

LAS ACTAS NOTARIALES

Dra. Gloria Lecaro de Crespo

CONCEPTO Y POLÍTICAS DE CUMPLIMIENTO.

En nuestro país el Acta Notarial puede ser definida por exclusión como todo instrumento público notarial, emanado de competente notario y que no tiene carácter de escritura pública.

El Acta Notarial expresamente aparece definida en el diccionario de la Academia de la Lengua Española como "relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza".

Son documentos redactados y autorizados por el Notario en que se consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan de propio y personal conocimiento y que, por su propia naturaleza no constituyen un contrato o negocio jurídico.

Dentro de este concepto y más aplicable a otros países es posible incluir las denominadas "Actas protocolares" y las "extraprotocolares", según se encuentren o no incorporadas al Protocolo o Registro Público del Notario otorgante y que, en esencia, ambos tienen el mismo valor probatorio.

En nuestro país de acuerdo con *el* artículo 22 de la legislación notarial, se entiende por protocolo al que se forma anualmente con escrituras y documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado, los notarios deben conservarlos en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad. Los protocolos se forman anualmente y se dividen en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, considerando los siguientes requisitos:

- u Las fojas deberán estar numeradas a máquina o manualmente,
- u Su archivo deberá guardar un orden cronológico de modo que una escritura de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior, a

continuación de una escritura seguirá la que le corresponde de acuerdo con el respectivo orden numérico que debe tener cada escritura.

- Todo el texto de una escritura deberá tener el mismo tipo de letra, las fojas de una escritura serán rubricadas por el notario en el anverso y el reverso; y las minutas presentadas para ser elevadas a escritura pública deberán ser parte de un archivo especial que el notario las conservará hasta por dos años.

De lo anteriormente señalado cabe indicar que para la ley notarial las actas no forman parte del protocolo es más, deben incorporarse al libro de diligencia, (extraprotocolares) salvo lógicamente que sean protocolizadas mediante una solicitud. Su naturaleza e importancia es tan grande que debe reformarse este artículo para que por mandato legal si formen parte del protocolo del notario.

EL ACTA NOTORIAL EN EL ECUADOR

Contrariamente a lo que acontece en el derecho comparado, no existe en Ecuador un régimen jurídico de las "Actas Notariales", situación que origina en la práctica una gran cantidad de problemas que es preciso subsanar.

Nuestro ordenamiento jurídico no se preocupa de una manera genérica de normar la materia relativa a las actas notariales, y es así como no se consagran disposiciones que establezcan las formalidades y las solemnidades que deben cumplirse en su otorgamiento, quedando además su valor probatorio sujeto a las reglas generales. La Ley no contempla un tratamiento sistemático de esta materia, por lo que gran parte de ella queda sujeta a los usos y costumbres de los Notarios especialmente en lo que se refiere al cumplimiento de las solemnidades que se aplican de manera uniforme y con el mejor saber y entender.

Por el contrario, en *el* derecho comparado hay legislaciones que abundan en el tema y que le dedican profusas normas, cual es el caso -a manera de ejemplo- del Reglamento Notarial Español de 2 de Junio de 1944, que en sus artículos 197 a 220 contempla diversos tipos de Actas, o el caso de la Ley del Notariado, para el Distrito Federal de México, que en la sección tercera del Capítulo Cuarto (arts. 82 y sgtes.), se refiere al tema.

No existe en la legislación ecuatoriana, como si ocurre en otros países, un tratamiento sistemático de la normativa jurídica relativa a las actas que puede dar origen a la constatación o configuración de hechos o circunstancias por parte del Notario, lo que se traduce, en la práctica, en que la actuación notarial queda sujeta a los usos y costumbres imperantes, basados generalmente en la aplicación por extensión de principios generales, relativos a otros actos del ministro de fe y que normalmente se refieren a la interpretación por adecuación de las normas que sobre escrituras públicas contempla la ley notarial. Esta forma inorgánica, asistemática, de actuar es lamentable toda vez que impide claridad y homogeneidad en una actividad tan importante como la relativa a la realización de Actas y que, de suyo, ocupa parte importante del quehacer de todo Notario y que implica, a su vez, la necesidad de contar con normas claras que rijan la materia.

La problemática gira, pues, en torno a la necesidad de contar con una adecuada legislación que contemple las actuaciones notariales en materia de actas en general, consideradas éstas en su conjunto y como un todo coherente y sistemático que permita, por una parte, el conocimiento estructural y formal de su existencia en sí mismas y, por otra, parte las cuestiones técnicas a que dan lugar. Su valor probatorio podrá o no contemplarse en la ley de fondo -ante cuya falta será posible recurrir a las reglas generales sobre la prueba- pero lo que no puede ser más soslayado es la falta de legislación formal a su respecto.

Por tanto propongo los siguientes principios generales:

- 1.- El notario debe siempre intervenir a petición de parte con interés legítimo.
- 2.- Los testigos solamente serán necesarios en los casos expresamente previstos.
- 3.- Las certificaciones de capacidad de los otorgantes son menos estrictas que en los casos de escrituras y con frecuencia innecesaria.
- 4.- Las actas no exigen ni la unidad de actos ni de contexto.
- 5.- El notario debe darse a conocer, sin lugar a dudas, su carácter de fedatario y, en caso necesario, exhibir su credencial de identificación e incluso su tarjeta de presentación con su nombre completo, dirección y teléfonos de la notaria.
- 6.- Debe hacer conocer al notificado el motivo expreso de la visita.
- 7.- Debe hacerse conocer así mismo a la persona preguntada:

- a) Que tiene derecho a permanecer callada, a consultar un abogado, o a manifestar, lo que a su derecho convenga.
- b) Que tiene derecho a firmar el "**recibido**" en la copia que se le está entregando o de rehusarse a hacerlo, si así lo creyere conveniente.
- c) Que tiene derecho a disponer de un segundo testimonio del documento que al efecto se levante.

Otras legislaciones -en el campo del derecho comparado- dedican párrafos completos a su estudio, determinación y clasificación. Así, es el caso de España, México, Cuba, Argentina, etc. en los que se puede encontrar gran riqueza ordenativa de estas materias; a veces, en la legislación de estos países, se establece la existencia de párrafos completos dedicados al tratamiento del levantamiento notarial de Actas. Como no constituye materia de este trabajo profundizar en los citados casos y varios otros existentes en el derecho comparado, me limitaré por el momento a enfatizar su importancia teórico normativa y su índole eminentemente práctica, ya que generalmente se comienza por definir qué debemos entender por Acta Notarial, para luego poner énfasis en sus características, los diferentes tipos contemplados por cada ordenamiento y el establecimiento, en detalle, de los requisitos sustantivos y formales que la confección de cada una de ellas requiere, todo lo cual otorga certeza y seguridad al sistema, así como tranquilidad al Notario y a los interesados que recurren a este especial modo probatorio, generalmente preventivo.

CONCEPTO MÍO.- Las actas notariales son los documentos originales, que deben, por seguridad incorporarse al pmtocolo en que el notario, a instancia de parte, consigna los hechos y circunstancias que presencia o le constan y que, por su naturaleza, no sean materia de contratos.

El Acta Notarial, al igual que la Escritura Pública, es documento, instrumento especializado que debe ser realizado por notario para que adquiera relevancia pública; es un instrumento par, a la vez que igualitario en importancia, a la escritura pública y, sin embargo, recibe por parte del legislador no sólo un menosprecio, sino que se la ignora y muchas veces se hace silencio respecto de ella -mutatis mutandi- mientras la Escritura es objeto de grandes atenciones y rigores normativos, las primeras, en cambio, no son tratadas ni siquiera en los Códigos formales, leyes especiales e incluso por la Ley Notarial que debiera regular numerosos aspectos técnicos de ambas.

Ante ello y la realidad de una necesidad social y jurídica que las requiere, que no puede prescindir de ellas, la praxis ha debido abrir un camino que permita su existencia y que, de una manera u otra regule y limite el campo de la actividad notarial en esta materia. No es, por lo demás, el único caso en que los usos notariales cobran plena aplicación, los que son en ocasiones bastantes importantes y útiles, en el diario quehacer de una notaria. En otros países algunas diligencias son elaboradas a base de actas, en nuestro país dichas diligencias constan en una corta redacción que en muchos casos se encuentran previstos en **sellos de** caucho que se estampan para el efecto. Estas diligencias forman parte de los libros respectivos que guardan los notarios.

Más modernamente pueden citarse los archivos computacionales en diskettes de las escrituras realizadas en Notaría; así mismo cabe tener presente los libros protocolos llevados en microfilm. En estos dos últimos casos, aún su naturaleza jurídica no se encuentra plenamente dilucidada. Pues bien, ninguna de tales materias ha recibido consagración por parte del legislador, pese a que su uso es absoluto y públicamente conocido.

Todo ello, y también la materia relativa a la elaboración de las Actas, forma parte de la costumbre notarial, costumbre imprescindible y que responde a una necesidad social, económica y jurídica de vasta relevancia. Y si no, piénsese, cómo podría prescindirse de todas estas actuaciones y cuánto entraba miento significaría la negativa notarial basada en la inexistencia legal de ellas, negativa que tampoco es posible a la luz del literal art. 18 No. 7 en concordancia con el literal c) del artículo 19 de la Ley Notarial, que otorga competencia al notario al respecto.

Con todo, se conduce entonces al notario a un camino sin salida: si se apega estrictamente a la legalidad vigente, debiera desconocer la posibilidad de realización de determinados tipos de actas ya que la ley en ningún caso se refiere a ellas, y sabido es que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella" (Art. 2 del Código Civil) y que "en ningún caso la función notarial se regirá por la costumbre ni por leyes análogas" siendo entonces lícita su negativa, art. 2 de la ley notarial.

De otra parte, si realiza la actuación, podría correr el peligro cierto de estar actuando, no sólo "extra legem" sino y en virtud del artículo recién

citado, "contra legem" y más específicamente aún, haciéndose ciertamente responsable de los daños que el acta así realizada -basada en conceptos, requisitos y calidades inexistentes y sólo sostenida en la costumbre- pudiese causar. El notario entra en un campo oscuro y para el cual no hay forma que evalúe y determine cualitativamente su obrar. ¡Curiosa situación!

Con este panorama introductorio pretendo situar en su exacta posición la problemática que me preocupa y que procuraré esbozar en el resto de la presente tesis. Los realizaré tomando en consideración dos aspectos: la realidad jurídica nacional y especialmente los usos y la práctica imperante y evaluaré, al tenor de la doctrina comparada, para forjar una síntesis que, creo, es la que cabe observar precisamente en materia de Actas Notariales.

Las Actas Notariales son parte de la jurisdicción voluntaria. El notario es competente para realizar asuntos extrajudiciales. Por ejemplo:

1.- Para todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate.

2.- Todos aquellos en que, exista o no controversia judicial, lleguen los intereses voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante roga ción.

En nuestro país, al respecto está todo por hacer, y por ello no me limitaré a los aspectos netamente doctrinales, sino que me dirigiré, por igual, al examen de la técnica que debe imperar para esclarecer el campo de una actividad de gran importancia notarial.

Las cuestiones que se plantean rebasan, en efecto, el mero plan teórico v se apegan, en la mayoría de las ocasiones, a la casuística que debe regir los distintos tipos existentes de actas. Así, no basta con formular principios generales -como el de rogatoria, el de documentación, el de identificación o el de autorización- sino que resulta preciso, además, examinar sus diferentes clases, para regular, en cada caso, los requisitos formales y sustantivos a que cada una de ellas obedece. Es este uno de los casos en

que teoría y praxis se unen en un solo todo para dar solución a cuestiones en que, cada caso, resultan ser diferentes.

Percepción y documentación constituyen en esta especie una cuestión esencial y de las cuales dependerá de modo substancial el éxito en la preconstitución probatoria, de modo tal que, sin la acabada observancia el Notario, corre el gran riesgo de dejar en la indefensión a los interesados, sea -y lo repito una vez más- por una inadecuada o inacabada, en una palabra inexacta, observación de los hechos o circunstancias, sea por una inobservancia de las formalidades -que si existen en doctrinas- que enmarcan y deben siempre determinar, precisamente, el actuar notarial respecto de las Actas que entienda.

Los ilícitos -no sólo civiles, sino también penales- que pueden en tales actuaciones conforman igualmente un capítulo a tener en consideración; pues, muchas veces, para constituir prueba sobre un derecho del interesado, se arriesga invadir la esfera de derechos de terceros, riesgo que debe estar siempre presente en el ánimo del Notario, pues éste no podrá so pretexto de levantar un acta, violentar el dominio privado de otra persona o de alguna manera menoscabar los derechos -de cualquier clase- de ella y, así por ejemplo deberá abstenerse de realizarla cuando el objeto del acta se encuentre, o los hechos se hayan producido, dentro de una propiedad y no se cuente con la expresa autorización del dueño, o se pretenda actuar dentro de un recinto público sin la previa o expresa anuencia de la autoridad encargada. Su inobservancia trae aparejada, como es natural, no sólo la nulidad del acta, sino que hace responsable al notario civil y penalmente por su actuación.

De todos estos casos es posible visualizar, con precisión, cuán necesario resulta establecer una acabada doctrina jurídica y, a la vez, una regulación que posibilite la extensión de actas a la luz de una definida normativa.

TIPOS DE ACTAS NOTARIALES

Las Actas Notariales no son las únicas existentes y ni tampoco, los únicos actos que realiza *el* Notario.

Siendo así, en este numeral describiré primero a los diferentes tipos de actas existentes y, en segundo término, a las diferentes actuaciones que el notario o escribano realiza en el ejercicio de sus funciones.

- Actas de distinta naturaleza

Las actas pueden abarcar diferentes actividades del quehacer jurídico de una Nación, y por ende, su aplicación es tan vasta como las posibilidades de su realización; es en el campo de las funciones administrativas, así como en el de las judiciales y notariales, donde mayor desarrollo han tenido y en las cuales mayormente revelan su utilidad. Por ejemplo, en actos tan trascendente en la vida de las personas, como el matrimonio, regulado por la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación la manifestación verbal de contraer matrimonio, es objeto de un acta administrativa por parte del Oficial del Registro Civil, debidamente firmada por los interesados y por él y autorizada por dos testigos, pudiendo incluso dejar constancia de la declaración de los contrayentes en orden a legitimar los hijos comunes habidos con anterioridad y aún más, pactar separación total de bienes. Igualmente en el plano judicial téngase en cuenta las disposiciones constantes en lo relativo al Juicio Ordinario, (art. 410 del Código de Procedimiento Civil) según la cual el Juez señalará día y hora para que las partes se reúnan para la conciliación que de término al litigio y si concurrieren las partes en el día y hora señalados se levantará acta que consignará sólo las concesiones que ofrezcan para llegar a la conciliación o *el* acuerdo. Si las partes no se pusieren de acuerdo se levantará un acta en *el* que se exponga las razones de cada una, que serán suscritas por el tribunal y las partes que lo desearan, por otro lado en el mismo cuerpo legal relativo a la inspección personal del tribunal se establece la obligación de levantar acta de las circunstancias o hechos materiales que el tribunal observe, o de los que las partes pidan por considerarlos pertinentes.

Originalmente, la diferencia entre las funciones del Estado deriva de la doctrina de Montesquieu sobre separación de poderes del mismo, enunciado en el siglo XVIII, aún cuando sus conceptos es posible remontarlos a Aristóteles, quien distinguió la función deliberante, la de justicia y la de mando, Montesquieu ha sido, quien teorizó -moderadamente- la moderna concepción de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De esta forma, función administrativa y función judicial son en su génesis v actos absolutamente diferentes.

Mención aparte cabe hacer respecto de la función notarial la cual, si bien tradicionalmente se la ha querido ver, o como una misión semejante al servicio público, *como* parte de la Administración para colaborar en la realización pacífica del derecho, o bien como una función jurisdiccional, lo cierto es que no desempeña tales funciones, sino que ella es "legitimadora de justicia reguladora, por la cual el Notario magistrado de la paz jurídica, tiene encargada la representación externa de los negocios jurídicos para garantizar su prueba y constar en el pleito".

LA FUNCIÓN NOTARIAL

De conformidad con el artículo 18 de la Ley Notarial son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

- ❑ Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
- ❑ Protocolizar instrumentos públicos o privados, por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal.
- ❑ Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas.
- ❑ Dar fe *de* la exactitud y conformidad de fotocopias, de documentos que se *le* hubiesen exhibido, conservando una de ellas, con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;
- ❑ Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden, particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables;
- ❑ Incorporar al libro de Diligencias, actas de remate, de sorteo y de otros actos, en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieren de las solemnidades de escritura pública;
- ❑ Conferir extractos en los casos previstos por la Ley; y
- ❑ Practicar reconocimientos *de* firmas; con las últimas reformas a la Ley Notarial promulgadas en el Registro Oficial No. 64 de Noviembre 8 de 19% se incorporaron, además de las ya mencionadas, las siguientes atribuciones:
- ❑ Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedi-

miento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente;

- ❑ En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;
- ❑ Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del decajus y la de nacimiento y otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiere. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constara en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;
- ❑ Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaria y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;
- ❑ Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil.
- ❑ Receptar información sumaria y de nudo hecho;
- ❑ Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

- ❑ Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,
- ❑ Practicar, mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de la cosa debida y de la ejecución de la obligación.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los Jueces de lo civil del distrito.

En *el* artículo 18 numeral 7 de nuestra Ley Notarial se enumera casuística algunos distintos tipos de actas que los notarios pueden realizar y que naturalmente, no son las únicas, a saber: levantar actas de remate, actas de sorteo, actas de protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles, pues al decir este artículo "acta de otros actos en que haya intervenido a rogación de parte y que no requieren de las solemnidades de escritura pública" (Art. 18 No. 7) supone el legislador que el actuar del notario en materia de actas no tiene límite dentro del principio de legalidad y juridicidad y dentro de los parámetros del buen criterio que más adelante se explicaran. Aquí debemos aplicar la norma siguiente "cuando el legislador no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir".

Lo anteriormente expresado se refiere, a no dudar en la confección de actas en general, con lo cual se elimina la necesidad de toda enumeración y permite, además que sean de competencia notarial la elaboración de todo otro tipo *de* actas no previstas previamente y ni tan siquiera en leyes especiales. Estas palabras "acta de otros actos" es, en esencia de una mayor amplitud en materia de actas.

Por lo tanto, una de las funciones esenciales del escribano es la de extender diferentes clases de actas, de las cuales, como se ha dicho, las enumeradas en el Art. 18 numerales 6, 7, 10, 11, 12, 13 entre otras, no lo son sino un ejemplo de las que se puede elaborar.

ESCRITURAS PÚBLICAS Y ACTAS NOTARIALES.

Básicamente el quehacer del notario se estructura en torno a dos clases de actos, que son los que copan su esfera de actividades desde un punto de vista funcional. Función Notarial equivale, en efecto, al hacer —al quehacer— del notario, y su quehacer consiste precisamente en realizar, por una parte Escrituras Públicas y, por otra, Actas destinadas a dejar constancia de hechos o circunstancias que sean apreciadas por el Ministro *de Fe* "De visu et auditu, suis sensibus", precisamente a través de sus sentidos. Ellos forman parte de la esencia del notariado, mientras que otras funciones —como la legitimación de firmas— le han venido agregadas al Oficial Público a través del tiempo, pero son intrínsecamente extrañas a la esencia misma de su ejercicio profesional. Otras funciones como el otorgamiento de testimonios o copias y la guarda y conservación de Protocolos, a mi entender, no son sino consecuencias, efectos, de la existencia de su actividad protocolar, toda vez que —por una parte— los instrumentos matrices sólo pueden estar en poder del Notario y así los interesados sólo podrán obtener copias de *ellos*.

El primero de estos actos, la escritura pública, lo realiza *el* notario en su Protocolo extendiéndola de acuerdo a la voluntad de las partes interpretándola y transformándola luego en un instrumento jurídicamente válido que permitirá a los contratantes obtener un título suficiente en derecho en relación con el acto o convención que pretenden.

En la escritura pública el rol principal lo desempeña la voluntad que las partes expresan a través de todo su contenido; en general, puede observarse que toda ella se encuentra plena de la expresión de la voluntad de los comparecientes, limitándose el Notario a hacer constar de la manera más simple y jurídica, esa expresión.

Si bien desde el punto de vista del asesoramiento, el escribano desempeña un notable papel: escucha a los interesados quienes les expondrán el acto que desean realizar, elaborando luego jurídicamente el documento, para posteriormente cotejarlo con la expresión de deseos, no cabe duda que la función fedante de aquel es eminentemente pasiva, toda vez que las declaraciones contenidas en la escritura pública provienen de las partes y no del notario; éste solamente se limita a dejar constancia jurídicamente válida *de* los deseos de aquellas sin que pueda introducir elementos subjeti-

vos propios que pudiesen alterar o modificar lo dicho por los comparecientes.

Desde este punto de vista, escritura pública es sinónimo de "actividad pasiva" del notario, por oposición, precisamente a la intensa actividad que éste desarrolla en materia de actas.

Estas, en efecto, están básicamente referidas a hechos que el notario percibe a través de sus sentidos, o bien a situaciones respecto de las cuales está facultado para comprobar, calificar o dar cuenta de ello ante el correspondiente requerimiento. En el caso de las actas de percepción de hechos, deberá hacer constar lo que es capaz de apreciar por sus sentidos, y en las de control y percepción (como es el caso, por ejemplo, de los sorteos o de apertura de casilleros de seguridad de los bancos) deberá, además, fiscalizar la total corrección del acto, ya que pudiese existir una evidente posibilidad de engaño manifiesto por parte de su rogante; o bien, en las actas de producción de hechos, por parte de un notario, éste hará constar aquellas circunstancias que él aprecia porque provienen de su propia actuación, (como ocurre en las actas de diligencia notarial de requerimiento para que se cumpla con la promesa de un contrato o para la entrega de la cosa debida o a la ejecución de obligaciones).

Todas ellas revelan una "actividad activa" del escribano muy diferente a la que desempeña en la escritura pública. En verdad, en las actas el notario debe estar permanentemente alerta, apreciando por sus sentidos y a través de su ciencia, las manifestaciones que, en su presencia, se están desarrollando. Será de este proceso, debidamente percibido, de lo cual dejará constancia en el acta.

Así pues, escritura pública y acta constituyen las dos clases más relevantes de actuaciones notariales. Las primeras, conforman toda la teoría de instrumento público notarial. Las segundas, en cambio, constituyen la moderna doctrina sobre actas, especialmente desarrollada en España y en nuestro Continente, en la República de Argentina.

Algunos doctrinarios españoles de derecho notarial coinciden en señalar la diferencia entre escrituras y actas en la que se basa, a su vez el estudio de los documentos y de la técnica notarial toda.

Escrituras.-

Contiene una declaración de voluntad metafóricamente hablando, es un negocio jurídico que mueve su esfera entre los hechos y el derecho. El notario acomoda la voluntad y actividad de las partes al fondo del negocio. Es compleja, hay presencia de partes, hay actividad, hay entrega de cosas, hay declaración de voluntad, hay consentimiento después de la lectura; *el* notario tiene el deber legal de redactar de acuerdo a la ley, a la forma, a la voluntad de las partes, a las disposiciones registrales, al derecho tributario, al derecho notarial; este documento se viste con el consentimiento u otorgamiento que es la función final de las partes y queda exteriorizado con la firma, que hace vivir simultáneamente documento y contrato. El negocio que *contiene* la escritura, con el consentimiento dado por las partes a la lectura hecha por el escribano, queda asumido en paternidad por éstas, aunque se trate de un negocio que reconozca antecedentes fuera de la escritura

Acta.-

En las actas el notario sólo tiene actividad de ver y oír; no entra al fondo del asunto, lo adapta al derecho solamente en la forma; narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera; es copia del natural, queda al desnudo, *el* notario no lo viste; la firma de las partes no es otorgamiento ni consentimiento, es conformidad con lo narrado y leído por el notario, que es narración de lo sucedido en ese momento. Es *sólo* medio de prueba, su eficacia es reflejo del orden jurídico; no es de creación autónoma, este hecho comprobado por *el* acta tendrá valor si existe un contrato preexistente donde las partes o la ley le exigen ahora al requerido o al notificado una determinada actividad. No se cae en mora por *el* requerimiento, sino por el hecho del requerimiento unido a *la* previsión del contrato o de la ley.

En toda actividad notarial hay una etapa primaria, inmediata, de ver, oír, narrar. La escritura es complicación legal, el acta es simplicidad empírica. En la escritura hay hecho y derechos, en las actas generalmente *has'* hechos; esta distinción doctrinaria es fundamental a los efectos de la aplicación técnica de las actas.

Bajo el rótulo *de* acta no puede esconderse un negocio. Si en un acta hay declaración *de* voluntad relativa a la concreción de un negocio, aunque

lo rotulemos acta, a los fines de fondo, así como registrales y aun fiscales, estaremos frente a un documento que es escritura y no acta.

Estructura

Escritura pública:

- Escuchar
- Interpretar
- Aconsejar a las partes
- Certificar
- Redactar
- Autorizar

Acta Notarial:

- Identificar
- Solicitar la actuación notarial con expresión de los términos en que el solicitante o requirente desea que aquella se desenvuelva.
- Narrar el hecho que recibe o produce.
- Aprobar por parte del requirente los términos si la naturaleza del acta lo amerita y de los demás presente en el hecho que se narra.
- Incorporar determinados documentos dependiendo del tipo de acta.
- Autorizar.
- Conservar.
- Reproducir

Escritura:

Presentación de la minuta y presencia del declarante en su despacho.

Acta.

Son la mayor parte los comunes a los demás instrumentos, sin embargo dos que son privativos:

- La rogación
- El interés legítimo de la parte requirente.

FUNCIÓN DEL ACTA NOTARIAL. REQUISITOS:

Toda Acta notarial debe cumplir las siguientes funciones:

1.- Ser un instrumento público.

Según el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil el documento o instrumento público es el "autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado", en este caso el Notario, en su calidad de Ministro de Fe.

Se trata, en efecto, de una especie de instrumento público notarial diferente de la *escritura pública*, por cuanto esta última es un instrumento público matriz y de características intrínsecas totalmente diferentes en su naturaleza a aquellas que son propias del acta notarial.

2.- Ser un instrumento público notarial

Es un instrumento público que deberá ser otorgado por notario público, por contraposición a aquellas actas cuya realización corresponde a otros titulares de función pública, como lo son las que reconocen su origen en una actuación propias del orden judicial o de carácter administrativo.

Como se observa, existe distinta naturaleza jurídica para estos instrumentos, en cuanto al acta notarial es propia del Derecho Privado y encuentra su origen en las diferentes actividades de esta esfera del Derecho. Las actas administrativas y judiciales son propias del Derecho Público en cuanto obedecen, las administrativas a las regulaciones de las necesidades del Estado y las judiciales tienden a lograr un efecto meramente declarativo para constituir un medio probatorio dentro del juicio.

En general, las diferentes clases de actas notariales -de percepción, de control y percepción, de constancias propias del notario, de certificaciones y de manifestaciones- encuentran su fundamento en la necesidad de dejar constancia de hechos o circunstancias cuya rápida desaparición es preciso impedir, o bien cuyo efecto se produce como consecuencia de lo notarialmente expresado, pero, que a diferencia de las administrativas y las judiciales no persiguen un interés público, -de la sociedad toda-, que en definitiva las haga exigibles, como ocurre, por ejemplo, con las actas de

matrimonio civil o de nacimiento o de defunción todas ellas propias del campo administrativo y que constituyen función del Oficial del Registro Civil de acuerdo a la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación; o como ocurre en el caso de las actas judiciales, cuyo levantamiento es preciso para lograr efectos procesales.

3.- **Emanar de Notario competente**

No basta, sin embargo, que el Acta emane de notario, sino que debe ser otorgada por el Ministro de Fe pública que tenga competencia en razón de su oficio para hacerlo, y lo es, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Notarial, aquél que actúa dentro del cantón para el que ha sido nombrado, cualquiera que sea acto o contrato o el lugar del cumplimiento de las obligaciones.

En nuestra legislación la competencia notarial está determinada en cuanto al territorio por la normativa antes citada, no existiendo normas en lo que se refiere a la competencia en razón de la materia. De esta manera, las únicas limitaciones que se les reconocen están dadas en lo que se refiere al territorio.

No obstante lo expresado, no es menos cierto que también existen limitaciones de competencia en razón de la materia, en cuanto las actas están referidas a actos que sean exclusivos de la esfera extrajudicial y de la administrativa.

4.- **No debe tener carácter de escritura pública**

Tal requisito, que tal vez pueda a simple vista parecer muy obvio, no lo es tanto; sin embargo, si se consideran las dificultades que muchas veces entraña distinguir entre las características propias de un acta y escritura pública son dos especies distintas de documentos propios del quehacer del notario.

"Los notarios hacemos documentos" frase tan simple como cierta, y es que, además, hacemos diferentes clases de documentos, producimos escrituras públicas, pero también -y no menos importante- producimos actas. De esta forma, unas y otras son dos especies de un mismo género.

Desde el punto de vista de la actividad notarial se evidencia que mientras la escritura pública resulta esencial captar la voluntad de los comparecientes que queda jurídicamente expresada en el documento, copiando, por así decirlo, todo el plano principal del acto escrutinario, la actividad del escribano se reduce a un rol más pasivo, que consiste en agregar cualidades accesorias, como las declaraciones que son de carácter netamente instrumental, ya que no pueden influir la actividad de los interesados. En las actas en cambio, el rol del notario de pasivo se transforma en activo: son sus declaraciones, sus aseveraciones, los hechos por él constatados, los que ocupan el papel principal; el acta, en efecto, es plena actividad del ministro de fe, sin que ella pueda quedar disminuida por cualquier declaración de algún interesado como el rogante que deseara dejar constancia.

Siendo así, los actores principales de la escritura son las partes intervinientes; en cambio, en el acta, el actor-generalmente único- es el Notario.

En cuanto a su contenido las escrituras permiten -y están en esencia destinadas a ellos- las manifestaciones de voluntad de los comparecientes; las actas, por otra parte, solamente persiguen dejar constancia de hechos o circunstancias apreciadas por el notario. Tienen, pues, un fin, un objeto diferente; están dirigidas a diferentes planos del quehacer notarial. Las escrituras públicas pretenden "la modificación o conservación de los estados de derecho", a decir de Núñez Lagos, las actas conllevan el establecimiento y la fijación de "estados de hecho".

Desde el punto de vista de la substancia del instrumento, las escrituras se caracterizan por contener declaraciones de las partes, las llamadas "declaraciones de voluntad" -que de acuerdo al Código de Procedimiento Civil no hacen plena fe, sino contra los declarantes-, expresiones de los comparecientes en orden a constituir, modificar o extinguir un negocio jurídico; las actas, por su parte, contienen una narración in extenso de los hechos percibidos por el notario o de las circunstancias, incluso jurídicas, de las cuales éste da cuenta. La voluntad de los comparecientes no existe en ellas, sólo la *del* notario que da cuenta "objetivamente" de lo que debe dejar constancia.