

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Definición del Documento Extraprotocolar

CARLOS A. PELOSI

SUMARIO

I. ¿Qué se entiende por definición?. II. La definición que nos interesa. III. Conceptos supraordinados. IV. Las notas principales o determinaciones especiales.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DEFINICIÓN?

Sin olvidar el viejo aforismo que toda definición se torna peligrosa, puesto que es difícil hallar los elementos lógicos que declaren lo que un objeto es, sobre la base de un número de atributos, voy a intentar hacerlo, recordando que toda definición queda siempre abierta a nuevos resultados, y por consiguiente, no puede conceptuarse dogmática.

La tarea me parece, si no importante, por lo menos oportuna, como inicio para abordar más adelante una serie de temas relacionados con los documentos extraprotocolares, que requieren elucidaciones más amplias y sobre todo acordes con nuestro ordenamiento jurídico, punto de vista que los especialistas de derecho notarial suelen olvidar al tratar esta materia.

Como lo expresa Johannes Hessen (1)(440), todo concepto posee

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinado contenido. Llamamos "definición" a la exacta determinación de este contenido mediante la enumeración de sus notas. Una definición es, por tanto, un juicio que perfila exactamente la significación de un concepto delimitándolo nítidamente con respecto a conceptos similares. Definir, agrega, significa delimitar. Para lograr una definición perfecta es necesario conocer la serie de conceptos en que debe buscarse el concepto a definir y, además, el puesto que ocupa en esta serie de conceptos. A la primera la indica el concepto genérico inmediato superior, al último la nota específica. Aquél muestra con qué conceptos está emparentado el concepto respectivo; ésta en qué se diferencia de ellos.

Manifiesta que en toda definición los conceptos a utilizar se dividen en dos grupos, de los cuales el primero contiene uno o varios conceptos supraordinados que hay que suponer conocidos por medio de definiciones anteriores, mientras el otro añade las determinaciones especiales, por medio de las cuales el concepto correspondiente es delimitado con respecto a los conceptos que le son similares.

A su vez Romero y Pucciarelli (2)(441) escriben que definición es la respuesta a la pregunta: ¿qué es esto?. A esta respuesta se contesta adecuadamente en varias formas; pero muchas de estas formas, bien que legítimas, son más o menos vagas y responden también a otras preguntas. La definición tiene por función delimitar con precisión lo definido, separarlo idealmente de todo lo demás. La definición es un juicio que consiste en un pensamiento enunciativo, afirma lo que el objeto es.

II. LA DEFINICIÓN QUE NOS INTERESA

De acuerdo con las directivas y restricciones enunciadas, consigno seguidamente la definición del documento extraprotocolar, según mi criterio.

Documento extraprotocolar (tipificado o no, con o sin designación específica) es el instrumento público autorizado por notario, en original, fuera del protocolo, con las formalidades de ley, en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia; susceptible de este tipo de acción por su contenido o prescripción legislativa, sin perjuicio de la entrega, guarda, colección o archivo de otros ejemplares voluntariamente o por mandato legal y de las formas de anotación o registración así como de reproducción que puede reglamentarse.

III. CONCEPTOS SUPRAORDINADOS

En la definición enunciada, los conceptos que deben suponerse conocidos por medio de anteriores definiciones, son, como podrá advertirse fácilmente: "instrumento público", "autorización", "notario", "original", "protocolo", "formalidades de ley", "competencia", "entrega", "guarda", "colección", "archivo", "ejemplares", "reproducción", etc.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. LAS NOTAS PRINCIPALES O DETERMINACIONES ESPECIALES

A) Documento autorizado por notario.

Este es el género próximo, con otras características que contiene la definición, extraídas del artículo 18 del Anteproyecto de ley notarial nacional, que me pertenece y por eso la utilizo.

La palabra notario también la tomo del citado anteproyecto por haberse llegado entre los redactores a un acuerdo en que es la expresión más adecuada. Desde luego, no participo de la posición que pretende dividir a los integrantes del cuerpo en notarios y escribanos, según la particular valoración que se hace de los méritos de unos y otros.

Quiere decir, entonces, que el presupuesto indispensable es la intervención del agente, órgano de la fe notarial. Después, como especie del documento notarial, vendrán las diferencias específicas.

La palabra "autorizado" es suficientemente expresiva y se le puede atribuir el alcance que le asignan, entre otros, Boffi Boggero (3)(442); Martínez Segovia (4)(443) y Riera Aisa, que se refiere al concepto amplio y restringido de autorización notarial (5)(444). Podría sustituirse "autorizado" por "emanado", "intervenido", "expedido", etc., pero siempre he creído que en derecho notarial el vocablo "autorizar" connota, reúne y unifica una gama de significaciones muy particulares.

Añado lo de instrumento público, en contra de lo que opina doctrinalmente Martínez Segovia (6)(445), para encuadrarlo en la economía del artículo 979, inciso 2º del Código Civil. Tan así es que hasta podría comenzar la definición de esta manera: "Documento extraprotocolar es el instrumento público previsto en el art. 979, inc. 2º del Código Civil, autorizado por notario, en original..., etc., etc....".

B) En original .

Se complementa con "fuera del protocolo". Las variantes podrían ser "producido fuera del protocolo", "extendido fuera del protocolo", "creado materialmente fuera del protocolo", "extendido o escrito en pieza material (o en soporte material, o en soporte físico) que no constituye protocolo".

De tal modo se distingue del documento matriz que es también original. Pero el documento matriz está destinado, por naturaleza, a ser coleccionado, conservado y archivado (principio de matricidad; lo que no debe ocurrir necesariamente con el original extraprotocolar, que constituye excepción a dicho principio. En tal sentido empleo también el concepto que me guiara al redactar esa parte del anteproyecto de ley notarial nacional.

Estimo que es original el documento que representa (refleja, etc.) los hechos jurídicos naturales y humanos que forman el acervo de la competencia notarial del escribano, coetáneamente a su acaecimiento (sin descartar otros elementos en el proceso autenticador, como los juicios de ciencia propia, por inferencia o por deducción).

Se excluye por tanto, en líneas generales, el "hecho documento" que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunos autores consideran esencial y supone la preexistencia física de otro documento (de allí que no comprende estrictivamente las copias) aunque no puede eliminarse del todo esta circunstancia o punto de vista para los documentos extraprotocolares (verbigracia: certificado del contenido total o parcial de un acta de asamblea, de constancias en determinados libros, de asientos contables, etc.).

Lo definitorio es que no se trata de documentos que tengan exclusivamente fe derivada o transcriptiva y pueden tener - lo tienen por lo general - fe originaria. Este no es un problema doctrinal sino legislativo y de tal modo habrá tantos documentos fuera del protocolo con fe originaria, es decir, que responden al principio de inmediación, como de modo general o concreto lo autorizan las normas que rigen la competencia funcional del escribano.

La entrega de documentos en original (o sea producidos fuera del protocolo), aunque no es universal, está disciplinado en varias legislaciones notariales, con distintas denominaciones.

El más conocido es el llamado brevet en las leyes notariales de Francia, Bélgica y Canadá (provincia de Quebec).

Omito la referencia circunstanciada de todos los antecedentes, ya que esta tarea se halla a cargo de Francisco Martínez Segovia, en su carácter de consejero académico del Instituto Argentino de Cultura Notarial, organismo que tiene en preparación un trabajo en equipo sobre el documento extraprotocolar.

Sólo me parece oportuno señalar:

a) Con relación al artículo 70 de la ley notarial italiana de 16 de febrero de 1913 relativo a los actos que pueden otorgarse o entregarse en original, que reconoce como antecedente el art. 65 de la ley orgánica de 25 de julio de 1875 (texto ordenado por Real Decreto de 25 de mayo de 1879). Dicho artículo 65 disponía que los actos que los notarios podían entregar en original a las partes solamente cuando contenían poderes para pleitos o para un solo negocio debía llevar además de la firma la impronta del propio sello.

Al comentar Michelozzi (7) (446) tal disposición expresa que el artículo 1º de la ley obliga al notario a custodiar el depósito de los actos que reciben o autorizan, por lo que en sustancia declara que esa obligación alcanza solamente a los originales de los actos públicos. Entonces, por regla general, el notario no retiene ni custodia las escrituras o documentos privados que autentica. El permanente depósito y custodia de alguno de ellos era obligatorio antes por la ley de registro de 13 de setiembre de 1874, Nro. 2074 (serie 2ª). Por la modificación introducida en la ley registral, especialmente en el artículo 66 el depósito y custodia se limitaba al tiempo en que la escritura privada debía registrarse.

La ley modificatoria de 6 de abril de 1879 introdujo algunas variantes al texto originario del artículo 65 y eliminó las controversias así como algunas anomalías y antinomias. Ello así, pues la ley de 1875 autorizaba la entrega en original de los poderes especiales. De allí la controversia si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podían ser considerados tales los poderes para juicios, de donde surgía la anomalía que si el poder especial para diversos actos se otorgaba en acto público podía entregarse en original, pero si era redactado en escritura privada debía permanecer, por el artículo 66 de la ley del registro, en poder del notario autenticante. Desapareció entonces toda duda: podían entregarse u otorgarse en original solamente los poderes para juicios y los que se referían a un solo asunto o negocio, que estaban declarados exentos de registración por el artículo 143 de la citada ley de 13 de setiembre de 1874.

b) Que la legalización abolida por el art. 8º del D. P. 2 de agosto e 1957, Nro. 678, alcanza a los referidos actos especificados por el art. 70, que pueden entregarse en original (8)(447).

Algunos autores, al definir cierto tipo de documentos que se entregan en original (verbigracia: certificados, testimonios por exhibición, etc.) añaden como nota distintiva "Que es expedido para el tráfico jurídico". Pienso que es trata de una tautología, ya que nos hallamos frente a un instrumento público creado para circular en original. Sólo algunos documentos protocolares pertenecientes al orden interno y que de ordinario no se reproducen, serían los que podrían individualizarse como no destinados, por naturaleza, para el tráfico jurídico.

De allí que estimo más correcto hablar de mayor impulso circulatorio, en sentido físico y no económico, pues en esta clase de documentos la eficacia representativa apunta hacia una dinámica y simplicidad de características singulares.

C) Fuera del protocolo.

Esta peculiaridad integra, como queda dicho, la nota anterior. A su vez la independencia del protocolo es quizá el elemento típico más saliente y definitorio de la figura que nos interesa.

Por protocolo debemos entender lo que así considera el Código Civil y generalmente las leyes notariales para la facción de las escrituras públicas (y en su caso, explícita o implícitamente, actas protocolares).

Además, existe identidad entre el documento protocolar y el producido fuera de él, si ambos son autónomos, en cuanto se extienden por extenso en la pieza material respectiva. La anotación o registración en un libro, sea por medio de breve acta, simple constancia o nota, no altera la condición más típica del documento extraprotocolar que aquí tratamos.

Al final de la definición se hace una reserva sobre la guarda, colección, archivo, ya que estos documentos pueden ser objeto de reglamentación por las leyes locales, si ellas proveyeran normas al respecto. Pero según queda expresado, no deben ser confundidas con el concepto de protocolo, en sentido técnico.

D) Susceptible de este tipo de facción.

Ya sea por su contenido (verbigracia: autenticación de firmas estampadas en documentos privados) o prescripción legislativa, ya que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precisamente las leyes notariales, con apoyo del art. 979, inc. 2º del Cód. Civil, determinan los documentos que deben (más que pueden) producirse o extenderse fuera del protocolo.

A veces el contenido puede ser total o parcialmente objeto de escrituras públicas o de actas protocolares. Por ello me parece más conveniente prima facie adoptar la fórmula genérica refiriéndome al contenido, sin especificarlo. Por otra parte mi propósito es ensayar una definición doctrinal y no de derecho positivo. La legislación que lo reglamente no tiene necesariamente que enunciar la definición sino tan sólo individualizar sus notas o características.

E) Formalidades y competencia.

En cuanto a las formalidades, que algunos se empeñan en entenderlas como cosa distinta a la forma, no obstante el vocablo empleado en el recordado art. 979, ins. 2º, considero necesario puntualizar lo siguiente:

a) Como lo destaca De Castro y Bravo (9)(448), la pluralidad de sentidos de esta palabra, repercute dañinamente al ser utilizada en el derecho. Para evitar fáciles confusiones, conviene distinguirlos, conforme al hecho a que se refiere la forma y a la eficacia que se le atribuye".

"Se denomina forma: 1) El medio de expresión, es decir, lo que sirve para expresar lo querido. En este sentido, todo negocio requiere una forma distinguiéndose, después, la forma libre de la no libre o vinculada (formalismo). 2) Las formalidades. Se refiere a la observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de la voluntad. Forma extrínseca requerida cuando se exige el uso de palabras determinadas, de fórmulas, el documento, la autorización notarial, la presencia de testigos, etc.". Para no extenderme al respecto me remito a lo dispuesto por el art. 973 del Código Civil. Es lógico que aludo a las formalidades genéricas y a las especiales de cada clase de documento extra protocolar.

En lo atinente a la competencia, en estos documentos rigen los principios de la competencia tridimensional (real, territorial, personal).

Incurren en serio error los que suponen que pueden producir documentos extraprotocolares sin cumplir estrictamente con los arts. 980 y 985 del Código Civil.

Adviértase que no hablo de "actuar". fuera del protocolo sino de crear documentos notariales fuera del Protocolo, es decir, en ejercicio de la fe pública notarial. Fuera de su distrito el escribano podrá intervenir en ciertas actividades pero no autorizar un instrumento público cualquiera sea su clase. Tampoco podrán versar estos documentos sobre materias o asuntos que legalmente no les incumbe, ni intervenir en aquellos que rige la prohibición del art. 986 del Código Civil.

F) Cantidad de ejemplares.

En principio se extiende, firma y autoriza un solo ejemplar que es el destinado a circular tal como ha sido creado y por consiguiente se entrega al interesado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Puede ocurrir, sin embargo:

a) Que en razón del contenido o más precisamente del número de sujetos instrumentales, interesados o partes, sea necesario realizar las mismas operaciones indicadas en varios ejemplares, que se consideran todos originales aunque se obtengan duplicados o reproducciones por el sistema del carbónico u otro cualquiera. No se trata aquí de copias o traslados sino de un solo documento cuyo contenido o modelo requiere dos o más originales. Sin excluir por esto que después puedan obtenerse copias o reproducciones por los medios autorizados, como puede hacerse incluso con los documentos privados y con otros públicos que no son matrices.

b) Que el escribano estime conveniente, a su exclusivo juicio, conservar un ejemplar. En este caso no debe contraer responsabilidad por su guarda, como se ha previsto en el art. 53 del reglamento notarial vigente en la provincia de Buenos Aires.

c) Que a pedido de los intervinientes, una vez producido el documento sin matriz, se incorpore éste al protocolo mediante acta que se extenderá con las formalidades de ley. Esta idea como las anteriores que sugerí en su oportunidad fue receptada también por el precitado reglamento notarial (art. 52).

Este procedimiento no debe asimilarse al régimen uruguayo, según el cual las actas siempre se extienden fuera del protocolo, pero después necesariamente deben llevarse al llamado registro de protocolizaciones.

G) Registración o anotación.

No constituye un presupuesto indispensable. En su momento apoyé la supresión del registro especial que había creado la ley 5015 de la provincia de Buenos Aires. A la sazón lo importante era defender el documento extraprotocolar como expresión tan químicamente pura de la fe notarial, que se hallaba colocado en el mismo plano del art. 993 del Código Civil respecto de la función probatoria de los hechos presenciados por el notario o enunciados como cumplidos por él.

Al presente he cambiado de opinión, por distintos motivos. Entre ellos: a) La incompreensión de algunos autores acerca de que no cabe admitir diferencias entre el valor probatorio de los documentos protocolares y extraprotocolares en relación con la fecha y otras circunstancias, porque entonces se abate toda la teoría del instrumento público. b) La confianza que, por ese mismo motivo, debe brindar el escribano con iniciativas que surjan de su propio seno, a fin de eliminar trabas, suspicacias y pérdida de prestigio del documento autorizado por el notario, cualquiera sea su tipo.

De lo expuesto se sigue que estimo útil generalizar el sistema introducido por la ley 5015, ya sea por medio del registro que ella contemplaba o del registro de intervenciones que se ha instituido en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunas provincias (muy correctamente reglamentado en la provincia de Santa Fe) o a manera del libro indicador implantado en España.