

Escrituras extendidas en protocolo sin rubricar

Con motivo de la solicitud de dictamen presentada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, concerniente a la actuación de la escribana M. M. N. en acta que labró fuera del protocolo a su cargo, la Academia Nacional del Notariado solicitó al consejero Natalio P. Etchegaray, el 29 de noviembre de 2004, la preparación del primer informe, que fue oportunamente girado a todos los consejeros académicos.

Se publican a continuación los dictámenes elaborados por los diferentes consejeros.

Dictamen del escribano Natalio Pedro Etchegaray

Con fecha 22 de abril de 2004, la escribana M. M. N., matrícula..., Titular del Registro Notarial de la Ciudad de Buenos Aires N°..., por escritura número 96, autorizó un acta de constatación que se extendió en el protocolo habilitado –fojas 308, 309, 310– con excepción de la última foja, a la que denominó 310 bis por tratarse de un soporte papel similar al protocolo, pero no habilitado como tal.

Justifica la utilización de una foja de protocolo sin habilitar en el hecho de haber agotado el cuaderno de protocolo rubricado de que disponía en el momento de la diligencia y no poder interrumpir el desarrollo del hecho que se estaba constatando.

Con fecha 5 de mayo de 2004 comunica esta situación al Colegio de Escribanos y pide que se tenga en cuenta su manifestación y por medio del Departamento Inspección se verifique lo manifestado, colocándose nota.

El Colegio de Escribanos, por Prosecretaría, elevó las actuaciones al señor asesor notarial, escribano Ángel Francisco Cerávolo, a fin de que formulara dictamen sobre las mismas.

En su dictamen, el escribano Cerávolo concluye que la escritura en cuestión es nula, de nulidad absoluta, por incumplimiento de requisitos formales exigidos para la validez del documento, aclarando que no existe procedimiento alguno que el Colegio pueda cumplir para subsanar los importantes defectos formales expresados.

Basa su conclusión en los siguientes razonamientos:

1) El artículo 986 del Código Civil exige que para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad.

2) El artículo 998 del Código Civil establece que las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registro, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor y que las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno.

3) El Código Civil ha delegado en las legislaciones locales la reglamentación y ordenamiento de los protocolos notariales.

4) La ley 404, local de la Ciudad de Buenos Aires, expresa los elementos que integran el protocolo, cómo se proveen las fojas y demás pautas reglamentarias respecto de su formación, conservación y guarda.

Aclara que en dicha reglamentación no existe una norma de similar tenor al artículo 144 de la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, cuyo texto, que transcribe, autoriza al notario, en los casos de urgencia, a continuar o iniciar una escritura o acta en un cuaderno no habilitado, de caracteres similares a los del protocolo, debiendo presentarse el protocolo no habilitado para su registro dentro de los 3 días hábiles siguientes.

Hasta aquí lo medular del dictamen del Esc. Ángel Cerávolo, quien al efectuar la enumeración de los defectos formales, reitera que la escritura se realiza parcialmente fuera del protocolo ya que parte de la diligencia, la firma de los intervinientes y la autorización, obran en la foja simple agregada.

Apunta que la escribana autorizante disponía, a la fecha de la escritura, de fojas de protocolo habilitadas (cuadernos 32 a 35).

“A priori”, mi posición sobre el asunto planteado no es coincidente con la expresada por el Señor Asesor Jurídico Notarial del Colegio de Escribano de la Ciudad de Buenos Aires.

Trataré de demostrar mi posición favorable a la validez de la escritura en examen sobre la base de los argumentos que expondré a continuación:

1) La escritura cuestionada está en el protocolo

La escritura de referencia está en el protocolo ya que la foja simple agregada —como la llama el Esc. Cerávolo— lo integra por aplicación de claros principios jurídicos notariales.

En efecto, hace más de sesenta años, en 1943, se sancionó en la provincia de Buenos Aires la ley 5015, cuyos artículos 31 a 38 se refieren a la formación del

protocolo y en especial el artículo 37, que expresaba: “Toda escritura debe extenderse en cuadernos que estén en las condiciones prefijadas. En los casos de urgencia podrá continuarse y firmarse una escritura en cuadernos sin rubricar. Si alguna de las escrituras que deban revestir la forma testamentaria o que corresponda a un acto legalmente impostergable no cupiera en el último cuaderno, o hubiera de comenzarse otro y fuera imposible obtener los sellos para formar el siguiente, podrá habilitarse un cuaderno en papel de hilo. En este caso, el cuaderno será rubricado dentro de las veinticuatro (24) horas hábiles de la fecha de la escritura, agregándose los sellos correspondientes, que serán rubricados por el rubricador. Cualquier infracción a este artículo hará pasible al escribano de corrección disciplinaria”.

Este artículo, con ligeras variantes, fue reproducido en las leyes posteriores 6191, 858 y 9020, en esta última en el artículo 144, ya transcripto. El artículo 99 del Reglamento Notarial de la misma Provincia incluye en la excepción aquellos actos en los que fuera legal o **fácticamente impostergable el otorgamiento del acto**.

Similares disposiciones presentan, por ejemplo, las leyes notariales de Santa Fe (art. 329), Mendoza (art. 27), Entre Ríos (art. 42), Santiago del Estero (art. 26), Formosa (art. 60), La Rioja (art. 73).

Queda expuesta en consecuencia la recepción en sede notarial de un claro principio: “Cuando el notario deba intervenir en la documentación de una declaración de voluntad o de un hecho, cuya facción protocolar resulte **fácticamente impostergable**, podrá extender la escritura en papel similar al protocolo debiendo presentarlo posteriormente para su habilitación ante la autoridad correspondiente”.

Luego, dentro del concepto notarial PROTOCOLO, debemos considerar incluidas las fojas simples en las que el notario extienda documentos de facción protocolar impostergable, por no disponer en la ocasión de fojas habilitadas.

Y al decir que el notario no disponga de fojas habilitadas, también se incluye la circunstancia de que el notario no las dispone en el lugar donde está realizando la comprobación impostergable o recibiendo la declaración de voluntad testamentaria, aunque las tuviera en su notaría, como es en el caso en consulta.

CONCLUSIÓN: EN EL CASO PLANTEADO NO SE INCURRE EN LA CAUSAL DE INVALIDEZ TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 998 DEL CÓDIGO CIVIL.

II) Si la ley local no contempla el tema, se aplica la legislación análoga

Frente al argumento de que la ley de la Ciudad de Buenos Aires no recoge el principio expuesto precedentemente, opongo la aplicación de otro claro precepto jurídico, contenido en el artículo 16 del Código Civil, **que estuviere expresamente contenido en una ley análoga**.

En efecto, este artículo expresa: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, **se atenderá a los principios de leyes análogas**; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los princi-

pios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

La utilización de la analogía como método de aplicación e interpretación de las leyes notariales locales es prácticamente obligatoria. El Código Civil contiene escasas referencias en punto a la formación del documento notarial y remite a “las leyes”, sin más aclaraciones, todo lo que se refiera al protocolo.

Los problemas profesionales que plantea la labor diaria existen más allá de su recepción legislativa. Casualmente porque existen los problemas diarios y reiterados, se trata de darles solución, buscando unificar criterios con el fin último de que la tarea profesional se desarrolle dentro de un marco homogéneo, así como para impedir que la validez formal del documento notarial quede expuesta a la libre y personal decisión de la autoridad judicial, que puede incluso rondar la arbitrariedad, ante la falta de parámetros consensuados por quienes conocen técnicamente la función, como son los propios organismos notariales.

Primero fueron las leyes orgánicas de los tribunales provinciales las que reglamentaron la labor notarial, dictándose con posterioridad, en forma paulatina, las sucesivas leyes locales. Estas leyes resuelven necesidades generadas por la propia idiosincrasia local a la vez que incorporan soluciones, elaboradas por la doctrina notarial, a diversos problemas de la actividad profesional.

Las últimas leyes van recogiendo la experiencia obtenida en la aplicación de las anteriores. Paradójicamente la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires y su reglamentación, siendo de las más modernas, no receptan expresamente la solución que ya contenía, hace más de 60 años, la ley 5015 de la provincia de Buenos Aires.

Si bien es cierto que la ley 404 no contiene este principio de amplia recepción en la legislación notarial, tampoco expresamente prohíbe su aplicación. Surge entonces como válida la posibilidad de aplicar una ley análoga que resuelva el problema.

En efecto, como decíamos antes, las situaciones conflictivas propias de la función notarial se pueden dar con independencia de haber sido receptadas en sede legislativa.

No es posible suponer que un fedatario de la Ciudad de Buenos Aires disponga de menos elementos jurídicos que un escribano de la provincia de Buenos Aires, para lograr la satisfacción de los designios económicos o familiares de sus requirentes; fundamentalmente cuando, por imperio de la ley, esos logros dependen de la validez formal de los documentos que produzca en su trabajo.

CONCLUSIÓN: SI LA LEY LOCAL NO CONTIENE UN PRINCIPIO BÁSICO NOTARIAL, DEBE APLICARSE LA LEGISLACIÓN ANÁLOGA.

III) Las solemnidades formales no deben anular lo que buscan preservar

El propio Codificador civil destacó la división entre validez formal y labor profesional y privilegió aquélla frente al incumplimiento de deberes compren-

didos en ésta. Prueba de este aserto son los artículos 1001 y 1004 del Código Civil.

El artículo 1001 enumera, sin distinguir una escala de valores, una serie de obligaciones notariales en punto a la facción del documento protocolar pero, según el artículo 1004, la violación de alguna de ellas ocasiona la nulidad de la escritura, generando en cambio solamente responsabilidad disciplinaria para el escribano la inobservancia de las restantes.

Esta diferenciación expresa los fundamentos del pensamiento del Codificador a la hora de estimar la validez o la nulidad de un documento intervenido por notario: **salvo que pudiera imputársele una violación esencial, el juzgador debe pronunciarse por la validez del documento notarial.**

Y a propósito de violaciones esenciales, deben considerarse indudablemente como tales las que se refieran a la competencia territorial del notario interviniente y a las calidades y condiciones necesarias para ser designado en cargo.

Sin embargo, los artículos 981, 982 y 983 del Código Civil se ocupan de impedir la calificación de “nulos” para los instrumentos autorizados por quienes no pueden considerarse legítimamente como notarios, porque principios superiores como el de “error común” y el de “apariencia”, inclinan la balanza de la seguridad jurídica, postergando el formalismo y favoreciendo al usuario, al hombre común que ha ocurrido al seudo-notario para obtener los beneficios de sus servicios.

Esa preferencia por el usuario, aunque se lastimara la estructura formal, fue tenida en cuenta por el Codificador a la hora de juzgar la validez de un documento intervenido por quien no era notario competente o no tenía las calidades para serlo.

La escritura no debe ser analizada como una joya de perfección formal para nuestro deleite. La escritura es una exigencia del ordenamiento jurídico que establece ciertas solemnidades para reconocer y proteger las declaraciones de voluntad o los hechos de los requirentes, pero no es posible que, justamente por imperfecciones formales, se frustre la emisión de la voluntad o la comprobación de un hecho.

Los requirentes ocurren al notario por exigencia legal y, en consecuencia, la interpretación acerca de la invalidez o invalidez del documento debe intentarse siempre tratando de salvar el acto jurídico o el designio económico, familiar o social, que el requirente tuvo en vista documentar.

CONCLUSIÓN: LAS SOLEMNIDADES FORMALES NO PUEDEN CONSTITUIRSE EN UN IMPEDIMENTO PARA OBTENER JUSTAMENTE LO QUE CON ELLAS SE QUIERE PROTEGER.

IV) Situación disciplinaria de la autorizante

Aclaro que de ninguna manera quiero inmiscuirme en el tratamiento disciplinario que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires efectúe de la actividad integral de la escribana autorizante, ni en la calificación de sus antecedentes como tal.

Pero sí quiero refirmar que la circunstancia de haber utilizado una foja de

papel común para terminar un documento protocolar, considerado imposter-gable por la autorizante, no constituye violación de sus deberes como fedataria, sino todo lo contrario.

Dictamen del escribano Rubén Augusto Lamber

Conforme al girado que se me hiciera de la consulta originada en un expte. 16-01376-04 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por la actuación de una escribana de la demarcación, con dictamen producido por el consejero académico Natalio Pedro Etchegaray, al que ADHIERO EN TODAS SUS PARTES, hago llegar a usted algunas reflexiones que el caso me sugiere:

1) Se trata de un supuesto no contemplado por la ley 404 que regula el funcionamiento del notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque –como señala el consejero Etchegaray– frente a ello está el art. 16 del Código Civil, y la consiguiente aplicación de leyes análogas que lo resuelve favorablemente, reglando un procedimiento, y no decretando la nulidad.

2) Es imposible pensar en leyes perfectas, que contemplen todos los supuestos que la realidad pueda plantear. La regla es que las leyes tienen un sinnúmero de situaciones no legisladas, que luego serán resueltas a la luz de su propia regulación y de los principios generales del derecho, que se acomodan según la realidad por la que debe transitar, cambiante como lo es la vida humana en general.

3) La severidad en las formas es para garantía de los particulares y no para castigo. Si no se tiene en cuenta este principio, el sistema jurídico no tiene sentido.

Sobre estos tres presupuestos, vamos a considerar el caso planteado: una escribana con competencia territorial en la Capital Federal labra un acta en un estudio jurídico con relación a una supuesta rendición de cuentas de un administrador, que son rechazadas por uno de los intervinientes. Justamente en el curso de los argumentos del rechazo, se agotan las fojas de protocolo que la escribana había llevado para el acto y, para no detener su desarrollo, continúa en una hoja, que no es papel de actuación. Así lo hace constar en su texto, y firman bajo la autorización de la escribana. Luego comunica al Colegio de Escribanos la situación planteada y, elevado el caso al Asesor Notarial, se dictamina la nulidad absoluta, por incumplimiento de requisitos formales para la validez del documento.

Cabe aclarar que los intervinientes del acta podrían estar de acuerdo con su contenido y ratificar en instancia judicial la misma, produciendo las declaraciones (no el instrumento) su plena vigencia.

Decimos esto que parece insustancial para hacer la perfecta diferencia entre un “acta” y una “escritura pública propiamente dicha”, que cuando es constitutiva de un derecho, al caer por defecto formal, hace caer el derecho mismo contenido en ella.

Sobre las consideraciones del Asesor notarial, ya desarrolladas por el consejero Etchegaray, sólo deseamos agregar que, con relación al art. 986, las formas de la ley han sido llenadas, en tanto el supuesto no está expresamente contemplado y debe optarse si la solución particular hiere al sistema creado por la ley o lo completa.

Debemos confesar nuestra extrañeza por la falta de regulación, al analizar

la ley 404 en concordancia con la 9020 de la provincia de Buenos Aires, que tiene un buen tratamiento del caso y que permite hacer lo que la escribana hizo en este supuesto, conforme al art. 144.

Tal fue la sorpresa por la omisión que al comentar en el punto 9-1-1 el “uso de protocolo no habilitado” desarrollamos el mismo en la ley 9020 y optamos por el silencio con respecto de la 404 (*La Escritura Pública*, tomo I, Ed. FEN, La Plata, 2003, p. 215).

Más sorprendente aún es considerar el “vacío” como causal de nulidad absoluta y aferrarse a un texto genérico, como es la cita del Código Civil, cuya generalidad resulta de la propia necesidad de regular el ejercicio de la función a nivel local. Y éste es uno de esos supuestos, pero con la lamentable omisión consignada.

Vamos por un momento a penetrar el pensamiento del legislador y suponer el supuesto particular de un testador, que en su lecho de muerte llama al escribano para redactar su testamento. Éste concurre con los folios que prudentemente considera necesarios para su tarea, pero se encuentra con una persona que comienza a relatarle situaciones de su vida privada, que implican el reconocimiento de propiedades que no le pertenecen, o negocios encarados bajo su nombre, por diversas personas que depositaron su confianza en él y no guardan contradocumentos o pruebas de tales relaciones, o cualesquiera de las situaciones que el mundo de la privacidad humana esconde y que, ante la inminencia de la muerte, quiere evitar daños y hacer justicia en aras de la verdad.

Y el escribano escribe, hasta que se agota su protocolo, y entonces, al buscar el folio siguiente, le dice con sorpresa al testador: “no tengo donde seguir...”.

Puede ser que le queden folios en la escribanía, como puede que no. Pero el caso es que el testador le dice: “Escribano, yo lo espero, pero la muerte, no”.

¿Será necesario contemplar esta situación particular para permitir al testador cumplir su declaración de última voluntad, o la falta de previsión normativa la frustrará definitivamente?

Creo que cualquier legislador, ante esta alternativa, habría buscado una regulación adecuada para facilitar su cumplimiento y no para su nulidad. Pero el supuesto no se planteó y el legislador lo omitió.

La segunda pregunta es, entonces, si de conocer la situación el legislador la hubiera reglado, porque nada malo hay en ello, porque la situación no genera supuestos de fraude legal ni de perjuicio para las personas o bienes, ¿por qué pensar en la nulidad absoluta por incumplimiento de formas no reguladas para el caso particular?

Creo que la analogía del art. 16, sin necesidad de recurrir a otros principios igualmente válidos, es suficiente para reconocer lo ajustado a derecho que tiene la solución dada y la inaplicabilidad del art. 986, como también la del 998, en tanto la “escritura acta” en cuestión no fue omitida del protocolo, sino que consta en él, comienza manteniendo el orden cronológico, foliatura y características propias del mismo (al menos no resulta ataque a ello del informe da-

do) y tampoco tiene sustancia el no haberse llenado la cantidad de renglones necesarios por folio, por tratarse de una redacción manuscrita, en vivo, donde no se puede orientar el llenado, como cuando lo es con una impresora o en la tranquilidad del trabajo en el escritorio, en tanto no se advierta una maniobra adulteración o uso para intercalar textos o que los mismos no guardan relación con la regularidad del texto.

En cuanto a si la escribana tenía disponibles otros folios, el caso que los tenga en la escribanía es similar a que no los tenga, porque el procedimiento debe aplicarse para resolver una situación de conflicto en los hechos, que no pueden esperar en el tiempo.

El acta habría quedado frustrada si se interrumpe, incluso el desarrollo del pensamiento espontáneo, tal como se va dando en un acto normal, puede modificarse con interrupciones que permiten cambiar opiniones, pedir asesoramiento o analizar con más detenimiento la conveniencia o no de su declaración espontánea.

El acta debe ser fiel reflejo del acto que pasa en presencia del escribano, que actúa como observador casi imperceptible, y no como factor de desequilibrio del mismo por cuestiones formales que hacen a su actuación exclusiva.

La rigidez de las formas debe tener la flexibilidad para que su aplicación no sea determinante de la inutilidad de la intervención.

Por todo ello, adherimos al voto del consejero Natalio Pedro Etchegaray.

Dictamen del escribano Jaime Giralt Font

Por razones de economía documental me remito a los antecedentes de la consulta expuestos por el consejero Etchegaray, agregando los que quedaron omitidos y que resultan de la fotocopia de la escritura que se nos remitiera y del dictamen del asesor jurídico notarial, Esc. Ángel Francisco Cerávolo: en folio 309 vuelta la autorizante del documento bajo análisis sólo utilizó 22 de los 25 renglones de la hoja de protocolo y en cambio escribió 26 en el folio 310 vuelta, circunstancia respecto de la cual no se expidió el preopinante.

Coincido con lo dictaminado por el escribano Cerávolo en que se han incumplido requisitos de forma que afectan a la validez del documento.

Aunque resulte reiterativo corresponde recordar que el artículo 986 del Código Civil establece que *“Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescritas por las leyes, bajo pena de nulidad”* y que el 998 dispone: *“Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”*.

El consejero Etchegaray funda su posición favorable con relación a la inobservabilidad del documento en tres aspectos: a) *“La escritura cuestionada está en el protocolo”*; b) *“Si la ley local no contempla el tema, se aplica la legislación análoga”*; c) *“Las solemnidades formales no deben anular lo que buscan preservar”*.

Nos permitimos disentir de su interpretación por las siguientes razones:

1. La afirmación de que la escritura cuestionada se encuentra en el protocolo, se sustenta en el artículo 144 de la ley 9020, orgánica del notariado de la provincia de Buenos Aires y normas similares de otras leyes provinciales.

1.2. Dicha disposición dice: *“En caso de urgencia podrá continuarse o iniciarse una escritura o acta en un cuaderno o cuadernos no habilitados, cuyas características sean similares a los de actuación protocolar. Producido el evento, el o los cuadernos deberán ser presentados para su registro dentro de los tres (3) días hábiles de la fecha del o los documentos”*.

1.3. Sin perjuicio de lo que se expresará más adelante, para la aplicación de esta norma se requieren cuatro requisitos: a) Urgencia. b) **La escritura debe iniciarse o continuarse en un cuaderno o cuadernos no habilitados.** c) Las características de tales cuadernos deben ser similares a los de actuación protocolar. d) Autorizado así el documento, los cuadernos deben ser presentados para su registro dentro de los tres días hábiles de su fecha.

1.4. El artículo se refiere a la incorporación al protocolo –sin rubricar– de uno o más cuadernos, no de una o más hojas, los que luego de la tempestiva presentación que requiere, quedan habilitados como protocolo, lo que también permite presumir que lo previsto es para el caso que el notario no disponga de protocolo, lo que no ocurrió en el caso de la consulta, en el que la escribana sí tenía protocolo, aunque no consigo.

1.4.1. Suponiendo que, no obstante lo antedicho, pudiere agregarse una o más hojas y no uno o más cuadernos, en la Ciudad de Buenos Aires no exis-

ten hojas de características similares a las de actuación protocolar, salvo las destinadas a la expedición de copias y certificados, las que tampoco empleó la autorizante.

1.5. Algo que pareciera surgir del transcripto artículo 144 y que mi apreciado cofrade no menciona en su informe es que, **de no presentarse el o los cuadernos agregados y destinados a ser rubricados dentro del plazo allí estipulado (tres días hábiles) lo actuado carecería de validez.** ¿O es que acaso presentados varios cuadernos tres o cuatro meses después de autorizados los documentos allí contenidos sólo estaríamos en presencia de una actuación sujeta nada más que a reproche disciplinario?

2. Es correcto lo aseverado por el consejero Etchegaray en el sentido de que la ley 404, reguladora de la actividad notarial en la Ciudad de Buenos Aires, no contiene una norma similar al citado artículo 144 de la ley bonaerense.

2.1. En realidad estimo que tal circunstancia no se debe a un olvido u omisión, sino a que quienes la proyectaron consideraron que **una disposición como esa puede ser calificada de inconstitucional en tanto, mientras no invirtamos la pirámide de Kelsen, una ley local –norma de rango inferior– (9020, art. 144) no puede dejar sin efecto a la legislación de fondo –norma de jerarquía superior– (Código Civil, art. 998).**

2.1.1. También la ley 9020 (art. 165) y las leyes notariales de otras provincias prevén la formalización de actas de depósito autorizadas por el escribano que, al mismo tiempo, reviste el carácter de depositario, con lo que se vulnera el principio de imparcialidad y objetividad impuesto por el artículo 985 del Cód. Civ., razón por la que la ley 404 tampoco regula las actas de esta naturaleza.

2.2. Sobre la base de lo expuesto, **opino que no es valedera la remisión a leyes análogas cuando éstas resultan cuestionadas en lo relativo a su constitucionalidad.**

2.4. Pero aun cuando por hipótesis se admitiere la posibilidad de la aplicación al caso, por analogía, del art. 144 de la ley 9020, debe ser tenido en cuenta que la escribana N. comunicó el hecho de haber concluido la escritura en una hoja no habilitada como protocolo nueve días hábiles después de que ello ocurriera, es decir en un lapso tres veces mayor que el máximo admitido en esa norma.

3. Parafraseando con todo respeto al consejero Etchegaray, estimo que *“no es posible”* que *“... para lograr la satisfacción de los designios económicos o familiares de sus requirentes, fundamentalmente cuando, por imperio de la ley, esos logros dependen de la validez formal de los documentos que produzca en su trabajo”* un notario ejerza su función sin observar la legislación de fondo relativa a la forma.

4. Concuero con mi distinguido colega y amigo en que *“La escritura es una exigencia del ordenamiento jurídico que establece ciertas solemnidades para reconocer y proteger las declaraciones de voluntad o los hechos de los requirentes ...”*. Es precisamente por ello que, entiendo, debe privilegiarse la observancia de las formas impuestas por la ley con la finalidad de evitar el perjuicio de quien re-

curre al escribano para obtener la seguridad y garantía de los actos y negocios jurídicos que precise otorgar.

5. El hecho de haber utilizado sólo 22 renglones de los 25 habilitados en una hoja de protocolo, sin que haya concluido la escritura, implica incumplimiento de lo establecido en el artículo 61, primer párrafo, de la ley 404 (*“Todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto”*).

Dictamen del escribano Osvaldo Solari Costa

Tengo el agrado de dirigirme al Sr. Presidente (*Esc. Eduardo V. Cursack*), con motivo de la consulta de la referencia (actuación de la Esc. N. en un acta de comprobación), habiéndose emitido al presente las opiniones de los escribanos Etecheagaray –primer dictamen–, Lamber y Giralt Font, a fin de adherir a los dictámenes de los citados colegas Esc. Etecheagaray y Lamber.

Ampliación del dictamen del escribano Osvaldo Solari Costa

Tengo el agrado de dirigirme al Sr. Presidente (*Esc. Eduardo V. Cursack*), con motivo de la consulta de la referencia a fin de efectuar una aclaración.

Con fecha 6 de enero pasado adherí a la postura del escribano Natalio Etecheagaray –habiéndose expedido en ese entonces también los colegas Lamber y Giralt Font– sobre la validez de un acta de comprobación iniciada en protocolo notarial pero concluida fuera de él.

Deseo completar mi opinión, para remarcar que la adhesión a la posición, llamémosle “permisiva o validatoria”, se debe exclusivamente al caso en especial en estudio donde se instrumentó un ACTA DE COMPROBACIÓN y no un negocio jurídico, y ello sin perjuicio de que eventualmente pueda también en otro caso concreto y bajo ciertas circunstancias “validarse” una escritura propiamente dicha, o sea, la que no contenga un acta.

Pero remarco mi parecer en favor de la validez del instrumento concreto analizado, considerando que si bien y al menos en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa obliga a instrumentar las actas en protocolo, las disposiciones del Código Civil que regulan el tema de las consecuencias de que “las escrituras que no estén en el protocolo no tienen ningún valor” (arts. 998; 1005) fue sancionada por el legislador sin tomar en cuenta que el contenido de una escritura podía ser un acta u otra intervención notarial no negocial; o dicho en otras palabras, en la época de la sanción del Código Civil, la normativa sobre escrituras públicas contemplaba como contenido de ellas sólo los actos negociales contractuales (arts. 1184; 979, incs. 1 y 2) y no las actas de comprobación, por lo que la grave sanción de la nulidad para las escrituras que no estuvieran en el protocolo se refería sin duda a las escrituras propiamente dichas y no a las escrituras-actas.

Y si bien es cierto que la ley local prescribe que las actas quedan sujetas a los requisitos de las escrituras públicas (art. 82 ley 404), la misma ley no desconoce la sustancial diferencia de formalidades con que debe ser revestido un negocio jurídico –escritura propiamente dicha– con respecto a las de un acta de comprobación. Por ello expresamente exime al acta de una serie de recaudos que sí deben cumplirse para la escritura propiamente dicha (arts. 83 y sgts.).

Coincidimos en que las excepciones deben ser restrictivas; pero en este caso en concreto, la falta de regulación de las formalidades de las actas no tiene

sanción en la ley de fondo por lo que la regla general es su validez: las que resultan del Título IV, Sec. II, Libro II fueron exclusivamente emitidas para las escrituras propiamente dichas, y es discutible que todas las disposiciones de este Título se apliquen sin más a las escrituras actas.

Es evidente que en el caso en estudio ha habido una irregularidad, pero reitero que no considero que tenga entidad para que se aplique la nulidad dispuesta por el Código Civil para las escrituras propiamente dichas a una escritura acta.

Dictamen del escribano León Hirsch

Adelanto mi opinión, en total adhesión a las consideraciones y conclusiones que aporta el dictamen del señor asesor jurídico notarial del Colegio de Escribanos, escribano Ángel Francisco Cerávoló, robustecidos con los sólidos fundamentos aportados por el consejero Giralt Font.

En atención a lo expuesto, no abundaré en consideraciones o citas que poco agregarían a las expuestas por los citados dictaminantes, ni me referiré a cuestiones ajenas al fondo del tema central en análisis, en particular a las críticas expresadas por el consejero Lamber.

Por tanto, como modesto aporte, sólo haré referencia a la doctrina de dos antiguos fallos que se refieren al tema:

1. “El comprador de un inmueble puede justificadamente oponerse a escriturar, por haberse acreditado que la escritura pública en virtud de la cual el vendedor adquirió el bien de referencia, adolece de un vicio que afecta su validez: encontrarse extendida en cuadernos de protocolo no detallados ni rubricados, es decir, sin llenar las formalidades esenciales exigidas por el art. 190, ley 1893, concordantemente con el 998, C.C., tendientes a imposibilitar la sustitución de fojas” (Fernández y Fernández, Manuel v. “Estancias Juana” S. A. Ganadera). Cám Civil 2ª de la Capital. JA. 1947-IV-721).

2. “El acto otorgado en sellos sin rubricar no puede ser considerado escritura pública, sin que el juez notarial esté autorizado para ordenar la rúbrica a posteriori” Juzgado Notarial de Buenos Aires, mayo 28-945 - Consulta LL t. 39, pág. 71). Como consecuencia de tal doctrina, se hizo saber al consultante que “no siendo escritura pública el acto a que se hace referencia, no debe dar testimonio del mismo como se solicita, por no tratarse del caso previsto por el art. 1006”.

Finalmente, si bien desde nuestra óptica resulta claro que la escritura en cuestión carece de valor, pensamos que tal afirmación se robustece con sólo recordar, como se afirma en el fallo 1, que los requisitos de forma a que están sometidos los instrumentos públicos en general tienden a garantizar la seriedad del acto, atento la plena fe que ellos hacen *erga omnes* (art. 993), por lo cual “para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por la leyes, bajo pena de nulidad”. Y precisamente, tal garantía de seriedad se logra mediante el estricto respeto de las formas que el notario naturalmente debe custodiar.

Dictamen del escribano Mario Antonio Zinny

El caso

En la ciudad de Buenos Aires, en ocasión de labrar un acta fuera de su escribanía, una escribana recurre a un folio no habilitado por el Colegio para completarla. De donde viene a resultar:

1) que en el primer folio del acta (308 y 308 vuelto, habilitado) obra el requerimiento que le formula un abogado en nombre de sus clientes, intimando una rendición de cuentas;

2) que en el segundo (309 y 309 vuelto, habilitado) continúa el requerimiento, siguen las firmas del requirente y la escribana, acompañada de su sello, y comienza la diligencia, con ella constituida en un estudio jurídico donde se reúne con el requirente, un contador, el intimado y su abogado;

3) que en el tercero (310 y 310 vuelto, habilitado) continúa la diligencia, que incluye la entrega de planillas, fotocopias y el testimonio de una escritura por parte del intimado, así como manifestaciones y reservas del requirente;

4) y que en el cuarto folio, que es el no habilitado (310 bis y 310 bis vuelto), finaliza la diligencia, la escribana hace constar *“que el acta ha sido concluida en la presente foja, por no tener a disposición foja de protocolo en el lugar que estoy constituida”*, la firman los presentes y ella, que estampa su sello y a continuación hace constar: *“Se agregan 6 planillas y 181 fotocopias inicialadas por el Sr. (sigue el nombre del intimado). Ante mí. y el testimonio del folio”* (siguen nuevamente su firma y el sello, acompañados de las firmas del intimado y el requirente).

1. LA DACIÓN DE FE DE LA ESCRIBANA Y LOS ARTS. 998 Y 986 DEL CÓDIGO CIVIL (*“998: Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”*. *“986: Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes bajo pena de nulidad”*).

De ambos artículos resulta la nulidad absoluta y en nuestro caso manifiesta de la dación de fe de la escribana, por el defecto de forma que le provoca el empleo del folio no habilitado. No hace falta agregar que el carácter absoluto de la nulidad torna imprescriptible a la acción para alegarla, e inconfirmable a la narración de la colega (conf. mi libro, *El acto notarial*, 2ª edición, págs. 99 a 107).

¿Es posible pretender que la nulidad absoluta de la dación de fe sea sólo parcial, en tanto limitada a la parte de la narración que obra en el folio no habilitado? No parece posible sostenerlo, ya que en ese folio constan, justamente, las firmas de los intervinientes y la de la escribana. El requerimiento, en todo caso, en tanto íntegramente instrumentado en el protocolo, parece contar con las notas que la validez parcial exige (ob. cit., págs. 101 a 103).

¿Es posible alegar que el art. 998 debe completarse, por analogía, con el

principio que inspira a las leyes provinciales que disponen que en caso de urgencia las escrituras y las actas pueden ser instrumentadas recurriendo a folios no habilitados por los Colegios?

Entiendo que no. Y para confirmarlo comencemos recurriendo a Salvat, quien comentando el art. 998, justamente, nos enseña: *“El Código Civil no ha considerado prudente establecer las reglas de detalle referentes a estos requisitos (los del protocolo); las ha dejado libradas a las provincias y es por eso que dice: ‘según las leyes en vigor’. Estas formalidades tienen por objeto evitar y hacer imposible la sustitución de hojas”* (Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, 10ª edición, Parte General, II, pág. 378). Así, también, Pelosi, Carlos, *El documento notarial*, pág. 181.

De allí que cada provincia reglamente los requisitos del protocolo como mejor le parece. Y algunas, al hacerlo, incluyan la posibilidad de recurrir a folios no habilitados, en tanto otras no admiten la excepción, como la Ciudad de Buenos Aires, cuyo notariado ha decidido atenerse estrictamente al principio de seguridad. ¿Con qué derecho podemos, entonces, por vía de una pretendida interpretación analógica incluirle en la reglamentación de esos requisitos un principio opuesto, cuya existencia y eventuales ventajas Buenos Aires no ignora, pero tampoco admite, como lo prueba el hecho de que no lo haya incorporado a su ley orgánica?

Porque aquí, me parece, no hay laguna ni analogía alguna, sino dos maneras diferentes de reglamentar los requisitos del protocolo.

2. VICISITUDES QUE LA ESCRITURA PÚBLICA SUFRE COMO CONSECUENCIA DE LA INVALIDEZ DE LA DACIÓN DE FE. EL ART. 987 DEL CÓDIGO CIVIL (*“El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas”*).

Como resulta del artículo que acaba de transcribirse, la invalidez de la dación de fe y la consiguiente ausencia de fe pública traen por consecuencia que, en nuestro caso, la escritura pública pierda su carácter de tal para convertirse en instrumento privado, con dispensa de la formalidad del doble ejemplar (ob. cit., págs. 135 y 136). Y aquí cabe apuntar que la colega hizo que todos los folios, inclusive los habilitados por el Colegio, fueran suscriptos por los cuatro intervinientes en el acta.

3. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO DE LAS PARTES

La invalidez de la dación de fe impide que la existencia material del acto de las partes goce de la fe pública que el art. 993 del C.C. le brinda. No obstante, la intimación, entregas, manifestaciones y reservas narradas se mantienen válidas, en tanto no requieren ser escrituradas para producir la plenitud de sus efectos (ob. cit., pág. 137).

Se trata, en definitiva, de unas declaraciones y entregas privadamente instrumentadas y en tanto tales sujetas, si llega el caso, al reconocimiento de las

firmas. Reconocimiento que no será fácil negar, porque desde el punto de vista de la eficacia probatoria esas declaraciones y entregas cuentan con algo más, como a renglón seguido veremos.

4. EL TESTIMONIO DE LA ESCRIBANA

En el instrumento privado en cuestión consta que todo cuanto las partes dicen y hacen ocurre en presencia de la escribana, que en calidad de testigo puede ser citada por el juez para ratificar lo narrado.

Más todavía, las 6 planillas y las 181 fotocopias inicialadas por el intimado y entregadas a la colega para que las agregue al acta son el fiel reflejo de que todo ocurrió tal cual ella lo narra.

5. ¿CÓMO EVITAR QUE EL DEFECTO DE FORMA DE LA DACIÓN DE FE, Y LA CONSIGUIENTE AUSENCIA DE FE PÚBLICA, PERJUDIQUEN A LAS PARTES?

Para evitarlo basta con que las partes reconozcan sus firmas al pie o al margen del acta, en otra acta, o ante el juez. De ellas depende, entonces, no sufrir perjuicio alguno.

6. ¿DEBE EL ACTA SER ÍNTEGRAMENTE ENCUADERNADA, CON EL FOLIO NO HABILITADO INCLUIDO? ES DECIR, ¿DEBE ESTE FOLIO FORMAR PARTE DEL PROTOCOLO?

Entiendo que sí. Al fin de cuentas, lo queramos o no, en el protocolo se incluyen instrumentos que ni siquiera son privados: así, en los casos de las daciones de fe nulas o anuladas por defectos o vicios que no son de forma ni de competencia, las daciones de fe erróneamente redactadas y “no pasadas” por ese motivo, etcétera.

Dictamen del escribano Francisco Cerávolo

El 28 de diciembre ppdo., en horas de la tarde, recibí copia del referido expediente.

I. Los hechos y sus circunstancias que han de encuadrarse en el ordenamiento vigente son, en prieta síntesis, los siguientes:

Documento del 22 de abril de 2004, consistente en acta de comprobación, extendido en tres fojas de protocolo –números 308 a 310–, concluido en hoja simple. La escribana actuante manifestó, en presentación ante el Colegio de Escribanos, que “al no poder terminarla en las fojas consignadas y seguir las partes vertiendo argumentos, la he concluido en una hoja simple a la que denominé 310 bis”.

1) A la fecha del acta la escribana tenía habilitados los cuadernillos 31 y 35, folios 301 a 350 de su protocolo.

2) La diligencia de comprobación comienza a la hora 10,30 conforme consta en el documento.

II. En tanto compete a esta Academia la cuestión se reduce a la respuesta de este interrogante: ¿Vale como instrumento público el acta así labrada?

III. En nuestro ordenamiento el protocolo se forma “a priori”, es decir que su existencia es anterior a la de los documentos que han de extenderse en él como requisito esencial de su validez como instrumento público. Asaz claro es el texto del artículo 998 del Código Civil al ordenar que “las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado según las leyes en vigor”, agregando a mayor abundamiento: “Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. El codificador vuelve sobre el tema en el art. 1005 mandando que las escrituras se extiendan en orden cronológico y disponiendo la nulidad de aquellas que no se hallan en la página del protocolo donde, según ese orden, deban ser hechas.

IV. Categóricamente, es indiscutible que el legislador, al preceptuar que las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros, no pudo sino referirse al texto íntegro del documento; uno solo y total, sin admitir la posibilidad de que él comenzara, continuara o concluyera fuera del protocolo.

V. Como no podría ser de otro modo la doctrina es unánime en el sentido de destituir de todo valor como escritura pública a la que se extienda fuera del protocolo; así, con entero acierto, pudo escribir el maestro Spota: “...Tratándose de la instrumentación pública de un negocio jurídico o de cualquier acta notarial con los más diversos fines lícitos [...] debe otorgarse, bajo pena de nulidad, en el protocolo [...] La ley declara “sin valor alguno” la escritura no otorgada en el protocolo (art. 998) y aun a la que, hallándose en tal protocolo, no está en la página o páginas que correspondan según el orden cronológico (art.1005); es decir, el instrumento público es nulo como tal y, por lo tanto, su invalidez es absoluta e insanable (art. 1044). Lo expresado no significa que la nulidad de la forma comprenda la del contenido: el negocio jurídico se ha celebrado, sin perjuicio del supuesto excepcional de la forma constitutiva, como ocurre en materia testamentaria (arts. 3630 y 3632). La dificultad de la

prueba de ese negocio jurídico podrá ser mayor o menor; además, el mismo documento público nulo puede sufrir los efectos de la conversión legal en documento privado y válido (art. 987). Pero lo cierto es que la escritura, en calidad de instrumento público, carece en absoluto de valor si no fue otorgada en el protocolo” (Spota, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I vol. 9, págs. 515 y 516). Ídem Borda: “También es causa de nulidad [...] que la escritura no se haya hecho en el protocolo... que el papel no esté rubricado por el Colegio de Escribanos...” (Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, t. II., 3ª ed., pág. 218); Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, pág. 433).

VI. Por razones de practicidad las leyes locales han disciplinado la formación del “libro de registros” mentado en el recordado art. 998 estableciendo el sistema de hojas movibles, numeradas y rubricadas por autoridad competente, evitando desvirtuar los fines de interés público tenidos en mira por Vélez.

VII. La ley 404 regula la formación del protocolo en el ámbito de esta Capital; así, prescribe en su art. 66 que las hojas de protocolo serán provistas por el Colegio de Escribanos, y el art. 67 ordena: “El protocolo se integrará con los siguientes elementos: a) Los folios habilitados para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario; por su parte el art. 68 ordena: “Los documentos matrices deberán ordenarse cronológicamente, iniciarse en cabeza de folio y llevar cada año calendario numeración sucesiva del uno en adelante. No podrán quedar folios en blanco...”.

VIII. Oportunamente destacó el informe que acompañó al texto del anteproyecto respectivo que uno de los aspectos más trascendentales lo constituyó la normativa acerca de las actas que –se dijo– “viene reclamando unánimemente la doctrina nacional y que, a falta de una ley de fondo que la establezca, se ha ido plasmando a través de distintas leyes notariales, con la finalidad de colocar nuestro ordenamiento a nivel de las importantes legislaciones extranjeras”. Consecuentemente se reguló la formación de esta clase de documento; en cuanto atañe al tema que nos ocupa preceptúa el art. 82 de la ley: “Las actas que constituyan documentos matrices estarán sujetas a los requisitos de las escrituras públicas”, con las modificaciones que seguidamente establece, consistentes en la atenuación del rigorismo formal, justificable en atención a la naturaleza de su contenido –hechos o actos que no son negocios jurídicos–, conforme con la más autorizada doctrina y las avanzadas legislaciones de tradición jurídica latina.

IX. La exigencia de la facción protocolar rige para las actas en la misma medida que para las escrituras, es decir, so pena de nulidad.

X. INAPLICABILIDAD DE EXCEPCIONES CONSAGRADAS EN LEYES NOTARIALES DE OTRAS DEMARCACIONES TERRITORIALES

La ley 9020, orgánica del notariado bonaerense, prescribe en su artículo 144: “En caso de urgencia podrá continuarse o iniciarse una escritura o acta en un cuaderno o cuadernos no habilitados, cuyas características sean similares a los de actuación protocolar. Producido el evento el o los cuadernos deberán ser

presentados para su registro dentro de los tres días hábiles de la fecha del o los documentos”. Normas similares rigen en otras provincias de nuestro país.

Como se expresó en el informe citado más arriba, la comisión que elaboró el anteproyecto de la ley 404 tuvo la especial preocupación de no incluir normas que pudieran “modificar o contradecir” las contenidas en el Código Civil. El capítulo de los documentos notariales tuvo como base “el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales”, redactado por el entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial –hoy Academia Nacional del Notariado–, en la versión que fuera actualizada por iniciativa del Consejo Federal del Notariado Argentino, con las modificaciones introducidas por las distintas comisiones designadas por el Ministerio de Justicia. Su redacción fue objeto de análisis y debate en el seno de la comisión designada al efecto por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos. No se ignoró, en su momento, la existencia de las referidas normas de excepción previstas en otras leyes locales que –abstracción hecha de juicios de valor– pueden tener razón de ser ante una situación de emergencia, en la considerable extensión territorial y consecuentes dificultades, inherentes a la distancia entre la sede de la notaría y el lugar donde han de ser provistas las fojas protocolares. Lo cierto es que no se juzgó adecuado introducir en el texto de la proyectada ley excepción similar a las mentadas; ello por estas razones: a) Evitar la posible colisión con los preceptos de la ley sustantiva. b) Inexistencia de esa excepción en el ordenamiento entonces vigente en la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte, el órgano legislativo no modificó –al menos en ese aspecto– el texto proyectado. **Final y concretamente: las normas del Código Civil y las de la ley 404 integran, como se dijo, el plexo preceptivo de la función notarial en el territorio de esta ciudad; en su marco no tiene cabida excepción tal.**

Fundado en la argumentación que precede sostengo que el acta labrada parcialmente y concluida fuera del protocolo es nula como instrumento público; esa nulidad es manifiesta y absoluta.

XI. Diametralmente opuesta es la opinión del distinguido miembro de esta Academia, escribano Natalio P. Etchegaray; para él “la escritura de referencia está en el protocolo ya que la foja simple agregada [...] lo integra por aplicación de claros principios jurídicos notariales”; afirma que “si la ley local no contiene un principio básico notarial debe aplicarse la legislación análoga”, y concluye diciendo que “en el caso planteado no se incurre en la causal de invalidez tipificada en el artículo 998 del Código Civil”.

Mi total discrepancia con el criterio de Etchegaray impone el examen de sus aseveraciones, tarea que desarrollo en los párrafos que siguen.

El recordado artículo 16 de nuestro Código dice textualmente: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Concuera el precepto con el contenido del artículo que le precede: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Consagra así nuestro

ordenamiento un principio común en las modernas legislaciones “en virtud del cual ningún magistrado puede rehusarse a resolver un caso práctico, so pretexto del silencio de la ley...” (Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. por Felipe de J. Tena, pág. 91).

La interpretación por analogía, como la recurrencia a los denominados principios generales del derecho, tienen la finalidad de regular las relaciones o casos no previstos en la legislación. Se trata, pues, de llenar las lagunas o vacíos legislativos. La primera y fundamental observación que merece el razonamiento cuestionado es que no se advierte el pretendido vacío, es decir –en los propios términos del citado artículo 15– “el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” en la materia que nos ocupa, legislada claramente en el artículo 998 del Código, que sienta la regla de la extensión y otorgamiento del documento íntegro en “el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado”, sin admitir excepciones.

Amén de ello, cabe apuntar que para la procedencia de la interpretación analógica es necesario, en primer lugar, que el caso no esté previsto expresamente por la ley; “en segundo término, debe requerirse: 1) que haya afinidad de hecho y una relación precisa en el caso previsto por la ley y el conflicto llevado ante los tribunales; 2) que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma en que lo hace la ley análoga” (Borda, op. cit., págs. 199/200). También Coviello nos brinda al respecto sus enseñanzas en precisos párrafos: “Dos cosas, pues, debe tener en cuenta el intérprete que emplea el procedimiento analógico: la naturaleza real de la relación y el principio de derecho positivo. Debe escrutar atentamente la naturaleza de la relación [...] Precisa también tomar en consideración el principio de derecho positivo y aplicarlo aun cuando no aparezca enteramente idóneo para satisfacer la exigencia de la relación. De este modo la actividad del intérprete que recurre a la analogía no es absoluta, pues tiene dos límites infranqueables: por un lado, la naturaleza real de la relación, por lo que debe muchas veces renunciar a conceptos que, si bien son lógicos y elegantemente estructurados, no responden a la realidad práctica; y, por otra parte, el derecho positivo, por lo que no puede tener en cuenta exclusivamente la naturaleza de la relación para crear una regla jurídica que no engrane en las disposiciones o en los principios de la ley” (ob. cit., págs. 91 a 95). Y bien: el caso está previsto por la ley (art. 998) conforme se dijo *supra*; no existe en el Código Civil ni en el ordenamiento local precepto alguno que, por analogía, pueda aplicarse al *sub examen*.

Claro que para desechar *ab initio* la pretendida analogía hubiera bastado recordar que las leyes o normas de excepción son, en general, insusceptibles de tal interpretación, como lo afirma pacífica doctrina, reiteradamente aplicada en fallos de nuestros tribunales. Fuera de la excepción sólo existe la regla. Por lo demás, resulta inaceptable aplicar, por supuesta analogía, preceptos excepcionales vigentes en legislaciones ajenas, porque ello implicaría, además de los reparos que se han hecho, algo así como la extensión de su imperio fuera del propio ámbito territorial.

Igualmente inaceptable es la alusión a “claros principios jurídicos notaria-

les”. Hemos desestimado la posibilidad de recurrir a ellos por entender que no existe vacío alguno en la legislación aplicable. De todas maneras, con la valiosísima ayuda de la doctrina, tratamos de esclarecer qué se entiende por principios del derecho.

Llambías, en su *Tratado*, recuerda que “para una primera tendencia en la que se destacan los nombres de Coviello, de Ruggiero y Groppali, en Italia, y Busso, en nuestro país, son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de las normas legislativas [...] Para otra tendencia, en la que militan Del Vecchio, en Italia, Castán Tobeñas, Pérez González y Alguer, en España, y entre nosotros Borda y Casares, son los principios superiores de justicia, radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada. Es decir se trata del siempre vivo derecho natural” (Parte General, t. I, nº 127, págs. 114 y 115). El rasgo común de esas posiciones está dado por la trascendencia que se acuerda al tema; ello así pues en la propia acepción lingüística del vocablo “principio” significa origen, comienzo, y en Filosofía se entiende el principio como “sinónimo de causa o razón, en su sentido más amplio; causa que contiene la razón y explica la verdad y la validez de las cosas y el valor moral de la conducta” (Martín Alonso, *Enciclopedia del Idioma*, tomo III, Ed. Aguilar).

Parece evidente la exageración en que se incurre al atribuir a normas locales de excepción la dimensión de “claros principios jurídicos notariales”. En todo caso, si descendemos desde los principios generales a los especiales del derecho notarial sólo puede juzgarse como principio, en el tema que se debate, el de la “forma”. “Autenticidad, intermediación y notoriedad –escribe Pelosi– no tendrían singularidad propia en el derecho notarial si no se concretaran en un producto también particular, como es la forma notarial. Esta especial categoría de forma, que no se confunde con la teoría de las formas y que más bien constituye un neoformalismo, se halla regulada en nuestro Código Civil en los arts. 997 al 1011” (Pelési, Carlos A., *Los Principios del Derecho Notarial*).

Emanación de ese principio de la forma es la regla contenida en el art. 998 del Código Civil.

En nuestro idioma el vocablo “excepción” significa “cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie”, “exclusión de una persona o cosa de la regla común” (Martín Alonso, ob. cit., t. II); en el lenguaje jurídico tiene la misma acepción de apartamiento de la regla común. La excepción es lo opuesto a la regla; jamás puede erigirse en regla; mucho menos en PRINCIPIO.

No puedo poner punto final a la expresión de mi pensamiento sin antes destacar que mi discrepancia se extiende a algunas afirmaciones genéricas contenidas en el dictamen del colega Etchegaray, en particular a la que, textualmente dice: “La escritura no debe ser analizada como una joya de perfección formal para nuestro deleite. La escritura es una exigencia del ordenamiento jurídico que establece ciertas solemnidades para reconocer y proteger las declaraciones de voluntad o los hechos de los requirentes, pero no es posi-

ble que, justamente por imperfecciones formales, se frustre la emisión de la voluntad o la comprobación de un hecho”. Claro que no podemos hablar de “joya” o de “nuestro deleite”, pero también lo es que no estamos hablando de cualquier “imperfección formal” sino del cumplimiento de un requisito esencial, cuya violación sanciona la ley civil con el mayor rigor: la nulidad. Traigo a colación, y las hago mías, estas reflexiones de Spota: “Si bien los principios generales inherentes a los instrumentos públicos [...] se aplican ‘in toto’ a las escrituras públicas, éstas responden a otras normas que establecen requisitos formales específicos y que se hallan plenamente justificados por la trascendencia de primer orden que esta forma del acto jurídico, en su función de prueba calificada, tiene en el derecho positivo argentino, siguiendo éste una tradición secular. Debe tenerse presente que el documento notarial que aquí tratamos pone en juego principios de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad, que tienden a alcanzar los siguientes resultados: da certidumbre a los derechos, facilita su natural desenvolvimiento, y los mantiene dentro de la normalidad, evitando respecto de los mismos la promoción de cuestiones litigiosas” (con cita y transcripción de Sanahuja y Soler). No se trata aquí de un neoformalismo carente de razón, sino de una exigencia de seguridad y certeza que constituyen presupuestos innegables de un sano comercio jurídico, en múltiples zonas del derecho privado” (ob. cit., n° 2084, págs. 488 yb 489).

No es correcta la conclusión de que “las solemnidades formales no pueden constituirse en un impedimento para obtener justamente lo que con ellas se quiere proteger” sin hacer distinción alguna. La generalidad de esa aseveración importa olvidar la categoría de las nulidades formales, prevista en nuestro derecho positivo y consagrada en las modernas legislaciones.

Las cosas en su lugar: ni el formalismo que en su exceso llegaría al fetichismo, ni la desestimación total de la forma, cualquiera sea la trascendencia que la ley atribuye a las solemnidades que prescribe.

Dictamen del escribano Néstor O. Pérez Lozano

Es esta mi primera actuación como Consejero y la hago propicia para agradecer a Ud. y a los señores Académicos la designación de la que fui objeto.

Me comprometo a justificar, con lealtad a los principios del derecho patrio, del notariado latino y a mis convicciones jurídicas, la incorporación a la Academia Nacional del Notariado con la que he sido honrado.

El caso que nos ocupa, elevado en consulta por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, se expande y trasciende a toda la función notarial que, en la comprobación de los hechos, adquiere mayor dinámica.

El servicio público que otorga autenticidad a los contratos y a las pruebas constituye una responsabilidad del Estado, quien, a los efectos de su ejercicio, ha delegado parcialmente su soberanía encomendándola, en competencia exclusiva, a los notarios.

Uno de los presupuestos fundantes de la Ciencia del Derecho lo constituye la estabilidad de las relaciones jurídicas, de los negocios que la voluntad crea, de las pruebas de los hechos y la protección de los intereses de la comunidad que organiza.

He afirmado ¹ “que en la propia esencia y naturaleza de la función notarial y no simplemente en la ley, se funda el carácter constitutivo y generador de relaciones jurídicas del documento público que el notario es autor y autoriza”.

En el mismo trabajo, con relación a la *matricidad* afirmaba que “constituyendo la *seguridad* un valor fundamental para la configuración de toda estructura jurídica, a ella deben acceder, como soportes esenciales, los valores de *permanencia y orden*”.

Por tal virtud, el documento notarial asienta su primacía instrumental en la *matricidad*. De ahí que propugnaba que todo documento notarial *se instrumente o quede insertado en el protocolo... (esta definición constituye el fundamento de mi posición)* correspondiéndole a las legislaciones locales regular dicha “matricidad”... debiendo establecer procedimientos que el notario deberá seguir en la configuración del documento; advirtiéndole la innecesariedad de ser excesivamente rituales, ya que se deberá dejar un amplio campo de libertad a la calificación que el notario, en cada acto notarial, ejercite aplicando su pericia con un *criterio dinámico y totalizador*.

Fundado en estas conclusiones adelanto que no puedo más que adherir al dictamen elaborado por el consejero notario Natalio Etchegaray, por su profundidad y especificidad.

Siento, en cambio, disentir de los fundamentos y conclusiones arribadas en su despacho por el asesor jurídico notarial del Colegio consultante, escribano Ángel Francisco Cerávolo, por quien tengo un profundo respeto personal, intelectual y jurídico.

Me preocupa asimismo, Sr. Presidente, la instalación en la doctrina nota-

(1) Pérez Lozano, Néstor, *Cuestiones de Técnica Notarial en materia de Actas* (obra presentada a la III Jornada Notarial Iberoamericana 1987. Integra la Ponencia argentina).

rial de una recurrente tendencia interpretativa dirigida a la declaración de ineficacia, invalidez, nulidad e inoponibilidad de un importante número de actos celebrados en jurisdicción notarial. Así como la de adoptar la metodología más estricta y exegética para la interpretación de la ley.

Trataré entonces de agregar a los fundamentos dados en el dictamen por Natalio Etchegaray otros aportes referidos a la interpretación de la ley por parte del notario, que creo de utilidad.

Al respecto recordemos que el derecho positivo se nos muestra como una pluralidad asistemática de preceptos. El Código Civil argentino, en cuanto a la interpretación de la ley frente a la laguna legislativa, al reconocimiento de los usos y costumbres, a la aplicación de la ley extranjera, a los actos prohibidos y a la renuncia de derechos, resuelve en normas positivas (arts. 16, 17, 14 18 y 19 entre otros) que “si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a *los principios de leyes análogas...*” Se advierte asimismo que el derecho positivo argentino, en todo su régimen normativo, adopta la tesis general más favorable a la validez de los actos, a la permanencia del contrato y a la subsistencia de las instituciones jurídicas.

En cuanto a la función calificadora del derecho por parte del notario, éste la deberá ejercer aplicando una metodología ordenadora en la que no podrán estar ausentes ni el sentido lógico ni el común. Claro está que ese ejercicio no alcanza, dado que la profundidad de una construcción jurídica requiere de ciertos conocimientos extendidos y de una técnica de interpretación ajustada.

“El notario para ser tal tendrá que poseer un espíritu objetivo que permita *componer el caso* dentro de la *heteronomía de la ley*, a la cual él mismo, como notario, es el primero que deberá someterse. Es la prudencia a la que se refiere J. V. de Goytisolo ², para realizar grandes síntesis estructurales, conceptuando que “lo justo positivo se nos muestra como una luz capaz de iluminar y revelar la justicia”.

Bajo tales premisas, me pregunto: ¿qué podía hacer la notaria en el acto de constatación, comenzado el acto y agotadas las fojas de actuación protocolar en ese momento, en esas circunstancias y fuera de la escribanía? ¿Debía acaso suspender el acto, produciendo la frustración del servicio, frente a un hecho irrepetible e irreproducible? ¿Qué le podría decir a quienes lo protagonizaban?... ¿Que el acta no se podía llevar a cabo por falta de papel de actuación protocolar?... ¿Que no podía seguir aportando certeza, autenticidad, ni dar fe de lo que ante ella estaba ocurriendo?... ¿Negar su ministerio por falta de soporte papel protocolar?... ¿Reducir su función fedataria a la de un testigo común?

Pienso que las posiciones adoptadas por alguna parte de la doctrina privilegiada, con extremo rigor, a la forma, lesionando el servicio notarial. Con ello se causará un grave daño a la imagen del notario y, fundamentalmente, a la es-

(2) Juan Vallet de Goytisolo “La Determinación Notarial del Derecho” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*., tomo XXXV.

tima social y confianza por parte de la comunidad, que advertirá que ya no le es útil para preservar sus derechos.

Juan Vallet de Goytisolo determina: ³ “La función notarial no sólo modela los actos jurídicos dentro de las categorías de la ley sino que da paso a muchos tipos de figuras de relaciones jurídicas, porque el notario es un colaborador en el proceso dinámico de creación del orden jurídico y de tal calidad que, con frecuencia, va a la vanguardia del legislador, preparando con las costumbres notariales y los usos convencionales revelados por las escrituras públicas, la oportuna reforma legislativa”.

Eugen Ehrlichm ⁴ (expositor de la tesis del Derecho Social Extraestatal) advierte que existe un derecho que vive completamente al margen del derecho estatal y constituye el fundamento de toda la vida jurídica. Es organizado por la sociedad extraestatal en su vida interior, verdadero derecho vivo que pre-existe a toda organización y que le sirve de fundamento. A su juicio es un producto social de la comunidad que no participa de las características del creado por el Estado ni de las decisiones judiciales o de otra autoridad ni que tenga fundamento en la coerción jurídica.

“La moderna ciencia, ante todo, debe examinar los documentos teniendo en cuenta aquella parte de su contenido que, en general, es importante, típica y siempre recurrible; debiera de considerarlo de un modo técnico jurídico y valorarlo bajo todos los aspectos desde el punto de vista de la sociedad, de la economía o de la política legislativa”.

Betti ⁵, refiriéndose a la interpretación jurídica, que denomina “interpretación en función normativa” como género que trata de “interpretar para obrar”

(3) Juan Vallet de Goytisolo, “La Determinación Notarial del Derecho”, citando a Tomás Ogayar y Ayllón “Aplicación Notarial del Derecho”, en A.A.M.N., XIX, págs. 529-46.

(4) Ehrlichm, Eugen, *Fundamentos de la Sociología del Derecho* afirma que “el derecho reposa menos en las normas jurídicas que en los hechos de derecho. Las costumbres, las relaciones de dominio y posesión, los contratos, los estatutos, las disposiciones de última voluntad se transforman de hecho más rápidamente y retroactúan en ellas aunque mantengan invariable su formulación verbal”.

(5) Betti, Emilio, *Teoría Generale della Interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1990, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Costa, Joaquín, *La vida del Derecho... El Derecho en la Letra y en la Vida*, Lib. Verruga, Madrid. Otro inconmensurable aporte al derecho y su creación lo encontramos en los esquemas básicos para una perspectiva estática y dinámica de la determinación negocial del derecho aportado por Joaquín Costa. Expositor de la teoría del pensamiento y de la realidad externa que logra el ser humano en el doble itinerario interior-exterior y exterior-interior, entre el pensamiento y la realidad externa, nos enseña que es una aplicación de la realidad histórica vivida por el hombre en cada caso concreto, de un principio de derecho natural y externo. Por ello, cada hecho jurídico requiere una operación racional que ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psicofísico en el sujeto activo y una repercusión biológico-social que penetre hasta aquellas raíces hendidas en el humus de la tradición histórica del propio pueblo. Para Joaquín Costa derecho y vida tienen una relación mutua necesaria. El derecho está dado para la vida a fin de informarla para que se realice bajo una forma de derecho. Y la vida del derecho es la realización o determinación como principio esencial y eterno en una serie de hechos o estados temporales y sensibles (positivos) mediante la actividad de un sujeto racional.

Nos enseña que el principio de libertad civil deja a cada individuo y a cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, la facultad de escoger dentro del Código y po-

o más aún para “decidir”, para tomar “posiciones respecto a los preceptos que deben observarse”, advierte que no se trata de una actividad “teorética, intelectual o estética” sino un “obrar como actividad práctica dirigida a decidir y tomar posición en una situación determinada”. En dicha posición el intérprete debe estar vinculado por una directriz determinada para obrar o decidir, “se trata de discernir el criterio de la decisión o la máxima de la acción de un principio rector, al cual debe conformarse el obrar o el decidir de conformidad a un orden jurídico o moral o social” con el fin de tomar una decisión en uno u otro sentido.

Así debió tomar la decisión de concluir el acto de constatación la notaria interviniente anteponiendo y *privilegiando fundamentalmente la función del documento que es la de PROBAR*.

La función de la interpretación jurídica no es específicamente teórica sino práctica y en el caso espontánea “*teniendo en consideración las circunstancias del caso*” (art. 16, última del C. Civil citado). Su objetivo fue obrar “funcionalmente” y decidir lo que consideró justo en función normativa y como oficial público (esencialidad que no debemos perder de vista).

Las normas jurídicas no son necesariamente preceptivas. La norma “en su conjunto es un lenguaje prescriptivo o imperativo, en cuanto a su finalidad última y gran parte de su contenido es el sometimiento de la sociedad, las personas y los grupos que integran a sus normas organizativas y de comportamiento”. Pero no obstante “no todas las normas son prescriptivas o imperativas, pues las hay también *meramente dispositivas* que, en lugar de imponerse a la voluntad (*ius cogens*) actúan en *colaboración con ella*. Hay además en las normas *prescriptivas* partes *descriptivas*, como son la referencia a la *realidad factual* (o más ampliamente social), objeto de la ordenación jurídica”.

Juan Vallet de Goytisolo, en *Panorama General de la Interpretación Jurídica*, al exponer el proceso interpretativo, sugiere el siguiente orden:

Examen de los hechos con análisis de graduación de su relevancia.

Valoración de los hechos desde el criterio jurídico.

ner en vigor la fórmula que mejor se acomode a su peculiar situación en cada caso o de producir otra diferente. De este modo dentro del derecho positivo cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida y, según la cual, es el derecho el que debe seguir a la realidad y no la realidad al derecho. Además advierte que en todos los hechos coexisten dos elementos: “*Una relación individual de derecho (la finalidad, el qué) y el plan de conducta (el procedimiento, el cómo)*”. Para su concreción será menester generar el plan que lo produzca y lo determine mediante la “*comunicación, el debate y el común acuerdo*”.

Juan Vallet de Goytisolo (ob. cit.) afirma que ésta es una muestra del carácter social del derecho... Un siglo después de Savigny y Puchta, ningún jurista que haya recibido una formación científica duda de que una parte considerable no ha sido creada en el pasado por el Estado y que aun en gran medida deriva de otras fuentes.

Observa Ehrlichm (ob. cit.) “*Una mirada a la vida moderna del derecho muestra que ésta en su mayor parte no está dominada por la ley sino por la documentación de los negocios. El derecho no obligatorio viene determinado por el contenido de los documentos jurídicos. El derecho vivo debe buscarse en los vínculos matrimoniales, en los contratos de compraventa, de arrendamiento, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y de sociedades comerciales y no en los artículos del Código*”.

*Construcción del supuesto de hecho base, resultante de aquellas valoraciones.
Elección de la norma aplicable a este supuesto formal.*

Establecimiento de la relación que exista entre el hecho base construido y la norma estimada aplicable.

Determinación del efecto jurídico dimanante.

Otra cuestión importante a la que quiero referirme es a la **jurisprudencia notarial**.

Ella ha contribuido a la evolución del derecho. Los procedimientos y usos notariales que recogen las necesidades y los requerimientos sociales no contemplados en la legislación, producto de la autonomía de la voluntad dentro del sistema jurídico, y de la necesidad de preconstituir las pruebas, no han pasado inadvertidos para la doctrina científica.

La obra de la jurisprudencia notarial es permanente y laboriosa. En ella, las tendencias populares, espontáneas y creativas, encuentran recepción en nuevas fórmulas que habrán de expandirse en todo el orbe del sistema greco-romano-germánico.

Antonio Rodríguez Adrados, entre sus monumentales obras ha citado en “Cuestiones de Técnica Notarial en materia de Actas” (obra presentada a la III Jornada Notarial Iberoamericana 1987), como jurisprudencia notarial de gran valía internacional en esta materia a la doctrina argentina: (pág. 86), cita *Revista del Notariado*, núm. 763 enero-febrero 1979, págs. 131-132, Consultas jurídico-notariales “Acta de comprobación”. Procedimiento a seguir para la certificación e incorporación al protocolo de un doble juego de vistas fotográficas (pág. 131) y destaca la ley 6200 de Organización del Notariado de la Provincia de Entre Ríos, arts. 57 y 65 así como el Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales elaborada por el entonces Instituto Argentino de Derecho Notarial, citado en nota 2, arts. 40-61; a Osvaldo S. Solari “Apuntes sobre el referido Anteproyecto de ley... *Revista Notarial* 1979, núm. 845, págs. 1201-1208; puede verse también en *Revista Notarial* Juan C. Viterbori, “Las Actas Notariales”, 1982 y Emma B. Ferrari de Solari del Valle; Margarita Adela Pipinno y Claudio A. Solari del Valle, “Las actas en la ley 9020”, 1982 núm. 864, págs. 1327-1348. Quiero demostrar el profundo respeto que se tiene de la doctrina argentina. La **jurisprudencia notarial** ha considerado válido el procedimiento de incorporación o anexión de documentos al protocolo y su formación documental.

Cabe concluir con Natalio Etchegaray que la escritura cuestionada está en el protocolo, cumple con los recaudos de los artículos 979 incs. 1º y 2º y que, por lo tanto, la misma no integra la causal de invalidez del artículo 998 *in fine* del Código Civil. Por lo tanto, no requiere otra acta en la que comparezcan las partes a reconocer sus firmas y, menos aún, someterse a los tribunales para que lo reconozcan ante el juez, dado que no estamos ante un caso de defecto de forma o ausencia de dación de fe y, consecuentemente, de fe pública.

Vélez Sarsfield no legisló lo relativo al protocolo, sólo hizo referencia en el citado art. 998 y en la nota del art. 997 al definir la “escritura matriz” y a sus

copias, que los romanos llamaban “originales” y “traslados”, respectivamente. El Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales sí lo hizo y con acierto.

Siguiendo dichos principios y leyes análogas notariales, a mi entender (opinión que he sostenido como miembro de la Comisión Redactora de la recordada ley 8585 Orgánica de la Prov. de Bs. As.), la técnica a emplear por la notaria, en las circunstancias fácticas en que operó y se desarrolló el acto, debió inmediatamente anexar al folio prenumerado que sigue en orden numérico-cronológico, mediante nota explicativa, fundada y vinculante como continuación de la Escritura Acta, la hoja que constituyó el soporte papel para la conclusión de la constatación y comunicarlo de inmediato al Colegio, sin crear una foliatura “bis” (por estarle vedada).

Pero advierto que jamás puede llegar a constituir una “sanción” o “pena” de nulidad, sino una expresa recomendación para que así se obre en el futuro, creando de este modo una sana jurisprudencia para otros casos. Asimismo, el procedimiento es aconsejable para la instrumentación de actos ocasionales o accidentales en que se nos requiera nuestro ministerio que, como dije, es servicio público impropio pero servicio público al fin.

La consecuencia de la nulidad en todos los casos es negarle efectos al negocio jurídico (en este caso a la prueba de constatación) y recomponer al día de la celebración del acto nulo, restituyendo las cosas a su estado inicial.

Si se tratare de una nulidad absoluta (como se dijo) será insanable, no subsanable, será inconfirmable y la acción imprescriptible. El juez la podrá declarar de oficio o será alegable por cualquier tercero interesado o por el Ministerio Público en interés de la ley, dado que debiera estar fundada en que “el interés protegido es de carácter general o colectivo”.

En primer lugar, los hechos constatados en el caso ocurrieron y, como tales y por su naturaleza, resulta imposible retrotraerlos al momento de la constatación como si nada hubiere sucedido, algo así como la ficción de la máquina del tiempo. Sucdieron, se constataron, así lo confirmaron y consintieron los requirentes, quienes expresaron su aceptación mediante su firma (tan válida como todas las del documento).

Me pregunto: ¿algún juez podrá prescindir de dicho documento probatorio tan valioso para resolver el conflicto?

A estar al dictamen que propugna la nulidad, estaríamos en presencia de una escritura acta nula de nulidad absoluta pero que prueba los hechos y puede ser ratificada en juicio (aun cuando creo que no es procedente). ¿En qué afecta el interés general?

Creo sí que se afectaría el principio de lo justo positivo y, fundamentalmente, de la realidad fáctica, algo así como declarar una nulidad por la nulidad misma.

Concluyo que la escritura acta por inserción en el protocolo de la hoja que instrumenta la última parte del acto se encuentra en él y forma parte del mismo. Por lo tanto, no es de aplicación la sanción del artículo 998 ni la pena del artículo 1038.

Dictamen de la escribana Cristina N. Armella

I. El supuesto

La escribana M de las M. N., titular de un Registro Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, dirige nota al Sr. Presidente del Colegio de Escribanos que la nuclea, para informar con relación a un acta por ella labrada en el mes de abril de 2004, constituida fuera de la sede de su registro, con relación a la cual explica que: “al no poder terminarla en las fojas consignadas y seguir las partes vertiendo argumentos, la he concluido en una foja simple a la que denominé 310 bis” (sic).

Agrega fotocopias, ruega se tenga en cuenta lo manifestado, y “en su caso por intermedio del Departamento Inspección, se verifique lo dicho, colocándose nota.”

De las fotocopias acompañadas surge:

1) Que la presentante ha extendido un acta de constatación por escritura pública 96.

2) Que en los folios 308 y 309 del protocolo anual, documentó el requerimiento, en forma mecanografiada, el que fue suscripto por el compareciente y autorizado por ella, con su firma y sello.

3) Que en el mismo folio 309, frente, comienza la redacción de la diligencia en forma manuscrita, a las 10:30 hs. del día 22 de abril de 2004, constituida en el lugar determinado por su requirente.

4) Que redacta la diligencia en los folios de protocolo 309 vuelta, 310 completo y continúa y concluye el texto en una hoja que no es de protocolo.

5) Que a la hoja NO protocolar le consigna la foliatura en números “310 (bis)” y en letras de “trescientos diez”, solo.

6) Que en la parte manuscrita no ha respetado la renglonadura ordenada (folio 309 vuelta, 22 renglones; folio 310 vuelta, 26 renglones; folio 310 bis, 23 renglones).

7) Que del texto surge expresamente, por la propia manifestación de la autorizante que: “No habiendo para más, haciendo constar la autorizante que el acta se ha concluido en la presente foja, por no tener a disposición foja de protocolo en el lugar que estoy constituida, firman las partes, previa lectura y ratificación de sus dichos...”.

8) Que de la redacción de la escritura-acta de comprobación surge que el objeto del requerimiento es la verificación de la concurrencia de una persona a una reunión convocada con antelación para rendir cuentas de la administración de ciertos bienes y de los hechos que en tal caso sucedan. Por su parte, de la narración de la diligencia se desprende la comprobación de hechos jurídicos como la entrega de documentación y especialmente las declaraciones del requerido y del requirente.

9) Que de las fotocopias agregadas al expediente surge que en el margen del protocolo constan notas de expedición de copia simple y de primera copia, esta última mecanografiada.

10) Que la escribana presenta nota al Colegio nueve días hábiles después de la autorización de la escritura-acta.

II. Encuadramiento legal del tema

Incuestionablemente se trata de un caso que está alcanzado por la normativa civil de fondo y la ley 404, reglamentaria del ejercicio funcional notarial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La posibilidad de que cada una de las demarcaciones territoriales que conforman nuestro país cuenten con facultades legislativas con respecto a aquellos temas no delegados en el poder central, hace a la existencia de normativas legales locales que constitucionalmente regulan el ejercicio del notariado.

Por su parte, el propio Código Civil en el art. 979, apartado segundo, remite la regulación de los otros instrumentos públicos de origen notarial, a las normativas locales.

Así es como las actas notariales de comprobación, a partir de la entrada en vigencia de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exigen la facción protocolar, por tanto, de acuerdo con la clasificación de los documentos notariales, son protocolares (Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, pág. 243, Ed. Astrea, Bs. As., 1980).

Esta formalidad instrumental obliga a su autor a extenderla en el protocolo, integrándolo y debiendo respetar todas las exigencias legales impuestas para las escrituras públicas que contienen negocios jurídicos (ley 404, art. 82. “*Las actas constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo ...*”).

No obstante lo recién manifestado, es cierto que este deber cede frente a las especiales características de este tipo de documento notarial (ej.: la ausencia de la firma de un requerido que, invitado a hacerlo, se niega, situación que no la invalida, ley 404, art. 83. “*Las actas que constituyan documentos matrices estarán sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones... g) Podrán autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehusare firmar, de lo cual se dejará constancia*”).

Pero también es cierto que **no integra esta excepcionalidad la posibilidad de labrarla en papel que no sea de protocolo**, con independencia de las razones que hayan motivado esa facción documental.

Claramente el tema de abordaje en este caso es la relevancia jurídica del soporte documental sobre el cual el escribano interviniente escribe el texto del documento notarial matriz.

Y la pregunta obligatoria es si a la legislación vigente y aplicable al caso, ese soporte documental le es indiferente.

La respuesta negativa se impone. El propio Código Civil, en su art. 998 dice que “*el libro de registros*” (protocolo) *estará (deber) “numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor”*. Y esa rubricación (estampado de una firma o señal manuscrita o reproducida en sellos) que con el paso del tiempo ha evolucionado al concepto de habilitación, se exige como previa a la utilización de los folios móviles que conformarán el protocolo anual.

Este recaudo impuesto por la codificación velezana y mantenido hasta el presente es considerado como “solemnidad absoluta”. Así lo afirma José María Orelle, quien continúa: “... y tanto es así, que alguna vez se ha resuelto que no procedía sellar, con el sello del tribunal de superintendencia, los cuadernos del protocolo corriente del registro del escribano, en los cuales se han extendido escrituras sin llenar el requisito previo de la rúbrica, pues de lo contrario se daría validez a un acto nulo” (En Belluscio–Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 4. Comentario al art. 998, pág. 568, Ed. Astrea, Bs. As., 1982. Al respecto también consultar Arme-lla, Cristina N.; Bueres–Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 2 C, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 71). Además es la propia Reglamentación de la Ley Orgánica Notarial N° 404, decreto 1624/00, el que en su artículo 36 ordena: “El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza **admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos...**” (lo destacado es nuestro).

III. El ejercicio funcional

El ejercicio de la función pública notarial exige por parte del escribano no sólo un acabado conocimiento de la normativa aplicable, sino también una extrema diligencia en el desarrollo de las operaciones de ejercicio.

Ciertamente la autorizante, al tiempo de aceptar el requerimiento, debió haber previsto que si la diligencia debía efectuarse fuera de la sede de su registro podría llegar a necesitar un número mayor de fojas de protocolo que el que realmente llevó para narrar la percepción de los hechos que iban aconteciendo en su presencia, como asimismo las manifestaciones del requirente y del requerido.

No dudamos de la propia afirmación de la escribana interviniente respecto de que los hechos superaron su previsión.

Pero desgraciadamente, como operadora del derecho, debía saber que la confección de la escritura-acta de comprobación que realizó adolecía de un vicio congénito, cual es no estar redactada completamente en el soporte documental impuesto.

Así como también debió saber que su presentación ante el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires o de la Inspectoría correspondiente no salvaría la entidad documental prescripta.

Adviértase que de la nota presentada, *in fine*, surge tan sólo el pedido de que la Inspectoría verifique sus dichos y coloque nota. Y es de destacar, además, que antes de la presentación al Colegio, ya había expedido copia simple y primera copia de la misma.

IV. La habilitación colegial de un soporte documental distinto, como protocolo corriente

No desconocemos las legislaciones locales que prevén la habilitación posterior al otorgamiento y autorización de una escritura pública o de una escri-

tura-acta, del soporte documental en el que fueron extendidas, si no lo han sido en papel de protocolo.

Es dable destacar que esta solución recogida por varias legislaciones locales es total y absolutamente excepcional y, para ser viable, necesita del cumplimiento de estrictos recaudos que, de no reunirse, obstaculizan su implementación.

No entramos en el análisis acerca de la constitucionalidad, o no, de estas normas.

Sólo destacamos su existencia y su razón de ser.

Recordemos que la norma que preceptuó primigeniamente esta solución fue la ley 6191 de la provincia de Buenos Aires. Pero también es necesario conocer la razón por la cual tuvo lugar su dictado. El juez notarial de esa demarcación territorial, Dr. Ves Losada, en sentencia del 11 de diciembre de 1946 declaró: 1) que *“la ausencia de rúbrica de la autoridad competente en los cuadernos utilizados por los escribanos, priva a los actos en ellos otorgados de uno de los requisitos indispensables de autenticidad; tales actos carecen en consecuencia, del carácter de escritura pública...”* (Conf. Neri, Argentino I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, vol. 4, Protocolo. Títulos, Ed. Depalma, Bs. As., 1971, pág. 52.).

Algunas leyes locales regulatorias del ejercicio del notariado, posteriores a la citada ley bonaerense, han aceptado esta situación de excepción, remarcando específicamente que se debe tratar de un supuesto de urgencia, en el que el notario carezca de papel de protocolo para poder iniciar o concluir la redacción de un documento notarial, y que el utilizado en su lugar se habilite como tal dentro del plazo legal previsto (ejemplo: el art. 144 de la ley 9020 regulatoria del ejercicio del notariado en la provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario 3887/98).

Normas de este tipo ciertamente no son caprichosas.

La mayoría de las legislaciones que han recogido esta solución se aplican en provincias extendidas geográficamente, en las que el notario puede carecer de intermediación con el lugar donde se le expende el papel de protocolo.

Así, tales normas evitan que el oficial público se vea impedido de aceptar un requerimiento ante la falta o insuficiencia del papel de protocolo y se vea en la imposibilidad de adquirir el mismo, ya sea por distancia o por horarios (al respecto consultar Lamber, Rubén en *La Escritura Pública*, Ed. Fundación Editora Notarial FEN, del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, tomo I, pág. 215 “9-1-1 Uso de protocolo no habilitado”, Bs. As., 2003.)

Asimismo interpreto que estas normas de aplicación excepcional están destinadas a resolver la situación de la carencia de protocolo suficiente en poder del notario y no la situación distinta de que el notario, contando con existencia del mismo en la sede de su registro, no haya previsto llevar consigo la cantidad suficiente para la confección del documento notarial que debe autorizar.

Si pretendiésemos aplicar analógicamente al caso bajo dictamen, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes provinciales, creo que hay varios aspectos que no podemos dejar de considerar.

Veamos:

a) del expediente iniciado surge que la escribana tenía en su poder papel de protocolo suficiente, tal es el caso que ella misma pretendió numerar la hoja agregada con la foliatura trescientos diez “bis” (lo hizo en números pero no en letras y, además, no está salvado) siguiendo, seguramente, el orden correlativo del protocolo con el folio 311;

b) esta última circunstancia por sí sola es obstativa de la habilitación posterior;

c) el papel utilizado no es de características similares al papel de protocolo, como son, por ejemplo, los folios de expedición de copias u otras hojas de similar espesor y tamaño;

d) al escribir no ha respetado los espacios entre renglones;

e) ha hecho firmar a los sujetos involucrados en la diligencia al margen de las hojas utilizadas, tanto las de protocolo como la que no reúne esta calidad;

f) la realidad geográfica de la Ciudad de Buenos Aires dista muchísimo de las extensiones provinciales;

g) la hora del día en la que comenzó la diligencia fue a media mañana;

h) el objeto del requerimiento careció de la calidad de “urgente”, ya que se trató de declaraciones de las partes vertidas en una reunión predispuesta al efecto;

i) la presentación efectuada por la escribana ante su Colegio fue fechada recién nueve días después de lo acontecido.

Todo ello tan sólo como una simple aproximación a la configuración de este supuesto.

Algunos comentarios.

1) Destaco la apreciación del escribano Lamber (ob. cit., pág. 215) cuando analiza el tema, específicamente con respecto al soporte papel: “En caso de que carezca el escribano de estos folios de actuación, deberá utilizar papel de características similares en cuanto a espesor y tamaño. Como los renglones no están marcados, sino señalados, el escribano podrá utilizarlos también con la sola foliatura, correlativa, y **conservando los espacios interlíneas**, para cumplir con las 25 que corresponden al folio de actuación protocolar. **No lo dice la ley, pero priva el efecto de la urgencia, y la necesidad de cumplir adecuadamente el servicio**” (lo destacado es nuestro).

2) La conducta desplegada por la escribana autorizante de solicitar al requirente y requerido firmar todas las hojas utilizadas en el margen, lejos de ajustarse a las formalidades impuestas por nuestra legislación, parece aplicar lo prescripto por el art. 154 del Reglamento notarial español, el que establece en su segundo apartado que: “... cuando por alguna circunstancia excepcional se emplee papel común sin señal o numeración que lo identifique suficientemente, los otorgantes y testigos, en su caso, deberán firmar en todas las hojas o pliegos” (Fabra Valle, Germán, *Código de Legislación Notarial*, Ed. Neo Ediciones, Madrid, 1990, pág. 74. Goma Salcedo, José Enrique, *Derecho Notarial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 55. Rodríguez Adrados, Antonio, *Escritos jurídicos*, III, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 457.

Este autor no reconoce la nulidad formal del instrumento extendido en papel común a la luz de la legislación española). Formalidad que carece de virtualidad jurídica para desplazar el vicio congénito del que adolece el instrumento bajo análisis de acuerdo a nuestra legislación.

3) Por su parte, el escribano Etchegaray considera relevante la pronta habilitación del papel así utilizado: “En casos de urgencia las leyes notariales permiten –como excepción– que se utilice protocolo sin rubricar, e incluso en escrituras impostergables, se admite el uso de papel común (con las mismas características del sellado) siempre que en ambos casos se presente, para su habilitación como protocolo, **dentro de un término brevísimo que las mismas leyes locales fijan**” (lo destacado es nuestro) (Etchegaray, Natalio Pedro, *Técnica y práctica documental. Escrituras y actas notariales*, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, pág. 49).

4) Ni el Código Civil, ni la ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regulan la situación planteada por la conducta de la escribana requerida y ello no puede considerarse una laguna legislativa, porque el mismo ordenamiento aplicable exige el cumplimiento de un recaudo formal preciso, cual es la utilización de un soporte papel específico. Razón por la cual, mal podríamos aplicar al caso *sub examen* normas locales de extrañas demarcaciones territoriales que sí regulan la situación pero con carácter estrictamente excepcional.

Es Julio César Rivera quien sostiene que para que proceda la interpretación analógica deben concurrir tres requisitos, que haya laguna legal, que concurra la misma igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está y que no exista prohibición legal de recurrir a la analogía (Rivera, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General I, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998). Es palmario que estos requisitos no se dan en el caso ya que no existe laguna legislativa, no hay identidad esencial fáctica y lo que merece mayor dedicación es advertir el valladar que significa la excepcionalidad que califica a las normas de otras provincias argentinas, que pretenden aplicarse. Y muy especialmente si hablamos de la forma. La corporalidad de la matricidad protocolar que se sustenta en la utilización de un papel que se distingue por calidades que coadyuvan a su perdurabilidad (extremándose los esfuerzos para que sea lo menos vulnerable posible por falsificaciones) es también un rasgo caracterizante de la autenticidad de la escritura pública o de la escritura-acta y como tal es imposible que pueda ser dejado de lado por una norma de excepción que además de corresponder a un ámbito territorial distinto, regula también supuestos distintos (sólo recordar que la escribana poseía protocolo corriente con posibilidad de ser utilizado).

V. Calificación documental. Valor probatorio. Ulterioridades legales

1. Calificación documental

Por estricta aplicación del Código Civil, se trata de una escritura pública, acta de comprobación, inválida por defecto de forma, esto es, por no haber sido extendida completamente en papel de protocolo.

La calificación de la invalidez de acuerdo con el desarrollo velezano de las nulidades regulada tanto para los actos jurídicos (arts. 1037 y ss. del Cód. Civ.) como para la forma escrita (arts. 979 y cc. y ss. del Cód. Civ.) es nulo, absoluto, de nulidad total y de vicio ostensible o patente. No es pasible de confirmación. No puede reproducirse el acto, por no tratarse de un negocio jurídico. La nulidad es invocable por todos y la acción es imprescriptible.

Parte de la doctrina entiende que se trata de un supuesto de inexistencia. Si bien es cierto que la inexistencia y la nulidad absoluta son entidades jurídicas distintas (Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Ed. Astrea, Bs. As., 1986, pág. 138), sus ulteriores legales quedan reguladas por la misma normativa (conf. Orelle, ob. cit., pág. 627: “*Escrituras públicas nulas. ... c) Por razón de la forma. 1) Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerados protocolo (también éste es un caso que podría ser considerado como de inexistencia)*”).

2. Valor probatorio

El interés del caso parece agotarse en la calificación del documento así extendido. No obstante recordemos que quien requiere la intervención de un escribano público para confeccionar una escritura acta de comprobación, tiene en miras el valor probatorio de plena fe hasta la argución de falsedad civil o penal de este documento notarial alcanzado por el art. 993 del Código Civil con respecto a la materialidad de los hechos acaecidos ante el oficial público o cumplidos por él mismo.

Seguramente en el caso bajo análisis ni el requirente, aun en su calidad de abogado, ni el requerido, han advertido la invalidez del acta de comprobación (aunque el derecho se presume conocido por todos).

Ni siquiera siendo ostensible el vicio, como surge de la propia narración de la escribana pública autorizante, que explica la conclusión de la redacción en una hoja que no es de protocolo.

Pero el hecho de que ninguno de ellos (presumimos) haya impugnado judicialmente el documento notarial así extendido no valida o subsana la nulidad absoluta de la que padece.

No obstante, existe conversión formal (art. 987 del Cód. Civ.). Ello especialmente porque han suscripto las diferentes fojas en las que la escribana redactó la diligencia, recaudo que viabiliza la conversión formal de la escritura pública inválida en instrumento privado, el que gozará del valor probatorio de esa forma escrita, al tiempo de su oposición a la contraparte o del reconocimiento de las firmas voluntaria o compulsivamente (al respecto consultar Saucedo, Ricardo Javier en *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, tomo III, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1998, pág. 188 y Armella, Cristina N., ob. cit; Bueres-Highton, *Código Civil...*, tomo 2C, págs. 34 y ss.).

3. Ulterioridades legales

Responsabilidad notarial penal. No existe. La conducta de la escribana que expidió primera copia de una escritura-acta de comprobación extendida en

parte sin el soporte documental protocolo no configura el tipo penal de falsedad material por carecer de la calificación subjetiva de dolo penal y de la posibilidad de provocar daño.

Responsabilidad notarial civil. Existiría en caso de generarse daño. Si bien no se trata de un documento notarial, tiene la apariencia de tal. La conversión formal en instrumento privado puede dar lugar a la prueba de los hechos y las manifestaciones en él vertidas una vez debidamente reconocido, desplazando el daño de la ausencia total de prueba del hecho efímero, especialmente porque fue suscripto por todos quienes participaron de la reunión y por la misma escribana autorizante. Podría generarse daño resarcible a cargo de la escribana, si los interesados pierden la posibilidad probatoria o las costas, situaciones procesales que exceden el marco de este dictamen.

Responsabilidad disciplinaria. Es palmario el incumplimiento de la normativa de fondo y local con respecto a la forma de llevar el protocolo.

Dictamen del escribano Alberto Aramouni

Me dirijo a Ud. a los efectos de expresar mi adhesión al dictamen del Esc. Natalio Etchegaray, y también a los fundamentos de los dictámenes de los colegas Rubén A. Lamber y Néstor Pérez Lozano.

Dictamen del escribano Marcelo de Hoz

Con relación al dictamen sobre la consulta de referencia, presentada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, respecto de la utilización de foja distinta del protocolo notarial para el otorgamiento de un acta de comprobación, y dando lectura a los dictámenes de los preopinantes, adhiero a los elaborados por los escribanos Armella y Cerávolo, creyendo que en ellos se encuentran perfectamente resumidos los supuestos fácticos y fundamentos jurídicos por los que llego a tal conclusión.

Dictamen del escribano Miguel N. Falbo

En relación con la consulta Exp. 16-01376-04 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, adhiero a la opinión del Esc. Natalio Etchegaray por los motivos que expresa en lo sustancial.

Si bien nadie mejor que el notario con sus propios conocimientos está habilitado para valorar la importancia de las solemnidades del documento notarial, también él, por esa experiencia, debe ser consciente de que la solemnidad debe cumplir **una función social**.

Cuando ella se aleja de las necesidades del ciudadano, cuando ella se pone a espaldas del hombre, vacua será la tarea del jurista que se atiene a condenarlo sin revelar su esfuerzo.

Creo que nadie podrá discutir lo disvalioso de declarar nula tal escritura.

La situación que provoca la violación de la norma... el consumir **el protocolo** en medio de un acto impostergable, si bien no es común, sí es posible y debe ser contemplada.

De ello se desprende claramente que en todo caso, la falencia está en las normas, y no en la actuación del notario.

Pero vayamos más allá.

¿Hay una falencia en la ley?

La ley 404, en su art. 65, establece que el Colegio de Escribanos reglamentará el procedimiento de solicitud, entrega y uso de las hojas de actuación notarial, y el art. 66 prescribe que las hojas de “protocolo” serán “previstas” por el Colegio a solicitud del escribano.

Y si bien la norma no prevé —“como sí lo hace el art. 144 de la 9020 de Bs. As.”— la utilización de otras hojas para el caso de urgencia, deja librado al Colegio la reglamentación del procedimiento de solicitud, entrega, uso, así como su provisión de cualquier otro instrumento utilizado por un fedatario en ejercicio de su función pública.

Entonces la pregunta es: ¿cuáles son las hojas de protocolo “previstas” por la norma? ¿Las que crea al efecto el Colegio?

El *Diccionario de la Real Academia Española* nos dice que “proveer” signifi-

ca “... preparar, reunir lo necesario para un fin”... ”Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”.

Ello significa que el Colegio debe preparar y reunir lo necesario, así como facilitar lo necesario y convenientemente para que el notario realice el documento notarial en el protocolo.

Esto lo cumple imprimiendo las hojas correspondientes y distribuyéndolas entre sus colegiados. Pero, además, también lo cumple previendo las situaciones de urgencias que podrían suscitarse en cumplimiento de su labor profesional.

Si la ley ha delegado al Colegio la reglamentación del suministro y la provisión de protocolos al notariado, ¿qué le impide al Colegio reglamentar también la provisión de protocolos en los supuestos excepcionales de urgencia en que no se puede interrumpir el acto y se ha agotado la provisión que el actuante tenía?

En este caso específico, sólo observo un notario que actuó con las previsiones naturales propias de la profesión y entendió que no podía privar a los interesados de su servicio público, y no encontró otra herramienta más que la que le dictó su razonamiento, siguiendo la analogía de la mayoría de las legislaciones provinciales.

Observo también que más allá de las sanciones que podrían caberle a este notario, por el solo hecho de no abandonar a los requirentes, la declaración de nulidad del acta le acarrearía un perjuicio al escribano y a los que solicitaron sus servicios.

Ello no es justo. La ley ha puesto en manos del Colegio de Escribanos regularizar esta situación y así coadyuvar a que el notariado esté al servicio de la justicia.

En consecuencia, entiendo que el notario actuó correctamente, y que el Colegio, a través de sus órganos competentes, debe prever la solución a problemas como el suscitado, y proceder a habilitar la hoja en cuestión, dándose el carácter formal de protocolo.

Dictamen del escribano José Carlos Carminio Castagno

En relación con la consulta referida –respecto de la cual he recibido hasta el día de hoy varias nuevas opiniones– me permito agregar las siguientes consideraciones:

1. Si bien, como ya lo he expresado en reiteradas oportunidades, considero que Vélez Sársfield ha aprehendido primordialmente el instrumento público –en especial, en el título del Código Civil destinado a tales documentos– cual **forma** y **continente** de “actos jurídicos” (como se expresa en el inicio del artículo 979), ello no implica –en modo alguno– la absoluta exclusión de que su contenido verse sobre hechos que no los configuren.

2. Así queda demostrado –a pesar de la difundida (y generalmente aceptada) opinión adversa– con expresas normas del mismo Código, que consagran el género de las “actas” (tanto “protocolares” cuanto de facción “extraprotocolar”).

3. Comenzando por éstas, basta mencionar la de entrega y suscripción del testamento cerrado, regulada en el artículo 3666 (cuyo texto incluye el vocablo “acta”).

4. Y entre las primeras, las previstas en los artículos 2847 –segunda parte– y 3370, que imponen la confección de un inventario “*ante escribano público y dos testigos*” y “*ante un escribano y dos testigos*”, respectivamente, al aceptante de la herencia con ese beneficio y al usufructuario.

5. Conceptúo incuestionable que, en esos dos casos, corresponde interpretar las frases transcritas en el sentido de que el acto notarial debe formalizarse en “escritura pública”, ajustándose a la normativa general. Y esto, ya que –procede señalarlo– no existen disposiciones especiales fuera de las del artículo 1003 en materia de “protocolización de documentos exigida por ley” (acorde a la reforma que le introdujo la ley 11846).

6. Por lo que hace a las leyes orgánicas locales, puede observarse que –en materia de “actas” **de facción protocolar**– generalmente disponen, con idénticas o distintas palabras, que “*estarán sujetas a los mismos requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones*” (como lo dice textualmente el artículo 83 de la ley N° 404, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la que interesa en el caso *sub examine*).

7. Atento a ello, resulta obvio que si entre las normas de dicha ley –tanto las referidas a las escrituras públicas en general, cuanto las de excepción, que rigen específicamente en materia de **actas protocolares** (entre las que, me permito señalar, pudo haberse recurrido provechosamente a las previstas en su inciso “f”)– no existe ninguna que autorice la habilitación de fojas de protocolo *ex post* su utilización, forzoso es concluir que tal posibilidad está excluida para todo el género (se trate de “escrituras públicas” o de “escrituras actas”, adoptando la terminología propuesta por Carlos A. Pelosi).

8. Por la misma razón –y habida cuenta de que la citada ley es posterior a la gran mayoría de las que prevén dicho procedimiento (con el que, desde siempre, tan de acuerdo he estado que propuse –como integrante la comisión

redactora oficial— su inclusión en la ley N° 6200 de la provincia de Entre Ríos, la que así se hace en el artículo 42)— considero que no puede recurrirse a disposiciones de leyes análogas, ya que ello entrañaría contradecir no sólo el texto legal —en el que no se advierte nada irrazonable— sino asimismo la voluntad del legislador (quien cabe presumir que las conocía y —no obstante— decidió apartarse de tales precedentes).

Dictamen del escribano Jorge R. Causse

Tengo el agrado de dirigirme al señor Presidente (*Esc. Eduardo V. Cursack*) a fin de presentarle mi opinión sobre la consulta de referencia, cuyos pormenores omito reiterar por cuanto han sido claramente descriptos en algunos de los dictámenes de los consejeros preopinantes: Natalio Etchegaray, Rubén A. Lamber, Jaime Giralt Font, León Hirsch, Mario A. Zinny, Francisco Cerávol, José Carlos Carminio Castagno, Cristina Noemí Armella, Néstor O. Pérez Lozano, Osvaldo Solari Costa, Alberto Aramouni y Carmen S. E. Magri.

Corresponde le anticipe que mis reflexiones giran en torno a la aplicación analógica sostenida por el consejero académico Natalio Etchegaray en su informe, apartándome totalmente de considerar cuestión alguna concerniente a la situación disciplinaria de la escribana actuante, por cuanto entiendo que su tratamiento es ajeno a las incumbencias de esta Academia.

I. Interpretación, integración y aplicación del derecho

Se trata de operaciones autónomas que se llevan a cabo para distintos propósitos y no son susceptibles de confundirse entre sí. Con este sentido se ha expresado la doctrina local examinando lo que establece el art. 16 del Código Civil ⁶.

Interpretar es una *operación lógica* ⁷ que consiste en determinar el sentido o significado de una norma a fin de establecer la posibilidad de aplicarla a una también determinada situación de hecho. No es necesario examinar acá, porque no hace al fondo de la cuestión, los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la operación de interpretar (legislativa, doctrinaria, judicial). Basta con señalar que es una tarea necesaria y previa a la aplicación de la norma de que se trate ⁸. Si la interpretación es insuficiente habrá que recurrir entonces a la integración del derecho ⁹.

La integración importa, en consecuencia, una operación tendiente a cubrir los vacíos legales, esto es, a encontrarle una solución a las lagunas de la ley, entendidas como tales a insuficiencias que constituyen silencios del derecho positivo. Prescindimos de discurrir sobre si las lagunas son del derecho o de la ley y de su posible clasificación. Es suficiente con indicar que, para llevar a cabo esta labor de integración, se apela a la analogía en función complementa-

(6) Lavalle Cobo en *Código Civil comentado*, Dir. Belluscio, Coord. Zannoni, t. 1, Ed. Astrea, p. 86; Ferreira Rubio en *Código Civil comentado*, Dir. Bueres, Coord. Highotn, t. 1, Ed. Hammurabi, p. 31.

(7) Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t.1, Trad. Santiago Sentís Melendo, Ed. EJE, Bs. As., 1954, p. 95.

(8) De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, t. 1, Trad. 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 131.

(9) Ferreira Rubio en *Código Civil comentado*. Dir. Bueres, Coord. Highotn, t. 1, Ed. Hammurabi, p. 33.

ria del derecho ¹⁰, adhiriendo al criterio de que no es necesario que una norma expresa lo admita ¹¹.

La aplicación del derecho “*supone: formular una valoración y fijación de los hechos relevantes del caso; realizar una selección e interpretación de la o las normas aplicables; efectuar la comparación entre los hechos y el supuesto de hecho norma y, finalmente, “fijar el sentido y el alcance de la consecuencia jurídica”* ¹².

II. Los requisitos para la procedencia de la aplicación analógica

Se sintetizan en la siguiente fórmula: frente a la inexistencia de una norma específica aplicable al caso y siempre que éste sea semejante –*con un criterio de armónica igualdad*– al supuesto legalmente previsto, se podrá apelar a la analogía, consistente en el procedimiento de deducir de la norma expresa y particular el principio que la rige, hasta encontrar *la regla que abarca ambos supuestos: el caso previsto y el no previsto* ¹³.

III. El límite a la aplicación analógica

Nadie puede, en el procedimiento de integrar –apelando a la analogía–, sobrepasar los límites de lo que la norma específica establece porque esto equivaldría a situar al juzgador por encima de aquélla o, derechamente, posicionarlo como legislador. La indagación sobre la norma aplicable implica (incluso si acude a la analogía) determinar su validez abstracta (espacial, temporal y personal) y material (relativa a su contenido), anticipando los efectos que la aplicación podría producir. Cuando el juzgador advierta que, como resultado de esta operación, se desvirtúa el propósito que el legislador (de la ley 404) tuvo en cuenta al disponer sobre la obligatoria instrumentación protocolar de las escrituras, comprenderá que no está frente a una laguna del derecho positivo

(10) Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento científico*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Ed. Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 172 y ss.

(11) Betti, Emilio, *La interpretación de las leyes y de los actos jurídicos*, Trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p.159.

(12) Ferreira Rubio, ob. cit, p. 31, con cita de Díez Picazo en *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, cap. XI.

(13) De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, tomo 1º, traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 152 . Agrega este autor: “*Lo que es siempre necesario para que pueda hablarse de procedimiento analógico, es que el caso no regulado sea semejante al previsto, que tenga con él uno o más elementos comunes, siendo los demás distintos; si fuese igual, se debería aplicar la norma particular contenida en la ley y no una diversa, merced a la interpretación extensiva; si fuese completamente diversa no se recurriría a la analogía, sino a los principios generales del sistema o a otros criterios más amplios como con atrevida innovación ha hecho el Código civil suizo*”.

ni a la insuficiencia de la norma en cuestión, sino ante un plan deliberado de aquél al momento de legislar¹⁴.

Dictamen de la notaria Carmen Silvia Magri

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. y por su intermedio a todos los colegas consejeros académicos con relación a la opinión requerida en el expediente de Consulta n° 295/04. Habiendo dado lectura a los dictámenes de los preopinantes, adhiero por compartir su análisis y fundamentos al elaborado por la Dra. Cristina N. Armella.

Dictamen de la escribana María Acquarone

Atento el tiempo transcurrido acudo a este medio para emitir mi opinión referente al expediente de referencia.

Por medio de la presente adhiero plenamente a las conclusiones del dictamen del escribano Natalio Pedro Etchegaray sobre la escritura realizada por una escribana de la Ciudad de Buenos Aires, donde labra un acta de constatación en una hoja que no es de protocolo.

(14) Engisch, op. cit., pp. 174/5; Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, pp. 653/4, quien agrega: “El juez no debe colocarse por encima de la ley; simplemente debe emplear su inteligencia para averiguar cuál sea el ámbito material de validez o de imperio de una determinada ley, valiéndose para ello precisamente de las valoraciones en las que efectivamente esa ley se inspiró, valiéndose para ello cabalmente del mismo sentido de la ley. Al hacerlo así, obedece real y efectivamente con estricta fidelidad, a la ley. Cosa que no hace el juez que atiende solamente al sonido de las palabras, pero no entiende el sentido de las frases, sentido que se actualiza no sólo en el contexto de la frase, sino también y sobre en el contexto de la situación real a la que la frase se refiere —en este caso la frase normativa de la ley”, novena edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1986.

Dictamen del escribano Norberto Rafael Benseñor

Me dirijo al Sr. Presidente de la Academia Nacional del Notariado (*Esc. Eduardo V. Cursack*) y por vto. intermedio a los demás miembros de número a fin de hacerle llegar mi opinión ante la Consulta 295/04.

Esta encuesta ofrece la particularidad de haber sido remitida por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ante la situación planteada por una escribana de la jurisdicción, cuando al estar labrando la diligencia de un acta de comprobación fuera de la sede de su escribanía, agotó la cantidad de fojas llevadas consigo para su confección, resolviendo ante la emergencia concluir la en una foja simple, a la que denominó “310 bis” atento que la última hoja de protocolo disponible en su poder era la “310”.

La referida escribana no sólo pone en conocimiento del Colegio lo acontecido sino también que peticiona que tras verificarse tal circunstancia se ponga nota de lo acontecido, lo cual equivale en términos técnicos a habilitar como “protocolo” el papel simple utilizado.

Frente al hecho denunciado se requiere la opinión del asesor jurídico notarial Esc. Ángel F. Cerávolo, quien concluye sosteniendo que la escritura en cuestión es nula, de nulidad absoluta, por incumplimiento de requisitos formales exigidos para la validez del documento, sin que exista procedimiento alguno que el Colegio pueda cumplir para subsanar los importantes defectos formales expresados.

Circulada la misma entre los miembros de esta Academia, a la fecha opinan en igual sentido que el Asesor del Colegio, los escribanos Jaime Giralt Font, Francisco Cerávolo, León Hirsch, Mario A. Zinny, Cristina Armella, Marcelo de Hoz, Carmen S. Magri. José C. Carminio Castagno. Con algunas particularidades, pero en definitiva descalificando la solución adoptada por la consultante lo hace el presidente de esta Academia, Eduardo V. Cursack. Por otra parte, consideran que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires puede admitir el procedimiento empleado en la situación por la escribana aludida, Natalio P. Etchegaray, Rubén Augusto Lamber, Osvaldo Solari Costa, Néstor O. Pérez Lozano. Miguel N. Falbo y Jorge R. Causse.

Por mi parte, adhiero al criterio adoptado por mis colegas preopinantes Natalio P. Etchegaray, Rubén Augusto Lamber, Osvaldo Solari Costa, Néstor O. Pérez Lozano, Miguel N. Falbo y Jorge R. Causse, agregando algunas consideraciones que se exponen a continuación, remitiendo a los fundamentos y citas que expresamente invocan los miembros Natalio P. Etchegaray y Néstor O. Pérez Lozano.

1. Previo a todo, se excluyen de considerar las cuestiones de índole disciplinaria las cuales, por otra parte, deberán resolverse en el seno del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

2. Destaco que en nada influye para resolver este planteo la circunstancia de que la escribana haya denunciado la situación trece días corridos después de instrumentado el mismo, ya que la ley orgánica del notariado de la Ciudad de Buenos Aires no contempla el supuesto ni establece términos o plazos, en

cuyo caso, será en definitiva el Consejo Directivo del Colegio quien deberá valorar disciplinariamente esta situación.

3. A todo evento, me permito indicar que en términos generales la situación fue puesta en conocimiento del Colegio en términos relativamente próximos, por lo menos con antelación a la confección de la planilla mensual de actos notariales, etcétera.

4. El documento, completado en hoja simple, constituye la diligencia de un acta de comprobación labrada fuera de la sede de la escribanía y esta circunstancia contribuye al convencimiento que informa la presente. A tal respecto me permito señalar que deben soslayarse argumentaciones que presupongan que la escribana debió interrumpir el acto para ir a buscar más fojas, o pedir que las mismas le fueran traídas, o cerrar el acto para volverlo a abrir en otros folios, o indicar que en la Ciudad de Buenos Aires las distancias son cercanas o pedir que el requirente y los requeridos se trasladen a su escribanía para suscribir la diligencia a posteriori (art. 83, inc. F) o concluirla ella sola en la sede de la escribanía ante la negativa de que los interesados lo hagan, por cuanto ello depende del consentimiento que todos los partícipes en la misma le expresen, ya que en caso contrario una actitud diversa podría haber comprometido la responsabilidad de la misma.

5. Nadie duda de que el art. 998 del Código Civil dispone que las escrituras deben labrarse en el protocolo. La norma del art. 998 Cód. Civil es absolutamente incuestionable, toda escritura que no esté en el protocolo es nula. Pero ello no es lo que sucedió en el caso. El caso planteado es un supuesto ontológicamente diferente. Nunca los protocolos fueron libros en blanco donde debían ser redactadas las escrituras públicas, como lo establecía el *Esboço* de Freitas (conf. Bueres-Highton-Armella, *Cód. Civil*, t. 2 C, p. 70; Pelosi, C., “Protocolo y documentos protocolares”, *Revista del Notariado* 1966-688-732; Giménez Arnau, *Derecho Notarial*, 1976, p. 847, p. 381) ya que han sido las autoridades locales quienes configuraron el protocolo a través del mecanismo de la habilitación del soporte papel.

6. Que las actas tienen particularidades diversas de las escrituras propiamente dichas es una situación debidamente reconocida por la propia ley 404, de lo contrario no hubiera sido posible introducir las modificaciones que el art. 83 establece. Nadie duda, tampoco, de que dicho artículo dispone que las actas deben ser labradas protocolarmente, porque en este sentido la ley adoptó un criterio diferente del seguido por la ley 12990, que permitía la confección extraprotocolar de las actas.

7. ¿Cómo podemos sostener que si la ley local hubiere autorizado un procedimiento extraprotocolar para la confección de las actas hubiera sido inconstitucional, frente a la manda del art. 998 del Código Civil, como se sugiere en algún dictamen agregado al expediente? El criterio adoptado por la ley 404 se inspira más bien en las recomendaciones de la doctrina notarial nacional, que siempre aconsejó la facción protocolar de las actas, criterio que por su parte también siguen los proyectos de modificación del Código Civil. Que las actas constituyan documentos matrices no deriva del art. 998 del Código Ci-

vil sino de la propia doctrina notarial del país, que siempre lo reclamara en tal sentido.

8. El requerimiento fue labrado protocolarmente. Hasta allí su independencia hasta funcional es inatacable. La diligencia se completa en una hoja de papel simple. Nos planteamos qué habría sucedido si la consulta hubiera llegado a esta Honorable Academia a “posteriori” de que el Colegio habilitara como protocolo la hoja simple utilizada al efecto interpretando que la ley 404 no prohíbe dicho procedimiento de emergencia. Podría haber sostenido la Academia que la hoja adicionada no integraba el protocolo y, en consecuencia, pese a la ulterior habilitación, toda la diligencia es nula.

9. Se sostiene que no pueden tomarse como análogas las disposiciones de otras legislaciones locales. Sin embargo, preferimos indicar que no interesa referirse a ellas como soportes de la analogía, ya que en el caso imperan los principios generales del derecho (art. 16 del Cód. Civ.) y las circunstancias del caso, entendiendo a todo evento que la cita a las disposiciones de otras jurisdicciones locales sólo informan la corriente doctrinaria notarial predominante en el país, que privilegia subsanar situaciones de hecho.

10. Aunque la ley 404 no contemple expresa y contundentemente la situación, ello no implica que no se pueda recurrir a un supuesto de excepción, por cuanto es claro que la ley 404 no prohíbe la habilitación ulterior de protocolo. Si estuvo en mente de los legisladores haber excluido expresamente tal posibilidad así lo debieron haber dicho expresamente, ya que no puede presuponerse que desconocían que previsiones de esa índole estaban contenidas en otras legislaciones locales. Por otra parte, pretender interpretar la norma exclusivamente por la voluntad del legislador constituye un método superado en la moderna hermenéutica, que apunta a no limitar la aplicación de todos los métodos posibles para formular la correcta télesis normativa.

11. El concepto de protocolo, si bien está concebido en el art. 998 del Código Civil, se integra con las disposiciones propias del notariado, tal cual expresamente éste dispone al decir que “será numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor”.

12. Es atribución genuina de esta Honorable Academia contribuir a interpretar las diferentes situaciones que pueden producirse en la elaboración del documento notarial. Así como una escritura asentada en folios que se hubieren extraviado tampoco en la realidad está en el protocolo y, sin embargo, la ley prevé su reconstrucción, la doctrina tiene que considerar supuestos excepcionales como el que nos ocupa, sobre atendiendo a las propias circunstancias del caso en sí mismo, como indicamos anteriormente (art. 16 Cód. Civ.), en que el acta ha sido comenzada en el protocolo, que su requerimiento está configurado en forma completa y que solamente la diligencia fue completada en hoja simple. Habrá muchos casos en que esta Academia deberá expedirse por cuanto el derecho notarial no ha quedado congelado en los esbozos ya obtenidos. Los rituales del derecho notarial están fundamentados en la seguridad y perfectibilidad del documento a configurar, pero no se agravia al ritual si se

convalida algún supuesto excepcional, sobre todo si del mismo no se desprende perjuicio.

13. Por los motivos expuestos, mi opinión se orienta en el sentido de que la Academia se expida indicando que atento las circunstancias propias del caso planteado, puede el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires habilitar la hoja simple utilizada como protocolo.

Dictamen del escribano Eduardo V. Cursack

Tema: Consulta 295/04 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

I. Hechos

Me remito a los enunciados en la consulta formulada y detallados en los numerosos y profundos dictámenes emitidos.

II. Legislación sobre protocolo notarial

Está contenida en el art. 998 del Código Civil y en lo no previsto en esta norma, en las respectivas leyes locales: Ciudad de Buenos Aires, Ley Orgánica Notarial N° 404, en el título III, sección segunda, capítulo I, arts. 66 a 76.

III. Redacción de las Actas según ley 404

Preceptúa el art. 83, inc. F que las actas “no requieren unidad de acto ni de redacción. Podrán extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narraren pero en el mismo día, y separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico”. De acuerdo con las posibilidades que brinda esta norma, el acta objeto de consulta y ante la situación planteada –falta de hojas de protocolo en el lugar de la diligencia de comprobación– podría haberse dividido en tres partes o diligencias: a) una cuyo contenido fuera el requerimiento, redactada y autorizada en el lugar donde éste se formuló. Así se hizo; b) la siguiente, correspondiente a la parte donde el escribano constata o comprueba los hechos que ocurren en su presencia hasta el momento en que se queda sin hojas de protocolo, debía extenderse y autorizarse en el lugar en que ocurrieron los hechos. No actuó el escribano de esa manera; c) por último y luego de quedarse sin hojas de protocolo, debía tomar nota en el lugar de lo comprobado, luego volver a la oficina, donde en el mismo día debía redactar y autorizar la tercera parte del acto o diligencia del acta, en base a las notas tomadas y que debían firmar los que hubieren concurrido a la oficina notarial y que voluntariamente hubieren aceptado hacerlo, lo que así no ocurrió.

IV. Laguna o vacío legislativo

De acuerdo con lo consignado en el punto precedente y lo manifestado por los consejeros Giralt Font, Zinny, Armella y Cerávoló, no es posible sostener que la ley notarial 404 de la Ciudad de Buenos Aires adolece de falta de regulación de la situación fáctica que dio lugar al presente expediente.

V. Validez del acto notarial y eficacia probatoria

Comparto las opiniones de Cerávoló, Giralt Font, Zinny, Armella, Hirsch, de Hoz y Carminio Castagno, en el sentido de que el acto notarial adolece de un vicio esencial: no está autorizado en el protocolo, según así expresamente lo exige el art. 998 del Código Civil. La existencia de dicho vicio, que es mani-

fiesto u ostensible, genera su nulidad, la que atento al interés general que afecta, debe ser calificada como absoluta.

En cuanto a la eficacia probatoria del acta autorizada con el vicio consignado, no es la de autenticidad con el alcance del art. 993 del Código Civil, pero sí tiene la que le asigna Mario Zinny en su dictamen.