

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA PROTOCOLIZACIÓN DE LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS, POR
MANDATO LEGAL, DEBE HACERSE POR LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS
EXCLUSIVAMENTE(*) (350)***

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Un fallo que legisla. II. Fundamentos de la sentencia. III. La nota que lo apoya. IV. Argumentos que sostienen la tesis de este estudio. V. Conclusiones.

I. UN FALLO QUE LEGISLA

El notariado ha sido sorprendido por un fallo(1)(351)que ha sentado esta premisa:

"No resulta imprescindible la protocolización notarial del testamento ológrafo, que bien puede ser sustituida, a petición de los interesados, por la protocolización judicial del mismo. Es que en esencia, en uno y otro caso se cumple igualmente con la finalidad perseguida por la protocolización del testamento ológrafo, que no es otra que la de transformarlo en instrumento público y también la de proveer a su debida custodia y guarda".

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Se quiebra con este fallo un criterio firme y tradicional: "las escrituras públicas sólo pueden ser otorgadas por los escribanos de registro".

El magistrado que la suscribe había iniciado el fuego con un artículo doctrinario(2)(352), sosteniendo que la intervención notarial en estos casos "era fruto de un criterio consolidado al compás de la inercia y de una insuficiente profundización en la razón de ser de la protocolización del testamento ológrafo (y también del cerrado)".

Los motivos son convertirlo en un instrumento público y asegurar su extravío. Argumenta que iguales metas pueden alcanzarse con la protocolización judicial, pudiendo dictar el tribunal una resolución que se incorporará al "Libro de Resoluciones del Juzgado", que incluirá el texto íntegro del testamento.

Se ofrece así la ventaja de eliminar el pago de honorarios.

Propuso como de lege ferenda que se posibilite a los interesados elegir la vía.

En su opinión, los Códigos de Procedimientos que disponen la designación de un escribano están en contra del art. 3692 del Cód. Civil, pues éste pretende el archivo de las actuaciones y que el secretario expida testimonio del testamento y no que se agregue a un protocolo.

Según él, el concepto de Friedman(3)(353), que protocolización es la concretada por los notarios, debe ser modificado por el legislador.

Los magistrados, a petición de parte, pueden resolverlo; ahorrando dinero a los justiciables, que es una forma de dar a cada uno lo suyo y no de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quitárselo sin razones atendibles.

Mientras estos conceptos eran expuestos como doctrina - si bien no compartidos - merecían respeto.

Ahora han sido vertidos en la sentencia - el magistrado ha legislado -, y esto ya es harina de otro costal.

III. LA NOTA QUE LO APOYA

La nota de Barbero que acompaña ese fallo(4)(354), al acoger con alborozo el criterio del magistrado, también merece respuesta.

Es cierto, como sostiene, que protocolizar es agregar al protocolo (leyes 11846 y 15875), criterio no totalmente compartido por el Instituto Argentino de Cultura Notarial.

Pero no existe protocolo en las escribanías de registro y en las secretarías de juzgado, como se dice.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación(5)(355), en Acordada del 13/9/35, resolvió: "Desaparecidos los motivos que indujeron a la creación de Registros en los Juzgados de Sección para los poderes y demás instrumentos procedentes de actos judiciales (arts. 9º y 10, Acordada de la Corte Suprema del 12/10/863), se deroga la autorización acordada a los secretarios de aquellos juzgados para otorgar esas escrituras, a partir del 1/1/36". Desde entonces a los secretarios les está vedado otorgar escrituras.

Afirma la nota que donde la ley dice "protocolizar" no debemos agregarle "un escribano de registro". También que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19, Constit. Nacional)".

Dice: "Sin embargo, en la práctica se hace y no se discute; si se discutiere no sabemos quién ganaría". Más: "Es difícil romper los preceptos jurídicos y, de ahí, el mérito de la sentencia"; y concluye: "es de desear que se generalice esta línea interpretativa, que los notarios no compartirán por razones humanitarias comprensibles".

IV. ARGUMENTOS QUE SOSTIENEN LA TESIS DE ESTE ESTUDIO

De todo punto de vista es inaceptable la apreciación que acabamos de reproducir.

Los escribanos, en su inmensa mayoría, se han hecho acreedores al respeto ciudadano, por la corrección puesta de manifiesto en el ejercicio de la función pública que desempeñan.

Esta réplica no es una simple defensa de honorarios, lo que sería deleznable, sino de elevados principios de derecho. La protocolización persigue un propósito de seguridad, que lógicamente beneficia a los particulares interesados.

Por ese motivo la ley determina que solamente cuando es dispuesta por orden judicial, el instrumento privado protocolizado adquiere el carácter de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrumento público (art. 984, Cód. Civil).

Si no hay orden judicial, el instrumento privado protocolizado a requerimiento de los particulares sólo adquiere fecha cierta (art. 1035, inc. 3º, Cód. Civil).

Si los documentos otorgados en el extranjero tienen por objeto transmitir el dominio de bienes raíces, sólo son hábiles para que la tradición produzca efectos jurídicos, desde que el juez competente ordena su protocolización (art. 1211, Cód. Civil).

La ley también dispone que los testamentos ológrafos y los cerrados, una vez cumplidos los extremos legales: reconocimiento de la letra y la firma del testador por los testigos, rúbrica del principio y fin de cada una de sus páginas por el magistrado actuante, serán mandados entregar al escribano actuario y se darán copias a quienes corresponda (art. 3692, Cód. Civil).

Cumplido esto, dice el art. 3695, el juez mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidieren.

Igualmente deben protocolizarse los testamentos otorgados ante un ministro diplomático o jefe de Legación (arts. 3636 a 3638), los otorgados por los militares en tiempos de guerra (art. 3677), los otorgados en buques de guerra (arts. 3683/85 - 3687/88) o ante un munícipe o jefe de lazareto, donde no hubiere escribano ante el cual pueda hacerse (arts. 3689/90).

¿Por qué el Código manda hacer esto? Para garantizar la conservación de los instrumentos en los que la fortuna de los particulares puede estar sujeta a contingencias que la pongan en peligro. Por tal motivo la protocolización de los instrumentos es un acto reservado a la esencia notarial. Así lo han reconocido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los más diversos países y también la nuestra.

La nota del codificador consignada en el art. 3690 del Cód. Civil no puede interpretarse sino vinculada a las costosas diligencias que requiere la intervención judicial, nunca a la protocolización que manda realizar, desde que son suficientemente claras las expresiones que contiene: "debe mandarse protocolizar sin ninguna otra diligencia previa".

La intervención notarial jamás ha sido cuestionada en estos casos. Es que el art. 1003 del Cód. Civil, sobre todo después de la reforma introducida por las leyes 11846, 15875 y 17711, posee una claridad meridiana: "La protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia - no al secretario actuario - para que lo agregue a su protocolo - no al Libro de Resoluciones del Juzgado, que cumple otro fin - mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado...".

Como sostiene Segovia(6)(356), "también se debe agregar la carátula y el expediente todo de la verificación como en el caso del art. 3692 y es de práctica".

Al respecto, Pelosi(7)(357) dice: "Con arreglo a lo dispuesto por el art. 3692, Cód. Civil, antiguas disposiciones procesales y prácticas notariales concordantes, cuando se ordena la protocolización de un testamento ológrafo corresponde incorporar al protocolo el expediente...".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los magistrados han sido sumamente diligentes en el cuidado de los intereses cuantiosos que puede involucrar un testamento, motivo por el cual reiteradamente han sostenido que era facultad privativa suya la designación del escribano encargado de la diligencia (Cám. Civ. 1ª, 10/2/41, G.F., 151 - 129; Cám. Civ. 1ª, 8/9/33, J.A., 43 - 557, Cám. Civ. 2ª, 4/4/36, L.L., 2 - 574); aunque el testador hubiera expresado su voluntad de que lo haga determinado escribano (Cám. Civ. 1ª, 18/6/45, J.A., 1945 - III - 52), si bien en algunos casos se dispuso que la designación del escribano corresponde a las partes (Cám. Civ. 1ª, 26/5/37, J.A., 58 - 471; Cám. Civ. 2ª, 13/9/29, J.A., 31 - 218).

Las dudas que podrían suscitar las expresiones contenidas en el art. 3692, Cód. Civil: "mandará que se entregue. . . al escribano actuario" han quedado aventadas en el Anteproyecto de Bibiloni(8)(358), al disponer: "... y mandará protocolizarlo por escribano público". Criterio mantenido por magistrados y tratadistas de la jerarquía intelectual de Roberto Repetto, Julián V. Pera, Gastón Federico Tobal, Raymundo M. Salvat, Cesar de Tezanos Pinto, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Juan Antonio Bibiloni, Rodolfo Rivarola, Enrique Martínez Paz y José A. Gervasoni, que integraron la Comisión que redactó el proyecto de 1936.

Sostuvo esa Comisión(9)(359): "Sobre las disposiciones de este capítulo apenas han sufrido modificación de forma algunas tendientes a facilitar el otorgamiento de estos actos". No puede atribuirse a tan dignos magistrados que: "su criterio sea el fruto consolidado al compás de la inercia y que no hayan profundizado la razón de ser de la norma".

V. CONCLUSIONES

Es sumamente peligroso el atajo elegido en la sentencia, porque la misión de los jueces es aplicar la ley tal cual es o interpretarla, pero no pueden modificarla a su arbitrio.

Esa tarea es de incumbencia del Poder Legislativo, por mandato constitucional (art. 67, inc. 11, Constit. Nacional).

Por otra parte, el Código es un conjunto armónico de normas que no pueden interpretarse unas aisladas de otras.

La norma con carácter de principio en la materia está dada por el Código en el art. 1003 y en base a lo que ella dispone es que giran todas las que mandan protocolizar los instrumentos privados - el testamento ológrafo y el cerrado lo son hasta ser protocolizados por mandato de juez competente -.

Es cierto que los actos emanados de los secretarios actuarios merecen la misma fe que los de los escribanos públicos, pero las funciones que desempeñan unos son bien diferenciadas de los otros. El escribano actuario, es decir, secretario del juez, tiene el ejercicio de la fe judicial; el escribano titular o adscripto de un registro de escrituras o de contratos públicos, ejerce la fe notarial. Mientras no se modifique el Código, los notarios tienen reservado el privilegio en esta materia de las protocolizaciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal