

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

\*\*\*

## **JURISPRUDENCIA**

*I ESCRIBANO: Decreto 803 de la provincia de Mendoza: Escribanía General de Gobierno; facultad de otorgar escrituras públicas traslativas de dominio de particulares de importancia y conveniencia manifiesta. Judiciabilidad*

DOCTRINA: 1 ) La tesis amplia de la judiciabilidad se funda en las siguientes razones: a) la detracción viola el derecho a la jurisdicción de los justiciables; b) cuando el Estado no puede ser llevado ante los tribunales, estamos fáctica e injustamente ante el hecho de su irresponsabilidad; c) el art. 100 de la Constitución Nacional, confiere a la Corte competencia para decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

2) La jurisdicción no puede revisar la oportunidad, el mérito, la conveniencia o acierto de las decisiones políticas, se respeta como facultad privativa la elección del criterio y la ocasión en que se adopta para tomar una medida, pero si su materialización en un acto transgrede la Constitución o las leyes, hay cuestión suficiente para provocar su revisión judicial dentro del marco en que ésta se moviliza.

3) Debe distinguirse entre las cuestiones políticas y las institucionales. Las políticas son tan revisables como las simplemente administrativas; sólo el acto institucional es irrevisable por la jurisdicción y su primera característica es la de vincularse a la organización y subsistencia del Estado.

4) El decreto 803 del 17 de marzo de 1987 suscripto por el gobernador de la provincia de Mendoza es revisable judicialmente, en tanto no existe manera de subsumir un decreto del gobernador que autoriza a la Escribanía General de Gobierno a suscribir actos de particulares, entre los actos que hacen a la organización y subsistencia del Estado.

5) El escribano general de Gobierno de la provincia de Mendoza es un funcionario público en sentido estricto, pero ello no impide que se califiquen como escrituras ciertos documentos protocolares por ellos autorizados.

6) Las escrituras públicas traslativas de dominio que por su importancia y conveniencia manifiesta así lo disponga el Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza, encuadran dentro de los actos notariales protocolares enunciados por el art. 2º, inc. d) de la ley 4377.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

7) El decreto 803 del 17 de marzo de 1987 suscripto por el gobernador de la provincia de Mendoza - por el cual se autorizó a la Escribanía General de Gobierno de la Provincia para la realización de todas las diligencias necesarias para conformar las escrituras traslativas de dominio de los lotes de la cooperativa del Barrio General San Martín, eximiendo a aquélla del cobro de la totalidad de honorarios que por tal actuación pudiera corresponderle - no se aparta del sistema de normas provinciales y nacionales en tanto la expresión "actos notariales protocolares" contenida en el art. 2° inc. d) de la ley 4377 permite incluir las escrituras a las que el decreto hace referencia; la importancia y conveniencia, en el caso resulta manifiesta; la intervención del escribano general de gobierno en este tipo de transacciones no es sorprendente; al tratarse de disposiciones excepcionalísimas no avasallan las incumbencias de los escribanos de registro; y porque no debe olvidarse que se trataba de inmuebles destinados a vivienda, que son tratados muy especialmente por la legislación tanto en lo relativo a los actos vinculados a su registración, cuanto en lo relativo a los honorarios. M.M.F.L.

Suprema Corte de Mendoza, Sala I.

Autos: "Colegio Notarial de la Provincia c/ Poder Ejecutivo de la Provincia"(\*) (291).

Mendoza, diciembre 11 de 1990. 1° La acción procesal deducida ¿es procedente? 2° En su caso ¿qué solución corresponde? 3° Costas.

1° cuestión - La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

1°1. El 17 de marzo de 1987 el Poder Ejecutivo de la provincia dictó el decreto 803 por el cual autorizó a la Escribanía General de Gobierno a realizar las diligencias necesarias para conformar las escrituras traslativas de dominio de los lotes de las cooperativas del barrio General San Martín que ubican en dicho barrio, a los ocupantes que tengan derecho a obtener el título de propiedad y posean la documentación correspondiente. El acto administrativo también "exime a la Escribanía General de Gobierno del cobro de la totalidad de honorarios que le pudieren corresponder por las actuaciones notariales que efectúen en virtud de lo dispuesto en el art.1° del presente decreto".

En los considerandos se hace mención a a las siguientes circunstancias excepcionales:

a) El sismo del 26 de enero de 1985 afectó a la mayoría de las viviendas asentadas en tales lotes.

b) En razón de que los ocupantes carecen de escrituras, no tienen posibilidad de acceder a las distintas líneas de crédito implementadas para construcción y/o refacción de viviendas dañadas por el sismo.

c) El gobierno debe contribuir a la solución de los problemas sociales que afectan a los habitantes de ese barrio que no cuentan con recursos económicos suficientes.

d) El art.2°, inc. d) de la ley 4377 faculta al Poder Ejecutivo a autorizar a la Escribanía General de Gobierno para realizar actos notariales cuya importancia y conveniencia sean manifiestas.

2. El Colegio Notarial de Mendoza interpuso recurso de reconsideración contra el referido decreto, con los siguientes fundamentos:

a) El decreto se funda en una interpretación aislada y fuera de contexto del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

art. 2°, inc. d) de la ley 4377. Este artículo sólo dispone que la Escribanía General de Gobierno no puede actuar de oficio sino por disposición del Poder Ejecutivo pero no que éste pueda encomendarle actos diferentes a los previstos en el art. 11 de la ley; de esta norma resulta que para que el acto pueda ser autorizado por la Escribanía General de Gobierno la Provincia debe ser parte. En el caso, en cambio, se la ha facultado para autorizar actos entre particulares.

b) De este modo, se ha privado a los escribanos de registro de la posibilidad de realizar actos que son de su propia incumbencia.

c) La finalidad perseguida por el gobierno provincial puede lograrse dentro de la legalidad: la ley 3058 autoriza al Consejo Superior del notariado a realizar convenios de disminución de honorarios para la transmisión del dominio a sus adjudicatarios de viviendas económicas construidas por planes especiales, previsión en la que se encuadra sin dificultad la situación que motiva la sanción del decreto recurrido.

3. el Poder Ejecutivo rechazó sustancialmente el recurso interpuesto mediante decreto 3241 del 4 de setiembre de 1987. Argumentó del siguiente modo:

a) El decreto 803/87 tiene fundamento legal en el art.2° inc. d) de la ley 4377 que regula la competencia genérica de la Escribanía General de Gobierno.

b) El art. 11 no establece ninguna prohibición respecto del acto cuestionado.

c) El acto impugnado no es un acto administrado sino un acto institucional o político irrevisable y tiene fundamento en la gravedad y excepcionalidad de la situación social planteada.

d) El acto atacado no incide directa e inmediatamente en la esfera jurídica del administrativo y, en todo caso, los intereses de los notarios colegiados deben ceder ante los intereses generales de la comunidad.

Contra estos actos del Poder Ejecutivo el Colegio Notarial de Mendoza plantea acción procesal administrativa.

2° Los motivos de la nulidad articulada.

El recurrente denuncia el vicio de exceso de poder o desviación de poder (art.63, inc. c, ley 3909) con los siguientes argumentos:

1. - Errónea interpretación del art. 2°, inc. d) de la ley 4377. El Poder Ejecutivo ha tomado este artículo aisladamente y fuera de contexto. La voluntad legislativa está orientada a describir la esfera de competencia de la Escribanía General de Gobierno imponiendo como condición para su actuación, la previa orden del Poder Ejecutivo. En otros términos, se ha vedado la actuación oficiosa, sin requerimiento previo y no la de otorgarle una competencia amplia para realizar todo lo que el Ejecutivo disponga.

2. - Falta de aplicación del art. 11 de la ley 4377. El artículo que expresamente determina la competencia del organismo administrativo es el art. 11, del cual surge que la Escribanía General de Gobierno interviene sólo cuando el Estado es parte.

3. - Errónea aplicación de los principios de solidaridad social. El Colegio Notarial también está preocupado por la situación social descripta por el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

gobernador, pero ella se soluciona aplicando las disposiciones legales vigentes que permiten reducir los montos arancelarios y no otorgando una competencia a la Escribanía General de Gobierno que la ley no concede.

4. - Descabellada aplicación de la teoría del acto institucional. Recurrir en este caso a la teoría del acto institucional es totalmente absurdo pues es un acto que se refiere a un grupo de particulares y no a la propia organización ni a la subsistencia del Estado. El Poder Ejecutivo también ha confundido el acto político con el institucional contrariando las enseñanzas de Marienhoff.

3° La revisibilidad jurisdiccional del acto recurrido. 1. - El órgano ejecutivo ha sostenido que el decreto recurrido no es revisable jurisdiccionalmente por ser un acto político - institucional.

2. - Asiste razón a la actora cuando afirma que la posición asumida por la demandada no tiene ningún tipo de andamiaje.

Esta Sala ha recordado en anteriores pronunciamientos (véase LS, 182 - 493 y fundamentalmente en LS, 209 - 1 o en JA, 1989 - III - 240 o ED, 133 - 714 con notas laudatorias de Pérez Guilhou, Dardo, "La interpretación constitucional" y de Bidart Campos, Germán J., "Una cuestión de reforma constitucional provincial que en Mendoza ha sido juzgada y resuelta por la Corte local") la tesis amplia de judicialidad que en nuestro país lidera el último autor nombrado (ver, como síntesis de su pensamiento su obra La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Buenos Aires, Ediar, p.160 y sigtes.) y que fuera mantenida desde la Corte Federal por aquel digno magistrado que fue Boffi Boggero ("Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas", LL, 156 - 1143). Esta tesis, ardorosamente defendida en nuestro medio por Dromi (El poder judicial en la Constitución, en la crisis, en la democracia, Tucumán, Unsta, 1982, p.234 y sigtes.) se funda sintéticamente en las siguientes razones: a) La detracción del control (el self restraint) viola el derecho a la jurisdicción de los justiciables; b) Cuando el Estado no puede ser llevado ante los tribunales, estamos fáctica e injustamente ante el hecho de su irresponsabilidad; c) El art. 100 confiere a la Corte competencia para decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; igual amplitud puede predicarse de la Constitución de Mendoza (art. 147, inc.3°). Adviértase que no se propicia sacar de sus funciones a los tribunales para que sustituyan al Ejecutivo o al Congreso (ver mis votos en LS, 205 - 397 y 202 - 192); en efecto, la jurisdicción no puede revisar la oportunidad, el mérito, la conveniencia o el acierto de las decisiones políticas; se respeta como facultad privativa, la elección del criterio y la ocasión que se adopta para tomar una medida; pero si su materialización en un acto transgrede la Constitución o las leyes, hay cuestión suficiente para provocar su revisión judicial dentro del marco en que ésta se moviliza. Lo debatido en autos es una cuestión eminentemente jurídica, cual es saber si legalmente el Poder Ejecutivo provincial pudo autorizar a la Escribanía General de Gobierno a que hiciera las escrituras traslativas en favor de los asociados de la cooperativa del Barrio San Martín.

Pero en el sub lite, al igual que en los anteriores precedentes, no es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

necesario seguir esta tesis amplia para declarar la judiciabilidad de la cuestión propuesta. Marienhoff, el ilustre administrativista citado por ambas partes, distingue entre las cuestiones políticas y las institucionales. Las políticas son tan revisables como las simplemente administrativas. Sólo el acto institucional es irrevisable por la jurisdicción y su primera característica es la de vincularse a la organización y subsistencia del Estado (véase Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo, 1966, t. II, núm.558 y sigtes.; seguido por su erudito discípulo, Cassagne, Juan C., "Acto político y acto institucional en una acción de amparo promovida por jueces provinciales", LL, 1985 - D - 1216).

Sinceramente, no encuentro manera de subsumir un decreto del gobernador que autoriza a la Escribanía General de Gobierno a suscribir actos de particulares entre los actos que hacen a la organización y subsistencia del Estado; por lo expuesto, entiendo que la cuestión planteada no merece mayor tratamiento.

Entraré, en consecuencia, de modo directo, al fondo de lo debatido.

4° El funcionario interviniente en las escrituras públicas. 1. - El art. 1184 del Cód. Civil manda que los contratos que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles deben ser hechos en escritura pública; por su parte, el art.997 del mismo ordenamiento dispone que las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

El acto atacado permite al escribano general de gobierno de la provincia de Mendoza autorizar las escrituras traslativas de dominio del barrio San Martín en favor de los asociados de una cooperativa; se trata de actos en los cuales la Provincia no es ni enajenante ni adquirente.

2. - La cuestión a dilucidar es si la Escribanía General de Gobierno es o no el escribano o el funcionario autorizado del cual habla el art.997 del Cód. Civil y, en su caso, si esa autorización vulnera las normas provinciales de organización del ejercicio de la profesión de escribano.

5° Normas reguladoras de la Escribanía General de Gobierno. Naturaleza de las funciones realizadas. 1. - La figura de los funcionarios dependientes del gobierno con competencia para autorizar escrituras públicas en actos jurídicos especiales, era conocida en el derecho patrio anterior al Código Civil. Explica Vélez Sársfield en la nota al art.997: "Por el Derecho Español había oficiales públicos que sólo ellos podían extender escrituras relativas a las cosas municipales y se llamaban escribanos de cabildo. Los archiveros públicos son también como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copia en forma, de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales".

2. - La letra de la ley y sus antecedentes históricos parecen indicar que el poder administrador puede autorizar a ciertas personas a realizar escrituras públicas en ciertos casos especiales y de hecho así acontece en la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

normativa nacional sin que ella sufra ataques de manifiesta ilegalidad. Así, por ej., la ley 20597 [ED, 53 - 865] (art.20, incs. c] y d] y concs.) habilita a otorgar escrituras públicas a los funcionarios del servicio exterior de la Nación (en opinión de José M. Orelle, éste es el único caso en que funcionarios que no son escribanos están autorizados a otorgar escrituras públicas. Véase comentario al art. 998 en Código Civil anotado, comentado y concordado, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Buenos Aires, Astrea,1982, t. IV, p.563).

Cabe ahora preguntarse si los escribanos generales de gobierno están habilitados para otorgar escrituras, en su carácter de escribanos o sólo como los funcionarios a los que se refiere el art.997 del Cód. Civil.

a) La historia oficial de la Escribanía General de Gobierno se remonta al 21 de agosto de 1863, fecha en la que se dicta, durante la presidencia de Bartolomé Mitre, el decreto 5946 por el cual se crea la Escribanía General. Así se lo recuerda en la Exposición de motivos de la llamada ley 21889 (EDLA, 1978 - 331).

b) No desconozco una importante corriente de opinión notarialista que entiende que las escribanías generales de gobierno no son notarías sino meras oficinas públicas administrativas y que el documento que autorizan es solo un documento público administrativo y no una escritura, por lo que "no es prudente que los documentos públicos que contienen acuerdos volitivos con particulares sean redactados en estas oficinas públicas porque la imparcialidad del autor del documento está comprometida por su relación de dependencia con un superior jerárquico que a la vez es parte en la relación jurídica" (véase opinión de Pondé, Eduardo B., a la que adhieren Carlos E. Pelosi y Francisco Martínez Segovia en "Escribanías generales de gobierno. Alcance de su competencia «ratione materiae»", Revista del Notariado, Nº 789, Año 1983, ps. 943 y sigtes.).

No obstante, de lege lata, esta posición encuentra serios obstáculos. En efecto, tanto la ley nacional 21890 (EDLA,1978 - 331), como la provincial 4377, no sólo llaman a este funcionario "escribano" sino que le acuerdan facultades propias de tal. Así, por ej., el art. 3º, inc. f) de la ley provincial dispone que es función del escribano titular asesorar al Poder Ejecutivo y demás funcionarios en asuntos de índole notarial y registral. En otros términos, el escribano general de gobierno de la Provincia es un funcionario público en sentido estricto, pero ello no impide que se califiquen como escrituras ciertos documentos protocolares por ellos autorizados.

3. - La pregunta es ahora: ¿Qué escrituras públicas pueden autorizar?

La doctrina notarial argentina está seriamente preocupada por lo que se ha dado en llamar la "exorbitación" de la naturaleza y fines específicos de las escribanías de gobierno. Así por ej., la comisión que estudió el tema Nº 2 en la XIX Jornada Notarial Argentina reunida en San Miguel de Tucumán entre el 4 y el 8 de octubre de 1983 propuso: "1. - Que se limite la competencia de las escribanías de gobierno y registros notariales del Estado al otorgamiento de los actos en los cuales el Estado actúe como persona de Derecho Público, con la finalidad de autorizar, registrar y conservar todos aquellos contratos que el Estado realice, con exclusión de los reservados a

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

las escribanías de número. 2. - Que todos los actos y negocios jurídicos en los cuales el Estado tenga algún grado de participación como personas de derecho privado, deben ser instrumentados y autorizados por los escribanos de número, con exclusión de todo otro funcionario al que se quiera revestir de esta calidad" (véase Revista Notarial, N°872, Año 1984, p.289).

Cualquiera sea la adhesión que esta recomendación merezca, lo cierto es que se trata de una declaración de lege ferenda, advirtiéndose que no es la situación actualmente recogida por la legislación sino la que, en opinión de los que la suscriben, debiera ser.

4. - De lege lata, se avizoran dos tendencias: para algunos, el escribano mayor de gobierno tiene análogas funciones a los escribanos de registro, pero con intervención en aquellos actos en los que la Nación es parte (véase Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Parte general, 9ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, núm.1101; Salvat, Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, 9ª ed., Buenos Aires, TEA, 1951, t. II, núm.2102). Otros, en cambio, utilizan una terminología más amplia y expresan que los escribanos generales de gobierno pueden actuar en todos los actos y contratos que las respectivas leyes asignan a los notarios de registro siempre que en ellos aparezca interesado el Estado Nacional o los estados provinciales (véase dictamen de Ferrari Ceretti, ob. cit., Revista del Notariado, N° 789, p.948).

5. - La cuestión es dilucidar el alcance del interés del Estado (Nacional o provincial).

La entidad accionante y el procurador defienden la tesis de que ese interés sólo aparece cuando el Estado es parte; así, por ejemplo, en la escritura que documenta la venta de un inmueble debiera ser o bien enajenante o bien adquirente; esta interpretación tendría apoyo en el art. 11 (que al regular los actos que deben inscribirse en el protocolo general menciona "Los contratos que deban celebrarse por escritura pública, cuando es parte el Estado provincial") y en el art. 14 (al establecer el cómputo de los plazos en la operaciones de transferencias de inmuebles "en favor del Estado provincial o de éste a un tercero").

En mi opinión, la ley provincial no tiene alcances tan estrechos. Explicaré por qué:

a) No puede discutirse que la llamada ley 4377 sancionada el 13 de setiembre de 1979 y publicada el 8 de octubre de 1979, ha tomado como fuente inspiradora la también llamada ley nacional 21890 sancionada el 17 de octubre de 1978 y publicada el 20 de octubre de 1978. Este aserto surge con claridad de la total coincidencia de la mayoría de los títulos; dependencia; competencia y funciones; escribano titular; escribanos adscriptos; requisitos; incompatibilidad; derechos y obligaciones de los escribanos. Ambito territorial y asiento legal del registro; protocolo general y libro de juramentos; rubricación de protocolos. Legalización de firmas; archivo y custodia de protocolos; asiento de actos. Asiento en otros registros; formalidades; cómputo de plazo para escriturar en venta de inmuebles al Estado; arancel, etc.). La mayoría de los artículos son simple

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

copia del que incluso lleva el mismo número con la sola excepción de usar la palabra nacional en lugar de provincial.

Las cuestiones en las cuales el ordenamiento nacional da solución distinta son muy escasas (incompatibilidades, protocolo secreto); pero una de las más importantes es, justamente la referida a la competencia por materia. Veamos:

El art.2º, inc . d) de la ley 21890 fija entre las facultades que corresponden a la Escribanía General del Gobierno de la Nación "realizar actos notariales extraprotocolares en los que el Estado Nacional tuviera interés"; el art. 2º, inc. d) de la ley 4377, en cambio, dice: "Realizar actos notariales extraprotocolares y protocolares en los que por su importancia y conveniencia manifiesta, así lo disponga el Poder Ejecutivo" (El subrayado me pertenece).

El apartamiento de su fuente inmediata es evidente: por un lado amplía la competencia (actos notariales extraprotocolares y protocolares), pero por el otro la circunscribe (justamente porque incluye los actos protocolares) a aquellos actos dispuestos por el Poder Ejecutivo con fundamento no en un mero interés sino en la importancia y conveniencia manifiesta. Las escrituras públicas traslativas de dominio que por su importancia y conveniencia manifiesta así lo disponga el Poder Ejecutivo encuadran dentro de estos actos notariales protocolares.

La solución de la ley 4377 no es exclusiva; otras leyes provinciales están redactadas con alcances similares; así, por ejemplo, el texto de la ley 1929, de La Rioja, de setiembre de 1952 se refiere al "registro donde se insertarán todos los actos y contratos en que sea parte el Poder Ejecutivo de la Provincia y los demás actos jurídicos ordenados por el mismo".

b) Es verdad que al especificar los instrumentos que se asientan en el protocolo, el art.11 de la ley 4377 menciona los actos en que el Estado es parte, pero ello obedece, sin duda alguna, a la inadvertencia de haber copiado literalmente el art. 11 de la ley nacional sin tener en consideración que al fijar la competencia la autoridad mendocina redactó una regla con alcances diferentes.

6. - La cuestión a dilucidar es si el Poder Ejecutivo pudo autorizar a la Escribanía General de Gobierno de la Provincia la realización de todas las diligencias necesarias para conformar las escrituras traslativas de dominio de los lotes de la cooperativa del Barrio General San Martín o si por el contrario, esta función compete exclusiva y monopólicamente a los escribanos de registro.

En mi opinión, el decreto 803 del 17 de marzo de 1987 no se aparta del sistema de normas provinciales y nacionales. Daré las razones de esta conclusión:

a) He explicado que la expresión actos notariales protocolares permite incluir estas escrituras.

b) En el caso, la importancia y conveniencia resultaba manifiesta. Es de público y notorio que el Barrio San Martín, ubicado a muy pocos kilómetros del radio céntrico de la ciudad y a escasos metros de la vida universitaria mendocina, está habitado por gente carenciada y fue seriamente dañado

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

por el sismo que azotó a nuestra provincia en 1985.

También es de público y notorio que los bancos oficiales (Banco de Mendoza y Banco de Previsión Social) instrumentaron un sistema de créditos especiales para los damnificados por ese tremendo fenómeno de la naturaleza.

El Estado provincial, como cualquier acreedor, está interesado en obtener las garantías necesarias para asegurarse la restitución de las sumas prestadas y es evidente que la más efectiva es la hipoteca sobre el mismo inmueble. En el derecho argentino, a diferencia de lo que acontece en el peruano, que protege también a su economía informal, la hipoteca sólo puede ser constituida por quien es propietario titular inscripto en el registro inmobiliario (arts. 3119,2505 y concs., Cód. Civil; 2°, 15 y concs., ley 17801 [ED. 23 - 921]). Siendo ello así, era notorio el interés del Ejecutivo provincial en que los damnificados por el sismo obtuviesen rápidamente las respectivas titularidades.

c) La intervención del escribano general de gobierno en este tipo de transacciones no debe sorprender. Así, por ejemplo, en el orden nacional, con normas más restrictivas, se admite que la Escribanía Nacional de Gobierno intervenga en aquellas escrituras entre particulares cuando la compraventa de inmuebles que se instrumenta es financiada total o parcialmente con préstamos o aportes concedidos por el gobierno nacional. Así surgía claramente del decreto - ley 858 del 25 de enero de 1957 que regulaba el régimen arancelario de este funcionario (art. 4°, parág. XVI. Para la interpretación de esta norma véase opinión del procurador general, seguida por la Corte Federal, in re "Obligado, Dolores p/sucesión", octubre 18 - 1967,JA, 1968 - I - 427).

d) No creo que disposiciones excepcionalísimas como las dictadas avasallen las incumbencias profesionales de los escribanos de registro. Advierto que en el caso de autos, los beneficiarios de la medida, gente carenciada afectada por las fuerzas desatadas de la naturaleza, estaban organizados bajo la forma cooperativa.

Estos entes, fundados en el esfuerzo propio y la ayuda mutua(art. 1°, ley 20337 [ED, 52 - 650]), tienen ciertos derechos concedidos por la ley para igualar jurídicamente la desigualdad económica contra la que luchan.

Así, por ejemplo, el art. 81 de la ley 20337 dispone que las cooperativas deben contar desde su constitución y hasta que finalice su liquidación con un servicio de auditoría externa a cargo de contador público nacional inscripto en la matrícula respectiva. Sin embargo, si la cooperativa lo solicita y su condición económica lo justifica la auditoría será realizada por el órgano local competente. En este caso, el servicio será gratuito (art. 81).

La similitud con el caso de autos me parece evidente: una tarea que, por la incumbencia profesional, debe ser realizada por profesional matriculado, que puede percibir sus honorarios, la ley permite, con fundamento en razones económicas, que sea prestado, excepcionalmente en forma gratuita por el órgano administrador. En lo que a mi conocimiento alcanza nunca se ha discutido la constitucionalidad de esta norma.

e) Tampoco olvido que se trata de inmuebles destinados a vivienda,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

tratados muy especialmente por la legislación, tanto en lo relativo a los actos vinculados a su registración cuanto en lo relativo a los honorarios. Así, por ejemplo, la afectación del régimen del bien de familia es una actividad propia de los notarios, no obstante, la ley permite que se realice sin su intervención, directamente por la autoridad registral (arts. 47 y 48, ley 14394).

7. - No ignoro que la modera tendencia es hacer exactamente lo opuesto a lo realizado por el Poder Ejecutivo que dictó el decreto impugnado. En efecto, tanto en el orden nacional como provincial, los gobiernos distribuyen el trabajo oficial facultando a los escribanos de registro a otorgar escrituras relacionadas con planes de vivienda en que el Estado interviene como adjudicante (véase ley 9855, de Santa Fe, publicada en mayo 13 - 1986; decreto 355/86, de Buenos Aires de marzo 11 - 1986 y comentario laudatorio de Claudio A. Solari del Valle, Revista Notarial, N° 886, 1986, p.407). Tampoco se me escapa que relaciones más fluidas entre el gobierno y el Colegio profesional podrían haber llevado a un solución más compatibilizadora de los legítimos derechos de los notarios mendocinos y de los usuarios del servicio, pero la función de esta Corte no reside en determinar de qué modo el Ejecutivo debe manejar estas vinculaciones, sino si sus actos encuadran o no dentro de la Constitución y las leyes ordinarias. En tal aspecto, el decreto que se recurre, en mi opinión, no violenta esta normatividad dada la excepcionalidad de las circunstancias fácticas en las que se funda y, por ello, debe mantenerse como acto administrativo válido.

6° Conclusiones. De todo lo expuesto concluyo que no existiendo en el decreto recurrido ninguno de los vicios que fundan la nulidad de los actos administrativos, la acción interpuesta debe ser rechazada si es que mi voto es compartido por mis colegas de Sala.

Los doctores Romano y Nanclares adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

2ª cuestión. - La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Los doctores Romano y Nanclares, adhieren al voto que antecede.

3ª cuestión. - La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores corresponde imponer las costas del presente a la vencida (arts.36, inc. 1Q, Cód. Procesal y 76, Cód. de Proced. Administrativos).

Que en consecuencia deben regularse los honorarios de los profesionales intervinientes, para lo cual resulta necesario expedirse sobre el encuadre del presente juicio en las disposiciones de la ley 3641.

De acuerdo con lo reclamado por el actor en su escrito de demanda, la pretensión ejercida debe considerarse "sin monto", debiendo practicarse el proceso regulatorio por aplicación del art.10 de la ley arancelaria,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

teniéndose en cuenta para ello que este expediente concluye después de haberse cumplido todas sus etapas, el mérito jurídico, la actuación cumplida por los profesionales y la solución a la que se arriba. Asimismo, debe regularse la labor profesional cumplida en el pedido de suspensión de ejecución del acto administrativo glosada al principal mediante auto de fs. 68/69 del expte.44.993 bis (art. 14, ley 3641).

Los doctores Romano y Nanclares, adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala I de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, resuelve: 1) Rechazar la acción procesal administrativa deducida a fs. 17/26 vta. por el Colegio Notarial de la provincia de Mendoza. 2) Imponer las costas a la vencida (arts. 36, inc. 1º, Cód. Procesal y 76, Cód. de Proced. Administrativos).3)Regular los honorarios de los profesionales intervinientes. - Aída R. Kemelmajer de Carlucci. - Fernando Romano. - Jorge H. Nanclares.

**Ver comentario siguiente**

**NOTA A FALLO**

EDUARDO BAUTISTA PONDÉ(\*\*)(292)

Fallo complicado éste de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Centra su análisis procurando determinar si el Escribano General de Gobierno es un escribano público o uno de los otros funcionarios autorizados para hacer escrituras públicas a que se refiere el art. 997 de Código Civil; también si el documento traslativo de dominio elaborado por el Escribano General de Gobierno es escritura pública; asimismo si el Escribano General de Gobierno puede autorizar escrituras transmisivas de dominio inmobiliario solamente cuando el Estado es parte o si puede hacerlo aun si se trata de operaciones inmobiliarias entre particulares.

Da la impresión de que el miembro preopinante deambula en citas legales y enunciados doctrinarios, procurando extraer de ellos sustancia probatoria de que el Escribano General de Gobierno es escribano público o funcionario autorizado para hacer escrituras, que el documento del que es hacedor es escritura pública y que no hay impedimento para que ante él se otorguen escrituras traslativas de inmuebles entre particulares.

El fallo hace referencia, además de las situaciones señaladas, a la nota del art. 997 vinculada con escribanos de cabildo, asimismo a los funcionarios del servicio exterior, a si las Escribanías Generales de Gobierno son simples oficinas públicas, a la imparcialidad, a la exorbitancia. Lo hace con tanta vaguedad que pareciera haber leído alguna vez una partitura, pero que en definitiva tocara de oído.

El notariado tiene escrito sobre las Escribanías Generales de Gobierno, de modo que es fácil poner orden en el tema, con ánimo de evitar la repetición de fallos como éste, en bien de la seguridad jurídica.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**ESCRIBANOS PÚBLICOS Y OTROS FUNCIONARIOS AUTORIZADOS PARA HACER ESCRITURAS PÚBLICAS**

Acorde con el art.997 del Código Civil: "las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer la mismas funciones" y, además, asentadas "en el libro de registros" y si no fuere así, esas escrituras "no tienen valor alguno", como establece el art.998. Si se trata de transmisiones inmobiliarias, el art.1184 determina que: "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fueren celebrados en subasta pública: 1° Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles. . ."

En los considerandos del fallo se procura dilucidar en qué medida el Escribano General de Gobierno y su obra escrituraria encajan como escribano público y como escritura pública. No dilucida nada. Lo haré yo, entonces.

Los primeros tratadistas del Código Civil - Machado, por caso - fueron ambiguos en la determinación de "los otros funcionarios" y aun erraron toscamente al incluir entre ellos a los jefes de Registro Civil y a los Encargados de Archivos (Exposición y Comentarios del Código Civil Argentino, t. II, págs.251 y 215, Bs. As., 1915), porque ¿qué escrituras públicas podrán hacer esos funcionarios? Es que el propio Vélez Sársfield confundió y sigue confundiendo con la nota al artículo 997 afirmando que los "archiveros públicos son también como escribanos públicos" porque pueden dar copias de los actos archivados. ¿Eso es hacer escrituras?

Cita Vélez, en la nota referida, a los escribanos de cabildo como los únicos que podían extender escrituras relativas a las cosas municipales, y dice bien. Pero cuando de allí deduce que las leyes y ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, configurando lo que podrían ser "los otros funcionarios", dice mal. Y dice mal porque los escribanos de cabildo fueron una de las variadísimas formas de actividad notarial que se crearon en tiempos en que el Estado enajenaba el derecho de ejercer funciones públicas para hacerse de fondos y que se conoció como la "venta de oficios". Se aguzó el ingenio para inventar oficios y, dentro de lo notarial, para imaginar tipos de notarías. La Nueva y la Novísima Recopilación y también las Leyes de Indias legislaban sobre los oficios vendibles; en ellas encontramos que a los escribanos de cabildo se sumaban: escribano de ejército, escribano de marina, del real patrimonio, de caballerizas reales, de minas, de contrabando, de inquisición, de rentas, de casas, sitios y bosques reales, de embajadores, de corregimiento, de convento, y la lista prosigue largamente. Pero no eran "otros funcionarios", sino auténticos escribanos públicos con funciones específicas como los de cabildo.

Entre nosotros, resabio fueron los "escribanos comerciales" suprimidos por la ley 3547 de 1877 y los "escribanos de marina" con los que acabó el decreto - ley 15245 de 1956, aunque todavía subsisten en algunos lugares. Con todo esto barrió la legislación purificadora posterior señalando que hay

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

una sola clase de notarios, pero la nota de Vélez Sársfield y el desconocimiento histórico del notariado hizo pisar en falso al preopinante del fallo. El Código Civil no menciona expresamente a quiénes pudieron ser esos "otros funcionarios", pero sí regula quehaceres de tipo notarial que hipotéticamente podrían considerarse como tales. el notariado ha hecho búsqueda exhaustiva de ellos y los consideraré de inmediato.

El juez del lugar o juez de Paz, por los arts. 1223 y 3655, puede hacer "convenciones matrimoniales o contratos prenupciales" y asimismo ante él pueden otorgarse testamentos. Ambos artículos tenían explicación hace casi 120 años cuando se sancionó el Código Civil, pero no ahora ya que no hay sitio en el país en que no haya notario. Por eso la ley 17711 modificó el art.1810 que decía: "Deben ser hechos ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, y a falta de éste, ante el juez del lugar. . .", suprimiendo "y a falta de éste, ante el juez del lugar". Eliminado, pues, el juez de Paz como "otro funcionario". El referido art.3655 prevé que el testamento debe hacerse ante miembros de la municipalidad si el juez de Paz no pudiere concurrir, con lo que se debe descartar también a éstos por iguales razones que el juez de Paz.

No faltó quien viera "otro funcionario" en las personas ante las que se pueden otorgar testamentos especiales en tiempo de guerra o durante la navegación de los buques de guerra o los mercantes o en caso de calamidades provenientes de pestes y epidemias a que se refieren los arts. 3672, 3673, 3683 y 3689. Son testamentos que tendrán valor si se ajustan a las prescripciones del Código Civil, mas no lo tendrán como escrituras públicas acorde con la disposición del art.998 que requiere que estén hechas en el libro de registros. Tampoco calzan como "otros funcionarios".

Resta por analizar solamente el actuar de los funcionarios del servicio exterior citado en el art.3636 del Código Civil, complementado con la ley 20957 que en el Cap. II, art.20, inc. c, asienta: "Los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que según las leyes de la Nación correspondieren a los escribanos públicos". Como, además, deben asentar estos actos en un Registro, cumplen con la exigencia del art. 998, de modo que estos funcionarios del Servicio Exterior, sí, efectivamente, son "otros funcionarios". Estos y nada más que éstos, porque en el Código Civil no hay otras menciones que las enunciadas. De los Escribanos Generales de Gobierno, ni noticia; se puede afirmar, entonces, enfáticamente, que el Escribano General de Gobierno no es uno de "otros funcionarios".

Las Escribanías Generales de Gobierno germinaron merced al decreto de Mitre del 21/8/863 y el mal ejemplo se extendió por todo el territorio argentino, con lo que esas leyes locales vienen a injertar en el Código Civil un instituto jurídico que le es ajeno cual es el Escribano General de Gobierno como hacedor de escrituras públicas. Esto representa nada menos que pretender modificar el Código Civil mediante leyes locales.

Es que ni tampoco es escribano público el llamado Escribano General de Gobierno, ya que no pasa de empleado público; no es ni siquiera funcionario público porque no representa al Estado, que es una de las

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

caracterizaciones del funcionario público que requiere el derecho administrativo. La ley 21890 a la que recurre buscando inspiración el miembro preopinante, de entrada no más destaca la situación de dependencia en su art. 1º: "La Escribanía General de Gobierno de la Nación, dependerá del Ministerio de Justicia" y el 7º remarca su condición de empleado público por su "carácter de agente de la administración pública". Ya a mitad de siglo Rafael Bielsa enseñaba que el notario no es funcionario público "salvo, claro está, que fuere parte de la Administración Pública, como el Escribano General de Gobierno" (Derecho administrativo, t. III, pág. 4, Depalma, 1955)

Para eliminar dudas en cuanto a que es empleado público destaco que es nombrado y también relevado discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, su cargo y la retribución están previstos en el Presupuesto, hace aportes previsionales como empleado y no como empleador, disfruta de vacaciones pagas, viáticos, licencia con goce de sueldo por matrimonio, enfermedad o luto, el Estado responde por sus hechos u omisiones.

Luego, entonces, el Escribano General de Gobierno ni es escribano público ni es otro de los funcionarios a que se refiere el art. 997 del Código Civil.

Es pueril el afán con que el miembro preopinante procura negar el texto claro de la ley mendocina 4377 en su art. 11 limitando la intervención del Escribano General de Gobierno a "Los contratos que deban celebrarse por escritura pública, cuando es parte del Estado provincial". Desprecia la declaración de la XIX Jornada Notarial que reafirma la necesidad de que el Estado sea parte, arguyendo que es declaración de lege ferenda y puntualiza que de lege lata se avizoran dos tendencias, pero resulta que las citas no son de derecho positivo sino opiniones de Borda, Salvat y otros. Procura auxilio en la ley 21890 y con insólita ingenuidad o con meditada picardía puntualiza que el art. 2º, inc. d, da como propio de las tareas de la Escribanía General de Gobierno, entre otras, "realizar actos notariales extraprotocolares en los que el Estado Nacional tuviere interés" y, en cambio, la ley mendocina amplía la competencia porque dice "Realizar actos notariales extraprotocolares y protocolares". La ingenuidad o la picardía está en que procura dar a la ley 4377 como abarcadora de más competencia en razón de la materia porque autoriza la realización de actos protocolares y extraprotocolares, mientras la ley 21890, sólo permite los extraprotocolares.

Como no encuentra manera de sacarse de encima el art. 11 de la ley 4377 que impone que sea parte el Estado provincial no da con mejor salida que reconocer que ese artículo es copia del 11 de la ley 21890, pero que "ello obedece, sin duda alguna, a la inadvertencia de haber copiado literalmente el art. 11 de la ley nacional." ¡Vaya argumento! Empero, con la mención del art. 11 termina de empantanarse porque ese artículo de la ley 21890 comienza diciendo: "Se asentarán en los protocolos del Registro Notarial del Estado Nacional, los siguientes actos: a) Los contratos que deban celebrarse por escritura pública, cuando sea parte del Estado Nacional". ¿En qué quedamos, no era que la ley 21890 no preveía la actuación protocolar?

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Mediante una suma de artilugios el fallo intenta negar la norma habitual en las leyes organizativas de las Escribanías de Gobierno que requieren que el Estado sea parte para que se justifique la intervención de ese organismo estatal.

**EXORBITANCIA E IMPARCIALIDAD**

El fallo hace referencia a la exorbitancia en las funciones del Escribano General de Gobierno con un dejo despectivo porque no la recoge el derecho positivo y, como consecuencia, pasa por alto que en las relaciones jurídicas entre particulares hay equivalencia jurídica entre las partes, en tanto que en las relaciones jurídicas en que la Administración Pública es parte, la exorbitancia es usual.

La exorbitancia no se descubre en el texto del documento que autoriza el Escribano General de Gobierno porque allí nunca aparecen cláusulas inusuales o ilícitas que revelan lo exorbitante en la contratación de derecho común. La exorbitancia está presente en la negociación que culmina en el acto escriturario, está en el expediente incoado en el que la Administración Pública actúa con autoritarismo, al extremo de que por sí puede modificar un acuerdo o rechazarlo posteriormente; allí es donde la Administración Pública vence al particular y donde se oculta la exorbitancia.

Bartolomé Fiorini es claro: "En el acto jurídico contractual hay dos partes o voluntades opuestas y cuando la Administración actúa contractualmente como órgano estatal, indefectiblemente quedan en situación de exorbitancia frente a particulares. La exorbitancia radica en la presencia de la Administración Pública como parte en la relación jurídica y el contrato administrativo es siempre y no deja jamás de serlo . . . porque . . . tiene por misión realizar los fines públicos" (Teoría jurídica del acto administrativo, págs. 32 y sig., Abeledo - Perrot, Bs. As., 1969).

Refiriéndose a la labor del notario, el Primer Congreso Internacional del Notariado enunció que debe "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a tal fin". Para hacer esa interpretación, el notario debe inquirir penetrando en la mentalidad del requirente, captando su intención volitiva y luego asesorar, aconsejar y redactar el documento notarial. Y eso no lo hace el Escribano General de Gobierno porque a él llega un expediente con resoluciones del Poder Administrador a las que debe atenerse.

En la relación entre escribano público y las partes, éstas se entregan intelectual y técnicamente al notario, lo que conlleva una actuación equitativa, ecuánime y plenamente imparcial. Precisamente, para asegurar esa manera de actuar, las leyes crean incompatibilidades e inhabilidades de modo que el notario proceda desasido de presiones de interés personal, o de sometimiento económico, o de mando, o de subordinación, o de obediencia, o de todo cuanto directa o indirectamente coarte su libre albedrío. Esta es una gravísima falencia de la instrumentación contractual ante el Escribano General de Gobierno porque tiene cercenada la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

imparcialidad en el asesoramiento previo, dado que cuando asiente el documento público deberá hacerlo en coincidencia con lo actuado en el expediente administrativo y en ese expediente - ya lo acoté - la voluntad del contratante particular está avasallada por la exorbitancia.

Para cerrar la comentación relacionada con temas a que hace referencia el fallo, digo que así como el Escribano General de Gobierno no es un empleado público, las llamadas Escribanías Generales de Gobierno son simplemente oficinas públicas porque se ajustan en un todo a lo que tipifica a esas oficinas; se trabaja en ámbitos físicos elegidos por el gobierno, con horario impuesto por el Estado que es el que afronta los gastos de mantenimiento con las partidas que asigna el Presupuesto, las tareas están a cargo de empleados con relación de dependencia de la Administración Pública con inclusión del Escribano General de Gobierno y no dependientes de éste y sometidos al "Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública", sujetos a un ordenamiento jerárquico y disciplinario.

**LA FE PÚBLICA Y EL DOCUMENTO QUE HACE EL ESCRIBANO GENERAL DE GOBIERNO**

La fe pública es indudablemente única, pero la forma en que se exterioriza es diversa en consonancia con quien la ejerza. Si lo es el Poder Legislativo se la califica como fe pública legislativa, como fe pública judicial si es ese poder, como fe pública administrativa si cubre los actos del Poder Ejecutivo y se la denomina fe pública notarial si la ejercita el notario. La fe pública notarial es la única que no participa de los poderes estatales, por eso se la tiene por estrictamente personal, diciéndose de ella con enfático aumentativo que es personalísima; esta singularidad no coexiste en la persona del Escribano General de Gobierno por su condición de empleado administrativo y, por esa misma razón, la fe pública que impregna a sus actos no puede ser otra que fe pública administrativa.

La obra también es distinta. Los actos del Parlamento son actos legislativos, en el ámbito judicial se producen actos judiciales, son administrativos los del Poder Administrador y notariales los hechos por el notario. De suyo, entonces, que el Escribano General de Gobierno no produce actos notariales sino actos administrativos .

El Código Civil establece que los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles deben ser hechos por escritura pública, con excepción de los celebrados en subasta pública. Nunca esa transmisión dominial puede efectuarse por acto administrativo sino por acto notarial y si se hace por acto administrativo, no se cumple con la forma instrumental exclusivamente decretada para la transmisión de inmuebles por lo que, acorde con lo que estipula el art. 1183 del Código Civil, "El contrato no valdrá". Arribamos así, a que las Escribanías Generales de Gobierno instrumentan transmisiones de dominio de inmuebles inválidas por defecto de forma. Y en esto no juega ni interesa para nada que el Estado sea parte o no sea parte o que la contratación se realice entre particulares.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Lamentablemente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza contribuye a la proliferación de la invalidez de títulos de propiedad de inmuebles.