la relación es obligación o deber para la otra y viceversa. Es propio de la bilateralidad de la relación jurídica. No obstante, el derecho toma generalmente en cuenta la faz dominante, para caracterizar la situación. Así, en las relaciones reales, en las que el objeto o cosa tiene la mayor significación, la doctrina y los códigos nos hablan de "derechos reales". Predomina en estas relaciones la facultad o derecho y permanece en la sombra la obligación, que todos tenemos, de no poner obstáculo a los poderes jurídicos del titular del derecho real. En cambio, en las relaciones personales cuyo objeto es la prestación predomina la situación del sujeto que la debe, del obligado;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entonces hablamos de "obligaciones".

Esta manera de ser de las relaciones jurídicas determina, como consecuencia, que al sujeto del derecho lo llamemos sujeto activo y al sujeto de la obligación sujeto pasivo. Aunque en función de la bilateralidad antes referida suele acontecer, en la complejidad de las relaciones jurídicas que el mismo sujeto sea al mismo tiempo activo y pasivo. Ocurre así en las convenciones sinalagmáticas, en las que cada sujeto es al mismo tiempo acreedor y deudor.

A) El escribano requerido. Nuestra relación es sinalagmática. Ambas partes son al mismo tiempo acreedora y deudora o sujeto activo y pasivo. Predomina, no obstante, la obligación del notario de constituir la forma auténtica notarial idónea; pero como la relación es onerosa, el requeriente debe aportar los gastos y pagar la retribución que corresponda, según arancel o según convenio, conforme al sistema del país.

El escribano asume la obligación de dar vida a la forma notarial idónea que corresponda al acto o negocio jurídico, satisfaciendo, con la plenitud que el derecho positivo permita, el fin o fines perseguidos por las partes. En la "compraventa" de un inmueble, las partes desean transferir y adquirir respectivamente el dominio: el vendedor recibir la totalidad del precio convenido, en la forma y condiciones pactadas; el comprador hacerse "propietario" del bien y no ser inquietado de futuro en la tranquila y pacífica posesión del mismo, por derechos o reclamaciones de terceros, en la medida que esto pueda prevenirse e impedirse.

Cuando este complejo de propósitos se satisface, se ha cumplido plenamente la obligación. Puede darse "carta de pago" al notario. Cuando fallan total o parcialmente los resultados, se ha incumplido la obligación.

Por esto dice con sencillez, pero con gran precisión, nuestra ley orgánica, en el art. 75, que: "Los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las penas a que puedan haberse hecho acreedores".

La obligación del notario pertenece al grupo de las que la doctrina llama de "resultado". Se cumple la obligación en la medida que se alcanza el resultado querido y jurídicamente posible.

La obligación que analizamos, de carácter principal, está complementada por otras obligaciones secundarias que derivan o son consecuencia de aquélla. Puede también mirarse el conjunto como una obligación compleja, compuesta de varios deberes situados en distinto plano de importancia, pero ligados entre sí.

La constitución de la forma notarial idónea, cuando como ocurre de ordinario es matriz y queda incorporada al protocolo o registro de protocolizaciones, obliga al escribano a expedir copia o testimonio a los interesados, en función de título de derechos o su extinción. El decreto - ley 1421 expresa en el art. 62: "entregarán a las partes los testimonios que hayan de darse, dentro de tercero día de haber sido firmadas las escrituras..." (véase asimismo el art. 72 de la misma ley).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El R.N., complementando esta norma, agrega: "el cumplimiento de la obligación de expedir primera copia o testimonio no está supeditado ni al pedido de las partes, ni al hecho de que no le entreguen al escribano el sellado y timbres necesarios, ni al impago de los honorarios".

Es costumbre de siempre, inmemorial en lo que atañe a nuestro país, que el escribano se encargue de la inscripción del acto o negocio en los registros de publicidad, cuando está sujeto a ella. Tan arraigada está esa tradición, que sorprenderá a muchos no especializados en nuestra disciplina, la revelación de que no hay texto legal ni reglamentario que nos imponga la inscripción en otros registros, de los actos que autorizamos. Ni aun en aquellos casos en que la inscripción es constitutiva, como en la hipoteca y la prenda.

El citado art. 62 del decreto - ley 1421 termina diciendo: "...previéndoles en éstos (los testimonios o copias), muy especialmente, los términos dentro de los cuales deban inscribirse en otros registros las que necesiten inscripción".

El escribano debe entonces prevenir a sus clientes la inscripción de los actos que autoriza en los registros de publicidad, pero no está obligado a pedirla él. La publicidad necesaria es una obligación o carga del otorgante, o sea, de aquel a quien el escribano ha documentado derechos o su extinción.

El escribano debe devolver y entregar a las partes toda la documentación recibida y la creada con motivo de la intervención, a quienes corresponda.

Se ha entendido, no obstante, que el escribano tiene un derecho de retención sobre los documentos de que se trata, hasta tanto se le hayan pagado los reintegros y honorarios (art. 1854 del Cód Civil)

B) El requeriente. Expresamos, al comentar la obligación del notario requerido, que la relación que analizamos es bilateral y por tanto impone deberes jurídicos a ambas partes, siendo la del requeriente, aportar los gastos necesarios y abonar los honorarios devengados.

En general, toda intervención profesional origina gastos, más o menos importantes, según la naturaleza del acto o negocio jurídico. Es claro que el escribano no tiene obligación de adelantar dinero para atender los gastos que demanda la preparación y ejecución del acto. Son los requerientes, según las normas que rigen la situación, quienes deben aportar el dinero para el pago de los impuestos, certificados, inscripciones, etcétera. Si el escribano adelanta tales gastos, tiene naturalmente derecho a que se le reintegren de inmediato.

Toda intervención profesional devenga honorarios, o sea, una retribución justa por la prestación del servicio. Es un principio general del ordenamiento jurídico. En nuestro derecho los arts. 1833 y 1834 del Cód Civil son expresión de ese principio: "Toda especie de servicio o trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal. puede ser objeto de este contrato (arrendamiento de obras según el Código, en realidad de servicios) Aunque la retribución del servicio o trabajo tenga el nombre de honorarios o derechos..." (art. 1833).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de costumbre, para ser determinado judicialmente si hubiere duda" (art. 1834).

Las obligaciones recíprocas de las partes son conmutativas, o sea equivalentes.

El o los requerientes deben además entregar al escribano, para que éste pueda cumplir el encargo, los documentos necesarios, tales como títulos de los derechos objeto del acto o negocio, certificados y documentos habilitantes según las leyes, particularmente la documentación fiscal correspondiente, que es hoy día numerosa y heterogénea. Estas obligaciones accesorias del requeriente funcionan como verdaderas cargas para el deudor, en cuanto sus derechos a la forma notarial dependen del correcto cumplimiento de estos deberes.

C) Reciprocidad. Si bien hemos comentado la situación de los sujetos de la relación jurídica notarial, desde el punto de vista pasivo, como obligaciones, éstas, vistas desde el ángulo del acreedor, constituyen derechos.

García Maynez va más lejos aún cuando postula que también hay un derecho al cumplimiento de la propia obligación.

12. Naturaleza jurídica de la relación

En doctrina se discute la naturaleza jurídica de la relación que estudiamos. Las tesis corrientes pueden agruparse en contractualistas y de relación legal bilateral.

A) Tesis contractualistas. En este grupo se parte del supuesto de una relación de naturaleza contractual; por tanto, fundada en el consentimiento libre y espontáneo de las partes.

Por definición legal, el contrato es una convención por la cual una de las partes se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera... (art. 1247 del Cód. Civil). Las partes se obligan, es decir, por propia decisión asumen el papel de deudores de una prestación.

Dentro de esta posición contractualista hay diversidad de criterios, en cuanto a la especie de contrato que se realiza en la relación jurídica notarial. Riestra, por ejemplo, sostuvo, en los comentarios a su Proyecto de Código Notarial, que la relación es un verdadero mandato: "el escribano (decía) es un mandatario de las partes y, por lo tanto, está obligado a cumplir con toda diligencia el mandato, so pena de responder de los daños y perjuicios que cause a los mandantes" (comentario al art. 177).

Quagliata, siguiendo la doctrina más recibida, entendía que la relación jurídica notarial configuraba un arrendamiento de servicios: "...y puesto que el contrato celebrado entre el escribano y sus clientes no es otro que un arrendamiento de servicios, es claro que la negligencia o la culpa del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

arrendatario lo hará incurrir en responsabilidad" (Régimen del notariado nacional, N° 53, pág. 77).

Prunell se encuentra en la misma posición: "La mejor solución, a nuestro modo de ver, es aquella que ve en los contratos objeto de este estudio, todos los caracteres de un arrendamiento. Por una parte, se ofrecen servicios y por la otra se paga un precio determinado" (Responsabilidad civil del escribano, pág. 132).

Larraud es más preciso en la ubicación del problema, aunque en definitiva se inclina a una solución similar. En síntesis, estima que: a) es una relación jurídica de derecho privado; b) no es un cuasi contrato; c) no es un mandato; d) sólo con violencia encaja en el esquema doctrinal del contrato, pues si bien el particular elige libremente al escribano, éste carece de libertad para consentir o no consentir; está obligado a aceptar la rogatio cuando no tiene justa causa de excusación; e) teóricamente parte de las obligaciones del notario son estatutarias, derivan de la relación funcional u orgánica, de derecho administrativo, que lo liga al Estado. Sin embargo, en otra parte, notario y cliente celebran un contrato de prestación de servicios notariales; f) en derecho positivo nuestro código se inclina al arrendamiento de obras (Curso..., Nros. 344 y 345, págs. 657 y sigts.).

Gómez Acebo defiende también la tesis del contrato oneroso de prestación de servicios notariales, determinado ex lege. Entre notario y otorgantes requerientes, dice el autor, se produce una relación contractual regida de modo preciso por las leyes notariales. Le atribuye las siguientes características: a) el notario tiene obligación de contratar; b) el contrato está determinado en su contenido ex lege; c) el notario asume una obligación de resultado; d) a los otorgantes incumbe la remuneración de los servicios prestados, conforme al arancel establecido; e) el contenido normal del contrato esquematizado por la ley puede acentuarse en su rigor para el notario por pacto especial (La responsabilidad civil del notario, pág. 28).

Las soluciones contractualistas son inaceptables, desde que la relación jurídica que liga al escribano y al requeriente, tiene por fundamento la ley, y por presupuestos el requerimiento y su admisión. Pero éstos no constituyen consentimiento porque el escribano no tiene libertad para optar, a su arbitrio, entre la aceptación o el rechazo de la solicitud. Sin consentimiento libre no hay contrato, aún frente al avance cada día más profundo del dirigismo contractual. Si A y B, libremente, no asumen tal o cual obligación contractual, no hay contrato; su nacimiento por otra vía no es posible.

Por tanto, no vale la pena entrar a determinar en detalle las diferencias entre la relación jurídica notarial y el mandato, arrendamiento o prestación de servicios, si negamos a dicha relación carácter contractual.

B) Tesis de la relación legal bilateral. Cuando consideramos el requerimiento y su admisión, dijimos que el fundamento jurídico de la relación creada entre los sujetos (R) y (E), es en definitiva la ley. Si nos fuera dado hablar en términos civilistas, agregábamos, expresaríamos que la relación notarial es una obligación legal. Antes de definir esta relación decíamos que era una relación legal onerosa y de confianza (ver núms. 5 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

9).

Ordenando ahora estas precisiones y encuadrándolas en un esquema coherente, representativo de la tesis que consideramos, expresamos que la relación jurídica notarial presenta estos caracteres:

a) La relación tiene carácter formal, instrumental para la constitución y desarrollo de la relación sustancial.

b) La relación es legal, bilateral y conmutativa. El fundamento jurídico es la ley, no el consentimiento de las partes. El requerimiento, como hecho condicionante, seguido de la admisión, cuando no existen impedimentos legítimos, determina el nacimiento de dicha relación.

En virtud de este vínculo jurídico ambas partes quedan recíprocamente obligadas: el escribano, a constituir la forma jurídica notarial idónea para alcanzar el resultado querido jurídicamente posible; el o los requerientes a aportar o reintegrar los gastos que se originaren y a pagar los honorarios estipulados o determinados conforme al arancel vigente.

Las respectivas prestaciones deben ser equivalentes.

c) La regulación jurídica, consecuentemente, está totalmente determinada por la ley. Las partes no podrían modificar el alcance de las normas que rigen esta relación, por tratarse de normas de derecho público.

d) La relación jurídica notarial se produce en el ámbito del derecho notarial, que es de carácter público y formal.

Desechamos la tesis de una relación de derecho privado; no queremos seguir pagando tributo a las concepciones civilistas de los actos propios del derecho notarial.

La función notarial, los documentos notariales, los registros notariales, son institutos cuya pertenencia al derecho notarial todos reconocen. La relación jurídica que pone en movimiento la función notarial está formada por actos que necesariamente la integran y se producen, en consecuencia, en el ámbito del derecho notarial.

No importa que el interés de los requerientes sea ordinariamente un interés privado; ni que el escribano ejerza privadamente y en su provecho, que es un interés privado, la función de que está investido. Los intereses que se ventilan en el proceso civil son también privados. El problema hay que situarlo en otro plano. La forma jurídica y la autenticidad de los actos y negocios jurídicos, los documentos que la materializan, los registros que las conservan, la función que les da vida, pertenecen al interés general de la sociedad, de disponer de una función, documentos y registros, que aseguren la permanencia, demostración y eficacia de los actos y negocios jurídicos y la pacífica realización del derecho. La forma y provecho de la retribución debida es contingente y no enerva los aspectos esenciales destacados.

3ª PARTE RELACIÓN NOTARIAL FUNCIONAL ESCRIBANO - ESTADO

13. Imagen de la relación notarial funcional

Decíamos al comienzo del tema que el escribano, se le considere como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aspirante o investido, está relacionado con el Estado (a través de órganos estatales o paraestatales) con motivo del ejercicio de la función notarial, siendo los aspectos más relevantes la adscripción o nombramiento, contralor y disciplina.

El escribano es en los países latinos, un profesional de derecho, que vive de su actividad profesional, como ocurre con otros universitarios: abogado, médico, arquitecto, ingeniero, etc.

Pero existe, en relación con el notario, una sustancial diferencia: éste no posee como tal, el ejercicio de la función notarial, debe pedirla al Estado, conforme a lo que las leyes y reglamentos determinen. Investido el escribano de la función que le compete, su ejercicio es contralorado más o menos intensamente, en forma directa o indirecta por el Estado, a través de sus propios órganos o de órganos paraestatales, como los colegios notariales, en los países donde funcionan como instituciones egales. El Estado asume poderes de policía jurídica para verificar que el escribano, órgano de la función notarial, actúa con sujeción al principio de legalidad. Correlativamente, el Estado sanciona las irregularidades funcionales del notario, a fin de mantener la debida disciplina interior y el respeto por el orden jurídico.

Existe entonces entre el escribano y el Estado una relación jurídica compleja, relativa al ejercicio de la función notarial, en sus aspectos primordiales de investidura, contralor y disciplina.

Los autores no gustan internarse en el análisis de esta relación funcional, por el temor de estimular una mayor injerencia del Estado. No participamos de esa prevención; por el contrario, estimamos que se defiende mejor y más eficazmente aquello que mejor se conoce.

14. Definición

La relación notarial funcional vincula al escribano y al Estado, es de carácter legal, administrativa, no jerárquica y tiene por objeto de ejercicio de la función notarial (atribución, contralor y disciplina).

La relación que nos ocupa es de carácter puramente legal; la ley determina su nacimiento y desarrollo. Pertenece al ámbito administrativo del Estado. En su virtud, el Estado asegura la prestación de un importante servicio a la comunidad, cuidadosamente regulado por leyes y reglamentos desde tiempo inmemorial.

Hay autores que hablan de un derecho notarial orgánico, e insertan en su ámbito la relación que nos ocupa.

Creemos que dicha relación cae fuera del campo propio del derecho notarial; que circunscribimos a las formas auténticas de los actos y negocios jurídicos y a la función que les da vida.

El ejercicio de la función jurisdiccional crea una relación entre el juez y el Estado, cuyos aspectos fundamentales son el nombramiento y la forma como el primero cumple su cometido, sancionando el segundo las irregularidades o infracciones comprobadas. Esta relación es también legal y administrativa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El escribano, en el ejercicio de la función notarial, no está sujeto a jerarquía. El contralor y la disciplina importan un cierto grado de subordinación al Estado, pero estrictamente legal y reglamentario: El escribano conserva su total independencia técnico - jurídica. Actúa de la manera que le indica su criterio, cierto o equivocado y cuanto decide y ejecuta no puede ser modificado o alterado, en el plano de esta relación funcional.

La relación que nos ocupa tiene por objeto el ejercicio de la función notarial, en cuanto a su atribución, contralor y disciplina.

15. Sujetos de la relación

Los sujetos de esta relación son: el escribano, como aspirante a la investidura o ya investido, y el Estado, por intermedio del órgano competente, según el estatuto de cada país: Ministerio de Justicia, Suprema Corte de Justicia (entre nosotros), etc. En algunos países interviene más de un órgano, según el aspecto de la relación de que se trate.

16. Hecho condicionante

En la investidura, es poseer la situación jurídica, el "status", que da derecho a pedir el "nombramiento" o la simple "admisión", según los sistemas.

Así, en algunos países el concurso, el ascenso, la renuncia del anterior titular seguida de la proposición del sucesor, etc., determinan que el Estado deba emitir un nombramiento de notario público, a favor del peticionante; previas la prestación de fianza y juramento, se le pone en posesión del cargo, que importa investidura definitiva del candidato.

En otros países, como el nuestro, la investidura es un derecho de todos los que poseen título universitario de escribano público y no tienen incapacidades o incompatibilidades legales.

Durante la actuación del escribano, el hecho condicionante del contralor y poder disciplinario es el propio ejercicio de la función notarial.

En la medida en que se ejerce dicha función entran en acción los mecanismos previstos por la ley, para controlar ese ejercicio y sancionar las infracciones que se verificaren.

17. Objeto de la relación

En la investidura, el objeto de la relación es adquirir el ejercicio de la función notarial, sin duda un codiciado bien cuya atribución compete al Estado, conforme a las leyes y reglamentos.

Durante el ejercicio de la función notarial, el objeto de la relación es el cumplimiento estricto del derecho aplicable, en el plano de la relación notarial formal y de la relación sustancial. El perfecto acatamiento de los sujetos de ambas relaciones al orden jurídico que las rige es un bien cuya adquisición interesa de manera especial al Estado.

Hay un interés superior dominante del Estado en la realización integral del derecho positivo. Cuando ese derecho se concreta en formas públicas o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

auténticas, como lo son las notariales, se comprende que el Estado tenga especial interés en que el derecho esté correctamente aplicado.

Lo mismo ocurre en el ámbito del derecho procesal; aquí, el contralor se realiza por los órganos jurisdiccionales superiores, y por la vía de los recursos respectivos.

18. Situaciones correlativas de facultades y deberes

El Estado tiene el deber de nombrar escribano en los países de notariado de número, a quien reúna las condiciones legales y reglamentarias requeridas, en cuanto a aptitud técnica, ciudadanía, edad, no existencia de incapacidades o incompatibilidades, selección, práctica profesional, etc.

En los países de libre adscripción y ejercicio el Estado tiene el deber, en iguales condiciones, de investir al postulante de la función notarial. Aquí no hay obviamente selección, puesto que quien ha acreditado aptitud técnica con su título universitario no debe rendir otras pruebas.

Esta obligación se cumple entonces nombrando al candidato o invistiéndolo simplemente, en la forma expresada.

Durante el ejercicio de la función notarial el escribano debe someterse al contralor jurídico del órgano estatal competente y a las sanciones que correspondan en caso de violación de las normas de derecho aplicables en cada intervención.

El Regl. Notarial se ocupa extensamente de este deber en los arts. 179 y siguientes. El principio de contralor de legalidad resulta de los arts. 179 y 186. El primero de ellos dispone que los escribanos que lleven registros notariales, sean particulares o pertenecientes a oficina pública autorizada, están obligados a presentarlos para su revisión o visita a la hoy Inspección General de Registros Notariales. El art. 186 aclara que la revisión abarca la totalidad de los aspectos de los instrumentos sometidos a la misma.

El Informe de la Comisión Redactora del Reglamento Notarial desarrolla exhaustivamente el fundamento legal de nuestro sistema de contralor: "Se ha disputado en nuestra doctrina y jurisprudencia si la visita de los registros notariales comprende sólo la forma de los documentos o puede también abarcar el fondo de los mismos. Mientras la doctrina se ha inclinado por la tesis restrictiva, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha mantenido y aplicado el principio del contralor de los documentos en su expresión formal y en su contenido. El reglamento interpreta la potestad de contralor, en el sentido amplio que indicamos precedentemente, comprendiendo, dice: la totalidad de los aspectos de los instrumentos. Un análisis somero de las disposiciones legales relativas al punto ratifica la interpretación aludida. La ley 575 que introdujo por primera vez esta potestad, contempla la visita de todos los registros existentes entonces en poder de los escribanos y la de los que se formaren en el futuro. Respecto de los primeros, expresa que el ministro visitante dará cuenta al Tribunal Superior, con mención especial de cualquier falta o abuso que en tales protocolos se notasen, para proceder según correspondiere (art. 17); con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relación a los registros que se formaren decía que el fin de cada año serían sometidos íntegros a una visita escrupulosa en la que se recorriera cada protocolo foja por foja y cuaderno por cuaderno, dándose cuenta al Tribunal con especificación de los abusos o faltas que se hubiesen notado (arts. 7ª y 8ª). La sola lectura del art. 65 del decreto - ley 1421, que establece un conjunto de obligaciones y prohibiciones para el escribano, revela que su estricto cumplimiento no resiste una división entre los aspectos documentales de forma y de fondo, pues cualquier omisión debe ser señalada por el funcionario inspector y sancionada como corresponde. Finalmente, por el juramento que presta el escribano al recibir la investidura, se obliga ante la Suprema Corte de Justicia, a respetar y cumplir la Constitución y las leyes (art. 16). Esto constituye algo más que una fórmula, es el eje mismo del ejercicio profesional. Por tanto, el órgano encargado del contralor de la actividad notarial, puede y debe señalar cualquier violación de las leyes y reglamentos, sancionando al culpable, sin perjuicio de las demás penalidades a que pueda haberse hecho acreedor, ya que las sanciones aplicables no son excluyentes" (Nº 17, págs. 16 y 17).

4ª PARTE DERECHO AL VALOR DE LA FORMA PÚBLICA NOTARIAL RELACIÓN ENTRE LOS SUJETOS DEL ACTO O NEGOCIO Y LA COMUNIDAD JURÍDICA

19. Imagen de la relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica

Pertenece a Sanahuja y Soler el planteamiento sobre esta relación jurídica, en los términos que transcribimos en el número 1.

No puede negarse que la proposición del eminente jurista español es original y sorprende al analista.

Se comienza afirmando la existencia de una relación jurídica, cuyo diseño no está aún bien definido. Sin afirmar ni negar, por el momento, esta relación, aislemos sus elementos, tomando como base el recordado pasaje de Sanahuja y Soler.

A) Sujetos de la relación son el notario autorizante (sujeto agente) y la comunidad jurídica (sujeto paciente). El primero necesariamente unipersonal y el segundo pluripersonal indeterminado (todos los ciudadanos están obligados a reconocer el valor del documento notarial).

B) El hecho condicionante es la existencia del "instrumento público" (en la terminología española), para nosotros, del documento público notarial: "si el sujeto a quien compete la fe pública notarial autoriza conforme a las leyes un instrumento público, éste tendrá la fuerza auténtica, constitutiva, declarativa y ejecutiva, prevenida en la ley".

C) El objeto de esta relación, en el esquema que analizamos, es "la fuerza auténtica, constitutiva, declarativa y ejecutiva". Este es el bien que adquiere el escribano o notario, una vez autorizado el "instrumento público".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

D) Situaciones correlativas de derecho y obligaciones. El escribano como sujeto agente tiene derecho a la "fuerza legalmente prevenida" del "instrumento público" (al o a los valores jurídicos que el derecho le atribuye, si interpretamos bien al autor español). La comunidad jurídica (suponemos por tanto que todos sus integrantes indeterminados), como sujeto paciente, está obligada a reconocer dicha fuerza legal o valor jurídico. Las reflexiones que siguen quieren ser una valoración crítica de este interesante planteamiento.

20. Sujetos de la relación

Damos por aceptado, hipotéticamente, que existe realmente la relación jurídica que analizamos, aunque aún no nos pronunciamos sobre la hipótesis.

El sujeto activo no es el notario. Autorizado el documento notarial, éste pertenece a los sujetos del acto o negocio (o de la relación sustancial) y serían ellos los eventuales titulares de los valores jurídicos que a dicho documento asigna el derecho.

En el proceso, en el trámite administrativo, donde el documento se aporta usando los valores que le son propios, el protagonista es el sujeto de la relación sustancial y no el escribano. (Quien aprovecha de la "fuerza legal" propia del instrumento, es la parte, no el autorizante. La eficacia de la forma pública notarial, por otra parte, es inseparable de la relación jurídica sustancial.

Si los valores o fuerza legal que consideramos, fueren desconocidos por el juez o por el funcionario administrativo ante quien se presentan e invoca el documento, nada podría hacer el escribano autorizante. Carecería absolutamente de legitimación para reclamar contra los funcionarios nombrados.

Esta corrección del esquema de Sanahuja y Soler no decide aún la existencia de la relación que examinamos. Ha sido un error de una parte de la doctrina creer que el derecho notarial tiene como único protagonista al escribano y que la de éste es la única conducta regulada por sus normas. Son también "sujetos" del derecho notarial los requerientes, los testigos, los intérpretes, etc.

Nada tenemos en cambio que decir en relación con el sujeto paciente, o sea la comunidad jurídica. El instrumento público, dice el art. 1575 del Código Civil, hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; en ese sentido la fuerza probatoria del instrumento público será la misma PARA TODOS.

21. Hecho condicionante

Estamos de acuerdo en cuanto al hecho condicionante. Es la existencia del documento público notarial, otorgado en su caso y autorizado conforme a las leyes.

22. Objeto de la relación

Tampoco tenemos nada que observar al objeto de la relación, en el supuesto de que ésta exista. Está constituido por los valores jurídicos propios del documento público notarial: la autenticidad, en primer lugar; el carácter constitutivo o declarativo de la relación sustancial, como afirma Sanahuja y Soler; la fuerza ejecutiva, en cambio, parece más bien ligada a la determinación precisa del derecho de crédito. Insistimos, no obstante, en que los valores que comentamos son inseparables de la relación sustancial contenida en el documento notarial.

23. Situaciones correlativas de derechos y obligaciones

Es en este plano, de los derechos y obligaciones, donde tenemos las mayores dudas.

¿Hay un derecho subjetivo a los valores del documento público notarial? ¿Hay correlativamente un deber jurídico de reconocer esos valores? ¿Cuál es la prestación concreta a la que está comprometido el obligado? ¿Cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?

Dabin nos ha regalado una valiosísima investigación sobre el "derecho subjetivo", en la cual fija con claridad y precisión sus caracteres distintivos: pertenencia, "maîtrise", alteridad, inviolabilidad, exigibilidad y protección jurídica (Le droit subjectif, Jean Dabin, París, 1952, págs. 80 y sigts.).

A) El derecho subjetivo es una pertenencia del sujeto. Todo derecho subjetivo, dice Dabin, supone un bien o valor ligado al sujeto - persona por un vínculo de pertenencia, consagrado por el derecho objetivo, de suerte que esta persona pueda decir que el bien o valor es suyo. Se ve claro entonces, teniendo presente esta reflexión, que si existe la relación jurídica que consideramos, el derecho subjetivo no puede ser nunca una pertenencia del escribano autorizante y sí de los sujetos de la relación sustancial.

B) La "maîtrise" es una expresión muy especial que no tiene, nos parece, una precisa traducción. Dice Dabin que si bien la idea de pertenencia nos introduce en el centro del derecho subjetivo, sólo revela uno de sus aspectos característicos; el otro aspecto es aquel que Salcilles se esforzó en destacar, el de "poder", o más precisamente, de "maîtrise".

Este "poder", que no debe confundirse con el "ejercicio", sujeta la cosa o derecho al titular del derecho subjetivo, dándole la disposición absoluta o relativa del objeto, según el derecho positivo.

Vuelve a aparecer, desde este ángulo del examen, la inseparabilidad de la "fuerza probante" del documento, del acto o negocio que contiene y al cual está indisolublemente ligada.

C) El derecho subjetivo supone "alteridad", otro sujeto, frente a quien se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene aquel derecho.

La pertenencia, "maîtrise", constitutiva del derecho, representa el punto de vista interno, "frente al sujeto - titular"; considerado el fenómeno en su aspecto externo, pone de manifiesto que existe "frente a otro".

Prerrogativa de alguien, a saber del sujeto, el derecho subjetivo implica al mismo tiempo "alteridad", es decir, uno o más sujetos distintos y, por lo tanto, inter - subjetividad.

Es así, dice Dabin, en razón de la estructura misma, en el derecho obligacional, o sea aquel en que el derecho de uno tiene por objeto la obligación de otro, o por definición, el acreedor tiene frente a sí al deudor, obligado a la prestación debida y en este sentido indirectamente suya, por el intermediario de la obligación (caso de pertenencia indirecta).

En la relación jurídica, cuya posible realidad investigamos, se daría la alteridad; el sujeto deudor sería la comunidad jurídica, cuyos integrantes no pueden desconocer la "fuerza probante" del documento notarial.

D) La inviolabilidad, ilustra Dabin, exige el respeto de todos al derecho subjetivo concreto, tanto en el caso de la pertenencia directa (derechos absolutos) como indirecta (obligaciones). Importa un deber general, para todos, de no violar o afectar, voluntaria o involuntariamente, el derecho del titular. Es un deber puro de abstención.

E) El titular tiene facultad, de la cual hará o no uso en virtud del poder de disposición que le es propio, de requerir respeto, no violación de su derecho: esta posibilidad concreta de obrar es lo que Dabin llama "exigibilidad" del derecho subjetivo.

F) Finalmente, como enseñó Ihering, otro elemento del derecho subjetivo es la protección jurídica. Sin ella no se concibe aquel derecho concreto.

La misión de la regla positiva, enseña Dabin, no se limita a la determinación de los derechos de cada uno, en el derecho privado y en el derecho público; es además esencial garantizar a cada uno lo que se le ha reconocido o dado como su derecho. La determinación de las pertenencias legítimas de cada uno carece de significado sin la garantía de la protección jurídica.

En el plano del derecho positivo se puede afirmar con Ihering que el derecho subjetivo completo es el derecho asegurado por la sociedad.

En tanto esta seguridad no es prevista y organizada, jurídicamente no hay derecho, aunque éste existiera en el plano moral.

La protección jurídica debe ser "directa", es decir, que el derecho subjetivo debe estar acompañado de acciones protectoras pertenecientes al sujeto titular. Dicha protección se traduce jurídicamente en la "contrainte", que tiene por fin restablecer el equilibrio destruido por la violación del derecho subjetivo.

Llegamos así al punto en que debemos confesar que la pretendida relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica, teniendo por objeto el valor o fuerza probante de la forma pública notarial, no puede reconocerse como una realidad jurídica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No hay un derecho subjetivo a ese valor; ni una obligación propia de reconocerlo porque no hay protección jurídica; no hay acción contra la violación o desconocimiento de tal derecho; no hay "contrainte".

Puede asombrar lo que afirmamos, puesto que parece desconocer las normas que determinan objetivamente esos valores o esa fuerza probante. Claro está que no negamos la existencia de tales normas, ni desconocemos su alcance.

Lo que decimos es que si el juez en el proceso o el administrador en la gestión del administrativo, pese a las normas que establecen el valor del instrumento público, lo ignoran o lo desconocen expresamente, negándolo en los actos de sus respectivas competencias, no conculcan un derecho subjetivo a dicho o dicho "valor jurídico", ni incumplen una obligación, que merezca sanción, por la vía de la "contrainte". Simplemente, se equivocan, supongamos de buena fe, al aplicar la ley. Contra este "incumplimiento" no hay remedio.

Los ordenamientos jurídicos en general no han organizado una protección jurídica al "valor" del documento. Hay, por ejemplo, protección pena; para el documento como objeto corporal y aun para el contenido, como representativo de un acto; pero no hay protección para el "valor" o fuerza legal" del documento.

Esta deficiencia o carencia es decisiva para juzgar y negar la existencia de la relación jurídica examinada.

Dejamos expuesta así nuestra opinión, sobre tan interesante problema.

5ª PARTE "EN RESUMEN"

En pocas palabras, resumimos lo expuesto en las precedentes reflexiones.

24. Relación notarial formal

La relación notarial formal o relación jurídica notarial, como la llama la doctrina, es una relación legal, onerosa y de confianza, que vincula al escribano y a los requerientes, en virtud de la rogatio, cuyo objeto es la constitución de una forma jurídica notarial idónea, para alcanzar fines determinados.

Son sujetos el escribano y el o los requerientes. El hecho condicionante es el "requerimiento", seguido de la "admisión" expresa o tácita del notario, cuando no existe "impedimento" que obste al ejercicio de la función notarial. El objeto de nuestra relación es la forma jurídica, como determinación del acto o negocio, constituida por un complejo de elementos constitutivos, resultante de los actos de calificación, legalización, legitimación, configuración jurídica, documentación y autorización. En este sentido, se la considera una relación formal o instrumental.

La relación es bilateral y conmutativa. El escribano asume la obligación de dar vida a la forma notarial idónea, que corresponda al acto o negocio jurídico, satisfaciendo con la plenitud que el derecho positivo permita, el fin o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

finés perseguidos por las partes. El requeriente debe, por su parte, aportar o reintegrar los gastos necesarios y pagar los honorarios devengados.

Las obligaciones recíprocas son conmutativas, en el sentido de su equivalencia.

La relación jurídica notarial está totalmente determinada por la ley y pertenece el campo del derecho notarial.

25 Relación notarial funcional

La relación notarial funcional vincula al escribano y al Estado, es de carácter legal - administrativa, no jerárquica y tiene por objeto el ejercicio de la función notarial (atribución, contralor y disciplina).

Los sujetos de esta relación son el escribano, como aspirante a la investidura o ya investido, y el Estado, por intermedio del órgano competente.

Tratándose de la investidura, el hecho condicionante es la posesión por parte del aspirante de la situación jurídica que da derecho a pedir el nombramiento o la simple admisión, según los sistemas.

Durante la actuación del escribano, el hecho condicionante del contralor y disciplina es el propio ejercicio de la función notarial. En la medida en que se ejerce dicha función, entran en acción los mecanismos previstos por la ley para controlar ese ejercicio y sancionar las infracciones que se comprobaren.

En la investidura el objeto de la relación es adquirir el ejercicio de la función notarial. Durante el ejercicio de ésta, el objeto de la relación es el cumplimiento estricto del derecho aplicable en el plano de la relación notarial formal y de la relación sustancial.

El perfecto acatamiento, de los sujetos de ambas relaciones, al orden jurídico que los rige, es un bien cuya adquisición interesa de manera especial al Estado.

El Estado tiene el deber de nombrar o adscribir al escribano, cuando éste reúne las condiciones legales y reglamentarias requeridas: aptitud técnica, ciudadanía, edad, no existencia de incapacidades o incompatibilidades, selección (según algunos sistemas), práctica profesional, etc.

Durante el ejercicio de la función notarial el escribano debe someterse al contralor de legalidad del órgano estatal competente y a las sanciones que correspondan, en caso de violación de las normas de derecho aplicables en cada intervención.

Esta relación cae en el ámbito del derecho administrativo, aunque el sujeto es el escribano actuando como órgano de la función notarial.

26. Relación entre los sujetos del acto o negocio y la comunidad jurídica. Derecho al valor de la forma pública notarial

Si el sujeto a quien compete la fe pública, según Sanahuja y Soler, autoriza conforme a las leyes un instrumento público (documento notarial) éste tendrá la fuerza auténtica, constitutiva o declarativa y ejecutiva prevenida en la ley.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se traduce en una situación jurídica real, en la cual es sujeto agente el notario y sujeto paciente la comunidad jurídica en general, dado que el valor de autenticidad se produce con respecto a todos.

Los sujetos de esta presunta relación jurídica serían el notario autorizante y la comunidad jurídica. Lo primero es inexacto. La eficacia de la forma pública notarial es inseparable de la relación sustancial y ambas son pertenencia exclusiva de los requerientes. Nada tiene que ver el escribano con el valor de los documentos que autoriza, desde el punto de vista de su disponibilidad.

El hecho condicionante es la existencia del documento público notarial, otorgado y autorizado conforme a las leyes.

El objeto de la relación, en el supuesto de que ésta exista, está constituido por los valores jurídicos propios del documento público notarial.

No existe ni un derecho subjetivo a los valores referidos, ni una obligación correlativa, propiamente dicha, a su reconocimiento. No hay, por tanto, una relación jurídica sobre el valor de la forma pública notarial.

Todo derecho subjetivo, según las enseñanzas de Dabin, supone pertenencia, "maîtrise", alteridad, inviolabilidad, exigibilidad y protección jurídica.

Falta aquí la protección jurídica, pues no hay acción contra la violación o desconocimiento de los valores del documento notarial. Si el juez o la administración, pese a las normas que establecen el valor del documento notarial, lo desconocen o ignoran, en el ejercicio de sus competencias no conculcan un derecho subjetivo a dicho valor, ni incumplen una obligación que merezca sanción por la vía de la "contrainte". Simplemente no aplican las normas.

Contra estas formas de "incumplimiento" no hay remedios directos.