

Pérdida de la matriz

Reconstrucción del protocolo. Sede judicial y notarial*

Alicia V. Castillo

RESUMEN

Los escribanos S. y W. consultan respecto de una escritura de "reconstrucción" con los antecedentes siguientes: 1) por escritura del 20/6/2000, la señora MJA dona como anticipo de herencia a uno de sus hijos, AJE, un departamento en CABA; 2) el 20/6/2002, la Justicia incauta la matriz de dicha escritura en el marco de una causa seguida contra la donante, finalmente sobreseída; 3) el 24/11/2016, ante el sobreseimiento de la donante, el autorizante de la escritura de donación solicita la devolución de los folios incautados; 4) el juzgado le solicita a la fiscalía la remisión de la documentación incautada y esta informa (25/11/2016) no haberla hallado; 5) ante esta situación, el escribano autoriza una nueva escritura, donde transcribe fotocopia certificada de las fojas 473 y 475 de la causa, consistentes a su vez en fotocopias certificadas por el secretario de la fiscalía de los protocolos incautados; a dicha escritura concurre como único compareciente un apoderado del donatario. Los consultantes solicitan opinión respecto de si ha quedado subsanada la falta de matriz de la escritura de donación. Se concluirá que en la escritura traída a consulta no se cumple con ninguno de los dos procedimientos de subsanación correspondientes.

PALABRAS CLAVE

Extravío de matriz, reconstrucción de protocolo, reproducción de acto.

Resolución del Consejo Directivo: 28/6/2017, acta N° 4013

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Introducción. 4. Reconstrucción de protocolo. 4.1. Planteo de la cuestión en el Código Civil velezano. 4.2. Planteo de la cuestión en el Código Civil y Comercial. 5. Reproducción del acto. 6. Conclusión.

1. Doctrina

- Existen dos mecanismos tendientes a subsanar la pérdida de una escritura matriz:
a) la reconstrucción de protocolo en sede judicial (si se cuenta con la primera copia

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en su sesión del 9/6/2017; expediente: 16-00928-17.

de la escritura) y b) la reproducción del acto en sede notarial (si estuvieren todas las partes presentes). De acuerdo a las circunstancias y particularidades de cada caso se optará por uno u otro mecanismo, siendo ambos igualmente eficaces.

- El procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo que preveía el artículo 1011 del Código Civil derogado continúa vigente luego de la sanción de la Ley 26994, ya que si bien no existe una disposición de fondo en el actual Código Civil y Comercial que admita esta posibilidad, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mencionado artículo y regulan el procedimiento a seguir en sede judicial.

2. Antecedentes

Se presentan los consultantes a los fines de requerir la opinión de esta comisión respecto de la escritura de “reconstrucción” que se acompaña y cuyos antecedentes son los siguientes:

- 1) Por escritura número 529, de fecha 20 de junio de 2000, la señora MJA donó como anticipo de herencia a uno de sus hijos, AJE, un departamento ubicado en la calle Riobamba de la Ciudad de Buenos Aires.
- 2) El 20 de junio de 2002, la Justicia procedió a incautar la matriz de dicha escritura en una causa que se seguía contra la donante y en la cual fue finalmente sobreseída.
- 3) Habiéndose dictado el sobreseimiento, el 24 de noviembre de 2016 el escribano autorizante de la escritura de donación presentó ante el juzgado interviniente un escrito en el cual solicitaba la devolución de los folios incautados.
- 4) Ante este pedido, el juzgado libró cédula a la fiscalía interviniente solicitando la remisión de la documentación incautada, habiendo informado la fiscalía, con fecha 25 de noviembre de 2016, que “no se halló la documentación original incautada”.
- 5) Ante este panorama, el escribano procedió a autorizar una nueva escritura con el acápite “Declaración de certeza - matricidad - reconstrucción de escritura”, en la cual narra los hechos acontecidos y transcribe una fotocopia certificada de las fojas 473 y 475 de la causa judicial, las cuales consisten en fotocopias certificadas por el secretario de la fiscalía de los protocolos incautados. A dicha escritura concurre como único compareciente un apoderado del donatario.

Los consultantes solicitan que esta comisión se expida respecto de si con la mencionada escritura de “reconstrucción” quedó subsanada la falta de matriz de la escritura de donación y en caso negativo, emita opinión en cuanto a si existe orden a seguir para subsanar supuestos como este o si es discrecional del afectado optar por la reconstrucción o reproducción del acto.

3. Introducción

Existen dos procedimientos igualmente válidos y eficaces para subsanar la pérdida de una escritura matriz: 1) la reconstrucción de protocolo en sede judicial y 2) la reproducción

del acto en sede notarial. Comenzaremos por desarrollar cuáles son los requisitos de cada uno de estos mecanismos de subsanación para luego pasar a analizar si la escritura de “reconstrucción” sometida a consulta encuadra en uno u otro procedimiento.

4. Reconstrucción de protocolo

4.1. Planteo de la cuestión en el Código Civil velezano

En primer término, analizaremos la situación durante la vigencia del *Código Civil de Vélez Sarsfield* (CCIV). Como bien explica Pelosi, la falta de matriz de una escritura pública puede deberse a alguno de los siguientes acontecimientos:

- a) Pérdida o extravío por desaparición de una o más fojas o folios.
- b) Destrucción. Total o parcialmente en su parte material. Se reduce a la nada.
- c) Deterioro.
- d) Sustracción.¹

El artículo 1011 CCIV preveía expresamente el procedimiento a seguir para el supuesto enunciado en el apartado a), es decir, para el caso de pérdida o extravío de folios:

Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.

En consecuencia, teniendo el donatario la primera copia de la escritura extraviada, podría recurrir al procedimiento judicial de reconstrucción previsto en el artículo 1011 CCIV.

4.2. Planteo de la cuestión en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial sancionado por la *Ley 26994* (CCCN) no contiene norma similar que reemplace al artículo 1011 CCIV, lo que lleva a cuestionarnos si la omisión se debe a un descuido involuntario del legislador o si, por el contrario, la supresión del artículo fue deliberada. ¿Debemos interpretar entonces que el procedimiento de reconstrucción previsto ya no es viable? Sostenemos que, aun ante la falta de norma expresa, el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo continúa vigente por los argumentos que se desarrollan a continuación.

1. PELOSI, Carlos A., “Subsanación de la pérdida de fojas del protocolo”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 768, 1979, p. 2113. [N. del E.: ver [aquí](#)].

4.2.1. Normas vigentes que remiten al artículo 1011 del Código Civil

Si bien el CCCN no contiene norma alguna que recepte el contenido del artículo 1011 CCIV, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mismo. Tanto el artículo 779 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) (CPCCN) como el artículo 89 de la [Ley 404](#) (vigente para el ejercicio de la función notarial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) se refieren al supuesto del artículo 29 de la Ley Nacional del Registro de la Propiedad Inmueble [17801](#), que a su vez remite al artículo 1011 CCIV.

El artículo 29 de la Ley 17801 establece que “el asiento registral servirá como prueba de la existencia de la documentación que lo originara en los casos a que se refiere el artículo 1011 del Código Civil”. En consecuencia, el asiento registral sirve para probar la existencia del protocolo cuando se tenga que recurrir al procedimiento de reconstrucción judicial del mismo por pérdida o extravío de folios. Este es el denominado *procedimiento de título supletorio*. Por su parte, el artículo 779 CPCCN (que a su vez remite al art. 778), establece el modo en que se llevará a cabo en sede judicial la obtención del título supletorio, previendo expresamente que debe protocolizarse. Y la Ley 404 establece en su artículo 89 el contenido del acta de protocolización que tuviere por objeto reunir los antecedentes judiciales relativos a títulos supletorios.

Por lo expuesto, manteniendo su plena vigencia el artículo 29 de la Ley 17801, los artículos 778 y 779 CPCCN y el artículo 89 de la Ley 404, podemos afirmar que no existe impedimento alguno para que, en el caso de pérdida de protocolo, la reconstrucción se lleve a cabo con arreglo al citado artículo 779 CPCCN. Decretada judicialmente la reposición de la copia, ella se agregará al protocolo corriente labrándose el acta de protocolización pertinente.

4.2.2. Aplicación supletoria de las normas sobre reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos

Tanto los códigos de procedimientos locales como la reglamentación de la Ley [19549](#) Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto [1759/1972](#))² (RPA) prevén en su articulado normas destinadas a regular el procedimiento de reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos en caso de pérdida. Así, el [CPCCN](#) establece en su artículo 129 que, comprobada la pérdida de un expediente, el juez ordenará su reconstrucción. El procedimiento fijado en el mencionado artículo consiste básicamente en la agregación de copias de los escritos, documentos y diligencias que obren en poder de las partes y de copias de todas las resoluciones que obren en los libros del juzgado. En este sentido, la jurisprudencia sostuvo que la reconstrucción de un expediente implica la recolección de los instrumentos que reflejan los actos procesales esenciales ya ejecutados en expedientes extraviados o destruidos.³

2. [N. del E.: el [link](#) dirige a la versión ordenada por el Decreto PEN 894/2017, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 33743, del 2/11/2017].

3. Ver CNCrim.Corr., Sala 2, 4/4/1990, “Valenzuela, Gustavo E. s/ Reconstrucción de expediente - excarcelación” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-IV, p. 301; *La Ley*, t. 1990-D, p. 530; *Doctrina Judicial*, t. 1991-1, p. 223, cita online AR/JUR/999/1990).

Por su parte, el artículo 105 del RPA establece un mecanismo similar para la reconstrucción de expedientes administrativos:

- a) Comprobada la pérdida o extravío de un expediente [...], se ordenará dentro de los dos (2) días su reconstrucción, incorporándose las copias de los escritos y documentación que aporte el interesado, de los informes y dictámenes producidos, haciéndose constar los trámites registrados. Si se hubiere dictado resolución, se agregará copia autenticada de la misma, prosiguiendo las actuaciones según su estado.

El procedimiento de reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos puede aplicarse extensivamente para reconstruir escrituras, ya que en los tres supuestos estamos frente a reconstrucción de instrumentos públicos. En este sentido, el artículo 289 CCCN establece en su inciso segundo que son instrumentos públicos aquellos que extienden los escribanos o funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes. En consecuencia, son instrumentos públicos, además de las escrituras, aquellos que emanan de jueces y actuarios, tales como las sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Si es viable, a través de un procedimiento judicial o administrativo, reconstruir expedientes perdidos que contienen instrumentos públicos, claramente resulta viable que también, a través de un procedimiento judicial, se pueda reconstruir una matriz cuando esta no existe por la causa que fuere y se cuenta con su primera copia o testimonio. De hecho, el artículo 1011 CCIV no hacía otra cosa más que recoger un procedimiento de reconstrucción judicial en caso de extravío de fojas de protocolo similar al previsto para los casos de extravío de expedientes.

4.2.3. Principio de matricidad

Por último, haremos una breve referencia al principio rector del sistema de notariado de tipo latino: el principio de matricidad. En virtud de este principio, el notario conserva y custodia los documentos originales que ha autorizado, mientras que solo sus copias operan en el tráfico. Este principio

... tiene carácter esencial y no puede faltar en un notariado para que pueda calificarse de latino; de manera que el no conservar los documentos originales es un dato más para negar el carácter de notarios al *notary public* inglés o norteamericano o a los *scrivener notaries* de Londres.⁴

Neri sostiene que el protocolo

... ha sido una creación derivada de la necesidad que el hombre tiene de llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surja, sin riesgo de pérdida y en caso de duda para mejor probar, la intención contractual...⁵

4. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Los principios de matricidad y de protocolo", en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N° 25, 2009 [última consulta: 5/12/2017].

5. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 998], en Belluscio, Augusto C. (dir.), Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 564.

La función del protocolo no es otra más que la de conservar ordenadamente los documentos notariales matrices, resguardar los derechos que por ellos se crean, modifican, transmiten o extinguen, y facilitar su reproducción. De esta manera, podemos afirmar que el principio de matricidad es el pilar fundamental sobre el cual se asienta el sistema de notariado latino y que su principal finalidad es garantizar la seguridad jurídica, puesto que al quedar el protocolo en poder del escribano “se prolonga la eficacia del documento, se lo hace duradero y se aseguran efectos probatorios”.⁶

El principio de matricidad se encuentra receptado en el artículo 299 CCCN, que define la escritura pública como “el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público”; y si bien la copia o testimonio hace plena fe como la matriz, no la reemplaza:

La escritura matriz es la escritura pública original, la que está asentada en el protocolo del escribano público de registro. Si bien las copias o testimonios expedidos por los escribanos a pedido de partes intervinientes e interesadas hacen plena fe y, en tal sentido, funcionan «como» la escritura matriz, no lo son.⁷

Lo expuesto nos permite afirmar que no es viable pasar por alto la pérdida de una escritura original, ya que la falta de matricidad atenta contra el principio rector de nuestro sistema notarial. Por tal motivo, resulta imprescindible contar con un mecanismo que brinde una solución eficaz en aquellos casos de pérdida de protocolo, y el procedimiento que garantiza la seguridad jurídica en esta materia es, claramente, el de reconstrucción en sede judicial.

5. Reproducción del acto

No obstante, existe otro procedimiento para subsanar la falta de matricidad de una escritura: la reproducción del acto. En este caso, se trata de volver a otorgar o celebrar el acto con efecto retroactivo, para lo cual deben comparecer todas las partes involucradas en el mismo.⁸

Esta comisión resolvió en tal sentido al sostener que

La escritura de venta cuya matriz ha desaparecido puede ser reconstruida mediante la reproducción del acto por parte de todos sus otorgantes [...] La reproducción del acto cuya matriz ha desaparecido por imperio de las incautaciones judiciales subsana la falta apuntada y completa la legitimidad del otorgamiento en cuestión.⁹

6. Ídem, p. 565.

7. BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, [comentario al art. 299], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 484. [N. del E.: ver [aquí](#)].

8. Ver ORELLE, José M. R., [comentario al art. 1011], en Belluscio, Augusto C. (dir.), Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 641-644.

9. COMISIÓN ASESORA DE CONSULTAS JURÍDICAS [COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL], “Subsanación de escritura cuya matriz ha desaparecido. Confirmación (arts. 1061 y conc. Cód. Civil)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 849, 1997, pp. 109-111. [N. del E.: ver artículo [aquí](#)].

La reproducción del acto es un mecanismo que se lleva a cabo en sede notarial y que puede, en algunos casos, ser más rápido y expeditivo que el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo.

El Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires estableció pautas para llevar a cabo la reproducción del acto:

... deberá instrumentarse una nueva declaración de voluntad [...] haciendo relación de las causas determinantes de su otorgamiento e incluyendo todas las estipulaciones propias del contrato de que se trate y las constancias notariales correspondientes. Las únicas diferencias con el acto originario resultarán, por razones temporales, de la redacción del instrumento, por cuanto ha de referirse a los hechos ya ocurridos y reconocidos voluntariamente por las partes que produjeron los efectos jurídicos del acto o negocio original, a cuya fecha se retrotraen...¹⁰

La reproducción consiste en un nuevo acto jurídico –nueva declaración de voluntad o de ciencia– con las mismas partes que otorgaron el acto originario, explicando las causas que la hacen necesaria [...] La única diferencia [...] es que [...] deberá redactarse en tiempo pasado.¹¹

6. Conclusión

Ante la falta de escritura matriz por pérdida de protocolo quedan expeditas dos vías de subsanación: 1) recurrir al procedimiento de reconstrucción judicial, 2) recurrir a la reproducción del acto en sede notarial. No obstante, cabe aclarar que el mecanismo de reproducción del acto no siempre es viable, sobre todo en situaciones en las que ya han transcurrido varios años desde el otorgamiento del acto y puede resultar muy difícil y engorroso contactar a las partes para el nuevo otorgamiento, o quizás estas hayan fallecido. En estos supuestos queda expedita la vía de la reconstrucción de protocolo siempre y cuando se cuente con la primera copia de la escritura extraviada.

No admitir la vigencia de este procedimiento importaría dejar al inmueble fuera del comercio en aquellos supuestos en los que no fuera viable la reproducción del acto, privando a su dueño de la posibilidad de disponer de él por razones que le son totalmente ajenas. Consideramos que ante la falta de una norma que expresamente lo prohíba, continúa vigente el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo que preveía el artículo 1011 CCIV.

Si bien es cierto que ya no existe una disposición de fondo que admita esta posibilidad, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mencionado artículo y regulan el procedimiento a seguir en sede judicial. Asimismo, entendemos que las normas que regulan la reconstrucción de actos procesales que revisten carácter de instrumentos públicos pueden aplicarse, por analogía, a la reconstrucción de protocolo.

10. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [Rosin de Allende, Elsa {coord.}], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, p. 69.

11. Ídem, p. 108.

Con la intervención del juez se garantiza el debido control, resguardando tanto el interés de las partes como el interés general radicado en la incolumidad de los registros. En consecuencia, siendo ambos procedimientos de subsanación igualmente eficaces, se optará por uno u otro de acuerdo a las circunstancias y particularidades de cada caso en concreto.

En la escritura traída a consulta no se cumple con ninguno de los dos procedimientos de subsanación que hemos analizado. No se trata de un supuesto de reconstrucción de protocolo, ya que no solo no se transcribe y agrega la primera copia de la escritura extraviada, sino que tampoco existe orden judicial que decrete su reposición. Tampoco se trata de un supuesto de reproducción del acto, puesto que no se cumple con el requisito de comparecencia de todas las partes ni existe una nueva declaración de voluntad de ellas.

Esta comisión considera que, a los fines de subsanar la falta de matriz de la escritura de donación, se deberá reproducir el acto en sede notarial, siempre y cuando sea viable contactar a ambas partes para el nuevo otorgamiento, o, en su defecto, iniciar el procedimiento judicial tendiente a obtener la orden de protocolización de la primera copia de la escritura extraviada, siempre y cuando el donatario cuente con dicha primera copia en su poder. Ambas opciones son perfectamente viables, por lo que los consultantes deberán evaluar las circunstancias y particularidades del caso concreto previo a optar por uno u otro mecanismo.