

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ELEMENTOS DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES PROTOCOLIZACIÓN

JOSÉ V. SAN MARTÍN

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. PROTOCOLO. Definición e historia del mismo. III. ESCRITURAS Y ACTAS: a) Privadas. b) Públicas. c) Actas notariales. d) Diferencias de fondo y forma. IV. PROTOCOLIZACION. Definiciones. Características legales. V. ACTA DE PROTOCOLIZACION. VI. ASPECTO JURÍDICO derivado de: a) Argumentos para la exigencia de la protocolización de actos de extraña jurisdicción, basados en su constitucionalidad. b) Razones jurídicas que se le oponen. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el presente trabajo, de tratamiento muy somero en razón de su vastedad, se han de considerar los elementos que constituyen la materia, el fondo y la forma de los documentos notariales, para llegar a la finalidad propuesta, o sea el acta de protocolización y respecto de ésta al estudio de cuatro aspectos que conforman cada uno de los motivos del quehacer notarial, considerándolos desde sus distintos puntos de vista científico-jurídicos, que hacen, inclusive, una cuestión de interés personal del notario al pretender adaptar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma, como justificativo de la aplicación jurisdiccional para su intervención profesional.

Así, entre otros aspectos que destacaremos en su oportunidad, de entre ellos, la publicidad de los derechos emergentes de los documentos materia de la protocolización en extraña jurisdicción, constituiría en los casos en que se lo exigiere, el argumento decisivo para la consagración de su validez.

De ahí que, en términos generales, muchos de los problemas de orden esencialmente jurídicos, cuya solución se ha pretendido también por la vía jurídica, han obtenido respuestas circunstanciales que no responden categóricamente a esa característica. Así hemos visto soluciones locales para problemas locales sobre la base de un problema de orden general que excedía los límites de esa localización.

De esa diversidad interpretativa, sacaremos conclusiones expuestas al final, no sin antes, como dijera, analizar el cuádruple aspecto que ella presenta:

- a) La constitucionalidad de la exigencia de la protocolización;
- b) su improcedencia;
- c) su publicidad relacionada con el derecho fiscal, de orden administrativo, y muy especialmente en lo que se refiere al derecho registral; y
- d) el interés privado de la actuación profesional.

Para ello, es necesario separar y estudiar los distintos elementos que componen el todo de nuestra materia de estudio: el documento, base de la protocolización, sus efectos frente a terceros y los antecedentes legales de la cuestión.

II. PROTOCOLO. DEFINICIÓN E HISTORIA DEL MISMO

Protocolo deviene del latín protocollum, y éste del griego protokollon, que en propiedad significa la primera hoja encolada o pegada. A su vez protokol-lon deviene de las raíces del griego protos, primero y kol-lao, pegar.

Dentro de la etimología señalada, el concepto de "protocolo" es el de "primera hoja de papel pegada con cola o engrudo", porque así se pegaban las hojas de los libros.

En su acepción notarial, PROTOCOLO es la serie de escrituras matrices y otros documentos agregados que autoriza y custodia un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario(1)(609).

Ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades(2)(610).

Rufino Larraud(3)(611), dice: "La evolución del instrumento público medieval, puede trazarse en buena parte, sobre la línea recorrida por el traslado notarial. Aunque es preciso decir que las expresiones original, copia y traslado, con el alcance que aquí les damos, son de uso relativamente moderno en nuestra disciplina.

En efecto: las PARTIDAS distinguen "como deuen ser fechas las notas" (los originales o escrituras públicas en nuestro lenguaje actual), o "las cartas (hoy traslados o copias) de los escribanos públicos"; y la PRAGMATICA DE ALCALA de 1503 habla de notas y escrituras, pero da a esta última palabra el sentido que hoy expresaríamos con el vocablo "o copia".

Las cosas habrían ocurrido así: en una etapa de la evolución, con el encargo de documentar el acto, el notario recibía un pergamino de cuero y anotaba al dorso como "breve noticia" -notitis dorsalis-, los elementos del negocio para redactarlo luego in extenso en la otra faz y entregar todo a la parte que tenía interés en conservar el ejemplar.

Posteriormente este procedimiento habría sido superado. contribuyendo a ello la aparición del pergamino de "tela", menos costoso que el de cuero y más aceptable a la formación de registros o colecciones, y luego la introducción del papel en España, llevado por los árabes. Ahora el notario extiende sus notas (breve o abreviatura) en un cuaderno de folios de pergamino, las lee a las partes en alta voz y en un solo acto, y después que éstas han prestado su consentimiento verbal, las hace firmar por los otorgantes y testigos suscribiéndolo también él, con lo cual quedaba perfeccionado el acto.

La carta podía expedirse años después, y aun no expedirse nunca, debido, por manera especial, a la escasez y alto valor del pergamino de cuero. Pero lo que interesa destacar aquí, en cierto modo es un documento nuevo, distinto de la nota, que es la carta, la cual constituye un verdadero desarrollo en cuanto a su eficacia probatoria.

Dos siglos y medio más tarde, la Pragmática de Alcalá, al crear el protocolo en su modalidad española, introdujo modificaciones de importancia en el régimen.

La Pragmática de 1503 mandó "que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escribe por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaran y se hubieran de hacer, en la cual dicha nota contenga toda la escritura que se hubiere de otorgar por extenso" ... "las lean, presentes las partes y los testigos; y si las partes las otorgaren, las firmen en sus nombres en prueba de consentimiento".

En cuanto a los traslados (el vocablo escritura sustituye ahora al de carta), según se habrá observado, mandó que no se expidan sin estar previamente firmada la nota respectiva, y que "en las escrituras que así dieren signadas ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el registro".

Prosiguiendo con la historia del protocolo, resulta verdaderamente ilustrativo y a la vez sorprendente que en la llamada CONSTITUCIÓN DEL EMPERADOR MAXIMILIANO, dictada el 8 de octubre de 1512, se hayan contemplado disposiciones reglamentarias respecto a la formación y conservación del mismo, alguna de las cuales ¡después de más de cuatro siglos! aún subsisten.

Así resulta de dicha Constitución, que en sus partes dispositivas, y al respecto, decía: "...y estando admitido por derecho, por uso común práctico y costumbre que se guarde en los instrumentos públicos y sus solemnidades la siguiente forma: Que después de la invocación del nombre de Dios, de quien emanan todos los bienes, se consigne el año de la Redención, la indición, el nombre del Príncipe y el año de su Reinado; después el mes, el día, la hora, el sitio, enseguida los hechos o las series de hechos; a continuación los nombres y apellidos de los testigos, con claridad designados, y finalmente se pongan el Signo y suscripción del Notario que siempre debe ser rogado o requerido al efecto y dar fe de esa rogación; mandamos, preceptuamos y ordenamos que se guarde dicha forma sin omitir los otros requisitos acostumbrados en cada lugar"... "Además mandamos que cada Notario procure sin excusa alguna tener y custodiar con suma inteligencia y dejar a su defunción un PROTOCOLO en que aparezcan ORDENADAMENTE ANOTADOS POR SI MISMOS y no por extraña mano, todos los actos ante él otorgados y para los que hayan sido requeridos; que conserve registradas copias literales de los instrumentos por él autorizados para que pueda recurrirse al tal protocolo o registro, cuando, por extravío de los expedidos, antes o después de su muerte... que los PROTOCOLOS QUEDEN Y SE CONSERVEN legibles y no se destruyan ni borren... para que por el PROTOCOLO pueda averiguarse la verdad..." Y a continuación consagra en forma categórica el principio de AUTENTICIDAD, cuando dice: "...Cuiden los Notarios, para la mayor exactitud del relato, de no anotar en su protocolo ni expresar luego en el documento nada más ni menos que lo que haya ocurrido ante ellos y los testigos llamados expresamente, previo requerimiento y no hechos acaecidos antes o algún tiempo después, y además lo hayan percibido con sus sentidos corporales... Y aunque no sea necesario dar a la nota del protocolo tanta extensión como a la carta que de él se expida, los Notarios deben al menos en breves sumarios consignar las cláusulas sustanciales, según la naturaleza del acto o contrato o la costumbre del lugar..."

**III. ESCRITURAS Y ACTAS. A) PRIVADAS. B) PUBLICAS. C) ACTA NOTARIAL.
D) DIFERENCIAS DE FONDO Y FORMA**

Antes de entrar a considerar el acto material de la protocolización y definir ésta, como en definitiva es el propósito de este trabajo, aunque someramente, veremos en primer término el objeto de la misma y los distintos elementos de ella, es decir, los documentos y de entre éstos los

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerados instrumentos públicos y privados, así como las diferentes clases de actas.

Para este estudio, siguiendo la orientación de la cátedra del Dr. Pelosi(4)(612), emplearemos la palabra documento en lugar de instrumento, atento la naturaleza específica de lo notarial, que conviene al caso, y así, al definir la escritura en su acepción más simple, diremos que "es el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa". En el sentido amplísimo del derecho, es todo escrito o documento que se hace con el fin de dejar constancia de algún acto jurídico; y dentro de este concepto están comprendidas tanto las escrituras privadas como las públicas.

a) Privadas

Son las que sin intervención del notario o de algún otro funcionario dotado de fe pública hacen los particulares entre sí, con o sin testigos. No requieren forma especial alguna, desde que la ley no la establece; por lo tanto, quienes contratan utilizándolo, pueden hacerlo sin ajustarse a solemnidad alguna, y usar idioma distinto al patrio, como así lo precisa el art. 1020 del Código Civil.

Tienen por ello validez y fuerza probatoria de los actos que ellos contienen tan sólo entre los que los suscriben a título singular y se extiende a sus herederos cuando fueren reconocidas sus firmas. Dice al respecto Escriche(5)(613): "hacen fe y tienen antigüedad entre las partes y sus herederos desde su fecha; pero como pudieren haberse entendido y convenido las partes en antidatarle para defraudar a otras personas, de ahí es que contra terceras personas no pueden hacer fe ni tener antigüedad -para probar el hecho de la convención o disposición en él contenida-, sino desde que adquiera fecha cierta, de modo que no pueda recaer sospecha de haber sido antdatado".

b) Públicas

Son las que, con las formalidades de ley, se hacen por ante escribano público u otro funcionario autorizado para ejercer en las mismas condiciones, y respecto de su eficacia, ésta se regula por el art. 994 del Código Civil, que dispone: "Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos".

En el sentido jurídonotarial, la escritura pública es la otorgada ante escribano competente, autorizada por éste con todos los recaudos de ley y concernientes a ella, en el protocolo de su registro.

Pueden ser materia de ellas todos los actos y contratos lícitos conforme a las leyes y sus reglamentaciones y la forma dependerá de la naturaleza del negocio jurídico que contengan. La ley 17711 modificatoria del Código Civil, vigente desde el 1° de julio de 1968, incluye entre los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requisitos necesarios, fuera de los hasta entonces exigidos, un nuevo elemento que dio en su tiempo y aún continúa, aunque en forma más atenuada, materia de discrepancias derivadas de la interpretación de la modificación que la misma introdujo a los arts. 1276 y 1277 del citado Código. Dichas discrepancias se suscitaron principalmente acerca del valor de la terminología consentimiento y asentimiento. Carlos A. Pelosi(6)(614)resuelve con bastante acierto en un análisis jurídico-gramatical: les atribuye sinonimia a los vocablos asenso, beneplácito, aquiescencia, autorización, permiso, anuencia, licencia, asentimiento, conformidad. voluntad, condescendencia, venia, aprobación, acuerdo, visto bueno, conformidad, admisión, etc.; explica con citas nacionales y extranjeras el ámbito y fines del consentimiento, y, lo que es tal vez más importante para la aplicación en nuestro derecho, la forma de aplicarlo.

c) Actas notariales

Expresamente aparece definida en el Diccionario de la Academia como "relación que extiende el notario de uno o más hechos que presencia o autoriza"(7)(615).

Fernández Casado entiende que el acta notarial es un instrumento público que contiene la exacta relación y narración de un hecho capaz de influir en el derecho de los particulares, y levantada por requerimiento de una persona.

Para Novoa, es un documento público autorizado por notario en el que, a requerimiento de parte con capacidad intelectual suficiente, se hace constar un hecho que presencia o le consta al notario; que no puede ser objeto de contrato, y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica.

José Máximo Paz, refiriéndose a las legislaciones española e italiana, señala que "la escritura tiene siempre por objeto la exteriorización de un acto jurídico, mientras que las actas notariales tienen como órbita propia de su acción, la autenticidad de hechos jurídicos, que a veces por la intervención notarial adquieren eficacia de acto jurídico, como a menudo ocurre con los protestos".

Carlos A. Pelosi(8)(616), refiriéndose al anteproyecto de ley notarial, diferencia la escritura por razón del contenido, y agrega: "Los negocios jurídicos deben instrumentarse mediante escritura pública; y es materia de las actas los hechos que no pueden considerarse actos o negocios jurídicos". En esto, considero, reside el aspecto fundamental de la diferenciación entre uno y otro documento.

En el art. 979 del Código Civil se definen como instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, no solamente las escrituras públicas hechas y "protocolizadas" por escribanos públicos, sino también cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubiesen determinado. (Aquí, las actas, si la forma de éstas hubieren sido determinadas por la ley; por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejemplo: protestos, protestas y las que veremos como consecuencia de la reciente aplicación del art. 585 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley N° 17454). Pero la norma que indudablemente debemos destacar en primer término es la del art. 169 de la ley 1893, orgánica de tribunales, que de manera ambigua establece que "el escribano de registro es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de las actas y contratos que ante él se extendieren o pasaren".

La ley 12990 del 3 de julio de 1947, sobre regulación de las funciones del notariado en la Capital Federal, en su art. 12 establece claramente que se atribuyen exclusivamente a los escribanos la facultad de "labrar toda clase de actas de carácter público y, en general, intervenir en todos aquellos actos que no requieran la formalidad de la escritura pública en el modo y forma que determinen las leyes procesales y el Reglamento Notarial". A su vez, el decreto reglamentario 3972 de dicha ley especifica en su art. 10 las atribuciones conferidas a los escribanos de registro en el citado art. 12, al expresar que se concretan a: ..."inc. g) labrar actas de sorteos, asambleas, reuniones de comisiones y actos análogos"... e "inc. h) labrar actas de notoriedad o protesta para comprobar hechos y reservar derechos".

La ley 14054 del 5 de septiembre de 1951 modificó parcialmente la citada anteriormente, 12990, y con respecto al art. 12 suprime la alusión a la facultad de "labrar toda clase de actas de carácter público", creando una verdadera confusión que es desvanecida con la sanción del decreto 26665 de 28 de diciembre de 1951, aprobatorio del Reglamento y Arancel Notarial, que no obstante derogar íntegramente el decreto reglamentario 3972/48, reproduce literalmente las atribuciones de los escribanos de registro contenidas en los referidos incisos g) y h) del art. 10.

d) Diferencias de fondo y forma

Como surge de la relación sucinta hecha anteriormente, si bien autores como Fernández Casado no encuentran diferencias fundamentales entre escritura y acta, ya que sería puramente formal al existir otorgamiento en la escritura y en el acta no, nosotros la encontramos atendiendo a que la escritura respecto de su contenido negocial referido a ACTOS, constituye un documento sinalagmático en el que se consignan acuerdo de voluntades; y en el acta, referida a HECHOS, es unilateral y contiene la voluntad de una sola parte, y que no obstante su proyección a producir eficacia de acto jurídico, puede, por efectos de la comprobación de hechos, obtener la relevancia de aquél.

La escritura debe contener los preceptos de fondo y forma que exige el ordenamiento jurídico para que conforme a su naturaleza: compraventa, hipoteca, etc., tenga plena eficacia y validez.

El acta protocolar o extraprotocolar asienta comprobaciones de hechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídicos o no, adaptándose al derecho respecto de la forma, y sólo cuando la ley lo exige, tal como ocurre, por ejemplo, en los protestos.

En las primeras, el notario da fe del acto; en las segundas, de los hechos, tal como se presentan a la apreciación de sus sentidos y de su calificación acerca de la licitud de ellos como acción preventiva y resguardadora de derechos presentes y futuros.

Una definición ajustada respecto de las actas, así como la clasificación de las mismas, la obtenemos en el anteproyecto de ley notarial argentina que, con respecto a la primera, su art. 53 dice: "En esta ley se denominan actas los documentos que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica".

IV. PROTOCOLIZACION. DEFINICIONES.

Protocolizar, en sentido lato, significa incorporar un documento, que generalmente es un instrumento privado, a un protocolo notarial. Esa incorporación puede ser la consecuencia de una orden judicial o la de un requerimiento formulado por personas directa o indirectamente interesadas en el negocio jurídico que el instrumento contiene.

En el primer caso, estaremos frente a una PROTOCOLIZACIÓN PROPIAMENTE DICHA, o protocolización stricto sensu, que se caracteriza porque, conforme a lo establecido en el art. 984 del Código Civil, produce el efecto de convertir el instrumento privado protocolizado en un verdadero instrumento público. Dice así, al respecto, la citada disposición legal: "El acto bajo firmas privadas mandado PROTOCOLIZAR entre los instrumentos públicos por juez competente, ES INSTRUMENTO PUBLICO desde el día en que el juez ordenó la protocolización".

No siendo así no adquiere tal característica, sino la de su fecha cierta, tal como resulta del art. 1035 del mismo Código, es decir, a requerimiento de partes sin intervención judicial(9)(617).

Según Carlos A. Pelosi(10)(618), no hay acuerdo en la doctrina acerca de los términos protocolar, protocolado y protocolizado.

El vocablo protocolizado que figura en el tercer párrafo del art. 1003 del Código Civil -texto según ley 15875 modificatoria de éste- comprende tanto la inserción, transcripción, anejió n o incorporación al protocolo de los distintos instrumentos materia de la misma, encerrando por lo tanto esta última palabra el sentido más amplio, de tal manera que un documento formará parte del protocolo por cualquier medio utilizado para incorporarse a él, permaneciendo de modo inseparable, aunque no se haya extendido o escrito en las hojas del protocolo propiamente dicho.

Es de hacer notar al respecto que las leyes orgánicas del notariado de las provincias de Corrientes y Entre Ríos, en sus arts. 67 y 70, respectivamente, denominan protocolo a todo el conjunto que constituye

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su formación, incluidos sus índices, documentos habilitantes anexos, certificados, etc., existiendo doble numeración parcial para las "fojas del protocolo notarial en las que se extienden las escrituras"; y otra general, para todas las fojas que lo componen.

Por su parte, José M. Mustápich(11)(619)dice: "La protocolización constituye la incorporación al protocolo notarial de documentos privados o públicos, como en los supuestos del art. 1211 del Código Civil".

El Código contempla varios supuestos de protocolización de documentos privados, tales como los del art. 1035, inc. 3°, fuera de los ya mencionados, y que determina la transcripción del instrumento privado en cualquier registro público, así como el de su inc. 2°, que también configura, en cierta manera, una protocolización.

A diferencia, como hemos visto, de lo que ocurre en las escrituras públicas, en que las partes formalizan sus relaciones jurídicas conforme a las exigencias legales, en la PROTOCOLIZACION, el que decide la incorporación de un instrumento privado al protocolo notarial es el juez, quien puede inclusive decidirlo aun en ausencia de alguna de las partes intervinientes en el mismo, pero con citación de ellas. Así lo interpreta Raymundo M. Salvat(12)(620), al decir que "La protocolización hecha privadamente, es decir, la agregación de un instrumento privado a una escritura pública, hecha de común acuerdo de partes, pero sin orden judicial, no constituiría por consiguiente una verdadera protocolización en el concepto que le atribuye el art. 984 del Código Civil". Este principio es compartido por José O. Machado(13)(621)y así dice que "los instrumentos privados pueden tener la fuerza de los públicos, sea por el reconocimiento judicial, sea por la protocolización", remitiéndose a la citada disposición del art. 984, para concluir que "las leyes de procedimiento determinarán la forma y modo de hacerse la agregación al protocolo".

Asimismo, Guillermo A. Borda(14)(622)expresa: "La orden judicial es requisito indispensable para que exista la protocolización" y se remite al mencionado art. 1003 del Código Civil en su reforma de la ley 11846, de la que haremos un análisis al tratar el acta de la protocolización propiamente dicha.

A simple pedido de las partes, el escribano podrá agregar el instrumento privado al protocolo y con ello adquirirá FECHA CIERTA -art. 1035 Cód. Civil-, PERO NO SE CONVIERTE EN INSTRUMENTO PUBLICO, pues le falta el requisito de la autenticidad. Participa de este concepto Juan Baldana(15)(623), cuando dice: "La protocolización que se hiciere con la sola intervención de las partes, SIN LA DEL JUEZ, no le daría al documento el carácter de instrumento público y por lo tanto no surtiría efectos de tal entre las partes ni contra terceros, conforme a los arts. 993 al 995 del Código Civil. Sólo adquiriría, como ya se ha dicho, fecha cierta.

Cuando a la protocolización del instrumento privado concurren todas las partes que lo suscriben, la misma adquiere de por sí caracteres de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura pública; tal lo resuelto en el caso contenido en Jurisprudencia Argentina, t. VI, pág. 44, y lo que al respecto afirma el tratadista Alberto G. Spota(16)(624), al decir: "La protocolización requerida extrajudicialmente, cuando es efectuada por todos los interesados en el negocio jurídico, implica elevar el instrumento privado en público, en cuanto significa un acto de reconocimiento -art. 720 del Código Civil- y en definitiva, puede y debe asimilarse al convenio privado en el cual se pacta la obligación de elevarlo a escritura pública... En ese caso, todos los requisitos legales inherentes a la escritura pública deben cumplirse". De lo expuesto se deduce que la protocolización de un instrumento privado sin orden judicial SOLO ADQUIERE FECHA CIERTA con relación a las partes, sus sucesores o terceros, pero no lo convierte en instrumento público.

No modifica esta situación el reconocimiento de las firmas que lo suscriben por su autenticidad.

Para tener por cumplidos los efectos legales en los actos o contratos que requieren escritura pública, es indispensable la declaración de voluntad de las partes o de quienes representen sus derechos en la intención de dar por cumplido el negocio jurídico, reproduciendo el contenido del instrumento.

V. ACTA DE PROTOCOLIZACION

La ley nacional 11846 del 6 de julio de 1934, modificatoria del art. 1003 del Código Civil, dispone: "La protocolización de documentos exigida por la ley, SE HARA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIA. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de cumplir la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización, dará a los interesados los testimonios que se le pidieren".

Así fue como en el mencionado cuerpo legal tuvo acogida una clase de ACTA que a pesar de extenderse y numerarse en el protocolo como escritura, se aparta, excepcionalmente, de las formalidades propias de estos documentos, incluso de la exigencia de las firmas de los interesados y testigos (cuando éstos eran obligatorios)(17)(625).

LAS PROTOCOLIZACIONES DEBEN DECRETARLAS LOS JUECES, en los siguientes casos, entre otros:

- a) Los contratos hechos en país extranjero para transferir el dominio de bienes raíces, a fin de hacer tradición de ellos con efectos jurídicos (art. 1211 Código Civil).
- b) Las hipotecas sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

República constituidas por instrumentos hechos en países extranjeros (art. 3129).

c) Los testamentos ológrafos y cerrados (art. 3695 del Código civil).

d) Los testamentos por acto público que en ocasiones pueden hacerse en la campaña ante el juez de paz o ante un oficial municipal (art. 3690 Cód. Civil).

e) Los testamentos que en ciertas condiciones puede otorgar en país extranjero un argentino o un extranjero domiciliado en el Estado ante determinados funcionarios (arts. 3636/7 del Código Civil).

f) Los testamentos militares y marítimos (arts. 3677 y 3681 Código Civil).

g) Los actos bajo firma privada cuya protocolización se ordene por razones especiales. Se consideran instrumentos públicos desde el día en que el juez ordenó la protocolización (art. 984 Código Civil).

Los poderes otorgados en el extranjero para los actos a que se refieren los puntos a) y b) pueden protocolizarse SIN MANDATO JUDICIAL. Tal es la doctrina sustentada en numerosas consultas formuladas a colegios notariales.

Por disposición legal

Por último y recientemente, con motivo de la modificación del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, dispuesta por la ley 17454 en su título II, Juicio Ejecutivo, Capítulo III, Cumplimiento de la Sentencia de Remate, el art. 585 taxativamente dice: "ESCRITURACIÓN. La escritura de protocolización de las actuaciones será extendida por el escribano sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado".

Por último, agregamos que se entiende también que un documento público o privado se halla PROTOCOLIZADO por su incorporación o transcripción en el protocolo, sea a requerimiento de parte interesada a ese solo objeto, cuando como hemos visto, media orden judicial o es la consecuencia legal de un ordenamiento como el del precitado art. 585 del Código Procesal vigente.

VI. ASPECTO JURÍDICO

DERIVADO DE: A) ARGUMENTOS PARA LA EXIGENCIA DE LA PROTOCOLIZACIÓN EN ACTOS DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN BASADOS EN SU CONSTITUCIONALIDAD. B) RAZONES JURIDICAS QUE CONSAGRAN SU IMPROCEDENCIA

A) Argumentos de la constitucionalidad

La Constitución Nacional en su Título Segundo, al tratar los gobiernos de provincia, dice en su art. 104: "Las provincias CONSERVAN TODO EL PODER NO DELEGADO por esta Constitución al Gobierno Federal, y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"

1) Originalmente corresponderían a las provincias la totalidad de los poderes de gobierno en forma ilimitada.

2) Conservarían esta totalidad con una excepción: la parte delegada conforme al artículo pretranscripto.

3) No se delegaron facultades de dictar leyes internas de ORGANIZACIÓN JUDICIAL, en lo político y administrativo. Pueden sobre esto legislar sin contrariar alguna ley fundamental.

La misma Constitución en el Capítulo IV al legislar sobre ATRIBUCIONES DEL CONGRESO, dice en su art. 67: "Corresponde al Congreso: ...11) Dictar los Códigos Civil,...

En virtud de este artículo, al dictarse el Código Civil, éste dispuso sobre la materia, es decir, sobre personas, acciones y cosas, en una palabra, relaciones de DERECHO PRIVADO, relaciones de personas entre sí y con respecto a los bienes, debiendo distinguirse dos zonas:

- a) La del derecho civil,
- b) La del derecho administrativo

Esta última, ajena por su esencia al Código Civil, y que éste no puede invadir, desde que el derecho administrativo regula la exteriorización del derecho mismo, o sea las relaciones, no de particulares entre sí, sino de ellas con el Estado.

Nosotros deducimos que el acto de ejercicio del derecho importa un acto de libertad: toda libertad está sujeta a las leyes que la reglamentan y esas leyes son de competencia local. Así las cosas, debiera entenderse que toda actividad autorizada por el Código Civil al ponérsele en ejecución, importa un acto de ejercicio de la libertad y como tal queda sujeto a las leyes que lo reglamentan, sea en interés fiscal o social, pero siempre sin interés colectivo, ante el cual el particular debe ceder.

Tampoco podría ello decirse frente a la exigencia de la previa inscripción (cuando se tratare de documentos inscribibles: compraventa, hipotecas, etc.) porque la misma se exige por múltiples razones que son a la vez que fiscales, de paz jurídica y social, especialmente cuando se trata de los certificados de dominio y libertad de disposición de bienes conforme a los mismos, evitándose la posibilidad de vender como propia una cosa que no lo es, o como libre una cosa interdicta, y conjurar así delitos, procesos y pleitos, ejercitando en suma poderes de policía que cada provincia ejerce sin limitación; argumento que se vería robustecido por el mismo Código Civil cuando en su art. 2611 establece: "Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en interés público, son regidas por el derecho administrativo, lo que importaría someter todo lo que a ella se refiere al imperio de las legislaciones locales (es decir, de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

provinciales).

Nos parece oportuno citar un trabajo que bajo el título de "Protocolización de documentos" constituyó un dictamen del eminente notario Aquiles Yorio(18)(626)y que de entre sus argumentos serían valederos los que establecen que la inconstitucionalidad de la protocolización determinada por el fallo de la Suprema Corte de Justicia se fundamenta en la pretensión de desconocer los derechos de los propietarios porque el título no había sido protocolizado en la jurisdicción respectiva, ni tampoco había sido inscripto en el Registro de la Propiedad.

"De conformidad con las disposiciones del Código Civil -dice el dictamen- la transmisión de la propiedad se opera por la tradición y la escritura pública, y la omisión de la formalidad de la protocolización e inscripción no puede llegar hasta desvirtuar aquellas disposiciones que en todos los casos deberán prevalecer sobre las leyes de forma cuando éstas se encuentran en pugna con aquéllas".

Y continúa el preopinante manifestando que la institución de los registros inmobiliarios en nuestro país se rige por las legislaciones locales, que establecen las obligaciones de la inscripción de los actos jurídicos y judiciales otorgados en otras provincias, puesto que ellos merecen plena fe, y que el requisito de la protocolización "es de forma, al solo efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad local, sin alterar los principios del Código Civil".

Aclara Yorio que leyes de orden público e inclusive impositivas hicieron privar el carácter de la protocolización como exigencia formal para el cumplimiento del acto.

Cita el mismo autor que las Excmas. Cámaras Civiles de la Capital, en el caso planteado por Silvano B. Beltrame, han declarado que la disposición que exige la protocolización en jurisdicción nacional no es inconstitucional, teniendo por resolución el dictamen del fiscal de Cámara, que expresó que la inclusión de esa disposición en la ley no hace sino consagrar una doctrina jurídica argentina establecida por todos los tribunales provinciales y la del más alto tribunal de la Nación (S.C.F. Fallo XIII, 456; XIV, 18) en cuya virtud se declaró que "tal protocolización es necesaria para la tranquilidad del comercio y seguridad de los contratos".

Mas adelante abona el autor su tesis al decir que "nada tiene que ver en esto la ley 44, pues las leyes de provincias sobre protocolización de instrumentos otorgados fuera de ellas no son inconstitucionales... El art. 80 de la ley no introduce novedad alguna en la legislación de la Capital, sino que llena simplemente un vacío de las leyes anteriores y lo hace de acuerdo a la jurisprudencia de nuestros tribunales federales nacionales y provinciales". Así resulta de la declaración de la Suprema Corte Federal en Fallo CVII, 41, al expresar que: "la necesidad de la protocolización de los títulos no importa crear una forma esencial del acto jurídico de la transmisión de un inmueble, sino una formalidad...".

B) Argumentos de la inconstitucionalidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dice la Constitución Nacional en su Capítulo "Declaraciones derechos y garantías", en el art. 7°: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de esos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán".

Dispone al respecto la ley nacional 44 en su art. 40: "Los actos públicos, procedimientos, sentencias y demás documentos de que se habla en los artículos anteriores, AUTENTICADOS en la forma que en ellos se determinan, merecerán fe y crédito, surtirán tales efectos ante los tribunales y autoridades dentro del territorio de la Nación, como por uso y ley les corresponde ante los tribunales y autoridades de las provincias de donde proceden".

Así: una declaratoria de herederos, una hijuela, o una escritura pública, de venta, por ejemplo, como prueba auténtica de la transmisión de dominio que expresan, NO REQUIEREN, al entrar para su probanza en otra provincia distinta de la que provienen, que se dicte una nueva declaratoria (con la repetición de los trámites procesales de estilo), que se haga una nueva cuenta particionaria para su posterior aprobación, ni que los otorgantes de la compraventa concurran ante otro escribano a manifestar de nuevo su VOLUNTAD de vender, ni a reproducir, aun por la vía de la protocolización, el acto primario que la contuvo.

El argumento de la privatización del derecho administrativo, se destruye con los siguientes fundamentos:

1) La ley local (provincial), vulnera algún derecho consagrado por la Constitución Nacional a favor del particular que se considera lesionado, o vulnera la garantía de ese derecho.

2) La ley provincial dispone en contra de lo que, de acuerdo con el art. 31 de dicha Constitución, "debe considerarse ley suprema de la Nación".

Al mencionar anteriormente el art. 67 inc. 11) de la Constitución Nacional, aludiendo al Congreso, agregamos que dentro de los poderes delegados están los de establecer: quién o quiénes (capacidad), sobre qué (objeto) y por qué medios (forma) podrá realizarse un acto jurídico para que quede concluido y produzca efectos propios. Ninguna ley provincial podría en consecuencia alterar lo que en esta materia (capacidad, objeto y forma) establece el Código Civil porque EXPRESAMENTE ha delegado en el Congreso el poder de hacerlo.

Consideramos un valiosísimo aporte el trabajo de José María Lambruschini(19)(627)denominado "La jurisdicción de los escribanos y la protocolización", en especial el parágrafo intitulado "Valor de las escrituras públicas otorgadas dentro de la República. La protocolización y su inconstitucionalidad".

Afirma Lambruschini: "Siendo la Constitución Nacional la ley básica, todas las leyes que en su consecuencia se dicten deben concordar con sus disposiciones... y alcances, sin alterarlas bajo ningún concepto".

La segunda parte del art. 7° determina que el Congreso por leyes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

generales puede determinar "cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán".

El Congreso hizo uso de dichas facultades a través de las leyes 44 y 5133, las cuales establecen como requisitos, y entre éstos el único probatorio, el de la LEGALIZACION, para que los testimonios que exteriorizaren contratos celebrados ante escribanos públicos gozaren de entera fe y crédito ante las demás autoridades y tribunales de nuestro territorio. De esta manera, continúa el artículo mencionado, todas las leyes que posteriormente fueron dictadas, alterando los principios consagrados por el precitado art. 7° de la Constitución Nacional y sus reglamentaciones, son inconstitucionales, tales como el art. 79 de la ley nacional 11290 y el 80 de la 11292, así como los arts. 858 y 859 del Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, y cualesquier otros de similar tenor de diversas provincias, así como las reglamentaciones que regulan las inscripciones contractuales, en oposición a la mencionada norma de la ley fundamental.

Concluye Lambruschini diciendo que, parte de los conflictos surgidos por la interpretación del citado art. 7° de la Constitución Nacional consisten en el valor asignado a los actos y procedimientos otorgados en la República, como consecuencia de disposiciones contradictorias locales, resultando que en la práctica quedaron reducidas a las causadas entre las leyes particulares de cada provincia, los postulados de la Constitución Nacional y las leyes de fondo y generales dictadas por el Congreso Nacional.

Las provincias han interpretado, por extensión, la facultad que tienen para legislar sobre materias de forma, o sea que, en términos generales, pueden dictar sus leyes; claro está que sobre el punto se ha olvidado el precepto general que establece: 'siempre que no lesionen principios y disposiciones de la Constitución Nacional', debiendo al respecto observarse lo establecido en su art. 31 y el orden que expresa el art. 21 de la ley 48.

De esta manera, las provincias, al dictar leyes exigiendo la protocolización de los actos otorgados en distintas jurisdicciones para que surtan sus efectos legales, han violado, entre otras disposiciones, la del art. 7° de la ley fundamental, que establece claramente el valor de los actos y procedimientos otorgados en todo el territorio del país. Este requisito ha dado lugar a numerosos fallos como consecuencia del conflicto de leyes suscitado, proceso que culmina con el pronunciamiento de fecha 25 de noviembre de 1935 de la Suprema Corte Federal, a mérito del cual, con conocimiento de los anteriores fallos estableció una condición de estabilidad definitiva para las resoluciones posteriores.

VII. CONCLUSIONES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El tema de por sí no es novedoso y por ende puede reputarse por todos conocidos; pero su actualización en este trabajo pretende de alguna manera enfrentar disposiciones locales que con la sola finalidad de un mayor rendimiento fiscal, así como la de intervención innecesaria de un funcionario público que repita un acto reproduciéndolo tan sólo para alcanzar aquellos efectos, logra el resultado práctico de obtener por esa vía una pretensión desmedida de valorización.

Así es como las leyes de creación de los distintos registros de la propiedad provinciales y sus códigos de procedimientos y fiscales dieron a la PROTOCOLIZACIÓN un carácter judicial ajeno a su propio fin específico y jurídico, relegándose el clarísimo concepto constitucional que, como hemos visto, establecía lo contrario.

La escritura pública celebrada con la fuerza legal emanada de las leyes de fondo, es sometida al previo reconocimiento de sus efectos jurídicos mediante el análisis de autoridades judiciales de extraña jurisdicción que, para la aplicación de tasas e impuestos que nada influyen para la validez del acto, determinan la exigencia de la realización de una escritura de otra escritura pública, que contiene en forma auténtica los principios que consagran su validez, sin otro requisito que el de su legalización, tal como lo establecen las disposiciones concordantes del Código Civil y el de la Constitución antes referidos.

Este propósito se logra en algunas provincias imponiendo tasas de inscripción en los registros de la propiedad, cuyo monto, incluido el de gastos de certificación e intervención de un notario del lugar, hacen que se desista en tales casos de la escritura primaria que por razones de lugar y tiempo conviene a las partes, para hacer que éstas obligatoriamente deban someterse a la exigencia localista, actuando de por sí mediante el traslado al lugar de ubicación del inmueble o bien negocial, o confiriendo poderes a personas radicadas en ese sitio, lo que en cierta manera no deja de ser una traslación de cuanto hace a la economía procesal, sino a la de voluntad negocial de las partes. Ya sea tal requisito o el de implantar el de la "protocolización", constituyen éstos un "ficto problema jurídico" que contradice el art. 7° de la Constitución Nacional y los propósitos de su Preámbulo sobre jurisdicción, al disponer: "...con el objeto de constituir la unión nacional...", entre otros, bases de la federalización modificándose además las comentadas leyes nacionales 44 y 5133, aclaratorias y reglamentarias del Código Civil, en lo atinente a sus expresas y claras disposiciones sobre la materia.

Es que estas disposiciones no pretenden vulnerar la facultad de las provincias para darse sus propias legislaciones el gobierno de sus poderes, y de entre éstos los compatibles con su jurisdicción civil, así como las disposiciones que reglan sus poderes municipales y de policía administrativa, pero, claro está, cuando ellos no estén en pugna con la Carta Magna ni ataquen los principios básicos e inalterables de las leyes de fondo en los que reposan el derecho y la justicia de la Nación.

Concluimos. A pesar de todo lo actuado hasta hoy, de la aparente desactualización del tema, nos mueve a su tratamiento el hecho de que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aún continúan suscitándose problemas locales con soluciones de orden general que exceden esa localización, y obtienen, por una exigencia compulsiva que legalmente sería improcedente, la "protocolización" de actos de distinta jurisdicción, renovando una vieja cuestión que no halla asidero jurídico que la justifique, hasta tanto una clara y definitiva normativa nacional tipifique de manera indubitable el aludido art. 7° de la Constitución, subordinando a ésta, cualesquiera sean sus motivos, las disposiciones que de alguna manera se opongan, con carácter local.