

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Copias simples de escrituras. Requisitos. HIPOTECA. Ejecución hipotecaria. Fotocopia del instrumento. Habilidad ejecutiva*

DOCTRINA:

1) *La copia simple de una escritura es documento notarial si indica: a) que es reproducción fiel o conforme al original, b) que se expide en calidad de copia simple y c) el lugar y fecha de expedición. También deben salvarse las enmiendas, raspados, testados e interlineados, como toda corrección, autorizada con firma y sello final y estamparse firma o media firma del escribano en las hojas anteriores a la última. No es necesario que se coloque nota en el protocolo haciendo constar su libramiento. Cumplidas esas formalidades,*

la pieza vale como certificación y es instrumento público en cuanto autentica el hecho físico de la existencia del original. Sin embargo, como no constituye la copia a la que alude el Código Civil, si se extravía el protocolo no sirve como original.

- 2) *La fotocopia autenticada con su firma por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original que ha tenido a la vista, es instrumento hábil para promover una ejecución hipotecaria.*
- 3) *La simple copia carbónica de*

* Publicado en *La Ley* del 23/7/1997, fallo 95.691.

un contrato hipotecario, autorizada por el escribano, es hábil para promover la ejecución.

Cámara Nacional Civil, Sala F, octubre 25 de 1996.

Autos: "Vijnovich, Boris c. Benmaman, León y otros."

2ª instancia. - Buenos Aires, octubre 21 de 1996.

Considerando: I. A fs. 81/83 el *a quo* desestimó las excepciones de inhabilidad de título articuladas por los ejecutados de autos y mandó llevar la ejecución adelante, hasta hacerse a la acreedora íntegro pago del capital reclamado con más los intereses, que fijara a una tasa del veinticuatro por ciento anual -entre compensatorios y punitorios- y costas; ello al tiempo que impuso a los ejecutados, en los términos del art. 551 del Cód. Procesal, una multa del diez por ciento del monto que arroje la liquidación final; contra dicho pronunciamiento se alzaron los coejecutados, por las razones expuestas a fs. 88/97, que fueran objeto de la constatación de fs. 98/103, en la que la accionante solicitara el rechazo del recurso y la aplicación del máximo sancionatorio previsto en el ordenamiento ritual...

II. Tal como lo exponen con profusión de citas normativas, legales y jurisprudenciales, agravia a los recurrentes que el magistrado de la anterior instancia considerara que no habían cumplido los recaudos necesarios para un adecuado planteo de la defensa de inhabilidad de título. Sostienen que la ejecutante ha basado su pretensión en un título nulo; ello toda vez que ha acompañado un "segundo testimonio" de la escritura de mutuo con garantía hipotecaria oportunamente suscripto, sin que exista constancia alguna del cumplimiento de los recaudos sustanciales para el otorgamiento de tal pieza.

Asimismo, agravia a esta parte el que el sentenciante haya considerado necesario el planteo de un incidente de redargución de falsedad; ello toda vez que, tratándose de un título inhábil, no es necesaria la tramitación de tal vía de impugnación para restarle una eficacia que, de por sí, no posee.

III. La accionante ha sostenido que lo que por ella presentado no es, más allá de lo contenido en la foja de certificación obrante a fs. 9, un segundo testimonio de la escritura original, sino una copia notarialmente certificada de ésta.

Se ha sostenido al respecto que la copia simple de una escritura constituye documento notarial -expedido a menudo sin orden de autoridad competente- siempre que indique: 1) que es reproducción fiel o conforme al original, 2) que se expide en calidad de copia simple y 3) el lugar y fecha de expedición. Deben, además, salvarse las enmiendas, raspados y testaduras, interlineados y toda corrección, autorizada con firma y sello final y estamparse firma o media firma del escribano en las anteriores a la última. Cumplidas estas formalidades, la pieza vale como certificación y es instrumento público en cuanto autentica el hecho físico de la existencia del original, pero no constituye la copia a la que alude el Código Civil por lo que, si se extraviase el protocolo, no podría servir de original. Estas copias pueden expedirse en cualquier número y no les son aplicables los arts. 1007 y 1008. Tampoco resulta necesario co-

locar nota en el protocolo, haciendo constar su libramiento (conf. Orelle, José María, en Belluscio-Zannoni, *Código Civil ... 1ª reimpresión*, T. 4, p. 635, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988).

La fotocopia autenticada con su firma por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original que ha tenido a la vista, es instrumento hábil para promover una ejecución hipotecaria (conf. CNEsp. Civil y Com., Sala III, 26/9/89, RED, 15-418; CNCiv., Sala A, 23/7/68, *La Ley*, 133-936 y ED, 25-240, citados por Highton, Elena *Juicio hipotecario*, T. I, pág. 103, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993).

La pieza agregada a fs. 2/9 reúne los requisitos anteriormente enunciados, se trata de un conjunto de fotocopias de la escritura matriz, tal como se determina en la foja de actuación notarial correspondiente a la certificación de ellas. Todas las fojas se encuentran verificadas con la firma y el sello del escribano interviniente. La referencia a “segundo testimonio” allí enunciada es irrelevante a los efectos de la habilidad del instrumento presentado, para su consideración como título ejecutivo.

Los recurrentes no han aportado elemento alguno que corrobore su afirmación, en orden a que arribaron a un acuerdo de cancelación de la hipoteca, el que debió haber sido instrumentado en escritura pública, atento lo normado en el art. 3201 y normas concs. del Cód. Civil, ni han aportado documento que controvierta las constancias de la pieza presentada como fundamento de esta acción.

IV. Se ha sostenido que la simple copia carbónica de un contrato hipotecario, autorizada por el escribano, es hábil para promover la ejecución (conf. CNCiv., Sala A, 20/9/67, ED, 23-869; Sala B, 21/9/71, ED, 40-360, *La Ley*, 149-561), por lo que la actitud asumida por los demandados de autos, sin aportar los elementos a los que se aludiera en el último párrafo del apartado precedente, amerita que este tribunal acceda al pedido de incremento de la multa fijada por el sentenciante de la anterior instancia, si bien no en la proporción requerida por la actora.

En su mérito, se resuelve: I. Confirmar el decisorio apelado, de fs. 81/83. Con costas (arts. 68 y 558 del Cód. Procesal). La regulación de los honorarios de los profesionales actuantes se formulará una vez practicada la de la anterior instancia (art. 40 del arancel); II. Elevar al quince por ciento la multa impuesta a la parte ejecutada en el pronunciamiento recurrido. - *Ana M. Conde.* - *Fernando Posse Sagüer.* - *Elena I. Highton de Nolasco.*

NOTA A FALLO

Por Ricardo Blanco Lara

1) Los hechos y el fallo

El accionante promueve ejecución por incumplimiento de las obligaciones derivadas de un mutuo hipotecario. Presenta como documentación acreditativa de su derecho una fotocopia notarialmente certificada del segundo testi-

monio de dicha hipoteca. El demandado plantea la excepción de inhabilidad de título, expresando que la documentación presentada constituye un *título nulo* por cuanto no existe constancia alguna del cumplimiento de los recaudos sustanciales para el otorgamiento de dicho instrumento. El juez de primera instancia no hace lugar a la excepción incoada, pues considera que no se encuentran cumplidos los extremos para el planteamiento de tal defensa. Asimismo, considera necesario que el ejecutado redarguya de falsedad el instrumento cuya inhabilidad se intenta demostrar. Contra dicha decisión se alza el agraviado manifestando, entre otras cosas que, tratándose de un título inhábil, no sería necesaria la tramitación de la vía de impugnación sugerida, para restarle eficacia a un documento que, de por sí, no la posee.

El tribunal de alzada confirma el fallo de primera instancia, esgrimiendo los argumentos que a continuación comentaremos.

2) Comentario

Antes de entrar en el análisis de las *copias notariales* creo necesario hacer una previa aclaración: en la suma que prologa la transcripción del fallo de la Sala de Cámara se anotan como relevantes menciones que no tienen origen en el fallo que comentaremos, sino que son remisiones que los juzgadores han hecho de fallos de cámara anteriores al presente (en los párrafos quinto, sexto y noveno) que no aportan nada nuevo al tratamiento del tema, sino que sirven para corroborar lo que muchos autores de doctrina notarial han sostenido. El uso incorrecto de documentos notariales que los poseedores de ellos hacen, ha inducido a errores de apreciación judicial respecto a la validez de las copias - en el sentido amplio del término- presentadas en los expedientes judiciales. Esta falta de rigorismo en la conceptualización de las copias tienen elementos atenuantes, como lo son la falta de criterios unificadores en el empleo de los términos “copias”, “testimonios”, “fotocopias” o “copias simples”, “fotocopias autenticadas”, etcétera. También, desde un punto de vista estrictamente hermenéutico, nuestra legislación civil ha tratado siempre de “copias” a todo documento notarial que no fuese la matriz del protocolo, (sólo en el art. 1003 *in fine*, al referirse a protocolización de documentos, nos habla de “testimonios”, que deben darse a los interesados que lo pidiesen) aunque leyes locales y anteproyectos de ella, en virtud de la confusión aludida, han sabido darle el debido sentido a cada uno de los términos (arts. 1006 y siguientes del CC, leyes notariales locales, Anteproyecto de Ley del Documento Notarial).

Prestigiosos autores notariales han escrito profusamente sobre las copias notariales. El tema exige una aproximación al mundo del “documento notarial”, tal como el derecho que rige la materia lo encuadra.

Para Carlos A. Pelosi -a quien me permito citar porque nadie más que él ha sabido dotar del suficiente rigor técnico que exige el conocimiento de toda variante de documento notarial, en un ámbito tan especializado y a veces desconocido como el nuestro- dentro de la gran clasificación de los documentos notariales, los protocolares y los extraprotocolares encabezan la lista. Los segundos son instrumentos públicos autorizados por el notario, en original,

fuera del protocolo, con las formalidades de ley. Ellos pueden estar revestidos de *fe originaria* o de *fe derivada*. En el primer caso, han sido extraídos directamente de la matriz, con la constancia de ello (así los que nosotros llamamos testimonios, pero que constituyen la “copia notarial” por excelencia), o bien son creados originariamente fuera de las hojas de protocolo, (hoy extraprotocolares) como las actas de comprobación, las certificaciones expedidas por el escribano acerca de la adveración de que un acto ha sido realizado, los dictámenes, las certificaciones de firma (en lo que hace a la foja de Actuación Especial creada para ello), las fojas de rúbrica de Libros de Comercio (conforme Res. 7/95), etcétera. Todas ellas gozan de fe originaria pues responden al principio de Inmediación, derivado de los principios de Registro y de Fe Pública y, además, comunican (Principio de Comunicación), pero no han sido creados sólo para ello.

En lo que hace a las copias fotocopadas de la matriz, se encuentra supe- rada la confusión acerca de si el testimonio expedido por tales medios, con la foja notarial de Concuenda anexada a ellos, constituye recurso idóneo para constituir la copia a que alude el CC, ello con la generalización de la fotocopia y con la Reglamentación dictada por el Tribunal de Superintendencia el 18/4/52 (Capital). Pero no podemos dejar de mencionar que esta especial manera de expedir testimonio, que convive con la otra -la de la foja de Actuación Notarial para Testimonio- trae innumerables confusiones entre los ajenos al notariado. Así, para un lego en la materia, es difícil diferenciar un testimonio expedido en fotocopias, de una fotocopia autenticada de la matriz. Entonces, como las leyes locales y las atribuciones que éstas les han dado a los organismos de contralor y a los Colegios Profesionales en cuanto los facultan a “dictar resoluciones de carácter general tendientes a unificar los procedimientos notariales” (conf. art. 44, inc. 3° ley 12990 de Capital), han reglamentado dichos medios, la cuestión encuentra sustento jurídico y no puede ser desconocida.

En cambio, las copias simples y las copias de copias, sean mecanografiadas o fotocopadas, han sido motivo de diversas interpretaciones jurisprudenciales que sirvieron para que la doctrina analice cuáles son sus alcances y cuál su validez. Nuevamente, siguiendo a nuestros colegas Pelosi y Gattari, se ha demostrado que las copias simples, si bien constituyen instrumentos públicos por aplicación del mencionado inciso 2° del 979 CC, cuando son sellados y firmados por el escribano, atestando que dicha copia es “simple copia” sólo tienen valor informativo pues, aunque gocen de fe originaria -nadie negará que el escribano diligente las ha sacado del original- valdrán para el objeto y destino que se expidieren. El juez o los firmantes con derecho podrán solicitarla, y acreditará la existencia de una matriz, pero no dotándola de los mismos efectos que un testimonio, ni subrogando derechos que hacen a la validez de éstos, ni, mucho menos, siendo títulos hábiles para aparejar ejecución. (Ver ED 20-331; LL 127-1054; J.A. 7/7/69 y otros).

Hasta aquí no aportamos más datos que los ya esbozados por los autores citados y por la jurisprudencia conforme a la tesis notarial. El fallo analizado

plantea la posibilidad de tomar la fotocopia autenticada -es irrelevante para nosotros que sea de un primer o segundo testimonio, siempre que estuviese expedida conforme la ley vigente- como copia hábil para traer aparejada ejecución. Y ello ya lo resolvió en forma afirmativa la Cámara Civil de Capital Federal, y se encuentra citado por uno de los magistrados integrantes de esa Sala -en publicación de su autoría- mencionado en los considerandos del fallo (ver *Juicio Hipotecario* E. Highton, T 1, pág. 103. Ed. Hammurabi, 1994). En efecto, se afirma que “La fotocopia autenticada... por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original ... es instrumento hábil para promover la ejecución hipotecaria”. Ante esta aseveración, nos permitimos disentir y explicar el porqué.

No cabe duda de que la foja de certificación en la copia autenticada o certificada notarialmente (con la anexión de la mencionada foja de Actuación Notarial para certificación de fotocopias, que en Capital Federal fue creada por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos mediante resolución del 31 de octubre de 1985, Circular 1986) constituye uno de los instrumentos públicos a que alude el artículo 979, inc. 2º del Código Civil. Dichas copias -que hoy se obtienen mediante reproducción fotográfica o fotocópica- son instrumentos extendidos por el “funcionario” (léase escribano) en la forma que las leyes han determinado. Su validez deriva estrictamente del ámbito extraprotocolar y, por lo general, goza de fe derivada, pues el principio de intermediación sólo se da con un instrumento que, al parecer, es el original. Esta certificación no juzga sobre el contenido ni mucho menos sobre la validez de las firmas del original. Con esto queremos decir que el documento original puede ser falso y la certificación auténtica: ella produce sólo la adveración de que el notario ha tenido a la vista un documento y que la fotocopia que certifica es reproducción fiel del mismo. Si bien en el caso comentado es el mismo escribano autorizante quien certificó la copia del segundo testimonio de una escritura pasada ante él, no por ello deja de ser una fotocopia autenticada y no el testimonio original.

Consideramos que aún existe confusión acerca de las diferencias entre copias simples y autenticadas. Del fallo no surge claramente que la copia presentada por el actor sea fotocopia certificada notarialmente. Se alude a “copia” certificada; luego, se hace referencia a fotocopia certificada y se cita doctrina que hace referencia a ello.

Una serie de normas de forma y fondo sustentan nuestra opinión. Según el artículo 523, inc. 1º del C.P.C.C., uno de los títulos que trae aparejada ejecución es el “instrumento público presentado en forma”. A ello debemos agregarle que el artículo 531, primer párrafo del citado cuerpo legal, exige textualmente, por parte del juzgador, un “**examen cuidadoso del instrumento con el que se deduce la ejecución**”, debiendo hallarse comprendido entre los citados en los artículos 523 y 524. Ello implica que la ley le ha solicitado no la simple comprobación de que el documento existe -como podría serlo con una fotocopia simple o autenticada-, sino el examen del documento a ejecutar y,

lógicamente, la comprobación de si se encuentran cumplidos los extremos formales de dicho instrumento. La fotocopia autenticada no constituye el título que formaliza el mutuo hipotecario, ello sólo se cumple con el testimonio original, debidamente inscripto en el Registro público inmobiliario respectivo. Asimismo, el artículo 2505 del CC (en su actual redacción) exige la registración de toda adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles para que puedan ser oponibles a terceros. Por otra parte, la ley registral 17801, en su artículo 23 establece que “ningún escribano o funcionario público (dentro de esta última especie se encuentran los jueces) podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro...” Entonces, si la ejecución prosperase, el juez aprobará la subasta y pondrá en posesión del bien al adquirente en remate, quien habrá obtenido el dominio sobre la base de un título inhábil presentado por el accionante.

Concluimos, pues, que ni la fotocopia simple ni la fotocopia autenticada constituyen medios idóneos para traer aparejada la ejecución, toda vez que existe la posibilidad de obtener segundo testimonio, si se ha extraviado el primero, de la escritura que contiene el derecho del acreedor hipotecario, por la misma vía judicial que aprueba los mencionados documentos como título ejecutivo. Confiamos en que otros fallos, como los comentados más arriba, habrán de dotar a la teoría notarial del verdadero sentido que nuestra solitaria función merece.