

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES. FE PÚBLICA
COMPARTIDA (*) (486)***

RAÚL R. GARCÍA CONI

SUMARIO

I. Autenticidad documental. II. Tipología de los documentos notariales. III. Facultades procesales del notario. IV. Conclusiones.

I. AUTENTICIDAD DOCUMENTAL

Se entiende por auténticos a los documentos cuyo autor cuenta con prerrogativas de legitimador (ungido para ello por el Estado) y es persona determinada (juez o notario) o es determinable (otros funcionarios públicos). El instrumento público, caracterizado por su autenticidad (congénita o derivada), es uno de los recursos con que cuenta el Estado providencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para el cumplimiento de sus fines específicos, entre los que figura con valor prioritario la seguridad jurídica.

No todo funcionario público es legitimador, pero sí todo legitimador es funcionario público (como que cumple una función pública), aunque no integre los cuadros administrativos ni el Poder Judicial y cualquiera sea la forma de su retribución.

Según sea la tipificación del funcionario interviniente, su facultad legitimadora estará imbricada en la fe pública judicial (litigiosa), administrativa (alitigiosa) o notarial (antilitigiosa), y este concepto tripartito de la fe pública es el adoptado por nuestro Código Civil al referirse a la forma de los actos jurídicos (art. 973) y por la ley nacional de registros inmobiliarios en lo que respecta a los documentos inscribibles o anotables (art. 3°, ley 17801).

A veces estas distintas especies de fe pública están indiferenciadas en categorías mixtas, como cuando se combina la fe pública notarial con la administrativa en las Escribanías Generales de Gobierno, o cuando los jueces de paz asumen funciones notariales en forma supletoria.

Las primeras leyes notariales del país estaban insertas en las leyes organizativas del Poder Judicial (v. gr. leyes 1144 y 1893 de Capital Federal, hoy derogadas), y todavía subsiste - como resabio histórico - la intervención de la recargada judicatura en cuestiones propias de las incumbencias notariales.

Muchos de estos asuntos de la (mal) llamada jurisdicción voluntaria debieran ser transferidos a la órbita notarial, como se declaró desde el I Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) y también - como lo veremos más adelante - algunas cuestiones que son apendiculares del quehacer jurisdiccional y que resultan parasitarias para su economía (1)(487).

La legitimación inherente a los documentos que llevan el cuño oficial depende en buena medida de lo que establezca el derecho positivo "en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones" (art. 1209, Cód. Civil), pero también influye en su penetrabilidad comunitaria el prestigio del órgano legitimador, o sea del sujeto investido por el Estado con la potestad fedataria (juez, escribano o burócrata)

También el derecho penal contribuye mucho, aunque de modo indirecto, a la fluidez circulatoria del instrumento público: a) reprimiendo con mayor severidad sus adulteraciones que la de los instrumentos privados; y b) cuidando el prestigio del órgano legitimador a través de la figura punible del desacato, en el que incurre quien "de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas" (art. 244, Cód. Penal).

Para la ley punitiva (como para muchas otras) el escribano es funcionario público, pues así define a "todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" (art. 77, Cód. Penal). La fe pública, en su concepción trialista, no forma espacios estancos sino intercomunicados. Según los agentes que intervengan podrá existir "fe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pública compartida"

Si bien la fe pública notarial deriva históricamente de la judicial (v.g., iudici chartularii), debemos recordar que en el viejo procedimiento argentino la fe pública no la tenía el juez sino el escribano actuario, por medio de su "ante mí", lo que explica que se les permitiera, como "ayuda de costas", autorizar escrituras en protocolos prestados.

La forma es a los instrumentos jurídicos como el indumento es al hombre, que, desde que dejó de ser salvaje y salvo en la intimidad (o en un campo nudista). no anda desprovisto de ropas, no sólo para protegerse de las inclemencias climáticas sino también por pudor.

Distinta es nuestra vestimenta doméstica que la utilizada cuando salimos de nuestra casa. la que será más o menos sencilla o atildada según el medio en que debemos actuar.

Otro tanto sucede con el ropaje jurídico. Para los actos intrascendentes basta con el documento privado (doméstico) si la ley exige forma escrita (art. 975, Cód. Civil), como factor exteriorizante de la voluntad (art. 913, íd.). pero cuando la importancia del negocio jurídico va más allá de los meros intereses particulares y puede afectar a la comunidad, se requiere instrumento público (arts. 976 y 978. Cód. Civil), o una de sus especies, la que no siempre podrá ser suplida por especie diferente (arts. 977 y 1183, íd.)

Cuando la forma da el ser a la cosa (forma dat esse rei). o sea cuando el objeto principal del acto "dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos documentos" (art. 1044, Cód. Civil), también será nulo el acto jurídico contenido pues en tales supuestos no cabe la distinción que hace Núñez - Lagos entre acto instrumental y acto instrumentado.

En principio la irregular sustitución del instrumento público por el instrumento privado acarrea nulidad (art. 976, Cód. Civil), pero en determinadas circunstancias podrá valer "como contrato(s) en que las partes se han obligado a hacer escritura pública" (art. 1185, Cód. Civil), ya que se asimila a una obligación de hacer (art. 1187, íd.) y otro tanto sucede con los contratos verbales (art. 1188, íd.)

"Comenzará la existencia de los actos entre vivos, el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, o de otra exclusivamente decretada, desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos" (art. 951, Cód. Civil), de donde se infiere la importancia de la fecha cierta (arts. 1005 y 1035, íd.)

La fe pública, ha dicho Orgaz, "es la garantía de la autenticidad y de verdad para los actos celebrados por oficiales públicos que son depositarlos de potestad para otorgarlos".

II. TIPOLOGÍA DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

Dentro de la nómina no taxativa de los instrumentos públicos se menciona en primer término a los documentos notariales (art. 979, incs. 1º y 2º, Cód.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil).

En efecto, son documentos notariales "las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo. . . y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley" (art. 979, inc. 19, Cód. Civil) y también "cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos... en la forma que las leyes hubieren determinado" (art. cit., inc. 2°).

En su art. 997 el Cód. Civil reitera el concepto de que "las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos...", e insiste en que únicamente pueden reemplazarlos "otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones" (art. cit., in fine).

Obsérvese que tanto el art. 979, inc. 1° como el art. 997 del Cód. Civil mencionan a los "escribanos públicos" y no simplemente a los escribanos, pues no basta el grado académico si no está acompañado por la investidura, la que requiere "nombramiento de autoridad competente" (para emplear la terminología del recordado art. 77 del Cód. Penal).

La escritura hecha en el protocolo se denomina matriz; su copia en primera versión se llama original, y en los casos que es permitido sacar copia de ese original, la nueva copia se llama traslado (de la nota al art. 997, Cód. Civil).

El original hace "plena fe como la escritura matriz" (art. 1010 Cód. Civil), pero si de la confrontación de ambos elementos resultara alguna variante, prevalecerá la matriz (art. 1009, íd.).

Distinta es la solución en el plano registral, donde lo que se tiene en cuenta para la calificación es el original, al que en nuestras costumbres notariales denominamos testimonio.

Al original o testimonio lo numeramos teniendo en cuenta no el orden de su expedición o saca, sino a su destinatario. Así podrá haber un primer testimonio para el comprador y otro primer testimonio para el acreedor y hasta un "tercer" primer testimonio para el vendedor, si éste lo solicita (art. 1006, Cód. Civil).

Existen además las llamadas copias simples o simples copias que sirven para el archivo, o como certificaciones si están firmadas y selladas por el notario.

Tenemos entonces una primera clasificación para los documentos notariales: la que los divide en actos protocolares (art. 979, inc. 1°, Cód. Civil) y en actos extraprotocolares (inc. 2°, art. cit.). En ambos casos se trata de instrumentos públicos que hacen plena fe (salvo redargución de falsedad) "de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia" (art. 993, Cód. Civil), y esa fe pública se extiende a los terceros (art. 994, íd.), ya que surte efectos erga omnes en cuanto a "las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal..." (art. 995, íd.).

Se sobreentiende que la fe pública se refiere a la percepción sensorial del notario y no al dicho de las partes o sujetos negociales que él ha identificado? pues lo afirmado por éstas puede ser impugnado sin tener que llegarse a la redargución de falsedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En otras palabras? el escribano da fe "de que se le dice", pero "no de lo que se le dice", lo que no empece a que ejerza el control de legalidad.

El documento notarial es una especie dentro del género de los instrumentos públicos y, cuando la ley lo ha elegido, "la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente" (art. 977, Cód. Civil).

Dentro de la especie del documento notarial existen diversas subespecies que originan otras pautas clasificatorias, como la que distingue entre escrituras y actas, según que recojan actos o hechos jurídicos.

Para nosotros, si son de facción protocolar, las actas también son escrituras y, además, dentro de cada escritura propiamente dicha (con otorgamiento) se inserta un acta en cada comparendo.

Las leyes notariales que han previsto el desdoblamiento del protocolo tienen en cuenta la naturaleza de los asuntos incluidos en cada uno de ellos. La doctrina también analiza la conveniencia de coleccionar las escrituras en base a su inscribibilidad, a que se trate de escrituras o de actas, o simplemente teniendo en cuenta la perdurabilidad del acto en función del plazo prescriptivo, lo cual permítela simplificación de los archivos. Esta inquietud fue recogida por la derogada ley provincial 8585 y tuvo su origen en la XV Jornada Notarial Bonaerense (Junín, 1971) .

Para descongestionar el protocolo, algunas demarcaciones recurren al Libro de Requerimientos o de Intervenciones, donde se consignan las certificaciones de firmas o de impresiones digitales (pese a que éstas no suplen a la firma en los instrumentos privados: art. 1012 Cód. Civil). Estos libros pueden darse de baja en plazos relativamente breves (10 años en Capital Federal, según Circular N° 1991/85), si no tienen configuración de protocolos, lo que sólo puede emanar de una ley (v.g., la 9020 de la provincia de Buenos Aires), los actos en ellos contenidos no obtienen fecha cierta con cargo al art. 1005 del Código Civil (aunque alguna jurisprudencia la admite), y para lograrla se requiere la presencia de dos testigos (art. 1035, Cód. Civil, Inc. 2°).

Ante la diversificación de los documentos notariales debemos convenir en que la viabilidad circulatoria no puede ser la misma en sus distintas subespecies.

La oponibilidad prevista en el art. 993 y concordantes del Código Civil es esencialmente de tipo instrumental, pero en los actos sujetos a inscripción inmobiliaria la oponibilidad negocial sólo se obtiene a través de su registración (art. 2505, Cód. Civil y ley 17801), en relación a terceros.

Los testimonios, aunque sean de una misma escritura, no siempre pueden reemplazarse entre sí, pues el correspondiente a un acreedor hipotecario, por ej., no es título que debe tenerse a la vista para enajenar (arts. 23 y 16, ley 17801), y aunque se ratare del expedido para el adquirente, puede ocurrir que haya perdido su vigencia por la anotación del "segundo o ulterior testimonio de un documento ya registrado" (art. 28, ley citada) (2)(488)

Cuando se trata de la rectificación de asientos registrales el documento notarial subsanatorio debe ser "de la misma naturaleza" que el que produjo el error (art. 35, ley 17801), teniéndose para ello en debida cuenta que no todos los documentos notariales son "de la misma naturaleza". Si se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cometió error in objeto no basta una simple escritura rectificatoria, si de la misma no resulta el retracto (3)(489).

Otro factor que debemos computar para la correcta circulación del documento notarial es su completividad, o sea si se basta a sí mismo o si se remite a otra documentación auténtica, con las dispensas para los documentos habilitantes contempladas en el art. 1003 del Cód. Civil (versión de la ley 15875), y las adhesiones de los subadquirentes al Reglamento de Copropiedad y Administración, en el caso de la Propiedad Horizontal (ley 13512).

Como la inscripción inmobiliaria no es convalidante (art. 4° de la ley 17801), habrá que tener en cuenta la bondad del título, de cuya perfección depende su valor persuasivo (para que sea aceptado sin reservas) y su valor disuasivo (para que nadie ose impugnarlo).

Por las salvedades que dejamos expuestas, nos parece que la problemática de la circulación irrestricta del documento notarial debiera circunscribirse - prioritariamente - a la escritura pública (actividad notarial típica), y a su recepción registral.

Si es importante la fluida circulación del documento notarial, también lo es remover los obstáculos que demoran la concreción escrituraria del negocio jurídico inmobiliario. A ello ha contribuido la ley 22427 (art. 59), pero no siempre se puede aplicar este procedimiento que evita la obtención de lerdas certificaciones administrativas.

De todos modos habrá que mantener un mínimo de precauciones para combatir la falsificación de firmas y sellos notariales, y también se debe evitar la extrema celeridad, que conspira contra la seguridad jurídica, como cuando en los boletos de compraventa se estipula la escrituración en pocos días (aun cuando el precio se pacte en moneda fuerte: dólares o australes), o sea sin tiempo material para el estudio de títulos y la averiguación de deudas inmobiliarias. (Recordemos que el tiempo se venga de todo aquello que se hace sin su intervención.)

III. FACULTADES PROCESALES DEL NOTARIO

Las facultades procesales de los notarios son herencia de sus ancestros, los jueces, y también de sus parientes más cercanos, los actuarios, que alguna vez añadían a sus funciones específicas de Secretaría, las de notario eventual, como lo saben los viejos referencistas a través de sus estudios de títulos.

Si bien la fe pública es autónoma (dejó de ser condicionada al eliminarse los testigos instrumentales), nada obsta a que pueda ser acumulativa, ya que toda legitimación, como presunción iuris tantum puede abarcar distintas etapas que o logran reforzarse (aumentando el tantum, como el registrador respecto del notario) o, si son remisivas a un expediente (fe pública judicial), facilitan la instrumentación y el proceso inscriptivo, lo que se obtiene mediante la protocolización de las piezas judiciales pertinentes.

Podemos citar varios casos de fe pública compartida para señalar una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tendencia que tanto contribuye a la economía procesal, dentro del marco de la seguridad jurídica.

Uno de ellos es cuando el juez dispone la protocolización del documento privado para su conversión en instrumento público (art. 954, Cód. Civil). Lo mismo sucede en el supuesto de la protocolización judicial del testamento ológrafo (arts. 3650 y 3692, id.) (4)(490).

También: "El testamento por acto público, hecho en la campaña o en los pueblos de la campaña ante el juez de paz, o ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar a solicitud de parte, sin ninguna otra diligencia previa" (art. 3690, Cód. Civil).

Los artículos citados nos demuestran que la fe pública judicial o la administrativa se apoyan a veces en la fe pública notarial buscando las seguridades propias de la matricidad. Ello ha inducido a que algunos juzgados lleven un protocolo de sentencias, del que expiden copias testimoniales.

Ya existe una vasta y fructífera experiencia con la subasta pública, pues si bien no requiere de la escritura pública (excepción prevista en el art. 1184 del Cód. Civil) se recurre a ella en forma inveterada, en cuyo supuesto no será un documento constitutivo sino recopilatorio de piezas judiciales (título y modo), o sea declarativo del dominio, a favor de quien ya figura como adquirente en autos.

Otro paso importante ha sido la previsión de la ley 17801, cuyo art. 16 permite la continuidad del tracto sin la previa inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento o de la cuenta particionaria, para lo cual basta "con respecto al documento que se otorgue" que el notario autorizante transcriba o relacione las correspondientes piezas judiciales.

La XII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Paraná, 1975) declaró que 105 supuestos del art. 16 citado "no describen actos específicos sino clases de actos, de manera tal que cualquier acto jurídico que satisfaga los extremos previstos en sus incisos puede beneficiarse con la simplificación de trámites del tracto abreviado". Al respecto la XXV Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 1983) declaró que "el art. 16 de la ley registral contiene un principio general del tracto sucesivo abreviado, y la enunciación que formula no es taxativa" y, recogiendo ese criterio, la disposición técnico registral N° 14 dictada en 1983 por el Registro Inmobiliario de esa demarcación, considera "inscribibles todos los documentos en los que se utilice la modalidad del tracto sucesivo abreviado, que cumplimenten los recaudos impuestos en el principio general implícito en el último párrafo del art. 16 de la ley 17801, para lo que se considerará enunciativa y no taxativa la enumeración contenida en dicha norma". Dentro del concepto del "documento autónomo", dicho Registro acepta la aplicación integral del tracto abreviado, aun en los supuestos de transferencias de partes indivisas (situación muy común entre coherederos).

En igual sentido se había expedido el Colegio de Escribanos de la Capital Federal (5)(491), y al respecto la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal determinó que las posibilidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del tracto abreviado "no necesariamente deben apreciarse con criterio restrictivo a las enunciaciones literales de la ley, si con ello se logra el máximo rendimiento de publicidad y, en cambio, se desprecia un resultado de economía derivado de la abreviación de la expresión registral del tracto" (6)(492).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha previsto (art. 698, ley 22434) la "sucesión extrajudicial", merced a la cual es posible que el juez faculte a "los profesionales intervinientes" a "solicitar directamente la inscripción de los bienes registrables". Para obtener el resultado apetecido, el juez podrá disponer la protocolización designando al escribano que habrá de efectuarla, y también puede ocuparse de la protocolización el letrado a quien se autorice en la "sucesión extrajudicial" a correr con los trámites inscriptorios.

Al practicarse la inscripción del documento judicial protocolizado (cuya rogatoria hará el escribano protocolizador), la misma debe considerarse integral e indivisible, abarcando el derecho de todos los herederos y del cónyuge supérstite (en cuanto a los gananciales) y no tan sólo de los vendedores cuando la transferencia inmobiliaria sea de partes indivisas.

En la inscripción de los títulos supletorios también puede lograrse la registración partiendo de un instrumento notarial recopilatorio del expediente de usucapión, y conocemos casos de registros inmobiliarios que han aceptado este procedimiento.

Quien inscribe un título basado en la prescripción adquisitiva recurre habitualmente a un escribano en busca de la matricidad de ese título, por lo que no debe extrañarnos que se pueda invertir la cronología de los acontecimientos y se pida primero la protocolización de las partes pertinentes del expediente judicial y luego que un testimonio de esa escritura recopilatoria (narrativa y no constitutiva) se presente a inscribir, con la rogatoria del autorizante.

Es obvio que la fe pública judicial es, de todas ellas, la de mayor jerarquía, por lo que puede rectificarse (v. gr., art. 35, ley 17801) y no necesita de las otras para aumentar su importancia como presunción iuris tantum de legitimidad (que sólo se transforma en un valor absoluto cuando hay cosa juzgada), pero de todos modos hay supuestos en que hasta el acto jurisdiccional requiere la rogatoria registral y es entonces donde la protocolización notarial puede ser de gran utilidad para aliviar la tarea de jueces y abogados (art. 698 de la ley 22434 y similares normas procesales).

La afinidad y objetivos comunes de las tres clases de fe pública son innegables, especialmente entre la judicial y la notarial. Castán Tobeñas, que presidió el Superior Tribunal español, se lamentaba de no ejercer el notariado, al que dedicó diversos trabajos, afirmando en uno de ellos que "cuanto más notario menos juez" desde el punto de vista de la economía procesal y en ello concordaba con Fernández Casado (a notaría abierta juzgado cerrado) y con el concepto de la magistratura notarial expuesto por Monasterio.

Si bien el notariado moderno es una desmembración del Poder Judicial en cuanto al origen de su fe pública y sus objetivos son diferentes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(restablecimiento de la Justicia: perinorma y paz jurídica: endonorma), el escribano, como registrador primigenio a través del protocolo (7)(493), podrá ser siempre de gran utilidad para la judicatura.

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto que nuestro derecho positivo, al organizar el régimen de las formalidades, ha consagrado a la fe pública en sus tres vertientes tradicionales: la judicial, la notarial y la administrativa.

Lo que algunos autores denominan fe pública registral no es sino una subespecie de la fe pública administrativa, de la que no carecen nuestros registros inmobiliarios, pues si bien no convalidan en la etapa inscriptiva (art. 4º, ley 17801), sí lo hacen en la faz certificante (art. 22, ley cit.). Por otra parte el opus del registrador es siempre un instrumento público (art. 979, inc. 2º, Cód. Civil), y la convalidación (presunción iuris et de iure) no se basa - a nuestro juicio - en la fe pública sino en la apariencia jurídica.

Examinamos también que, a veces, las tres clases de fe pública se superponen (como la notarial y la administrativa en las Escribanías Generales de Gobierno). De la misma manera pensamos que nada obsta a que la fe pública notarial pueda suplir o complementar a la fe pública judicial, con la que debe colaborar cuando no existen hechos controvertidos. En su concepción trialista la fe pública no forma espacios estancos sino intercomunicados y a veces reemplazables entre sí, lo que es posible cuando la ley no restringe la posibilidad de alternativa (art. 977, Cód. Civil). En consecuencia, la colaboración notarial con la judicatura no se limita a la elaboración del documento antilitigioso por excelencia, sino que tiene otras manifestaciones y puede avanzar aún más, como lo sostenemos en este ensayo.

Aunque sin ninguna economía procesal, la fe pública judicial puede subsumir a la notarial y, recíprocamente, muchas veces podrá el notario descongestionar la tarea judicial, ya sea en cuestiones de jurisdicción voluntaria, o simplemente ocupándose de la protocolización de piezas judiciales y de su inscripción, si correspondiere. En este supuesto habrá sí una verdadera economía procesal y además es reconocido el valor supletorio de la escritura pública cuando transcribe partes pertinentes de expedientes judiciales extraviados.

El escribano es el instrumentador por antonomasia. Casi siempre tiene que cumplir una previa tarea intelectual (asesoramiento, encuadre jurídico y redacción), por lo que necesita un alto nivel académico, pero también realiza una labor protocolizadora propiamente dicha (funcionarismo puro) y es en este aspecto de su quehacer cotidiano donde puede hacer mucho más de lo que hace por la comunidad a la que sirve.

PATRIA POTESTAD COMPARTIDA (*) (494)