

LA FUNCIÓN NOTARIAL: GARANTÍA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL*

Por **Carlos Marcelo D'Alessio** (Coordinador); **María Gabriela Antoniazzi**; **D. Alicia Bonfanti**; **Hernán Goldstein**; **María Cecilia Herrero de Pratesi**; **Leandro Lenza**; **Mau-ro Riatti**; **Emilio Pablo Solari** y **Paula Speroni**

I. Introducción

El contrato constituye un elemento trascendente en la vida de las personas, en cuanto es el instrumento esencial que el derecho proporciona a los individuos para relacionarse con otros con el fin de satisfacer muchas de sus necesidades y aspiraciones.

Así, mediante los contratos vinculados con el trabajo se asegura los recursos para su subsistencia, mediante los de cambio destina aquellos recursos para adquirir los bienes que necesita o desea; a través de los de previsión se cubre de las distintas contingencias que pueden acaecerle. Otros le proveerán su recreación, la prevención de su salud, etcétera.

La facultad del hombre de crear sus propios vínculos jurídicos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresión de la libertad individual, constituyó un avance de la humanidad. El reconocimiento del poder jurígeno de la voluntad humana es una expresión de su valoración como un ser libre y requiere para su eficacia que el compromiso contraído se torne obligatorio. Una expresión categórica de estos principios es el texto del art. 1197 de nuestro Có-

*Trabajo presentado a la XXVI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA en Córdoba, 3 al 5 de octubre de 2002.

Premio Accesit conferido por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

digo Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”.

Esta magnífica herramienta mediante la cual el hombre va tejiendo sus vínculos en la sociedad requiere ser adaptada a las necesidades de cada época para que continúe siendo un elemento positivo y no se convierta en un instrumento de opresión.

Si los principios consagrados en nuestro Código en pleno siglo XIX se mantuvieran hoy intactos, el contrato no sería más que un elemento mediante el cual los más fuertes ejercerían un poder desmedido sobre los más débiles.

Las circunstancias actuales a las que nos referiremos a continuación han generado la necesidad de que el Derecho articule mecanismos que traten de atenuar los fenómenos que, de lo contrario, tornarían el derecho de contratar en una ficción que encubriría la imposición de la voluntad de unos pocos sobre el resto de la comunidad.

Este trabajo tratará de analizar cuál es el papel que cabe en este proceso al notario, actor relevante en muchos contratos.

II. La contratación masiva

El gran desarrollo económico que caracterizó el período posterior a la Segunda Guerra Mundial generó una mejoría del nivel de vida del ciudadano y la aparición de la fabricación de bienes en serie y el consumo en masa¹. Este fenómeno de masificación que afecta a conjuntos numerosos de individuos anónimos constituye una realidad visible con importantes consecuencias jurídicas: los cauces e instrumentos del derecho tradicional, pensados en función de la ideal y casi romántica bilateralidad, se ven desbordados.

Dentro de esta realidad, el contrato por negociación, aquel en el que una parte formula una oferta a otra quien luego de analizarla concienzudamente, en ejercicio de su libertad contractual la acepta o rechaza, casi no tiene lugar. El solo hecho de pensar en contratos de transportes, seguros, de espectáculos, donde se vislumbra el tráfico por ventanilla, y las relaciones contractuales fácticas, permite observar la mecanicidad de las relaciones jurídicas.

El tráfico de masas nos aleja de aquel contratante individualizado, para enfrentarnos con la realidad de un consumidor anónimo. El consumidor sufre una crisis de identidad, se despersonaliza.

Frente a esta realidad es necesario acelerar la contratación. Ya la negociación individual no satisface las necesidades del tráfico. Surgen así las condiciones generales negociales redactadas con un carácter de generalidad por uno de los contratantes y aceptadas por el otro. La doctrina debe abocarse entonces a estudiar como un fenómeno específico los contratos predispuestos, los celebrados por adhesión, las condiciones generales necesarias.

De un modo más específico se delinea dentro de este proceso la figura del consumidor como el adquirente o usuario final de bienes muebles, inmuebles

(1) Ver STIGLITZ, Gabriel, *Defensa de los Consumidores de productos y servicios*, Ediciones La Rocca, 1994, pág. 98.

o servicios –persona física o jurídica– que, generalmente, se encuentra en una situación de inferioridad y a veces hasta de indefensión respecto de la otra parte contratante a quien se denomina “profesional”².

Estas nociones superan incluso el ámbito doctrinario para convertirse en conceptos contenidos en los códigos como categorías legales con efectos propios. Así, el moderno Código Civil de Quebec (2000/2001), luego de definir al contrato (art. 1378), los clasifica como: de adhesión o de mutuo acuerdo; bilaterales o unilaterales; onerosos o gratuitos; conmutativos o aleatorios: de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, e incluye como última categoría a los de consumo. El art. 1379 define al contrato de adhesión y luego, por exclusión, define a los celebrados por mutuo acuerdo. Criterio similar adoptó en nuestro país el Proyecto de Unificación de 1998.

Entendemos que la problemática de la actuación notarial en este fenómeno de contratación masiva abarca un campo más amplio que los contratos que se encuentran específicamente comprendidos en la Ley de Defensa del Consumidor para alcanzar a los predispuestos y a los celebrados por adhesión.

III. Condiciones generales de contratación. Contratos predispuestos

Se denomina **condición general** a la estipulación, cláusula o conjunto de ellas reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con carácter de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad. También se la concibe como cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

A la vez se denomina **contrato predispuesto** a aquel que en su estructura jurídica reconoce cláusulas uniformes, abstractas y genéricas preformuladas o estipuladas unilateralmente por el predisponente, sin relación con un determinado contratante.

La uniformidad de estas cláusulas responde a la necesidad de brindar soluciones jurídicas uniformes como medio de satisfacer las necesidades del fenómeno de la contratación en masa antes descrito.

La utilización de condiciones generales negociales o de contratos predispuestos no es en sí misma perjudicial para el consumidor sino que puede favorecerle en cuanto facilita el tráfico de bienes y servicios, ahorra tiempo y disminuye costos ya que se reducen los costos de transacción.

El fenómeno se torna perjudicial, cuando en esos contratos se incluyen **cláusulas abusivas**, establecidas a favor de los productores de bienes o servicios, las cuales están habitualmente referidas a limitaciones o exenciones de sus responsabilidades.

(2) Ver II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado, Montevideo, 16/18 junio 1998.

IV. Contratos celebrados por adhesión

Como una expresión más del fenómeno de la contratación masiva se presenta el contrato celebrado por adhesión. Aquí no se trata sólo de un contrato en el cual las cláusulas son presentadas como un todo elaborado por una de las partes, sino que ésta goza de una especial situación que determina que la otra parte se vea compelida a contratar. Nos encontramos aquí con un acuerdo logrado, o quizás arrancado, en una clara situación de desnivel negocial. Tal sería el supuesto de los servicios públicos prestados por empresas privadas en forma monopólica. Ya no se trata de que el prestador del servicio presente al usuario un contrato cuyas cláusulas no puede modificar sino que éste está obligado a celebrar el contrato, so pena de no contar con un servicio que le resulta indispensable.

Podríamos definirlos, entonces, como aquel contrato cuya configuración interna es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor o empresario) de manera que la otra parte (adherente, no profesional o consumidor) si decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.

Esta figura va entonces más allá del campo de las condiciones negociales generales, en el cual la rigidez no llega al extremo de que al momento de celebrarse el contrato singular no se permita la estipulación de condiciones particulares que las contradigan, las cuales, por su especialidad, pueden prevalecer sobre las genéricas.

El fenómeno de los contratos que contienen cláusulas generales negociales y más aún el de los contratos celebrados por adhesión, genera, como se ha señalado, un desequilibrio contractual que requiere que el Estado despliegue su actividad para tratar de restablecer esa desigualdad. Así lo hace a través de exigencias administrativas, como en el caso de ciertos supuestos de contratos predispuestos en los que se exige que los textos sean conformados por algún organismo oficial —pólizas de seguros o los contratos de ahorro previo—, a través de normas específicas que fijan pautas especiales para la interpretación de esos contratos (artículo 37 de la ley 24240) o la exigencia de ciertos requisitos de forma tal que permitan al aceptante advertir el contenido de alguna cláusula que puede limitar sus derechos (artículo 14 de la ley 19724 de Prehorizontalidad).

En doctrina y jurisprudencia se han ido delineando pautas tales como: a) reconocer que las condiciones generales sólo formarán parte del contrato cuando el adherente acepte su incorporación y sea firmado por todos los contratantes; b) la interpretación a favor de condiciones particulares ante una posible colisión de éstas con cláusulas pactadas genéricamente; c) las condiciones genéricas oscuras se interpretarán a favor del adherente; d) tener por no incorporadas las cláusulas que el adherente no haya tenido posibilidad de conocer al tiempo de la celebración del contrato; e) considerar nulas las siguientes cláusulas: 1) las que contradigan alguna norma legal, 2) las que sean abusivas.

V. Cláusulas abusivas. Su regulación en la Ley de Defensa del Consumidor

Se denomina **cláusula abusiva** aquella que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Ésta puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede incluirse en contratos particulares en los que no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Respecto de este tipo de cláusulas, el artículo 37 de la ley 24240 establece que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Resulta interesante profundizar algunos conceptos incluidos en nuestra legislación positiva ya que, según la amplitud que le fijemos, una determinada cláusula será o no, tachada de nulidad y a su vez, según lo consideramos en este trabajo, podrá o no ser incluida por el notario en los documentos que redacte.

La ley se refiere a aquellas cláusulas que **desnaturalicen obligaciones**. Desnaturalizar es entendido por la doctrina como un apartamiento injustificado del derecho dispositivo, es decir, de aquellas normas que caracterizan los distintos tipos contractuales, delineando los requisitos de los cuales las partes no pueden apartarse. Esta regla de carácter general se complementa con la disposición del inciso b) del art. 37 que considera ineficaces aquellas cláusulas que importen renuncia de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Además de dichas cláusulas abiertas, se incluyen en particular las que **limiten la responsabilidad por daños**. Este supuesto se presenta cuando una de las partes de la relación negocial intenta anticipadamente liberarse total o parcialmente de las consecuencias patrimoniales por las que debería responder de no existir la cláusula; en definitiva, es aquella que limita las consecuencias patrimoniales derivadas de la inexecución, por lo que, subsistiendo la obligación asumida, el obligado está dispensado de reparar el daño a pesar del incumplimiento.

Se comprenden también en especial las cláusulas que impongan la **inversión de la carga de la prueba** en perjuicio del consumidor. Ello significa que contractualmente se atribuye al consumidor la carga de la prueba que, de no haber existido tal cláusula, habría correspondido al profesional según las reglas procesales.

Se incluyen en el género de las cláusulas abusivas las denominadas **cláusulas sorpresivas**. Una cláusula será sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar, tan insólita que el adherente no contaba con su existencia. Por su carácter de inesperada, de inaudita, resulta que su incorporación al contrato

importa inequidad e irrazonabilidad. En definitiva, la cláusula sorpresiva es aquella que contradice de modo trascendente las expectativas normales y razonables que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido, apareciendo de modo insólito en el contenido del negocio, y desnaturalizando la relación de equivalencia³. Vinculando estos conceptos con nuestro tema específico podríamos señalar que el correcto cumplimiento del deber de asesoramiento, en especial respetando las pautas que propondremos, torna imposible la inclusión de cláusulas sorpresivas en el contrato celebrado por escritura pública. Por el contrario, podría ser tachada de abusiva aquella cláusula con la que el adherente se encuentra por primera vez en el acto escriturario.

El Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1998 establece como estipulaciones prohibidas en los contratos predisuestos aquellas que: a) desnaturalizan las obligaciones de las partes; b) limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida; c) limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica; d) importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y e) obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso, se los tiene por no convenidos en la demasía y se aplica el artículo 723 para los pagados en exceso. (En este último supuesto, el Tribunal tiene la facultad para la reducción de intereses). Asimismo, el Proyecto establece que las estipulaciones mencionadas en c), d) y e) son oponibles al no predisponente si el predisponente prueba que, antes de concluir el contrato, aquél las ha conocido o hubo de haberlas conocido; y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable. Finalmente, el artículo 970 del mismo Proyecto establece que si el contrato predisuesto ha sido celebrado por adhesión no rigen las excepciones previstas en el artículo anterior.

VI. Derecho del consumidor

Tal como hemos señalado, el fenómeno de la contratación masiva generó en los últimos veinticinco años el desarrollo de normas y procedimientos específicos de protección que se han dado en llamar Defensa del Consumidor.

Se entiende por consumidor al **adquirente o usuario final de bienes muebles, inmuebles o servicios que puede ser una persona física o jurídica y, generalmente, se encuentra en una situación de inferioridad y a veces hasta de indefensión respecto de la otra parte contratante**⁴.

Con el surgimiento del derecho ad hoc no se pretende dotar al consumidor de prerrogativas especiales o privilegios, sino de reconocer su situación de debilidad en el mercado y tratar de elevarlo a una posición de igualdad real y de seguridad jurídica.

(3) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel, op. cit. en nota 4, pág. 232.

(4) Ver II Jornadas Uruguayas cit. en nota 2.

Es cierto que el consumidor no se encontraba totalmente indefenso con anterioridad, ya que distintos institutos y garantías tradicionales (ej. vicios ocultos) le brindaban diversos grados de protección, pero estos medios resultan francamente insuficientes ante un fenómeno como el ya descrito.

Generalmente, el consumidor se hallaba desinformado sobre las características del bien o servicio objeto de la operación y acerca de las modalidades técnicas, jurídicas y financieras del negocio. Tampoco contaba con sistemas administrativos y judiciales ágiles para la solución de sus conflictos⁵.

Constituyen un valioso antecedente en esta materia las *Directrices para la Protección del Consumidor*, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1º de abril de 1985.

Asimismo, el Derecho del Consumidor fue receptado por la mayoría de los países a través de leyes especiales o de verdaderos códigos. Como ejemplo de ello podemos mencionar la Ley Alemana de 1976-1977; el Código de Defensa del Consumidor de Brasil del año 1990; y la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de España de 1984.

Hasta 1993, la República Argentina no contaba con un sistema, ni especial ni orgánico, de protección jurídica del consumidor y se aplicaban, por tanto, soluciones genéricas del Código Civil y leyes especiales, como ser, la de abastecimiento, la de lealtad comercial, la de defensa de la competencia, etcétera⁶.

En los últimos años, Argentina superó notoriamente esa situación a través, principalmente, de la sanción de la ley de Defensa del Consumidor 24240. Dicha ley fue sancionada el 22/9/1993, promulgada parcialmente en razón de las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo el 13/10/1993 y publicada en el Boletín Oficial el 15/10/1993. En su versión original sufrió una seria mutilación como consecuencia del veto de los artículos que establecían la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la cadena de fabricación y elaboración de productos. Esto fue superado gracias a la sanción, en el año 1998, de la ley 24999 que incorpora los artículos 13 y 40, que habían sido vetados en 1993.

Como es obvio, por la jerarquía de la norma que los consagra, la protección del consumidor tiene un relevante avance en nuestro país como consecuencia del expreso reconocimiento de los derechos de los consumidores en la reforma de la Constitución Nacional sancionada en 1994, que incorporó el reconocimiento de “nuevos derechos y garantías”, incluyendo en el artículo 42 la declaración de los derechos de los consumidores, en los siguientes términos:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derechos, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación pa-

(5) STIGLITZ, op. cit. en nota 1, pág. 21.

(6) STIGLITZ, Gabriel A., *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Juris, Bs. As., 1997, pág. 165.

ra el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Con ese alcance, la declaración de la Constitución Argentina satisface los lineamientos de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (1985).

Desarrollando los contenidos del texto constitucional argentino, se puede esquematizar la defensa del consumidor en nuestro país en la consagración de los siguientes derechos fundamentales:

- I) Derechos Primarios
(Relativos a deberes y funciones del Estado)
 - a) Derecho de acceso al consumo
 - Libertad de elección.
 - Trato equitativo y dignidad en el acceso al consumo.
 - b) Derecho a la educación para el consumo.

- II) Derechos Sustanciales
(Soluciones del derecho de fondo)
 - c) Derecho a la salud y a la seguridad.
 - d) Derecho a la información.
 - e) Derecho a la protección de los intereses económicos.
Calidad de los servicios públicos.

- III) Derechos Instrumentales
(Mecanismos de implementación)
 - f) Derecho a la organización.
 - g) Derecho de participación.
(Control de servicios públicos)
 - h) Derecho de acceso a la justicia.
(Procedimientos eficaces. Prevención)⁷

Dentro de este conjunto de derechos de fundamento constitucional, desarrollaremos aquellos que consideramos más vinculados con el ejercicio de la función notarial: **el derecho a la libre elección, a la información y el derecho a la protección de los intereses económicos.**

(7) STIGLITZ, Gabriel A., cit. en nota 6.

VI. a. Libertad de elección

Constituye uno de los pilares del sistema de protección al consumidor, la libre elección, basada en precios justos y variedad de productos y servicios, que supone un adecuado funcionamiento y, fundamentalmente, la eliminación de políticas económicas que excluyan a determinados sectores de la población del acceso al consumo.

Analizaremos (ver *infra* X) una aplicación de esta garantía en materia de derecho a la libre elección del notario.

VI. b. Derecho a la información

Es uno de los derechos básicos pues la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores. En la ley 24240, el derecho a la información está impuesto, no sólo en la etapa previa de formación del contrato, sino también en la etapa contractual.

La finalidad de la obligación precontractual de información, partiendo de la situación de inferioridad del consumidor en ese aspecto, es la de facilitar que el consentimiento resulte la expresión cabal de su voluntad y que ésta se haya formado clara y reflexivamente. La protección de la voluntad contractual a través de los medios tradicionales como los vicios del consentimiento, resulta insuficiente en el contexto del contrato masivo.

Obsérvese la estrecha vinculación entre el derecho a la información que estamos desarrollando y el deber de asesoramiento y de consejo propios de la actividad notarial (ver *infra* VIII).

En cuanto a la forma, si bien nuestro ordenamiento no dispuso requisitos formales a la información precontractual, la exigencia de certeza y eficacia que establece el artículo 4º impone que dicha información se brinde por escrito y en idioma nacional.

VI. c. Derecho a la protección de los intereses económicos

Este principio se encuentra reconocido en las Directrices de las Naciones Unidas y en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que impone a las autoridades el deber de garantizar específicamente la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Las Directrices de las Naciones Unidas, en el marco de la protección de los intereses económicos de los consumidores, además de la calidad de los productos y servicios, alienta a la promoción de la *justicia contractual*, a través de una serie de mandatos (arts. 13 y siguientes).

Entre dichos mandatos, podemos resaltar por su vinculación con el tema que nos ocupa, el siguiente: “*Protección contra abusos contractuales, como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de los derechos fundamentales en los contratos, y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores*”.

VII. La contratación en masa y la función notarial

Descripto el fenómeno de la contratación en masa y de sus dos principales expresiones: la contratación mediante cláusulas generales negociales y los contratos de consumo, analizaremos el rol del notario en este fenómeno y formularemos propuestas para que su intervención configure una genuina protección a los derechos de los consumidores.

En esta materia debemos considerar dos aspectos: la relación del notario, como prestador de servicios profesionales con los requirentes del mismo y el ejercicio de la función en el ámbito de los contratos con condiciones generales y los contratos de consumo.

VII. a. El contrato entre el requirente y el escribano y la Ley de Defensa del Consumidor

Se caracteriza a la relación entre el escribano y quien utiliza sus servicios como un contrato de locación de obra. Descartada la posibilidad de que la tarea profesional se preste en relación de dependencia (art. 17 ley 404) y dado que la labor a cumplir debe concretarse en un *opus*, aparecen claramente configurados los elementos del contrato de locación de obra.

Resultan excluidos del ámbito de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor *los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento*⁸. No cabe duda de que el concepto abarca a la actividad notarial que, por su naturaleza, requiere como requisito para la investidura, la colegiación. El fundamento de la exclusión es que los mecanismos de contralor disciplinarios de los colegios profesionales configuran una suficiente garantía para los consumidores que acudan a estos profesionales.

Tal disposición fue criticada ampliamente en doctrina y considerada como “un tratamiento benigno que coloca a los profesionales aludidos en una situación de privilegio respecto de otros proveedores de servicios”. Incluso se ha sostenido que, a pesar del texto de la norma, los contratos de servicios profesionales se realizan por la estructura de la adhesión de individuos o masiva y son atrapados por la Ley del Consumidor.

Al respecto, las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon: “La exclusión del art. 2 última parte, de los ‘servicios de los profesionales liberales’ no se compadece con una democracia igualitaria y con el ejemplo que dichos profesionales deben brindar a la comunidad”.

Asimismo, se ha planteado que la exclusión de los profesionales del ámbito de la ley 24240 habría quedado derogada por la posterior reforma constitu-

(8) Ley 24240, art. 2º, segundo párrafo *in fine*.

(9) MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, R., op. cit. en nota 8, pág. 69.

cional que, en el artículo 42, incluye a los *consumidores y usuarios de bienes y servicios*¹⁰.

No coincidimos con esta posición toda vez que la ley 24240 y el art. 42 de la Constitución Nacional no se contraponen, sino que la primera es la reglamentación para los casos que regula nuestra Carta Magna. Además, no existe tal colisión de normas ya que la ley expresamente establece el control de los colegios profesionales, cumpliéndose, en consecuencia, el objetivo de la protección de los consumidores.

En lo que atañe a la actividad notarial, los veinticuatro colegios existentes en el país tienen a su cargo la matrícula profesional pero muchos de ellos carecen de facultades disciplinarias (ej. provincia de Buenos Aires, Corrientes, Mendoza), por lo que poco pueden hacer por satisfacer los intereses de los requirentes del servicio notarial que se vean afectados por la actuación del notario. En estos casos, el consumidor se verá obligado a efectuar la pertinente denuncia en sede judicial mediante los procedimientos judiciales ordinarios, los cuales, dada su complejidad, originarán demoras que terminarán ocasionando un grave detrimento de su protección. Por ello, entendemos que como modo eficaz de protección al consumidor, la potestad disciplinaria debe ser ejercida por los colegios notariales. Conteste con esta postura, en las Jornadas Notariales Argentinas celebradas en Mendoza en mayo de 1988 se estableció que: *“El contralor de la actividad notarial debe ser ejercido en plenitud por los Colegios Notariales...”* y *“Como consecuencia del régimen legal de la colegiación obligatoria y del control de la matrícula que ejercen los Colegios de Escribanos, debe propenderse a que, la potestad disciplinaria sea ejercida por éstos, cuyas decisiones podrán ser revisadas en sede judicial”*.

En las demarcaciones en las cuales los colegios son los encargados de vigilar el accionar de sus miembros, la protección puede ser más efectiva. De cualquier modo, debemos reconocer que el proceso disciplinario que tiene una facultad sancionatoria y, por tanto, debe respetar las reglas del debido proceso, es muchas veces lento y no significa una eficaz protección para los requirentes.

En consecuencia, **propiciamos la regulación de procedimientos rápidos y exentos de cargas burocráticas que aseguren una efectiva tutela** y, en muchos casos, permitan evitar que el consumidor sufra un daño que, luego de causado, sólo podrá ser reparado por una acción judicial cuya complicación y costo tornarán ilusoria la protección, sobre todo en asuntos de escaso monto.

También debe advertirse que la regla del segundo párrafo del artículo 2 no comprende a la publicidad que se haga del servicio. En materia notarial esta cuestión no debiera tener aplicación ya que la publicidad de la actividad notarial está sumamente limitada por las normas de ética profesional. Sin em-

(10) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución Nacional Argentina Comentada*, Ed. Zavallia, 1996, quien, en el comentario al art. 42, alude a algunos casos de la ley 24240, como los de intermediarios y a las cosas usadas, de los arts. 1º y 2º, respectivamente, que estarían alcanzados por la protección constitucional.

bargo, cualquier anuncio engañoso que el notario, contrariando dichas reglas deontológicas, pudiera efectuar de sus servicios se encuentra alcanzada por las normas de la ley 24240.

VII. b. La intervención del notario en los contratos con condiciones generales y en los contratos de consumo

Son diversos los casos en que pueden llegar a la notaría contratos predispuestos: compraventas de departamentos o barrios por parte de un desarrollador, contratos de multipropiedad, préstamos de todo tipo. En particular, existen contratos expresamente previstos en la ley 24240 que habitualmente se celebran con intervención notarial, como los regulados en el art. 1º: "... c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada". También los regulados por el art. 36: créditos para la adquisición de cosas o servicios.

Respecto de los créditos bancarios, la doctrina no es uniforme sobre su inclusión en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor. En una interpretación más restringida, se sostiene que la relación de consumo se limita a la adquisición de bienes y la obtención de servicios de consumo o de uso, mientras que la relación entre banco y cliente excede ese concepto¹¹, toda vez que el dinero y el crédito no constituyen productos adquiridos o usados por el destinatario final, sino que, al contrario, son instrumentos o medios de pago que circulan en la sociedad y con relación a los cuales no hay destinatario final¹².

Una interpretación más amplia, que compartimos, sostiene sobre la base de lo dispuesto por el art. 19, que el ámbito de la ley se extiende a quienes presen servicios de cualquier naturaleza, quienes están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. El criterio se reafirma por la citada disposición del art. 36 que regula las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios; conforme esta postura, la contratación bancaria, en el ejercicio del crédito y en la prestación de servicios, se encuentra disciplinada por la ley¹³.

Descriptos los casos en que más frecuentemente la actividad notarial se vincula con la defensa del consumidor, abarcando en este concepto a la parte más débil en cualquier contrato con desigualdad contractual manifiesta, desarrollaremos aquellos deberes propios del notario de tipo latino más vinculados con aquella defensa.

(11) BARBIER, Eduardo Antonio, *Contratación Bancaria*, Ed. Astrea, pág. 71.

(12) WALD, *El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras*, RDBAF, 1991-574.

(13) BARBIER, Eduardo Antonio, op. cit., pág. 74.

VIII. La imparcialidad del notario, el deber de consejo y la defensa del consumidor

Es común predicar que la actuación imparcial es una de las características propias de la actividad notarial.

En una primera aproximación, casi obvia, la imparcialidad implica que el notario debe, en el ejercicio de su función, abstenerse de toda actividad que pueda implicar favorecer a una de las partes en detrimento de la otra.

El deber de imparcialidad dimana, en primer lugar, de la calidad de funcionario del notario, pero se extiende también a su actividad profesional, por la íntima unión entre ésta y la actividad documental que habitualmente es su rolario.

Cuando se analiza la actuación del notario en carácter de asesor jurídico, debe distinguirse la actividad de asesoramiento respecto de un negocio que luego, en ejercicio de la función, habrá de autorizar, de los supuestos en que se requiere su opinión como perito en derecho sobre algún asunto en el cual no habrá de actuar como autorizante. En el primer caso, la tarea profesional es inescindible de la instrumentadora, por lo que el asesoramiento integra la función. Por tanto, el notario debe actuar con la imparcialidad que su papel de funcionario le impone. Cuando, en cambio, la labor profesional comprende sólo su asesoramiento, puede admitirse, a nuestro entender, que el notario actúe teniendo en consideración el interés de quien requiera su servicio. Sin embargo, hay quienes entienden que, aun en este supuesto, debe mantener la imparcialidad dada la conceptualización social del notario como asesor imparcial¹⁴.

En un primer análisis, el notario cumplirá con su deber de imparcialidad si se limita a respetar sus deberes formales no tomando partido por ninguno de los intervinientes en el negocio. Se convierte así en un espectador calificado del acto que las partes celebran en su presencia. En la medida en que refleje verídicamente lo acaecido, habrá cumplido con el deber formal de la imparcialidad.

Si reducimos a esto el ejercicio de nuestra función habremos consagrado lo que la Corte de Casación francesa sostuvo en su sentencia del 3 de agosto de 1858: “*la solemne introducción del notario en la confección de los contratos se convertiría en una trampa tendida a la buena fe de las partes*”¹⁵.

Imaginemos al tomador de un préstamo hipotecario otorgado por una entidad financiera que es citado a escriturar en la sede de la prestamista, por el notario designado por la misma. Comienza el acto escriturario durante el cual el fedatario, celoso cumplidor de sus deberes formales, le lee las veinticuatro fojas de que consta el contrato hipotecario. Luego, ambas partes, en presencia del notario, suscriben la escritura que aquél autoriza con toda prolijidad.

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Necesidad Social de la Imparcialidad del Redactor del Contrato”, en *Escritos Jurídicos II*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 447.

(15) DESMANZIEREZ, André, en *L'évolution du rôle du notaire dans la constitution des sociétés par actions*, Sirey, París, 1948, pág. 59.

¿Puede decirse que el notario ha incumplido con sus deberes? ¿puede su conducta ser objeto de sanción disciplinaria? ¿aun puede caberle responsabilidad civil por los perjuicios que ese contrato pudiera ocasionar a alguna de las partes? En una primera aproximación contestaríamos en forma negativa a todas esas preguntas.

Pero si profundizamos nuestro análisis y nos cuestionamos si en este caso el notario ha cumplido acabadamente su función, ya la respuesta no nos resulta tan simple.

En la descripción realizada en el ejemplo anterior, consideramos al notario fedatario, mero autorizante del acto. En tal carácter ha cumplido con el deber de imparcialidad pasiva, meramente receptiva, que deviene de su carácter de funcionario ya que ha narrado lo percibido y lo ha volcado a la escritura, sin introducir en su versión de los hechos la mínima alteración. Si hubiese obrado de otro modo habría incurrido en falsedad, es decir que no hubiera faltado a la imparcialidad sino a la verdad¹⁶.

Quedarse en ese nivel superficial de análisis implica no adentrarse plenamente en la función del escribano sino considerarlo mero reproductor fiel de documentos ya elaborados, en el cual en un futuro podrá ser reemplazado, seguramente con ventaja, por medios electrónicos que han de ser más seguros en la reproducción fidedigna de los textos.

Desde el 1er Congreso Internacional del Notariado Latino de Buenos Aires en 1948 se ha definido al notario como “*el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad*”. El notario latino no es, entonces, mero receptor de la voluntad de las partes respecto de negocios que se han gestado sin su intervención, sino, por el contrario, es un documentador. No es un certificador de documentos ajenos sino que autoriza documentos propios. Es él quien redacta y esta redacción no es meramente literaria sino jurídica. Dice Núñez Lagos que el notario interfiere, en las declaraciones de voluntad de los comparecientes, las estructuras jurídicas indispensables, el esqueleto legal del acto o contrato¹⁷. El esquema jurídico a que se refiere el concepto de Núñez Lagos no se limita a adecuar formalmente la voluntad de las partes a un tipo negocial establecido por la ley, sino que debe incluir, además, la conformación de un documento claro, sistemático, equilibrado, sin oscuridades ni lagunas que puedan más adelante ser utilizadas a favor de uno de los contratantes¹⁸.

Carnelutti dice que *ser documentador es una parte de la profesión del notario, a la cual, sin embargo, son encomendadas otras y más importantes funciones, de manera que, si la profesión del notario se reduce verdaderamente a la función documental, su figura parece mutilada*¹⁹.

(16) RODRÍGUEZ ADRADOS, op. cit., pág. 453.

(17) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Revista de Derecho Notarial*, I-II, diciembre de 1953, pág. 110.

(18) RODRÍGUEZ ADRADOS, op. cit., pág. 457.

(19) CARNELUTTI, F., “La figura del notario” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VIII, pág. 373.

El notario es redactor, pero antes que redactor es consejero, mediador jurídico. Su función incluye el deber de ilustrar a las partes sobre el contenido de los documentos y hacerles comprender su alcance y consecuencias.

En nuestro país el deber de asesoramiento se encuentra regulado en diversas leyes orgánicas provinciales. Así, la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires: en el art. 35 inc. 2º) que impone al notario como deber notarial *asesorar* en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio; en el art. 128 inc. 1º determina el deber de *asesorar* para cualquier caso notarial e instrumental; el art. 136 inc 2º obliga al escribano autorizante a asesorar a los requirentes y elegir las formas que aseguren la eficacia de los fines que persiguen. La ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, en el Capítulo V, incluye entre los deberes del escribano (art. 29 inc. d) ajustar su actuación, en los asuntos que se le encomienden, a los presupuestos de escuchar, indagar, *asesorar*, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar.

También dicho deber se impone en otros países como en España, donde el artículo 1º del reglamento notarial de 1944 establece que el notario, como profesional del Derecho, tiene la “misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen”.

El deber de consejo es absoluto en cuanto es ineludible y debe ser prestado aun cuando no sea expresamente requerido por el otorgante del acto. El notario no puede eludir el cumplimiento de este deber alegando que se ha limitado a dar forma auténtica a las convenciones de las partes²⁰. Si bien, como deber es absoluto, es relativo en su prestación individual, es decir, en la modalidad en la que ese deber debe concretarse respecto de cada sujeto en particular. Según las circunstancias, ese deber se atenúa o se agrava.

No es el mismo el rol que el notario debe desempeñar con relación al cliente experto o que concurre al acto con un asesoramiento profesional, que respecto del que, desprovisto de toda competencia en el campo jurídico, confía enteramente al notario el cuidado de sus intereses. Así lo ha declarado el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino (Lima, 1982), que estableció que *por lo que se refiere especialmente a la información el notario debe extremar su diligencia respecto de la parte contratante que por cualquier razón puede considerarse como parte más débil*²¹.

El deber de consejo tiene, entonces, una trascendencia especial cuando el notario interviene en un contrato en el cual, por alguno de los motivos ya analizados en este trabajo, existe entre las partes una notable diferencia de poder contractual. En este supuesto su obligación abarca, sin dudas, el advertir a la parte más débil el alcance de cada una de las cláusulas del contrato *e incluso el de negar la inclusión de aquellas consideradas abusivas, ya sea por la ley positiva o por una corriente jurisprudencial constante*.

(20) POULPIQUET, Jeanne de, *La responsabilité civile et disciplinaire des Notaires*, París, 1974, pág. 90.

(21) Conclusiones del Tema III, citado en *Memorias de Cincuentenario de la UINL*, por Jorge A. Bollini, edición de la UINL.

Este deber y el modo en que se preste, en cuanto integrador de la función notarial, tendrán influencia respecto de la responsabilidad que el notario ha de asumir frente a los daños que el negocio pueda ocasionar (*ver infra XIII*).

Se ha calificado a la función notarial como de adecuación, la que no puede limitarse a la adecuación formal sino que ha de abarcar también a la adecuación sustancial. De nada valdría un negocio celebrado con intervención del notario cuyas cláusulas se adecuaran a la ley pero que adoleciera de un vicio de forma que frustrara su eficacia. Tampoco podemos concebir que un documento notarial cuyas formas se respeten a rajatabla contenga cláusulas nulas. Por tanto, si la ley o la reiterada jurisprudencia han calificado a determinadas cláusulas como abusivas y, como tales contrarias a la ley, no cumple con su deber el notario que, revistiéndolas de una impecable vestimenta notarial, las incluya en sus escrituras. Viola, entonces, el deber específico de imparcialidad sustancial el notario que se limite a una apreciación formal de la voluntad de los contratantes sin descender a una valoración sustancial de las posiciones recíprocas²².

El *opus* del notario debe ser el negocio óptimo, considerado como aquél más adecuado a la tutela de los intereses de las partes teniendo en cuenta también la posición más débil de algunos contratantes.

La imparcialidad del notario debe hacerse efectiva en las distintas etapas de su quehacer: en los tratos preliminares a la celebración del negocio, en la redacción del documento, en su autorización mediante un estricto cumplimiento del rito que asegure el conocimiento del contenido y aun en las fases posteriores a su autorización²³.

El XXII Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1998) declaró: *Los principios de imparcialidad, independencia, no discriminación e información adecuada al más necesitado de los que soliciten la prestación del servicio notarial, deben mantenerse siempre como valores esenciales e insustituibles para que quede salvaguardada convenientemente la libertad del notario y de aquellos que requieran su intervención*²⁴.

El cumplimiento del deber de imparcialidad con la amplitud que le fijamos en este trabajo implica para el escribano un serio desafío cuando se encuentra sujeto a las presiones de sus clientes, sobre todo cuando, como es habitual, quien ejerce el mayor poder contractual es su mayor proveedor de trabajo. Este fenómeno se ve agravado, como consecuencia de procesos desregulatorios, como el que se pretendió imponer en nuestro país, por los que se busca dejar librada a las leyes de mercado la actividad notarial, ignorando de manera supina la naturaleza pública (*ver infra X f.*). Del modo en que el notariado asuma este desafío no dejándose influir por las presiones externas depende su imagen ante la sociedad y, por ende, su supervivencia²⁵.

(22) BARALIS, Giorgio, "Atto publico e contrattazione semplificata" en *Rivista del Notariato*, 1978, págs. 693 - 756.

(23) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, op. cit., pág. 681.

(24) XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, despacho del Tema III, punto 6.

(25) XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, despacho del Tema III, ya citado.

Señalamos (ver *supra* VI b) al deber de información como uno de los pilares de la Defensa del Consumidor, hoy de raigambre constitucional en nuestro país. Es innegable la estrecha vinculación del deber de consejo propio de la función notarial; su violación implica vulnerar un precepto legal y, por tanto, genera responsabilidad. La imparcialidad, en el sentido en que ha sido analizada, implica un modo ineludible de cumplir con el deber de consejo: el notario debe aconsejar y hacerlo con imparcialidad.

IX. Propuestas para un mejor cumplimiento del deber de asesoramiento en defensa del consumidor

El desarrollo de la legislación protectora de los derechos de los consumidores se origina en la necesidad de regular el fenómeno novedoso de la contratación en masa, cuyos efectos no pueden ser atendidos con los recursos tradicionales. En la misma línea **se impone también dictar normas que adecuen el cumplimiento de los deberes propios de la función notarial a los requerimientos de la contratación masiva.**

Ya hemos descripto cómo la intervención del notario en un contrato de estas características, aun cumpliendo fielmente sus obligaciones formales, puede constituir una protección ilusoria para la parte más débil. Por tanto, se hace necesario articular los mecanismos para que esa protección sea efectiva.

Expondremos nuestras propuestas:

IX. a. Registro de condiciones generales

Seguiremos como modelo para nuestra propuesta el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, creado por la ley española 7/98 sobre condiciones generales de la contratación²⁶, iniciativa que reconoce su fuente en el art. 7 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 93/13 CEE y que tiene como antecedente similar regulación en el art. 20 de la Ley alemana de Regulación de las condiciones generales de la contratación, del 9 de diciembre de 1976²⁷.

Si bien excede el marco de este trabajo desarrollar en extenso el tema de la registración de las cláusulas que importen condiciones generales, señalaremos las pautas de su organización, por cuanto entendemos que se trata de un eficaz medio de protección, con expresa aplicación al ámbito notarial.

La finalidad de este registro es la publicidad general de las condiciones generales de la contratación, para que puedan ser objeto de control a través de las entidades representativas de intereses colectivos²⁸.

Se trata de un registro jurídico organizado en el ámbito del Poder Ejecutivo con funciones calificadoras, limitadas al carácter o no de condición general de lo que se pretende inscribir, sin facultades para apreciar su validez o nulidad.

(26) BOE del 14/4/98.

(27) En versión en español, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Dir. Ubaldo Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 600.

(28) GÓMEZ GALLIGO, Francisco J., en *Condiciones*, citada en nota 38, pág. 354.

Son objeto de inscripción:

a) Las cláusulas que revistan el carácter de condición general negocial que los predisponentes voluntariamente quieran inscribir. Quienes así lo hagan se beneficiarán, ya que en el plazo de dos años de registrada la cláusula prescribirán las acciones colectivas que se puedan interponer contra la misma. La registración puede tornarse obligatoria cuando los organismos administrativos lo dispongan en razón de tratarse de una materia que revista especial interés.

b) Con carácter preventivo, la interposición de demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativas previstas en la misma ley.

c) Con carácter definitivo las sentencias ejecutorias que recojan sentencias firmes respecto de cualquiera de las acciones antes enumeradas.

No ingresan a este registro contratos celebrados sino clausulados que pueden estar instrumentados en cualquier forma. La inscripción no tiene efectos vinculantes sobre la naturaleza de condición general de la cláusula, ni sobre la validez.

El predisponente que inscribe una cláusula obtendrá la necesaria legitimación en el tráfico ya que él mismo se ha sometido a una censura general de sus clausulados. De algún modo no deja nada escondido hasta el momento de la celebración del contrato, sino que lo expone para que pueda ser motivo de impugnación. Gozará, además, del beneficio de prescripción antes señalado.

Probablemente el efecto de mayor trascendencia del registro es el atribuir eficacia *erga omnes* a las sentencias que declaren la nulidad de una condición general, como consecuencia de una demanda de un particular o de una acción colectiva. Una vez tachada de nula una determinada estipulación, no podrá ser incluida por los notarios en los actos que redacten. Asimismo, dichas sentencias adquieren una eficacia prejudicial, ya que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de las acciones colectivas vincularán a todos los jueces en ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas similares siempre que se trate del mismo predisponente (art. 20 de la ley 7/98)²⁹.

El registro español se vincula específicamente con la actividad notarial ya que la ley establece (art. 23) que los notarios deberán advertir sobre la aplicación de la ley en cada caso sometido a su intervención, debiendo controlar que se haya cumplido con la inscripción en los casos en que ésta fuera obligatoria y que se haga constar en forma expresa si las cláusulas incluidas en el contrato revisten el carácter de condiciones generales y, en su caso, si se encuentran inscriptas. Entendemos que de esta obligación ha de derivarse necesariamente la de abstenerse de incluir cláusulas que hubieran sido declaradas nulas por sentencias que se encuentren inscriptas. Es un corolario del efecto *erga omnes*, antes señalado.

Por supuesto que este registro debe regularse en el ámbito de una ley general de condiciones generales que atribuya a las partes la posibilidad de promo-

(29) GÓMEZ GALLIGO, Francisco J., op. cit. pág. 366.

ver acciones colectivas similares a las que establece la ley española en su art. 12 (cesación, retractación y declarativa).

Nótese que en nuestro país la protección respecto de cláusulas abusivas se encuentra limitada al ámbito previsto en el art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor, mientras que la propuesta que aquí formulamos brindaría una protección mucho más amplia ya que incluiría todos los supuestos en que se utilicen condiciones generales negociales.

Por otro lado, puede significar un resguardo para el profesional que autorice una escritura en la que se incluyan condiciones generales de contratación, ya que en la medida en que éstas se encuentren inscriptas y no hubieran sido tachadas de abusivas, podrá deslindar su responsabilidad al respecto.

IX. b. Obligatoriedad de la audiencia de asesoramiento y su formalización documental

Basaremos este planteo en las enseñanzas del maestro Francisco Martínez Segovia acerca de la función notarial. Dice Martínez Segovia que hablar de las operaciones de ejercicio de la función notarial es referirse a *cómo trabaja el notario, cómo desarrolla su función, cómo se maneja su objeto y cómo procura alcanzar sus fines, cómo se vale del medio objetivo*³⁰. Dentro de esas operaciones de ejercicio distingue la interpretativa, la configurativa, la autenticante, la autorizante y la conservadora.

A diario en nuestras escribanías desarrollamos las cuatro últimas, ello constituye, en definitiva, la rutina de nuestra labor. Pero, ¿cuál es la importancia que conferimos a la operación interpretativa en tiempos de contratación veloz, sobre todo cuando actuamos en contratos previamente elaborados por una de las partes con los cuales la otra toma contacto en el acto de escrituración? Ésta es una etapa trascendente, en la cual el negocio jurídico empieza a tomar forma; es en esa oportunidad cuando pueden modificarse cláusulas para lograr el deseado equilibrio contractual e incluso es en ese momento que el aceptante, ante la imposibilidad de variar las estipulaciones puede decidirse a no contratar.

Si el contacto del notario con las partes se limita al acto de firma de la escritura, el asesoramiento será escaso y el papel del notario como factor de equilibrio casi nulo. Si agregamos que en la redacción del contrato el escribano se limita a reproducir un modelo preformulado, la función notarial se muestra, si bien formalmente cumplida, carente de utilidad para preservar la configuración de un consentimiento libre, integrado por voluntades que se han manifestado en paridad.

Dentro de la faz interpretativa, Martínez Segovia describe las etapas de: a) *Recepción*: las partes exponen al notario sus intenciones y su pacto económico. Éste indaga la voluntad de las partes; b) *Dictamen*: el escribano da su primera opinión técnica acerca de su competencia o incompetencia, aceptando o

(30) MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función Notarial*, Delta Editora, 1997, pág. 198.

negando su intervención; c) **Docencia**: en esta etapa se desarrolla la faz asesora, por lo que ella adquiere especial relieve con relación al derecho del consumidor. La docencia que debe brindar el notario es también una obligación ética y consiste en la tarea de asesoramiento en la cual aplica su cualidad de “conocedor del derecho”³¹, con un “propósito de orientación”³². Además del dictamen jurídico, las partes reciben el consejo, o sea, la opinión sobre cuestiones de hecho y sobre consecuencias de la relación jurídica voluntaria que va a trabarse; d) **Conciliación**: le cabe al escribano procurar concertar los intereses de ambas partes, tratando de obtener la formación de un acuerdo que respete sus voluntades y a la vez nivele la balanza para lograr prestaciones jurídicas equilibradas.

Es en esta etapa cuando el escribano debe lograr que la voluntad de cada una de las partes sea expresada en iguales condiciones de libertad, deliberación y conocimiento de las circunstancias y de las consecuencias. Las dos últimas fases son las más olvidadas en la contratación masiva.

Aquí la tarea del notario es activa puesto que debe indagar la voluntad de las partes para ver si encuentra efectividad jurídica y, asimismo, para conocerla en su integridad.

Si comparamos esta prolija descripción de lo que debe ser el quehacer notarial con lo que, en realidad, ocurre cuando actuamos en la contratación masiva, en especial en materia de préstamos bancarios, advertimos un contraste que debe movernos a la reflexión.

¿Dónde se ubica la labor de consejo, de imparcialidad, de alumbramiento lúcido de las voluntades y su traducción jurídica, y las de configuración y redacción, propias del escribano en esos contratos en los que una de las partes se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, un texto que se presenta a la otra en el acto de la escrituración, en el momento en que debe firmar la escritura como requisito para obtener los fondos que habrán de permitirle adquirir su vivienda?

Además de preocuparnos la poca utilidad que en ese caso prestamos a la parte más débil y el descrédito que esa prestación funcional rutinaria nos acarrea en la sociedad, no podemos dejar de señalar que ello implica un riesgo para el mismo notario, quien puede llegar a incurrir en responsabilidad civil y profesional, porque como autor del documento ha incluido en él cláusulas poco equitativas³³ y, a veces, hasta reñidas con la ley (ver *infra* XIII).

Debemos buscar entonces soluciones que, sin entorpecer el tráfico jurídico, nos permitan y obliguen a cumplir fielmente nuestro deber.

Una primera función que el notario como consejero jurídico de las partes puede cumplir es influir en la redacción de los modelos de escrituras para eliminar cláusulas abusivas o leoninas, tratando de obtener un contrato equili-

(31) FERNÁNDEZ CASADO, cit. por Martínez Segovia, op. cit., pág. 202.

(32) LAGUERENNE, cit. por Martínez Segovia, op. cit., pág. 202.

(33) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El Notario y la Contratación en la sociedad de masas”, *Rev. del Notariado Español* N° 109-110, 1980, pág. 226.

brado. Esto, además de equilibrar a las partes, evitará al predisponente futuros litigios.

Creemos también necesario articular procedimientos que aseguren que la labor de docencia y conciliación, tan bien descrita por Martínez Segovia, se cumpla de modo especialmente efectivo en los contratos que constituyen el objeto de este trabajo.

En el derecho nacional vigente, como vimos, el asesoramiento imparcial y veraz por parte del notario constituye un deber legal. En los casos de contratos celebrados en paridad, bastará con esos preceptos hoy existentes ya que podemos suponer que el escribano cumple a su modo estos deberes en el contacto personal con las partes.

Sin embargo, los contratos celebrados en masa, en cuanto categoría con perfiles distintos, requiere también soluciones originales.

En nuestra materia específica, **entendemos que han de imponerse reglas que aseguren que la labor de asesoramiento previo del notario se ha cumplido.** Sólo ellas permitirán que el notario, presionado muchas veces por los intereses del predisponente, cumpla con eficacia este rol trascendente.

Como ejemplo de regulación tendiente al mismo fin, nos parece acertada la normativa vigente en España, mediante la Orden del 5 de mayo de 1994, Sobre la Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, que luego de disponer en su artículo 3º la obligación del notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario de colaborar con el prestatario en su adecuada comprensión, en su artículo 7º establece que este prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento³⁴.

Asegurar que el aceptante del contrato, en este caso el tomador del préstamo, cuente con anticipación con el texto de la escritura que podrá analizar detenidamente, constituye un medio adecuado de protección de sus intereses. Se evitará así que se enfrente en el acto de la firma de la escritura con un texto compuesto por una diversidad de cláusulas que, por su cantidad y complejidad, terminará aceptando y firmando sin comprender.

Sostenemos que, en materia de contratos de consumo y celebrados mediante condiciones generales negociales, **debe imponerse al notario la obligación de mantener con la parte más débil una entrevista previa de asesoramiento en la cual se le haga entrega del proyecto de escritura.** Esta entrevista debería celebrarse con una anticipación suficiente para permitir que el requirente disponga del tiempo necesario para interiorizarse del contenido y alcance de las cláusulas que habrá de aceptar. Proponemos que dicho plazo sea de 3 días hábiles, tal como lo establece la citada norma española.

Para asegurar el cumplimiento de este recaudo **deberá incluirse el deber del notario de dejar reflejo documental de tal audiencia.** Dado que se trata de una medida de defensa del consumidor, tales prescripciones podrían emanar

(34) BOE del 11-5-94, contenido en *Legislación Notarial*, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 315.

de una ley de fondo, de alcance nacional, o bien de disposiciones de los colegios notariales a quienes se atribuye, en general, la facultad de dictar normas para unificar los procedimientos notariales. Ejemplo de ello son las regulaciones en materia de certificaciones de firmas.

El cumplimiento de esta obligación deberá ser objeto de control por los organismos de superintendencia de cada una de las demarcaciones.

Con la finalidad de agilizar el procedimiento podrá pensarse en un libro especial, organizado con numeración correlativa, compuesto por actas cuyo texto se encuentre preimpreso. Allí se harán constar los datos personales del entrevistado, la constancia de la celebración de la audiencia y la entrega del proyecto de escritura. Podrán existir, a criterio del notario, menciones especiales, tales como advertencias que él formule acerca del alcance de determinada cláusula.

Entendemos que no sería propio que el notario incluyera en el acta cláusulas de exoneración de responsabilidad, ya que siendo él autor de la misma, estaría violando la regla del art. 985 del Código Civil, en cuanto estaría autorizando un documento otorgado en su propio interés, lo que significaría, además, una específica vulneración del derecho del consumidor. No vemos inconveniente, por supuesto, en que el notario, en caso de haber advertido sobre el alcance de algunas cláusulas, pueda liberarse de responsabilidad mediante documento separado (ver *infra* XIII).

Más allá de su genuino valor como medio de protección a los contratantes, el procedimiento propuesto debe ser analizado desde la óptica de la responsabilidad del notario. Contar con un medio fehaciente que acredite que se ha cumplido en tiempo y forma con el deber de asesorar y aun que se ha advertido expresamente sobre las consecuencias del acto a celebrar, constituirá, sin duda, para el escribano una herramienta eficaz a la hora de enfrentar una demanda derivada de su participación como autor del documento que pudo haber causado un daño.

Es probable que nuestra propuesta aparezca como burocrática y engorrosa pero consideramos que es absolutamente indispensable revalorizar aquellas funciones que son propias del notario latino. Si, por el contrario, nuestra labor se limita al cumplimiento de meros ritos formales le habremos restado su valor intrínseco.

X. Derecho de libre elección del notario como medio de protección del consumidor. Defensa de la competencia

Analizaremos ahora cómo se vincula el derecho a la libre elección del escribano autorizante del acto, con la protección de los consumidores.

Es un principio reconocido en el Notariado Latino que la elección del notario por parte de los requirentes de los servicios notariales debe ser libre³⁵. Así lo han declarado distintos congresos internacionales del Notariado Latino: el

(35) Conforme SOLARI, Osvaldo S., “La U. I. N. L. y el Anteproyecto de Ley del Notariado Latino”, *Rev. del Notariado* N° 708.

XI de Atenas de 1971, el IV de Río de Janeiro de 1956 y el XXI de Berlín de 1995.

Se podrá argumentar que, interviniendo un notario, el debido asesoramiento está asegurado y que, dado el deber de actuar con imparcialidad, quienquiera sea el escribano, las partes se encontrarán igualmente protegidas. Esto es cierto en lo formal, pero es imposible dejar de lado un valor tan importante y tan subjetivo como es el de la confianza. El conocimiento previo, el trato profesional anterior, la vinculación personal, la recomendación del amigo, son factores que harán sentir al sujeto más protegido con un notario que con otro³⁶.

Es decir que, como primer concepto, la parte ha de tener el derecho a elegir al notario, sin que éste le sea impuesto por alguien ajeno al acto.

De cualquier modo, se hace necesario regular ese derecho en el supuesto de los actos en los que interviene más de una parte, ya que habrá que determinar, dentro del principio de libertad, cuál de ellas tiene derecho a designarlo. En general, se confiere el derecho de elección a la parte que tiene un mayor interés protegido por la actuación notarial³⁷.

La ley 404, reguladora de la función en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires³⁸, establece quién tiene derecho a elegir al escribano, salvo convención en contrario de las partes u ofertas públicas, entre otros supuestos, de la siguiente manera: 1) En las **primeras ventas** de inmuebles sometidos a **Propiedad Horizontal** o a otros regímenes que generen la retención de documentación legitimante [...] tienen derecho a elegir al escribano los **transmitentes**³⁹. 2) En las constituciones de **hipotecas u otras garantías**, la elección corresponde a los **acreedores**⁴⁰. 3) En las cancelaciones de hipotecas u otras garantías, la elección corre por cuenta de los **deudores**⁴¹.

Se observa en estas pautas una combinación entre el criterio del mayor interés protegido y motivos de celeridad en el tráfico escriturario. Analizaremos, en particular, algunos casos a la luz de la defensa del consumidor.

X.1.a. Las primeras ventas de inmuebles sometidos a Propiedad Horizontal y regímenes especiales

Para estos supuestos, nos parece acertada la disposición de la ley 404 ya que el requirente vendedor unifica en un único profesional la custodia y conserva-

(36) En este sentido se alude al “escribano de cabecera” (ver *Revista del Notariado* N° 836. Nota Editorial).

(37) Conf. MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. Según este autor, “El factor genérico que sirve para decidir el derecho de elección es el *mayor interés protegido por la actuación notarial*”. Sin embargo, luego de analizar por qué eligen al escribano la parte compradora y la acreedora, agrega que deben distinguirse los casos en los cuales “[...] el más fuerte impone su voluntad al más débil [...]” (Martínez Segovia, Francisco, op. cit., págs. 116 y 117).

(38) Ver art. 27 ley 404.

(39) Art. 27 inc. a) punto III.

(40) Art. 27 inc. c).

(41) Art. 27 inc. d), salvo el caso de la primera venta relacionada, entre otros.

ción de diversa documentación, mientras lo contrario lo obligaría a su continuo traslado, lo cual generaría más complicaciones que soluciones⁴².

Estos contratos están habitualmente comprendidos en la ley de defensa del consumidor⁴³; atendiendo a esas razones prácticas, si el notario es elegido por el predisponente, resulta imprescindible garantizar un efectivo cumplimiento del deber de asesoramiento e información, por lo tanto, reiteramos al respecto la exigencia propuesta en el punto IX b.

X.1. b. Contratos de préstamo con garantía hipotecaria

Es éste el caso en que la protección al tomador del crédito debe acentuarse, sobre todo cuando los créditos sean otorgados por entidades financieras que, por su misma estructura, constituyen sujetos negociales que gozan de un desmedido poder contractual.

Nuestro país vivió durante los últimos años un proceso de expansión del crédito hipotecario que generó un positivo efecto sobre la industria de la construcción, facilitó el acceso a la vivienda y, como consecuencia, aumentó el volumen de trabajo notarial. Sin embargo, el notariado no resultó en tal proceso un mecanismo eficaz de protección a los consumidores. Escrituras con modelos uniformes impuestos por la autoridad de contralor a los que, en algunos casos, el notario no podía añadir una letra; congestión del trabajo en meganotarías en las que el asesoramiento se torna ilusorio y aun la intermediación se convierte en una ficción; varias escrituras celebrándose en forma simultánea ante el mismo notario en la sede de la entidad financiera constituyen una realidad poco alentadora.

Como lo hemos señalado *ut supra* (VII), entendemos que estos contratos se encuentran incluidos en la Ley de Defensa del Consumidor, que atribuye al Banco Central la obligación de proveer los medios de defensa de los consumidores. En la práctica, el organismo de contralor se limitó a imponer a las entidades de crédito un modelo de contrato de mutuo hipotecario que parece un paradigma de cláusulas abusivas, por lo que debemos articular procedimientos que conviertan esa protección en una realidad.

Si aplicáramos al caso la regla del mayor interés protegido, no cabe duda de que corresponde al Banco que entrega su dinero escoger de su nómina, muchas veces escasa, al escribano que va a autorizar la escritura.

Reiteramos que los contratos prerredactados y de consumo son un fenómeno especial y, por tanto, requieren del derecho soluciones distintas de la regla. En consecuencia, propiciamos **que para lograr una efectiva protección a los consumidores de estos créditos, la elección del notario debe corresponder al tomador del préstamo y no a quien realiza esta actividad en forma habitual⁴⁴.**

(42) Conforme VALLET DE GOYTISOLO, Juan, op. cit., pág. 211. Argumenta este autor que si elige el comprador pueden darse complicaciones a la entidad vendedora, en cuanto al desplazamiento de sus representantes y al replanteo de problemas generales.

(43) Ver art. 1º analizado en el punto VII. b del presente trabajo.

(44) Conforme al Derecho Notarial Español, que se analizará más adelante.

Se podrá argumentar que la propuesta es innecesaria ya que las escrituras se extienden sobre la base de un texto único, que es suministrado por el Estado a través del órgano de contralor del sistema bancario. Hemos visto ya cómo esta práctica no sólo menoscaba la tarea notarial, sino que, lejos de defender a los consumidores, los sometió a contratar en condiciones de absoluta desigualdad.

Resulta pertinente, una vez más, la doctrina de los congresos internacionales de la U. I. N. L. Al respecto, el XIV (Guatemala, 1977) sentó el siguiente principio: “*Que para la designación del notario que deba intervenir en la contratación bancaria, se evite toda clase de procedimientos que debiliten la necesaria imparcialidad en la elaboración del instrumento público o acto notarial y puedan lesionar la dignidad inherente al ejercicio de la profesión [...]*”⁴⁵

Sobre el punto es ilustrativo lo establecido en el artículo 142 del Reglamento Notarial Español, que dice: “*Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario. En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección de Notario corresponderá, en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios o la mayor parte de los mismos.*”

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente [...]”

“*Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual [...]*” La regla general de conferir la facultad de elegir a quien paga el servicio (lo que puede resultar más justo que otorgárselo a quien puede celebrar con el notario de nómina cualquier acuerdo respecto de honorarios que serán pagados por otro), se quiebra frente al contrato desigual: aquel en que una de las partes es habitualista (el “profesional” de nuestra legislación de Defensa del Consumidor) o cuando se utilizan condiciones generales de la contratación. Esta excepción obedece, como es obvio, a preservar el derecho de la parte más débil a la elección del notario como un modo más de ayudarlo a reestablecer el equilibrio contractual.

X. 1.c. Compraventa de inmuebles con otorgamiento simultáneo de crédito hipotecario otorgado por entidades financieras

Aquí la cuestión se complica porque existen dos contratos independientes y vinculados entre sí: la compraventa del inmueble y el mutuo hipotecario. Es éste el supuesto que ha dado lugar a mayores conflictos en nuestro país.

Respecto de la hipoteca se produce la situación desarrollada en el punto anterior, pero ahora se suma un nuevo inconveniente: quien no es parte en el contrato de compraventa (el acreedor hipotecario) pretende ejercer su posi-

(45) Citado en *Memorias*, op. cit., pág. 623.

ción dominante, vulnerando el derecho a la libre elección del notario que autorizará la escritura que instrumenta ese contrato. En este supuesto, el abuso de poder contractual se agrava ya que la elección no es efectuada por ninguna de las partes del contrato, sino por la entidad financiera, un tercero ajeno al mismo.

Esta distorsión se agudizó a través de la oferta de honorarios reducidos como aliciente para estimular al tomador del crédito a utilizar los servicios del escribano propuesto por el banco. Analizaremos la influencia del honorario libre como mecanismo de distorsión en esta materia. (*infra* X. 2).

La gravedad de esta cuestión fue señalada repetidamente por el notariado nacional y al respecto se generaron interesantes pronunciamientos de tipo ético. Uno de los más importantes fue el de la Capital Federal de fecha 29 de setiembre de 1998, donde se resolvió que se considera “falta de ética la actitud de un escribano en el desplazamiento de un colega legítimamente designado en un boleto de compraventa fundando su proceder en las normas impuestas por una entidad bancaria y justificando estas últimas con expresiones que a la vez denotan desconocimiento de las normas vigentes [...]”⁴⁶

Esta preocupante situación generó el dictado en el orden nacional de la ley 25093, que dispone en su artículo 1º: “*En el acto de la firma de las escrituras traslativas de dominio, las entidades financieras comprendidas en la ley 21.526, deberán respetar la designación de los profesionales que las partes han acordado en el boleto de compraventa, observando las disposiciones de las leyes sobre defensa del consumidor y defensa de la competencia*”.

Vemos cómo el legislador, con expresa remisión a las reglas de defensa del consumidor y de la competencia, preserva con carácter imperativo el **derecho a la libre elección del notario**.

Merece alguna explicación la mención que la ley hace a lo acordado en el boleto de compraventa. No es ésta la oportunidad para discurrir acerca de este tipo contractual, pero no cabe duda de que el legislador se refiere genéricamente a todo acuerdo previo de las partes. No tiene sentido hacer una interpretación literal que nos lleve a la conclusión de que cuando no ha existido formalmente un boleto la ley no tenga aplicación. Boleto de compraventa es, en la ley 25093, lo convenido entre vendedor y comprador. Esta convención puede estar plasmada en un boleto, en una reserva o ser sólo un acuerdo verbal que las partes luego documentarán directamente en la escritura pública.

La ley, si bien imperativa por su naturaleza, no ha previsto una sanción específica para el supuesto de incumplimiento del deber por ella impuesto. Creemos que la mención expresa a las normas sobre defensa del consumidor y de defensa de la competencia autoriza a sostener que los organismos administrativos encargados de velar por esos derechos son competentes para intervenir en caso de infracción por parte de las entidades financieras. Por supuesto sus resoluciones estarán sujetas a la pertinente revisión judicial.

(46) *Revista del Notariado* N° 852, pág. 87.

X. 1. d. Cancelación de hipotecas y otras garantías

Nos parece adecuado en este punto el criterio establecido por la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, que atribuye al deudor hipotecario el derecho a la designación.

En la realidad, dado que en los contratos de mutuo celebrados con las entidades financieras y aun entre particulares, generalmente predispuestos, se introduce una cláusula mediante la cual se concede al acreedor el derecho a la elección del escribano que autorizará la cancelación, lo habitual es el criterio contrario al establecido por la ley capitalina.

Como es obvio, el interés protegido por el acto de la cancelación es exclusivamente del deudor, para quien constituye muchas veces el modo de obtener la libre disponibilidad de su inmueble o aun de consolidar el derecho de propiedad sobre su vivienda. Por el contrario, para la entidad financiera se trata de un trámite administrativo más en su actividad habitual.

Por las mismas causas en que lo proponemos para los contratos de préstamos, propiciamos que respecto de las cancelaciones de hipotecas u otros derechos de garantía que deban ser otorgadas por quienes ejerzan la actividad financiera en forma habitual, se conceda al deudor el derecho a la elección del notario, **mediante una norma imperativa, que reste eficacia a los pactos que se establezcan en su contra.**

X. 1. e. Contratos de leasing

Este contrato no ha tenido aún en nuestro país el desarrollo alcanzado en otros como modo de adquisición de la vivienda. Sin embargo, esto puede revertirse próximamente dada la actual situación de falta de financiamiento para tales fines. Debe tenerse en cuenta, además, que se trata de una materia en la cual el notario deberá intervenir desde la misma celebración, ya que la ley vigente –25248– impone, desde esa instancia, la exigencia de la escritura pública.

Coincidimos con lo dispuesto por la ley 404 de la ciudad de Buenos Aires, que para este contrato concede al dador el derecho a elegir al notario para los supuestos de contratos celebrados entre pares, pero **cuando se trata de un contrato celebrado por un “profesional”**, el que, por lo general, se encontrará alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor, entendemos, por similares motivos a los desarrollados respecto de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, que **el notario debe ser designado por el tomador.**

X. 2. La libertad de arancel y el derecho de libre elección del notario

La oferta de honorarios reducidos como modo de captar escrituras es otra de las prácticas que atentan contra el derecho a la libre elección del notario. Cuando la retribución del notario se deja librada a las leyes del mercado, la elección es sólo formalmente libre, ya que está condicionada por factores de tipo económico que prevalecen sobre el valor confianza que, como vimos, ha de ser el determinante.

La pérdida del orden público del arancel, dispuesta en primer término para la Capital Federal por el decreto 2284/91 y extendida luego a la mayoría de las demarcaciones del país, no ha contribuido a fortalecer a nuestro notariado, sino todo lo contrario. La realidad cotidiana demuestra que gran parte de las consultas giran en torno de las tarifas y de la posibilidad de reducirlas, lo que atenta contra la buena prestación del servicio ya que prima el valor costo sobre las cualidades que garantiza aquél.

Excede el ámbito de este trabajo considerar a fondo el tema del arancel notarial, que ya ha sido considerado en profundidad, teniendo en cuenta la naturaleza *pública* de la función notarial⁴⁷.

Una tarifa determinada y de orden público contribuye a que la elección del notario por parte del consumidor sea libre ya que éste elegirá sobre bases genuinas, al que considere más idóneo.

La citada ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, como en tantos otros temas, marca un retorno a los principios que deben regir la función, al determinar expresamente que “*los aranceles notariales serán determinados por ley*”⁴⁸. Cabrá al respectivo colegio, encargado por la ley de proyectar la correspondiente normativa, elaborar los mecanismos que permitan erradicar las prácticas que no sólo dañan al consumidor sino que deterioran elementales principios éticos.

Un arancel determinado y de orden público constituye una efectiva protección al consumidor y preserva el derecho a la libre elección.

X. 3. El derecho a la libre elección del notario y la defensa de la competencia

La sanción de la ley 25093, a la que ya nos referimos, morigeró, en un primer momento, el accionar de las entidades financieras en cuanto a la designación por éstas del notario, pero al poco tiempo comenzó a utilizarse la competencia en los costos notariales como medio de imponer, de hecho, la actuación del notario por ellas elegido.

Entendemos que este accionar merece ser analizado a la luz de los principios de Defensa de la Competencia.

X. 3.a. Aspecto económico de la relación profesional – requirente del servicio

La referida derogación del orden público de los aranceles profesionales parecería, en una primera impresión, favorecer el interés económico general, ya que permitiría a los profesionales pactar con sus clientes los honorarios a pagar por sus servicios. Es decir que el profesional evaluaría libremente el costo de sus servicios acorde con la tarea a realizar, y sus requirentes, convertidos ahora en clientes, decidirían con libertad si estaban dispuestos a pagarlos.

(47) CARMINIO CASTAGNO sostiene que se trata de una “tasa retributiva de un servicio de naturaleza pública que por ende no debe estar alcanzada por la desregulación” (*Rev. Col. Esc. Entre Ríos* N° 171, pág. 47).

(48) Artículos 25 de la ley 404 y 74 del decreto reglamentario 1624/00.

Como consecuencia del proceso desregulatorio, las entidades financieras se permitieron fijar los honorarios notariales según sus propios cálculos económicos y, en algunos casos, hasta se permitieron incluirlos como un elemento de publicidad. Aquí la pretendida finalidad de la norma desregulatoria se desvirtúa ya que el acuerdo no se realiza entre el notario y su cliente sino que es la entidad financiera quien impone las condiciones.

Estas conductas implican una conducta exorbitante de las entidades financieras, que no conformes con imponer al tomador las condiciones del crédito, se introducen en una materia que debiera serles ajena.

X. 3. b. La conducta de las entidades financieras respecto de la designación del escribano y la Defensa de la Competencia

Cuando se dicta la ley de Defensa de la Competencia 25156, sancionada el 25 de agosto de 1999, que derogó la ley 22262, se incorporaron conceptos jurídicos que hasta ese momento sólo se conocían como nociones exclusivamente económicas. Se introducen, con relevancia jurídica, conceptos tales como “posición dominante”, “concentración económica”, “competencia sustancial”, “mercado relevante”.

La Defensa de la Competencia tiene hoy sustento constitucional en virtud de la ya citada disposición del art. 42 de la Carta Magna, y así fue considerado en forma expresa por el decreto 1019/99 que aprobó con veto parcial la ley 25156.

Es fundamental comenzar el análisis del tema que nos ocupa señalando que el fin que enuncia el artículo primero es tutelar el “interés económico general”, cuyo alcance fue objeto de interpretación, vigente la ley 22262, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dijo: *“para configurar las conductas de las que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, no requiere necesariamente que ese gravamen exista sino que tal proceder tenga aptitud para provocarlos, pues de otra manera no se advierte qué sentido tendría el modo verbal empleado”*⁴⁹.

Cuando por diversas maniobras se induce al particular a elegir a un profesional que no conoce de la nómina impuesta por la entidad financiera, es fácil deducir que el interés del particular y el interés económico de los profesionales que no integran esa nómina se vulnera de una u otra forma. La conducta criticada *“no debe ser medida en términos rigurosamente nacionales, pues basta que se vea restringida o distorsionada la libre concurrencia al mercado relevante en un modo que perjudique los intereses de la comunidad que se beneficia en él, lo que acaece cuando ella se ve privada de la posibilidad de obtener los réditos derivados de su correcto funcionamiento”*⁵⁰.

(49) CS. 1993/11/23. “A. Gas S. A. y otros c. AGIP Argentina S. A. y otros”, *La Ley*, 1994-C., pág. 278.

(50) CS. 2001/10/11. “Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos s/ denuncia c. Colegio de Abogados de San Nicolás”.

Analicemos algunos conceptos que nos permiten valorar la conducta de las entidades financieras en esta materia:

a) Posición dominante. Este concepto es tratado por los artículos 4 y 5 de la ley 25156 y, en su parte pertinente, el artículo 4 dice que: “[...] se entiende que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante, [...] o sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o [...] está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado”. El artículo 5 regula las circunstancias que se consideran para determinar su existencia, así: la posibilidad de sustitución del bien o servicio; el grado de limitación al acceso de productos, oferentes o demandantes al mercado; y la influencia que el presunto responsable pueda ejercer en la formación de precios, entre otros efectos y *el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder*.

b) Mercado relevante. La posición dominante adquiere su verdadera magnitud cuando es ejercida en un mercado relevante, esto es, en un espacio comercial donde se desarrolle su potencia económica y la de sus competidores, que es el marco de referencia para evaluar la actividad de competencia entre los diferentes agentes de la relación comercial. En el caso que nos ocupa es el mercado inmobiliario.

c) Competencia sustancial. Es la competencia con un acceso abierto al mercado donde el juego de la oferta y la demanda determinen sus condiciones⁵¹.

d) Posición dominante colectiva: Se da cuando “una o más personas goza de posición dominante” (art. 4 de la ley 21156) sin existir competencia efectiva entre ellas, ni sustancial con terceros.

El artículo 2 de la ley 25156, al precisar la “posición dominante”, describe las prácticas restrictivas de la competencia y, en su parte pertinente, las tipifica como: “[...] inciso f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; [...] inciso i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; [...] inciso k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; [...] inciso m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios”.

La simple lectura de los textos legales nos permite afirmar que las conductas desarrolladas por las entidades financieras en esta cuestión se encuadran en tales prácticas.

En efecto, a la luz de los conceptos analizados, se puede deducir que las entidades financieras en una posición dominante en el mercado crediticio, incu-

(51) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. y SOUCASSE, Gabriela, op. cit., pág. 32.

rren en “abuso” de la misma cuando, además de imponer las condiciones propias del crédito al tomador, pretenden imponer sus profesionales para todas las operaciones en las que no son parte, desplazando, aun en contra de la ley, al resto de los profesionales de esta labor.

Podemos afirmar así que la injerencia de las entidades financieras en áreas que no les son propias puede calificarse como “abuso de posición dominante colectiva” en desmedro de la libre competencia entre iguales.

Definida así la conducta, podemos afirmar que ésta lesiona el principio de libertad de trabajar, consagrado en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional y, en especial, contraría el precepto del citado artículo 42 de la misma.

Consideramos, por tanto, que las prácticas de las entidades financieras tendientes a imponer a determinados notarios en los actos en los que no son parte, aun cuando como consecuencia de estas prácticas obtengan el consentimiento del tomador del préstamo al respecto, configuran una violación a las normas de defensa de la competencia, violan el artículo 42 de la Constitución Nacional, la ley 25156 y la específica ley 25093.

En consecuencia, estas conductas son susceptibles de ser denunciadas a los organismos administrativos competentes y, además, facultan a los perjudicados a interponer la acción de amparo prevista por el artículo 43 de la Constitución Nacional⁵². Al respecto debe considerarse que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en considerar a la acción de amparo como vía de excepción.

El amparo, al igual que los procesos constitucionales en general, se diferencia de los procesos ordinarios por la finalidad que persigue y la materia tratada, ya que fueron armados para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre⁵³.

Si bien el mencionado art. 43 de la Constitución prevé como requisito previo a la admisión de la acción de amparo “[...] que no exista otro medio judicial más idóneo [...]”, no debemos considerar que es preciso agotar la vía administrativa, ya que esto sería una desviación interpretativa. Al respecto, Augusto M. Morello ha considerado que tal interpretación es incongruente e injusta, pues un instituto público cuyo objeto es la brevedad procesal que contiene la esencia de la urgencia no puede esperar el cumplimiento de plazos administrativos prolongados⁵⁴.

La existencia de otros caminos judiciales debe justificar su “idoneidad” para proteger el derecho tutelado con la rapidez y eficacia que justifica la interposición de la acción de amparo, pues si su aplicación por el tiempo que insumen puede causar un perjuicio irreparable, debe prevalecer el criterio de

(52) Ley 16986. CPCC art. 321 inc. b). Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 14. Constitución de la Pcia. de Bs. As., arts. 15 y 20 inc. 2).

(53) BIDART CAMPOS, Germán J. y otros, *El Amparo Constitucional*, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, pág. 95.

(54) MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen Procesal*, Ed. Librería Editora Platense S. R. L., 3ª edición, Bs. As., 1998, pág. 31.

privilegiar la vía del amparo *teniéndose por satisfecho el requisito de la inexistencia de los restantes carriles utilizables porque, de lo contrario, ocasionaría un daño insubsanable*⁵⁵.

Dada la ampliación de la legitimación activa que prevé el ya mencionado artículo 43 de la Constitución Nacional, **consideramos legitimados para interponer tales acciones, tanto a cualquier notario que fuese desplazado, como al colegio de escribanos al que pertenezca, quien podrá actuar en su calidad de representante gremial de los notarios de la respectiva demarcación**⁵⁶.

XI. Lugar de escrituración

En un contrato celebrado entre particulares de igual poder contractual parece indiferente que la escritura se otorgue en la sede de la notaría, en el domicilio de alguna de las partes o en la de alguna institución financiera que ellas elijan. Pero en un contrato de consumo o con condiciones generales negociales, esto puede convertirse en un importante factor de presión que atenta contra el derecho del consumidor.

Resulta interesante recurrir, una vez más, a la normativa vigente en España. La Dirección General de Registros y Notariado, organismo de superintendencia notarial, dictó el 3 de mayo de 1994 una normativa por la que se estableció “[...] *la autorización de escrituras que hayan de ser otorgadas por los Bancos, Cajas de Ahorro y entidades asimiladas, habrá de verificarse en la propia oficina notarial*”. En su fundamentación se puede leer que se pretende lograr que el notario preste su función notarial en su propio despacho ya que tiene “un especial deber de asesoramiento a la parte más débil en el contrato”, todo ello en miras a que el notario “*no aparezca como una figura más dentro del engranaje de la entidad bancaria*”⁵⁷.

Proponemos al respecto que se dicte una norma imperativa que imponga la obligación de que, en los contratos con condiciones negociales generales y los contratos de consumo, **la escritura deba otorgarse en la sede de la notaría**. Aspiramos a que el acto se celebre en un ambiente en el cual, el escribano, responsable del proceso de escrituración, cumpla con sus operaciones de ejercicio sin encontrarse presionado por influencias extrañas. De este modo, el consumidor se sentirá en una mayor relación de paridad con la contraparte.

XII. El papel de los colegios de escribanos en la defensa del consumidor y de la competencia

En distintas partes de este trabajo hemos aludido a los colegios notariales. Ello se impone cada vez que se analizan temas vinculados con la función notarial por la importante labor que compete a éstos como entidades reguladoras de la misma.

(55) MORELLO, ídem, pág. 32.

(56) La ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, en el art. 124. inc. w) incluye entre las atribuciones del Colegio de Escribanos la de “Ejercer, con exclusividad, la representación de los escribanos de la Ciudad”.

(57) Citada en “Reglamento, Organización y Régimen del Notariado”, pág. 232.

Queremos ahora señalar algunas actividades específicas que ellos pueden realizar en la materia:

- Asesoramiento y educación a los consumidores.

Hemos destacado ya la importancia de la educación del consumidor como medio para su defensa. Cuanto mayor sea el nivel de información que posea el consumidor, más posibilidades tendrá de hacer valer sus derechos.

Al respecto creemos que los colegios notariales, como personas de derecho público que tienen por fin, además de la defensa de los intereses de sus colegiados, velar por la mejor prestación del servicio notarial, deben desarrollar planes de educación al consumidor en las materias vinculadas con la actividad notarial. Del mismo modo, brindar información individual a quienes lo requieran. Esta tarea no puede ni debe reemplazar a la labor de asesoramiento propia del notario sino que debe ser su complemento.

- Ejercicio de la función de superintendencia para asegurar el cumplimiento de las normas protectoras de los consumidores en cuestiones relacionadas con la actividad de los notarios.

A lo largo de este trabajo consignamos varias propuestas, tales como la obligatoriedad de celebrar una audiencia previa de asesoramiento con su respectivo reflejo documental, la obligación del notario de entregar al consumidor proyecto de escritura, la obligación de autorizar este tipo de escrituras en la sede de la notaría, eliminar la competencia de costos, etcétera. Todas ellas serían meras ficciones si no se articulan los medios de control y de eventual sanción que aseguren su efectivo cumplimiento.

- Creación de mecanismos de protección al consumidor del servicio notarial.

Analizamos (*supra* VII a) los motivos por los cuales la Ley de Defensa del Consumidor ha excluido de su ámbito la labor de los profesionales sujetos a colegiación. También hemos dicho que para que esa exclusión no implique privar a quien recurre a los servicios de un escribano de una efectiva protección se hace necesario que los colegios generen mecanismos específicos.

Proponemos al respecto organismos que estén a disposición del público para atender sus inquietudes, a los que se pueda acceder con facilidad sin necesidad de trámites burocráticos y que traten de nivelar la situación del requirente frente al notario, quien en este contrato de servicios profesionales es el “experto” y, por ende, goza de mayor poder contractual.

Habría que pensar en una actividad mediadora de los colegios y aun en procedimientos arbitrales ágiles que aseguren una real protección.

- Convenios con entidades financieras

No cabe duda de que en la relación con los grandes dadores de trabajo notarial, y en nuestro medio las entidades financieras lo son, las posibilidades de fijar sus condiciones por parte del notario, en este caso la parte más débil, son escasas.

Por ello, en esa materia los colegios notariales pueden cumplir una importante labor. Como defensores de los intereses de sus colegiados pueden celebrar convenios con entidades financieras que aseguren el cumplimiento de de-

terminadas pautas que a lo largo de este trabajo hemos señalado como necesarias para una buena prestación del servicio notarial.

Un ejemplo digno de imitar en esta materia son los acuerdos celebrados en el ámbito de la Capital Federal, entre el respectivo colegio y varias entidades bancarias. Ellos han tenido como finalidad principal garantizar que los consumidores de créditos *elijan al escribano de su confianza, tanto para la instrumentación del crédito como para la de la compraventa inmobiliaria celebrada en forma simultánea*⁵⁸. El cumplimiento de los convenios fue, a su vez, verificado por una Comisión Fiscalizadora creada ad hoc.

Estas iniciativas constituyen un medio para preservar el derecho de los consumidores y a la vez resguardar los intereses profesionales⁵⁹.

- Ejercicio de las acciones tendientes a la defensa de la competencia

Señalamos (*supra* X. 3. b) que determinadas conductas de los grandes proveedores de trabajo notarial, en especial las entidades financieras, pueden atentar contra las normas de defensa de la competencia y que los colegios notariales se encuentran legitimados para, en ejercicio de la facultad de defensa gremial de sus miembros, promover las acciones que tal legislación prevé. En la medida en que ejerzan este derecho habrán no sólo protegido los legítimos intereses de sus colegiados, sino contribuido a que no se distorsione la prestación del servicio como consecuencia de una concentración del trabajo notarial que atentará contra el cumplimiento de la labor asesora y de la intermediación.

XIII. La defensa de los consumidores y la responsabilidad civil del notario

Ya hemos analizado con prolijidad la función notarial destacando que es parte esencial en ella la labor del notario como autor del documento que actúa en la génesis del negocio que instrumenta, de tal forma que el documento resulte **formalmente válido y funcionalmente eficaz**. Es decir que el deber del notario no se limita al cumplimiento de los deberes formales, sino que su responsabilidad se extiende, en alguna medida, al contenido.

Nuestra doctrina y jurisprudencia⁶⁰ son uniformes al asignar un rol trascendental al notario; la tarea documentadora que realiza reviste carácter unitario, y comprende: a) asesoramiento a las partes, b) confección del documento sin vicios intrínsecos o extrínsecos, c) actividad fedataria o autenticadora, d) depositario y custodio del protocolo con deber de expedir copias y e) que-

(58) Se suscribieron entre el año 2000 y el 2001 con los Bancos Itaú Buen Ayre S. A., Comafi S. A., Hipotecario S. A., Suquía S. A. y Societé Generale S. A.

(59) Al respecto se ha dicho que a partir de estos convenios “comienza a desarrollarse una importante función del escribano que es la de asesoramiento y [...] revitaliza funciones y principios esenciales de la profesión como [...] la mediación [...]” Además, que “el desafío más importante es ampliar la oferta de trabajo hacia todos los escribanos” (en “El usuario elige a su escribano de confianza”, *Reseña Notarial* cit., pág. 15).

(60) Cám. Nac. Civ., Sala D. Autos: “G. J. c/ I. de F. D.”, del 17-5-84. LL Secc. Reseña Fallos-562. S. 36.815. Cám. Nac. Civ., Sala D. Autos: “B. O. E. c/ R. A.”, del 31/8/1982, en *Rev. del Notariado*, 789- 831.

hacer registral en orden a la oportuna inscripción del documento en caso de corresponder.

Estos deberes, y en especial el de asesoramiento imparcial (ver *supra* VIII), determinan su responsabilidad funcional, es decir, aquella inherente o propia de la función que debe cumplir.

Con referencia a la materia específica de este trabajo, esa responsabilidad funcional debe ser analizada respecto de la obligación que cabe al notario de evaluar, como actividad previa a la instrumentación, aquellas cláusulas que, tanto requeridas por la parte predisponente o aun por ambos otorgantes, puedan revestir carácter vejatorio o abusivo.

No son pocos los casos que se presentan a la hora de escriturar, en los que se pretenden introducir términos o cláusulas que pueden resultar abusivas, toda vez que atribuyen unilateralmente derechos y facultades exorbitantes a una de las partes, introducen restricciones injustificadas y perjudican de manera inequitativa a la otra, generando una situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambos contratantes⁶¹.

Así por ejemplo, y en una rápida enunciación, las cláusulas que regularmente son incorporadas por los bancos para establecer un régimen único de créditos hipotecarios para la vivienda, a fin de facilitar su securitización, procurando “estandarizar” la instrumentación de este tipo de operatoria; las cláusulas penales exageradas; las que excluyen la excepción de incumplimiento o bien impiden obtener la compensación entre obligaciones de las partes; o bien cuando se pretende estipular un resarcimiento exorbitante para el supuesto de inejecución; casos de compra de unidades funcionales nuevas, destinadas a vivienda, especialmente aquellas que forman parte de nuevas urbanizaciones (complejos residenciales, barrios privados o clubes de campo), donde el desarrollador se asegura el control del emprendimiento sin injerencia de los copropietarios, eludiendo el razonable control que a ellos corresponde.

Puede suceder que la posible calificación de una cláusula como abusiva o vejatoria ya haya sido determinada por la norma; así la ley 24240 enuncia como tales a aquellas que limiten la responsabilidad por daños y las que contengan preceptos que impongan la inversión de la carga de prueba, en perjuicio del consumidor, sancionando la invalidez de éstas, aun manteniendo su eficacia el resto del contrato⁶².

Sin embargo, la misma norma introduce dos cláusulas abiertas que orientan la interpretación y presuponen un régimen de control judicial; son a) aquellas que desnaturalizan las obligaciones y b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor; tal enunciación supone en sí misma la expresión de cláusulas abusivas y, además, brinda un criterio orientador, calificador y de vital importancia para la tarea de asesoramiento que debe cumplir el escribano.

(61) Cám. Nac. Com., Sala B, 29/5/1987. Autos: “P. Campanario S. A. v/ Plan Óvalo S. A. de Ahorro para Fines determinados” J. A. 1999 II 15.

(62) Art. 37 ley 24440, STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y Defensa de los Consumidores*, op. cit., pág. 280.

Retomando lo anteriormente expresado, toda vez que la función notarial inherente al documento es unitaria, comprendiéndose en ella la labor de asesoramiento de las partes, no cabe duda de que el escribano puede resultar, en virtud de dicha función notarial, responsable por falta o deficiencia vinculada con el contenido del contrato.

En el tema que analizamos, ciertamente es dificultoso brindar reglas uniformes de actuación para el escribano, en miras a la calificación de cláusulas cuyo contenido pueda resultar abusivo, de acuerdo con las pautas contenidas en la citada norma. No olvidemos que, en definitiva, se trata de una tarea interpretativa y que su resultado, es decir, la opinión que se brinde, resultará un juicio de valor que, como tal, puede tener mayor o menor grado de certeza, pudiendo ser aceptado o no por las partes interesadas.

Cabe entonces plantear los siguientes interrogantes: si habiendo el escribano cumplido la tarea de asesoramiento previo según ha sido precisado en los párrafos anteriores, igualmente se le requiere la confección del documento con cláusulas que, a su juicio, pueden ser tachadas de inválidas en sede judicial por abusivas o vejatorias, a) ¿cuál sería la conducta adecuada a seguir?; b) a fin de zanjar la diversidad de opinión con el requirente del acto, ¿puede el escribano fundamentar por escrito las ideas que lo llevan a tal calificación y requerir a las partes que, ante esta tarea de asesoramiento dada y no obstante insistirse en los términos de la contratación, se lo exima de responsabilidad?

Debe aclararse que el planteo se ciñe a la responsabilidad civil que puede caber al notario, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o de otro tipo en que pueda verse incurso en virtud de su intervención.

Hecha la mención, a fin de elucidar el problema y determinar el alcance de la responsabilidad que puede caber al escribano, derivada de los distintos supuestos contenidos en el art. 37 de la ley 24240, es preciso partir de una noción previa, cual es la que los escribanos prestan su servicio con causa en el requerimiento hecho por el cliente, siendo que la convención así celebrada enmarca su intervención frente a las partes otorgantes del acto. En tal sentido, la jurisprudencia y doctrina mayoritariamente se han inclinado a calificar como de naturaleza contractual la responsabilidad del escribano frente a las partes otorgantes, no así frente a terceros ajenos al acto, respecto de quienes su actuar reprochable será susceptible de responsabilidad extracontractual⁶³.

Ahora bien, en el marco de lo normado por la ley 24240, la autorización por el escribano de documentos que contengan cláusulas calificadas por la misma norma como abusivas, es decir, las que limiten la responsabilidad por

(63) Cám. Nac. Civil, Sala K, 1999/10/18: “P. S. c/ V. E.” 2000-II-479. Cám. Nac. Civil, Sala A: “Patria Cía. de Seguros c/ B. R. J. M.”, en *L. L. T.* 1999-B, pág. 16, con nota de Rubén Compagnucci De Caso, en la que hace un ilustrado análisis de las distintas posturas. Es interesante la lectura de las conclusiones presentadas por la comisión II de la X Convención Notarial de la Capital Federal –mayo 1981– como también las brindadas en las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, Pcia. de Bs. As. –agosto 1981– y Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil –octubre 1982–.

daños o impongan la inversión de la carga de la prueba, importaría violar un “deber legal”, generando consecuentemente su responsabilidad (contractual frente al cliente-usuario) de la cual no puede ser dispensado por vía negocial, mediante disposición expresa de las partes con pretendidos efectos frente al notario. Debe recordarse que la actividad documentadora que realiza el escribano se yergue como obligación de resultado: generar un documento eficaz, y su incumplimiento le atribuye “objetivamente” la responsabilidad por los perjuicios que ella ocasione, de los que sólo se eximirá, total o parcialmente, probando la causa ajena⁶⁴.

Distinto son los supuestos contenidos en los inc. “a” y “b” del art. 37 de la ley, cuyos enunciados genéricos imponen labor interpretativa, calificación y asesoramiento profesional. Brindado por escribano, corresponderá a éste actuar con la debida prudencia y diligencia, consultando y cotejando opiniones, analizando las circunstancias particulares que pueda revestir el caso y resolviendo, en definitiva, de acuerdo con la evaluación e interpretación cumplidas, sobre el posible contenido abusivo de alguna cláusula.

No creemos que este deber así definido sea de resultado⁶⁵, en tanto se entiende que el resultado es la “certeza” de opinión o calificación dada frente a un eventual planteo judicial sobre el contenido abusivo de una cláusula. No hay duda de que en estos casos hay un alea, eventualidad, o en definitiva “incertidumbre” por la existencia de opiniones divergentes, que impone al notario obrar con la máxima medida.

Siguiendo esa línea de ideas, creemos que el deber de asesoramiento ante este especial tipo de cláusulas (nos referimos a las llamadas cláusulas abiertas) se presenta como una obligación de hacer, inherente al servicio que se requiere del escribano como profesional conocedor del derecho, cuya fuente deriva de las propias disposiciones contenidas en la “Ley de Defensa al Consumidor”. En el asesoramiento brindado por el escribano, “prestador”, éste debe poner a disposición del usuario el conocimiento experto que posee; justamente es el conocimiento lo que coloca al profesional en una situación “dominante” frente al cliente, en un grado de “desigualdad negocial”, pues el usuario, por regla, se encuentra en una situación de “dependencia cognoscitiva”⁶⁶; **pero, asesorado debidamente, el deber de información al usuario se cumple, y la “dependencia cognoscitiva” no subsiste.**

En síntesis, la obligación de asesoramiento e información que conlleva la interpretación de las llamadas “cláusulas abusivas abiertas” importa una obli-

(64) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* N° 966, págs. 339/340. A modo de ejemplo, sería el caso en el que un escribano requiere un certificado de dominio para una operación de venta y el Registro Inmobiliario, en su despacho, informa erróneamente la inexistencia de gravámenes, de tal suerte que el escribano autoriza la venta como libre de ellos, con el consecuente perjuicio que su vigencia frente al nuevo adquirente ello deriva.

(65) En contra de esta opinión: Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil del Escribano*, Bs. As., Hammurabi, pág. 84.

(66) ALTERINI-LÓPEZ CABANA, *La debilidad jurídica en la contratación contemporánea. Derecho de Daños*, Ed. La Ley S. A., 1992.

gación de hacer, a cargo del notario. Se cumple y no incurre en responsabilidad alguna el escribano en tanto acredite la labor previa de asesoramiento y la debida advertencia brindada al respecto de las partes, destacándose que no basta para eximirlo de responsabilidad la simple exoneración que le confieren las partes, sino que se impone de los requirentes haber aprobado expresa y especialmente por escrito dicho articulado (ver *supra* VI b), previa información detallada, eficaz y suficiente (art. 4 de la ley 24240) brindada por el notario, de tal modo que, ilustradas las partes, especialmente la más débil, de sus alcances, la función notarial habrá sido formal y funcionalmente cumplida, irguiéndose como garantía del equilibrio contractual.