

PROTOCOLIZACIÓN. PROMESA DE COMPRAVENTA. PROMESA DE ENAJENACIÓN DE INMUEBLES A PLAZOS. ACTA DE SOLICITUD. ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN. FUNCIÓN NOTARIAL

Resumen

La protocolización de promesas es preceptiva y se debe efectuar sin acta de solicitud.

Corresponde observar una actitud vigilante respecto a los documentos a protocolizar, aun cuando tengan la apariencia de legalidad y validez, aplicando los máximos criterios de seguridad, prudencia, sagacidad y diligencia para prevenir situaciones fraudulentas.

Consulta

Se solicita conocer la opinión sobre ciertos consejos que se han brindado a colegas en cuanto a cómo proceder en el futuro frente a ciertas promesas de compraventa de inmuebles y certificaciones notariales falsas, cuando se solicita su protocolización y posterior inscripción.

RELACIÓN DE HECHOS

Hace pocos días, la Asociación comunicó al gremio la circulación de documentación que contenía promesas de compraventa y certificaciones falsas, principalmente referidas a fraccionamientos en la costa atlántica del país, en operaciones en que se vieron involucradas varias colegas, en general jóvenes, no vinculadas a ningún estudio o en sociedad con otros colegas o profesionales, lo que acarreó consecuencias muy negativas ante la justi-

cia penal para las primeras, por su intervención en la protocolización de dichos documentos.

Como es conocido por todos, la maniobra consistía en la confección de documentos privados que contienen compromisos de compraventa falsos desde el punto de vista material e ideológico.

Estos documentos eran confeccionados materialmente mediante tipeo en máquinas de escribir de la época y se les adjuntaba un «sellado notarial» (antecedente del papel notarial nominativo) con fechas de 30 años hacia atrás. Consignaban como objeto del negocio valiosos terrenos situados en la costa atlántica del país, lucían al pie grafías atribuidas a personas en sus calidades de promitentes vendedores y promitentes compradores, y estaban «autorizados» por escribanos, en su mayoría ya fallecidos, cuyas firmas falsificaban.

La maniobra concluía con la presentación de los documentos ante escribanos por parte de los ideólogos de la maniobra —carentes, por supuesto, de derechos y legitimación—, quienes solicitaban su protocolización y posterior inscripción, justificando su tardanza en cuestiones subsanables y no impeditivas, con el fin de introducirlos en el mercado inmobiliario y circularlos en el tráfico jurídico, distribuyendo las ganancias de operativa entre los perpetradores del engaño.

Frente a este panorama que involucra nuevamente y daña al colectivo notarial por cuestiones ajenas a la propia función, algunos colegas han comenzado a sugerir que se introduzcan elementos de seguridad para tranquilidad del escribano interviniente, salvaguardando su responsabilidad.

Si bien comparto la conveniencia de buscar soluciones que actúen como «disipadores» o ayudas al colega a quien se le presenta un caso con estas características, estimo que las sugerencias planteadas hasta el momento no fortalecen la institución notarial, sino que nos brindan soluciones de momento y con escaso fundamento legal y doctrinario.

No comparto que en una protocolización preceptiva se consigne la solicitud expresa de parte, por interpretar dicha manifestación como «habilitación» a la actuación del profesional que protocoliza, ni tampoco exonerar de responsabilidad al escribano que protocoliza mediante la mención, por parte de este, de que nada tiene que ver con el contenido del documento que incorpora. Estas propuestas irían contra los propios principios del derecho notarial, su razón de ser, el contenido de la función notarial, su instrumentación y resultados.

Paso a fundamentar mi negativa.

FUNDAMENTACIÓN

La función notarial tiene como objetivo principal brindar «seguridad jurídica preventiva», el que debe ser examinado a la luz de las nuevas exigencias sociales.

El derecho, como ciencia social dinámica, debe buscar, experimentar y ofrecer mecanismos que permitan una pronta adaptación a la situación actual, además de brindar soluciones acordes a los procesos en que se transita.

En consonancia, podemos decir que lo que pretende la actividad notarial es asegurar, que significa ‘dar fuerza y seguridad a una cosa’ y también se puede asociar a la *prevención* de litigios. Ambos conceptos no son excluyentes sino complementarios. Uno refiere al producto final inmediato y el otro al producto final mediato, y ambos funcionan armónicamente.

La intervención notarial no es solamente preventiva (aunque esta sea una de sus consecuencias), sino que también asegura el resultado jurídico querido por las partes. Es cierto que el requirente al otorgar el acto piensa únicamente en el beneficio obtenido, y entre esos beneficios, de manera casi inadvertida, se encuentran la certeza y la seguridad que lo alejan de los estrados.

El profesor escribano PÉREZ MONTERO, a la luz de lo que señala el profesor escribano BARDALLO, señalaba certeramente el desarrollo de esta *seguridad o proceso de resultado* como «el cumplimiento de un procedimiento complejo de variadas actividades técnico-jurídicas que se suman a la función autenticadora...». De ellas destaco algunas de esas pautas en las que baso mi opinión para este caso en particular:

1. Recepción de la voluntad declarada por los interesados.
2. Control del autorizante, como profesional de derecho, de todos los elementos necesarios para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos buscados por las partes, a través del contralor de personerías, representaciones, títulos antecedentes, venias y autorizaciones judiciales necesarias, control registral y fiscal, y mil y un detalles técnicos, especiales para cada caso, que hacen a la muy bien llamada por SANAHUJA y SOLER «tarea legitimadora» del notario documentador, que tiene relación con la eficacia del acto, lo que contribuye al buen resultado jurídico a que el notario se obliga.
3. El valor reconocido de la función pública de autenticidad o verdad oficial, que solo puede brindar el notario dentro de sus atribuciones, tiene consecuencias fundamentales sobre la verdad de los hechos sucedidos, solo atacables por las vías jurisdiccionales excepcionales de la querrela de falsedad o por la simulación.
4. Y así llegamos al «resultado jurídico asegurado», que proponemos en lugar de la «seguridad jurídica preventiva» que el notariado latino ha promocionado hasta ahora.

¿Cuáles son las herramientas con que cuenta el escribano para dar cumplimiento a estos requerimientos?

Primero, la propia investidura que lo habilita al ejercicio profesional en todo el territorio de la República y, segundo, los registros notariales.

Desde la ley 575, de 28 de junio de 1858, se establece cuáles son los registros que debe llevar el escribano, así como la forma en que deben

llevarse y qué actos deben contener. Habla de un registro pre-formado y otro de formación; califica solo a uno de ellos como protocolo y al otro como «un protocolo por separado», sin más especificaciones. Con la entrada en vigencia del decreto-ley 1421, de 31 de diciembre de 1878, se establecen los dos registros que llevará todo escribano investido por el poder público en su carácter de tal: protocolo y protocolizaciones, definido este último en el artículo 39.

A ambos se los conceptúa como una colección ordenada en forma de libro anual a cargo del escribano; sin embargo, son independientes en lo material y en su contenido, con fines de reproducción, cotejo, permanencia y publicidad restringida. Son parte de la memoria jurídica del país.

Tradicionalmente la diferencia entre uno y otro se basaba en que *protocolo* refiere a documentación de negocios jurídicos, mientras que *protocolizaciones* refiere a actos no negociales. Hoy día, si indicamos el contenido de uno y de otros, podemos apreciar que poco a poco, sin casi percibirlo, esta diferenciación ha dejado de lado su verdadera sustancia. Quizás esa diferencia se conserva únicamente para el contenido de las actas de diligencias en él incluidas.

El registro de protocolizaciones es un registro de agregación, no un registro de formación previa. No necesita habilitación. En él, el escribano agrega todos aquellos documentos que, luego de cumplir con el principio de legalidad, incorpora con el fin de dar fecha cierta y matricidad. Estos documentos pueden ser documentos privados en su concepto más amplio, así como otro tipo de documentos públicos y siempre un *acta*.

La forma de las actas, como la de los otros documentos notariales, se puede resumir en un carácter con cuatro cualidades: existencia, validez, eficacia y prueba. Y solo se distinguen, al decir de GONZÁLEZ PALOMINO, las formas de solemnidad y las formas de prueba, las formas de ser y las formas de valer.

Uno de los sujetos intervinientes en las actas es la propia ley.

Muchas veces la voluntad del legislador se expresa manifestando un interés objetivo en la conservación de determinados documentos que, debido a su falta de matricidad y ponderando su contenido con relevancia jurídica, justifican proponer su conservación y permanencia dentro de un registro notarial.

PROTOCOLIZACIONES PRECEPTIVAS

Este tipo de actas refiere a aquellos documentos que la propia ley determina que deben ser incorporados al registro de protocolizaciones, con el fin último de preservar su materialidad.

El artículo 86 de la acordada reglamentaria 7533, de 22 de octubre de 2004, con entrada en vigencia el 1.º de enero de 2005, establece taxativamente cuáles son los documentos que deben incorporarse preceptivamente al registro de protocolizaciones, y prescribe en algunos casos, como

características generales, su legalización o apostillado, acompañado o no de traducción al idioma español, según el caso, cuando provengan del extranjero; para documentos nacionales, el documento privado, la certificación de firmas y del otorgamiento para documentos suscritos y otorgados en la República.

Estas intervenciones no necesitan actas de solicitud. Algunos autores y estudiosos opinan que en la práctica siempre alguien solicita la intervención, pero en verdad, si lo pensamos desde otra perspectiva, la preceptividad de la incorporación nace de un mandato legal que el escribano debe conocer por su carácter de operador jurídico, e ilustrar al solicitante sobre el requisito que impone la norma legal, a fin de que el documento que presenta tenga el valor legal necesario para desplegar sus efectos.

El documento se incorpora, en primer lugar, tras un examen de legalidad por parte del escribano que protocoliza, quien debe analizar las formas requeridas y el contenido, evitando agregar documentos que luego puedan o deban ser desglosados por casos de necesidad, error o incorporación indebida, previo dictamen judicial. Estas tres razones —necesidad, error, incorporación indebida— son de responsabilidad del escribano, más allá de que la propia norma lo disponga. Lo imperativo no elimina de la ley ni exonera de los deberes propios de la función notarial en cuanto a la calificación objetiva del documento a incorporar.

ELEMENTOS QUE DEBE CONTENER EL ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN

Artículo 209 de la acordada 7533

Debe cumplir con determinados requisitos que se deben consignar en la última acta, para cerrar la actuación:

c.1. Debe contener en su introducción, membrete con indicación del número de protocolización, indicación genérica de la diligencia señalando si es o no preceptiva, y de los solicitantes de la intervención

c.2. Lugar y fecha.

c.3. Debe mencionar la causa de la protocolización teniendo en cuenta los documentos que se incorporan, las cuales son excluyentes entre sí, por lo cual podemos encontrar:

- Preceptivas o legales (artículo 86 de la Acordada Reglamentaria N.º 7533).
- Mandato judicial (expresión del mandato).
- Solicitud del interesado en caso de incorporación de documentos.

c.4. Y la indicación del artículo 39 del Decreto-Ley N.º 1421 que impone de manera preceptiva la incorporación de las actas sean estas de solicitud, comprobación, notificación, intimación, declaratoria o la propia de protocolización.

c.5. Objeto: precisar el o los documentos que se incorporan efectivamente y las actas de acuerdo a la descripción del artículo 94 de la referida acordada.

c.6. Ligazón o referencia.

c.7. Autorización: signo, firma y rúbrica.

De todo lo expresado puede concluirse que los enunciados que se deben cumplir en un acta de protocolización están determinados por el artículo 209 de la acordada reglamentaria vigente.

En una protocolización preceptiva —más allá de que parte de la doctrina notarialista entiende que siempre debe mediar una solicitud para poder incorporar ese documento que por mandato legal debe tener matriz—, la esencia de todo esto es dar cumplimiento a un principio objetivo que impone el legislador para que los efectos de ese documento puedan ser reconocidos.

Reforzar una actuación de este tipo con la mención de una solicitud debería contemplar determinados enunciados que exceden el contenido de la propia acta de protocolización (por ejemplo, la individualización y el conocimiento del requirente), lo que haría perder el contenido propio que le fue asignado.

Si adherimos a la posición de que el particular debe solicitar incorporar un documento que preceptivamente debe protocolizarse —más allá de lo absurdo del planteamiento—, se requeriría una manifestación expresa del solicitante de las formalidades de la lectura, otorgamiento y suscripción, así como su firma junto a la del autorizante, nada de lo cual está previsto en la acordada vigente, razón por la cual, de entenderse pertinente, debería ser objeto de una reforma.

Por otro lado, utilizar modelos foráneos como manera de exonerar responsabilidad del escribano por el documento que se incorpora, mediante la inclusión de constancias en las que se indique que no tiene responsabilidad por el documento incorporado y desconoce su contenido, es atacar y desconocer la tarea legitimadora previa que debe cumplir quien está a cargo de la función notarial, e ir reduciendo su tarea a una simple muestra administrativa, solución que podría generar más problemas que soluciones.

Por todo lo expuesto, el consultante concluye:

1. Es de destacar la gran preocupación que existe por la aparición de este tipo de documentos falsos que involucran el buen hacer notarial, atentan contra la buena fe de colegas y comprometen al colectivo notarial en su conjunto.
2. La solución está en encontrar elementos que permitan detectar preterítamente irregularidades en cuanto a este tipo de documentación, sin convertir al escribano en un *investigador*, sino conservando su lugar de profesional de derecho.
3. La integración e interpretación normativa en cuanto a incluir la individualización del «portador del documento», así como la constancia del propio escribano solo como receptor de este, es errónea, ya sea por ser incompatible en su instrumentación, ya sea por violentar su propia esencia.
4. Es preciso dar difusión sin causar una alarma generalizada, brindando apoyo y respaldo cuando el actuar de los colegas se encuentre ajustado a derecho, alertando a la población sobre estas maniobras y procurando la sinergia de los poderes públicos en su erradicación.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

La Comisión de Derecho Notarial comparte en su totalidad los criterios del consultante, sin perjuicio de lo cual agrega las siguientes consideraciones:

Nos encontramos ante el caso de la circulación de documentos falsos de promesas de compraventa, con certificación de firmas también falsa. Para inscribirlos es necesaria la protocolización, y de esa forma darles apariencia de certeza e ingresarlos al tráfico jurídico, cediendo los derechos y escriturando judicialmente con posterioridad.

Base normativa

Acerca de las formalidades de las promesas de enajenación y promesas de compraventa, la ley 8733 establece:

Artículo 2°. Solo será válido si se otorga en instrumento público o privado.

Artículo 3°. Tratándose de documento privado, se extenderá en triple ejemplar, uno para cada parte y otro destinado al Registro.

Se autenticará el otorgamiento por acta o certificación notarial, que se extenderá, a continuación de cada documento.

Si alguno de los contratantes no supiera o no pudiera firmar, se hará constar esa circunstancia (inciso 1.° del artículo 1585 del Código Civil).

En todos los casos, el escribano se asegurará de la identidad de las partes y dará fe del otorgamiento (artículo 65, inciso 8.° del Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1878).

El instrumento, con los requisitos indicados, producirá los efectos establecidos en los artículos 1581 y 1586 del Código Civil.

Posteriormente, la ley 16320, con vigencia desde el 1.° de enero de 1993, modificó las exigencias para su registración, en el supuesto de los instrumentos privados:

Artículo 276. Sustituyese el artículo 2.° de la ley 12480, de 19 de diciembre de 1957, por el siguiente:

«Artículo 2. Dichos instrumentos llevarán nota en que conste el número, día y hora de presentación; número, folio y libro de inscripción.

Exceptúanse de esta disposición los instrumentos que se presentaren al Registro de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos o a la Sección correspondiente de los Registros Departamentales o Locales de Traslaciones de Dominio, los que se inscribirán mediante la protocolización de la ficha registral, de la que deberán venir acompañados.

Tratándose de escrituras públicas se presentarán, para la inscripción, las primeras copias expedidas para cada parte contratante.

Tratándose de instrumentos privados se autenticará su otorgamiento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3.° de la ley 8733, de 17 de junio de 1931, se protocolizarán y se presentarán para su inscripción los primeros testimonios de la protocolización, expedidos para cada parte contratante [...].»

La protocolización preceptiva de los negocios instrumentados en documento privado fue una innovación legal a efectos de liberar al Registro de la Propiedad de la carga de conservar un ejemplar de tales contratos, lo que materialmente le implicaba recargarse de documentos a conservar.

Por tanto, la ley 16320 tomó la decisión de *delegar* esa carga en los profesionales escribanos, ordenando la protocolización de las promesas y que la inscripción registral se efectúe a partir de ese momento, mediante una minuta registral, a fin de disminuir significativamente en los registros el manejo de papel en lo referente a estos negocios.

Las actuaciones preceptivas se ajustan a las normas notariales indicadas para la protocolización de documentos privados, establecidas en los artículos 90 y siguientes el Reglamento Notarial (aprobado por la acordada 7533).

La protocolización de un documento comprende su agregación al Registro de Protocolizaciones, con los fines de conservación, reproducción y otorgamiento de fecha cierta para los documentos incorporados.

Como señala el artículo 82 del Reglamento Notarial, protocolizar es el acto jurídico de agregar documentos y actas al registro de protocolizaciones. Y a continuación indica que el registro de protocolizaciones se forma con documentos notariales y actas agregados por el escribano durante el año civil, en virtud de mandato legal o reglamentario, resolución de la autoridad judicial, administrativa o a solicitud de parte.

Expresamente, el artículo 86 de la misma norma reglamentaria, dice:

Deben protocolizarse por mandato de la ley, decreto o reglamento, los siguientes documentos y actas:

[...]

l) Las promesas de enajenación de inmuebles a plazos, sus cesiones, modificaciones y rescisiones otorgadas en documento privado, a efectos de su inscripción [...].

Principios notariales

El artículo 60 del decreto ley 1421 dispone:

Es deber de los Escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento.

A su vez, el artículo 91 del Reglamento Notarial indica:

No deben protocolizarse los documentos:

a) en los cuales se consignen hechos o actos que tengan causa u objeto ilícito, salvo que así lo ordenen los jueces [...].

Pues bien, quedando establecido que las protocolizaciones de las promesas de enajenación y de compraventa son preceptivas, de conformidad con ello se deben efectuar sin acta de solicitud. Pretender la introducción de tal acta como «elemento de seguridad» en la actuación notarial, y más aún con la finalidad de salvaguardar o diluir la responsabilidad del

escribano, además de no ser ajustado a derecho —como bien expresa el consultante—, contraría los principios del derecho notarial y la razón de ser de la función notarial.

En efecto, si constituye esencia de la función notarial garantizar a las partes la seguridad jurídica en la contratación, lo que corresponde es observar una actitud alerta y cuidadosa en cuanto a los documentos cuya protocolización se pretende, aun cuando estos tengan la apariencia de legalidad y validez.

La prudencia y la sagacidad no son solamente deberes que consigna el Código de Ética, sino también las armas más valiosas con que el escribano cuenta para prevenir que, en su buena fe, se vea sorprendido por conductas inescrupulosas. Más aún cuando es público y notorio que existen maniobras dolosas en determinados ámbitos de la contratación, como, por ejemplo, terrenos abandonados en las zonas balnearias.

En tal sentido, la actuación del escribano debe estar dirigida a evitar cualquier tipo de negligencia o impericia que a la postre pueda incidir en una tipificación de culpa. Lo que corresponde es documentar para su resguardo todas las gestiones, indagaciones y diligencias que haya realizado, con el propósito de asegurarse de la bondad de los documentos que le presentaron y así poder probar —llegado el caso— que actuó diligentemente en el estudio de la situación jurídica y de dichos documentos, descartando todo elemento de ilegalidad o fraude.

La responsabilidad emergente de la actuación notarial no disminuirá por señalar en un acta de solicitud quién le presenta el documento falso para su protocolización. El artículo 75 del decreto-ley 1421, Ley Orgánica Notarial, indica:

Los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiese resultado del mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las penas a que pueden haberse hecho acreedores.

Esta norma no admite que esa responsabilidad se comparta, divida o desparrame hacia los restantes actores del hecho.

Como ha enseñado nuestra recordada profesora escritora Julia SIRI, por la naturaleza pública del derecho notarial no es posible pactar cláusulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad notarial. En sus palabras:

La aquiescencia de los requirentes no puede tener por finalidad exonerar al escribano de la responsabilidad que deriva en razón de sus funciones y no podría relevarlo de efectuar las diligencias que puede y debe normalmente cumplir para asegurar la eficacia de la intervención solicitada.

Mucho menos, por tanto, podría relevarse la obligación del escribano de controlar la legalidad en todos los aspectos de los actos que autoriza.

Porque, además, la responsabilidad notarial es en la esfera institucional una de las bases más importantes de la función, esta comisión también com-

parte la opinión del consultante en cuanto a que no fortalecen la institución notarial las sugerencias que pretendan deslindar esa responsabilidad.

CONCLUSIÓN

La protocolización de promesas de enajenación es preceptiva y, de conformidad con ello, se debe efectuar sin acta de solicitud.

Corresponde observar una actitud *vigilante* en cuanto a los documentos cuya protocolización se solicita, aun cuando estos tengan la apariencia de legalidad y validez, aplicando los máximos criterios de seguridad, prudencia, sagacidad y diligencia para prevenir situaciones fraudulentas como las detectadas.

Escs. Susana Chao Peña
y Carlos del Campo García
Informantes

El 24 de octubre de 2014 la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, integrada por los Escs. María Alexandra Aguilar, Eliane d'Andrea, Carlos del Campo, Ana Mouro, Blanca Olmos, Silvana Rodríguez, María Inés Sapriza, Gabriela Silva, Vicente Ubbriaco y Susana Chao, aprueba el informe que antecede.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora alterna

Aprobado por la Comisión Directiva de la AEU el 25 de noviembre de 2014, expediente 589/2014.