

Academia Nacional del Notariado

Punto Primero: La Resolución Administrativa 467/2020

1.- Vigentes los incisos 1 y 3 del Art. 99 de la Constitución Nacional se dictaron DNU (Decretos de necesidad y urgencia) dentro de cuya nómina se ubican, sucesivamente el 260, 297 y 325 todos del año en curso, desde los que se desprendieron las DA (Disposiciones administrativas) que se dictaron incluyendo la 467/20 que nos ocupa.

2.- El Jefe de Gabinete ha dictado la Disposición Administrativa, por delegación expresa del Presidente de la República, 467/2020, por la cual amplió –hasta la fecha- la nómina de actividades y servicios considerados esenciales mediante Disposiciones Administrativas 429/2020 del 20 de marzo de 2020, 450/2020 del 2 de abril de 2020, 467/2020 del 6 de abril de 2020, 468/2020 también del 6 de abril de 2020 y 490/2029 del 11 de abril de 2020.

3.- Respecto al tema de la legitimidad de la Resolución, las opiniones no son unánimes. Algunos Consejeros han coincidido expresando que la Resolución ha sido dictada con plena competencia, por la delegación expresa efectuada por el Presidente de la Republica en el decreto 297/20, la cual se encuentra debidamente respaldada por las disposiciones normativas pertinentes.

Por su parte, otros Consejeros han expresado que la misma ha excedido las facultades acordadas, en tanto en forma imperativa establece el deber de los respectivos Colegios de Escribanos, una vez finalizado el aislamiento social y preventivo de verificar el cumplimiento de la misma

La amplitud del enunciado podría llevar a pensar que los Colegios deben analizar si el escribano ha calificado correctamente su proceder encuadrándolo dentro de los parámetros establecidos en los dos primeros artículos, lo que llevaría a una apreciación por demás subjetiva y peligrosa

A más de ello, y dado el sistema federal que nos rige, cada Colegio debe actuar dentro de los límites y con las facultades que sus propias leyes orgánicas establecen, respetándose en consecuencia la jerarquía normativa que debe signar un desenvolvimiento democrático y respetuoso del orden jurídico.

Resta simplemente ratificar lo expuesto en nuestro primer dictamen académico vinculado con el decreto de necesidad y urgencia 297/2020: Ninguna duda nos cabía de lo esencial de nuestra función, ni del compromiso que con la sociedad siempre ha demostrado el notariado

Punto Segundo: Determinación de los actos que pueden realizar los escribanos

4.-La Decisión Administrativa 467/2020 incorpora la actividad notarial dentro del listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria, siempre que ella se circunscriba exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales por el DNU 297/2020 y normativa que la complementa (DA 429/20, 450/20, 468/20 y 490/20).

5.- Frente a cualquier persona que requiera la prestación del servicio notarial para realizar una constatación u otorgar determinada escritura pública y su actividad o servicio fuere de los exceptuados por la normativa vigente -o que se amplíen en el futuro- durante el período de aislamiento obligatorio, se podrá prestar el ministerio público correspondiente, cuando el objeto del acto esté directamente relacionado con la actividad exceptuada.

6.- El escribano una vez calificado el requerimiento, debe interpretar si lo peticionado efectivamente se vincula, asocia, o es elemento o producto de una actividad o servicio exceptuado. A partir de allí, tendría que ejercer su función dentro de la *normalidad* que amerita la situación de excepción.

7.-La decisión administrativa establece un segundo bloque de elementos objetivos, que están caracterizados por el sujeto otorgante y el acto que debe instrumentarse (art. 2 DA 467/2020). La finalidad de estos requisitos, es evitar el traslado o circulación de personas consideradas de riesgo y principalmente la concentración de ellas, cualquiera sea el punto geográfico.

No se prevé un acto específico a otorgarse; dentro de los cuales podría estar contemplado el otorgamiento de poderes, autorizaciones o certificaciones de firmas en instrumentos privados, formularios o declaraciones juradas.

8.- Interpretando armónicamente la DA que ha sido ampliada por las DA 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490/20, y el decreto 297/20, se puede concluir que los escribanos podrán intervenir en: a) los casos en que los sujetos se encuentren en una situación de fuerza mayor, y b) en todos aquellos actos que posibiliten o faciliten la actividad de aquellas personas y servicios considerados esenciales por el decreto referido, aun cuando no se encuentren en una situación de fuerza mayor;

9.- La D.A. 467/2020 no solo permite la prestación del servicio notarial como esencial a partir de su publicación en el Boletín Oficial, sino que importa la convalidación legal de todas las veces en que el notario prestó servicio notarial desde la vigencia del DNU 297/2020 (y sus prórrogas) en los términos del art. 6° de este Decreto, en sentido y alcance concordante con los requisitos del art. 1° de esta Disposición Administrativa en análisis.

10.- No está limitada por este conjunto normativo la categoría de acto notarial que puede autorizarse, por lo que todos ellos están alcanzados (sean originales o reproducciones y, entre los primeros, protocolares o extraprotocolares).

11- El carácter de servicio esencial notarial en la DA 467/2020 determina que continúan eximidos los notarios de cumplir un horario mínimo de atención al público en las escribanías, exigidos por sus leyes orgánicas. Pese al silencio del texto normativo, su télesis no autoriza a la atención al público de las escribanías, las que deberán permanecer cerradas.

12.- En todas estas situaciones, la denegación del requerimiento por parte del notario, no debe considerarse como falta disciplinaria.

13.-Habilitación para circular. Se habilita a tramitar el Certificado único Habilitante para Circulación – Covid 19 a quienes se encuentren comprendidos en esta Disposición (art. 5°).

14.- Para colaborar con el ejercicio excepcional de otorgamiento de actos notariales en la situación de emergencia, los Colegios Profesionales deberán – dentro de las posibilidades de su estructura organizativa– proveer de fojas u otros elementos imprescindibles a los escribanos que deban intervenir.

15.- El notario podrá prestar su asesoramiento jurídico cuando se lo requiera mediante cualquier medio de comunicación a distancia (telefónico, video-llamadas, plataformas virtuales, etc.), en cumplimiento a la obligación prevista en las leyes orgánicas

Sin duda las tecnologías agilizan trámites, facilitan la contratación a distancia, sin embargo, debemos poner en el otro platillo de la balanza la seguridad jurídica, que forma parte de la esencia de la función notarial. En todos los casos la firma del documento debe ser en presencia del escribano para que éste controle la legalidad del instrumento, la libre voluntad del requirente y su habilidad para otorgar el acto. Solo podrán expedirse certificados sin presencia física del interesado, cuando se trate de declaraciones del notario sobre hechos o cosas de las que le conste su veracidad, pero no podrán aplicarse para acreditar manifestaciones de voluntad es decir cuando se trate de actos que requieran compareciente.

16.- En virtud de estas reflexiones es que resulta virtualmente imposible proporcionar una enumeración taxativa de actos admitidos y no admitidos. Ninguna norma indica que la intervención notarial sólo se admita cuando sea *la única vía habitada para ese requerimiento*.

17.-Dado que el artículo 6 del decreto limita la excepción del aislamiento a esas actividades y servicios esenciales “al estricto cumplimiento” de las mismas,se impone calificar no solamente de manera *objetiva* la vinculación del requirente con alguna de las actividades y servicios, sino, además, que el acto requerido tenga por fin el cumplimiento de las mismas (es decir, una suerte de nexo *subjetivo*). Esto último implica ponderar no solamente la causa-fin del acto jurídico, sino, según las circunstancias, la causa “subjetiva” o, mejor, “motivos” del mismo (artículos 281 y 267, inciso ‘d’, del CCyCN).

Punto Tercero. Actuación bajo exclusiva decisión y responsabilidad

18.- Al no haberse conferido al servicio notarial el carácter de esencial en términos generales, sino que solo se admite la prestación de servicios notariales en casos especialmente justificados para hacer efectivo el desarrollo de otras actividades o servicios declarados esenciales, de las que es accesoria en el caso puntual, o de las otras situaciones previstas en el art. 6° del DNU 297/2020, queda la apreciación de esta situación a exclusivo juicio y responsabilidad del profesional que decida o no asumirla, que deberá dejar constancia documentada de la misma en su actuación.

Punto Cuarto: Concepto de Fuerza Mayor

19.-El art. 1º de la Disposición Administrativa 467/2020 (DA) dice “*Ampliase el listado de actividades y servicios declarados esenciales en los términos previstos en el Decreto No. 297/20, incorporándose a la actividad notarial cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales...*”.

20.- La norma transcripta nos remite, sin duda, al art. 6º del Decreto 297/20 que en veinticuatro incisos enumera las actividades y servicios esenciales. En esa enumeración se mezclan categorías personales, tales como “personal de salud”, “personal de los servicios de justicia” “autoridades superiores de los gobiernos....”, etc. con categorías objetivas de actividades, por ejemplo: “supermercados”, “farmacias”, lavandería”. Además de estos dos tipos de enunciaciones incluye en su inciso 6 una autorización genérica para “toda persona que deba atender una situación de fuerza mayor”.

21.-El Código Civil y Comercial legisla el caso fortuito y la fuerza mayor en el art. 1730 como una causal de exclusión de la culpabilidad, en razón de “*un hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*”. El Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia Española define la fuerza mayor casi con las mismas palabras que nuestro Código: *hecho que no ha podido preverse o que previsto fuera inevitable*.

No cabe duda que no estrictamente este es el sentido en el que el inciso 6º del art. 6º del Decreto, se refiere a este concepto. En realidad, lo que encuadra como caso fortuito en el concepto legal es la pandemia en sí misma. Es este el hecho no previsto, el que no pudo ser evitado.

22.- Por lo expuesto el inciso 6º del art. 6º del decreto 297/2020, debe ser interpretado como el acto que viene a satisfacer una necesidad impostergable del requirente o de un tercero de modo que la no prestación del servicio notarial genere un daño mayor. Desde esta perspectiva, es esencial la noción de impostergabilidad. Todo aquel acto que, sin generar un daño mayor, pueda postergarse está excluido de la autorización de la DA y por tanto no puede ser atendido.

23.-El oficial público debe ponderar con suma cautela, la urgencia y/o necesidad impostergable del objeto del requerimiento y demás circunstancias, a fin de considerar y ubicar las circunstancias del caso.

Punto Quinto. Gratuidad

24.- El deber que esta norma impone – específicamente para el tipo de actos descriptos - a todos los notarios del país implica reconocer la necesidad de contar con nuestro servicio

que, en estos casos, debe ser cumplido con la mayor eficacia y sin más limitación que las que impongan el debido desempeño de la función notarial. Es este un deber solidario que debemos cumplir con toda generosidad en este contexto.

25.- Será otorgado de manera gratuita todo requerimiento tendiente a evitar el traslado o circulación de personas consideradas de riesgo por la normativa vigente, efectuado por los titulares y las titulares de un beneficio de la ANSES para el cobro de Jubilaciones, Pensiones, Asignación Universal por Hijo, Asignación Universal por Embarazo, Ingreso Familiar de Emergencia o beneficio similar que se dictare en el futuro (art. 2).

26.- Corresponde aclarar que los únicos actos a los que se impone la gratuidad de la prestación, son los enunciados en el artículo 2º de la DA 467/20.

27.- Respecto a la forma o solemnidades, podrá variar, ya que en algunos casos pueden ser otorgados por instrumento privado con firma certificada, conforme normativa expresa.

Punto Sexto: Validez de actos realizados, aún en caso de incumplimiento

28.- Surge el interrogante de saber que acontece con la validez del acto formalizado por un escribano público sin reunir las pautas reglamentarias previstas en la normativa dictada durante la emergencia sanitaria. Estos documentos, al igual que cualquier otro documento público –o privado- se rigen en cuanto a su existencia, validez y eficacia por el ordenamiento jurídico vigente. Esto es el Código Civil y Comercial de la Nación y legislación complementaria, que se encuentra jerárquicamente en una situación de superioridad jurídica frente a las pautas de excepción que, sin lugar a hesitaciones, están vinculadas al ejercicio de la función desplegada por el oficial público.

Si en el documento se omite consignar la referencia normativa o los motivos que justificaron la aceptación del requerimiento y la autorización del acto, ese documento aun así existirá y será válido y eficaz, siempre que se cumpla con los requisitos formales que impone la legislación de fondo.

Eventualmente, el escribano que incumpla con las exigencias circunstanciales propias de esta emergencia sanitaria, será pasible de las sanciones disciplinarias previstas en la legislación orgánica local.

Punto Séptimo. Menciones obligatorias

29.- La Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete establece dos requisitos iniciales que deben obrar en el acto instrumentado.

1.- Consignar en la actuación, que se lleva a cabo en el marco normativo impuesto por el Decreto Presidencial 297/2020 y de la Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros 467/2020.

2.- Dejar constancia de los motivos que justifican su intervención y la norma en que se funda

30.- En caso de haberse omitido consignar en el texto escriturario protocolar –o en los testimonios o copias expedidas- las constancias exigidas, el escribano interviniente podrá subsanar la omisión mediante nota marginal. La posibilidad de hacer constar la causa de la urgencia por nota marginal no será aplicable cuando ello depende de la manifestación del otorgante. En este caso debe estar en el cuerpo del instrumento.

31.- Los documentos no necesariamente deben describir las medidas de profilaxis adoptadas o las distancias respetadas entre el notario autorizante y el o los otorgantes -y entre éstos durante la audiencia notarial, aunque nada obsta a ello quede reflejado en la grafía documental.

Punto Octavo Recaudos de Seguridad

32.- La decisión administrativa instruye que, para documentar el acto, deben asistir solamente las personas indispensables para el mismo, evitando reuniones, motivo por el cual este precepto debe interpretarse en el sentido que estarán presentes quienes comparezcan, limitándose al máximo la concurrencia de asistentes o colaboradores, salvo los materialmente imprescindibles.

33.-El análisis preliminar de la voluntad exteriorizada al escribano podrá llevarse a cabo por medios de comunicación a distancia –telefónicos, video-llamadas y demás medios audiovisuales-. Una vez redactado el documento, en base a las audiencias remotas, se acordará entre el escribano y requirente del servicio un horario y día para el otorgamiento del documento notarial.

Punto Noveno: Obligación de Notificar a los Colegios Notariales

34.- El inciso b) del art. 3º de la DA impone a los notarios comunicar, a los respectivos colegios notariales, dentro de los diez días de finalizado el aislamiento, los actos protocolares o certificación de firmas que hubiesen autorizado durante el mismo. Esta comunicación debe incluir las causas que justificaron la actuación.

35.- Más allá de la literalidad del texto, cabe incluir en la obligación de comunicar, toda otra actuación: por ejemplo, expedición de copias u otros certificados que las leyes notariales regulen.

Punto Décimo Incumplimiento. Responsabilidad Profesional

36. En principio, si los actos autorizados cumplen con las disposiciones pertinentes, no debería existir responsabilidad profesional o disciplinaria, civil o penal de ninguna naturaleza.

37.- El eventual incumplimiento de un escribano a las obligaciones que determina el decreto, lo hacen pasible de diferentes fuentes de sanción: penal, disciplinaria, y si fuera el caso responsabilidad civil en caso de generar daños.

38.- En el ámbito del Derecho Penal, cabe sostener que el delito del artículo 205 del Código Penal es de tipo doloso (lo que haría sumamente inusual su comisión por un colega)

39.- Cabe reiterar que la propia legislación notarial permite excusar la intervención en casos de ciertos impedimentos, como los físicos (así, el artículo 131, inciso 1, del decreto-ley 9020/1978, regulador de la función notarial en la provincia de Buenos Aires). Entre estos se encuentran quienes consideren que la autorización del acto requerido puede afectar su salud.

Punto Decimoprimer. Facultades de control de actos autorizados por escribanos, por parte de los Colegios Profesionales y de la Autoridad Administrativa

40.- Los Colegios Profesionales debieran limitar su verificación al cumplimiento de los requisitos del art. 3° DA 467/2020 (constancia documental de motivo de excepción y comunicación), solo con los datos recibidos.

41.- Respecto a la facultad de contralor debe tenerse en cuenta el margen de ambigüedad de la expresión fuerza mayor. Esa ambigüedad es consecuencia de la relatividad del lenguaje y de los conceptos para describir situaciones jurídicas.

42.- Complementa la ambigüedad el hecho que no se han incluido los presupuestos de hecho de la conducta punible. Queda “abierta” a la calificación del juzgador.

43.- Ejemplificando: la calificación de lo impostergable, o de fuerza mayor, carecen de medida o porcentajes. Debido a ello, el juzgamiento de eventuales incumplimientos debiera partir de dicha relatividad, evitando injusticias o excesos. Si no es posible mensurar con precisión el requisito fuerza mayor, atento la prioridad del principio “nullum crimen sine lege”, debe admitirse la existencia de zonas grises y aplicar con cautela, la ponderación a las posibles sanciones.