

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FUNCIÓN NOTARIAL Y PROCESO(*) (332)

LUIS ALBERTO VIERA

SUMARIO

I. Primera parte (Parte teórica). - Función notarial y proceso. - II. Segunda Parte (Casos prácticos). - 1) Prórroga de competencia y domicilio convencional. - 2) Valor de las convenciones sobre la prueba judicial. - 3)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comodato con plazo o comodato precario. Diferencias procesales. - 4) Configuración del título ejecutivo. - 5) Contrato de arrendamiento urbano. - 6) Ejecución forzada de convenio particionario. - 7) Obligaciones a pagar en moneda extranjera. - 8) Garantías de cumplimiento de obligaciones contractuales. - III. Preguntas de asistentes. - Sobre fijación de gastos comunes. - Sobre liquidación como título ejecutivo. - Sobre "astreintes". - Palabras del escribano Bardallo. - Palabras del escribano doctor Viera.

ESCRIBANO DEAMICIS - La Asociación de Escribanos, continuando con los actos científicos, organiza hoy una mesa redonda sobre los aspectos procesales que inciden en el ejercicio de la función notarial.

Se ha elegido un tema práctico, de gran importancia, que tiene referencia con la técnica, con la elaboración de los contratos, ya que se analizarán las consecuencias y proyecciones de sus estipulaciones en un eventual litigio.

Ha sido acertada la elección del relator del tema. No podía encontrarse otra persona más adecuada para desarrollar este tema que el escribano doctor Luis Alberto Viera, precisamente por eso, por ser abogado y escribano y por dominar ampliamente los dos aspectos que tiene el tema; pero además y fundamentalmente, por su capacidad, que no es necesario señalar en esta casa, ya que es una figura relevante de nuestro gremio. Su inteligencia, sus conocimientos profundos y su facilidad y claridad de exposición, son bien conocidos, lo que es fruto de su gran experiencia profesional, de su vocación y dedicación al estudio y su carrera docente, en la que acaba de culminar una etapa brillante, al ser designado en la Cátedra de Derecho Procesal de nuestra Facultad de Derecho.

Dejo con ustedes al doctor Viera. (Aplausos).

PRIMERA PARTE

ESCRIBANO DOCTOR LUIS ALBERTO VIERA. - Agradezco las amables e inmerecidas palabras de mi amigo, el escribano Deamicis, presidente de la Asociación de Escribanos y, como el tiempo urge, pasemos directamente al tema.

Como se ha planeado, comenzaremos con una primera parte de exposición teórica sobre las relaciones entre la función notarial y el proceso, y luego iremos a una parte más práctica, en donde expondremos algunos aspectos en que lo procesal incide sobre lo notarial, o viceversa. Abordemos, entonces, la primera parte.

Es característica de toda ciencia la de que, a medida que ahonda en el conocimiento de su objeto, éste se le amplía de una manera insospechada.

Tal parece ser, en particular, la característica de la ciencia notarial, o sea la de aquella rama de la ciencia jurídica cuyo objeto lo constituye la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

función notarial.

En un primer momento, lo que se destacó de dicha función es su finalidad autenticante, esa potestad específica, propia, peculiar, conferida por la ley al notario, de dotar de fe pública a los instrumentos que autoriza. Es lógico que, en un principio, la atención se haya centrado en ese aspecto, puesto que no existe otro profesional al que el derecho le confiera una función pública tan trascendente. Hasta qué punto ese rasgo ha dominado y domina aún en la comprensión de cuál es el papel que le corresponde desempeñar al notario en la sociedad, surge de las definiciones que de su función nos dan los diccionarios tipo manuales, de uso más corriente, de conceptualización más elemental, pero que, por ello y, en cierto sentido, son expresión del sentir popular. Así, por ejemplo, el pequeño Larousse: "Notario. - funcionario público autorizado para dar fe de los contratos y otros actos".

Esta concepción primaria es, diríamos, meramente empírica, sólo tiene en cuenta lo más trascendente, aquello que se exterioriza más agudamente, lo que se percibe a primera vista; lo fenomenológico y no la esencia íntima del fenómeno, aquella que, para que se ponga de manifiesto, requiere un examen más atento de este fenómeno.

A poco que la ciencia notarial se puso a indagar en el objeto de su conocimiento, nuevas facetas, nuevos planos, nuevos caracteres, ocultos al primer examen, se pusieron de relieve.

Se observó que el notario es un asesor jurídico que instruye a los interesados sobre cuál es la vía legal adecuada para la obtención de los fines éticos, económicos o sociales que aquéllos persiguen; que es un intérprete de la voluntad de las partes, pero un intérprete en el verdadero sentido de la palabra, no un mero reflejo de esa voluntad sino un modelador de ella a fin de adecuarla al esquema jurídico normativo, al tipo legal con todas sus previsibles consecuencias; se advirtió que cumple una función conciliadora de los intereses de las partes tratando de armonizarlas en un justo medio; que en la instrumentación de esa voluntad tiene una función representativa dando una imagen fiel del acto o hecho percibido que permita, en el futuro, su reconstrucción mental exacta; que le cabe una función conservadora del instrumento mediante su debida registración y su reproducción, de acuerdo a las formas y requisitos legales y reglamentarios, prescriptos para cada tipo de instrumento; que, en fin, en un mundo continuamente revolucionado por la ciencia y la técnica, le corresponde el papel fundamental de crear las fórmulas jurídicas que adapten las normas generales y abstractas a las innovaciones de esa ciencia y esa técnica.

Lo que al principio parecía muy simple, ahora se nos ha transformado en algo sumamente complejo, multifacético.

El análisis, sin embargo, debe completarse con la síntesis para que el objeto se nos manifieste en su unidad, dentro de la multiplicidad de sus diversas expresiones. El notario es el jurista, el técnico de la realización pacífica del derecho, como de su realización coactiva lo es el juez y quienes, como los abogados, colaboran, en el plano jurídico, con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elevado magisterio de administrar justicia. A ese límite ha llegado la ciencia notarial en cuanto a la razón de ser de la función en relación al negocio jurídico, o sea a las manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin tutelado por el ordenamiento jurídico. Dada la complejidad de la vida social moderna y, como consecuencia de ello, del derecho como regulador normativo obligatorio de ella, se requiere un técnico en materia jurídica que, en el negocio, canalice la voluntad de las partes dentro de ese ordenamiento normativo, la represente fielmente en el instrumento y le dé la autoridad de fe pública necesaria para que los derechos que consagra puedan desenvolverse sin tropiezos ni dificultades en el tráfico jurídico.

En el trabajo presentado al X Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Montevideo en 1969, sobre el tema del notariado frente al mundo moderno, yo decía que el poder autenticante, el poder de dar fe con eficacia erga omnes conferido por la ley al notario, es el medio para esa realización pacífica del derecho como la cosa juzgada lo es con relación a su realización coactiva. Esta idea, por cierto, no es exclusiva mía sino que luego la he encontrado en notarialistas con mayor autoridad.

Pero he aquí lo singular, lo paradójico que muchas veces nos depara la ciencia cuando profundiza en el conocimiento de su propio objeto: lo que en un primer momento, en una simple consideración empírica de la función aparecía como el fin de ella, el poder autenticante, el poder de dotar de fe pública a los instrumentos en que el notario interviene, se ha convertido al final del análisis, en un medio, en un instrumento para la verdadera esencia de esa función: la realización pacífica del derecho.

La conclusión lógica coincide, por otra parte, con la histórica. Como lo han demostrado entre otros Núñez - Lagos, Pondé(1)(333) y entre nosotros Larraud, Bardallo, Hegoburu, etc.(2)(334), el notario fue, primero, artífice de la forma jurídica; mucho más tarde, muy avanzada la Edad Media, en el pre - renacimiento, recién se le reconoce por ley la autoridad de oficial público, con la potestad de dar fe con alcance general, para todos, de lo visto y oído por él, en el instrumento que autoriza.

Con estas conclusiones, ¿se habrá agotado el conocimiento de la esencia de la función con relación al negocio jurídico? Entendemos que no, que aún hay matices, aspectos, caracteres que permanecen en la penumbra y que necesitan del foco esclarecedor de la ciencia.

Entre ellos, nos encontramos con el relativo a las relaciones de la función notarial con el proceso.

¿Cómo, hasta ahora, han sido entendidas esas relaciones?

Ellas han sido consideradas en un aspecto puramente negativo: la función notarial sirve para la prevención del litigio, para evitar el proceso. Como decía Joaquín Costa: "A notaría abierta, juzgado cerrado". No vale la pena perder tiempo en hacer más citas sobre esta concepción, porque ella se encuentra en todos los tratados, manuales, trabajos que de alguna manera se han referido a la función notarial e, incluso, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislaciones modernas que han intentado definirla. Sólo cabría destacar que, llevando al extremo esta posición, el notarialista español González Palomino ha llegado a decir que el instrumento notarial tiene un carácter "antiprocesal"(3)(335).

Por supuesto, tal idea de las relaciones entre función notarial y proceso es exacta, pero que sea exacta no quiere decir que sea completa, que abarque la problemática que plantea esa relación en su total dimensión.

Claro está que lo fundamental del carácter cautelar de la función notarial en relación al proceso, es la prevención del litigio, armonizando los intereses en juego, asegurando los derechos de las respectivas partes, previendo la proyección de esos derechos de acuerdo con el ordenamiento jurídico, anticipando cuáles pueden ser los motivos de conflicto o discrepancia en la aplicación futura de ellos a fin de clarificarlos de antemano en el respectivo instrumento, de acuerdo con lo que las partes convengan al respecto. Suscribimos plenamente lo que enseñara Bardallo con relación a las diversas etapas con que se cumple la función notarial: 1º) comprobación de los hechos mediante su percepción personal, directa e inmediata; 2º) fijación de esos hechos, individualizándolos, especificándolos en su concreta determinación dentro de las abstracciones y generalizaciones del tipo legal adecuado al caso; 3º) representación fiel de esa comprobación y fijación del hecho de manera que en el futuro, el objeto representativo logrado, el instrumento notarial, dé, a cualquiera que lo utilice, la imagen exacta del hecho representado; 4º) carácter estable y permanente de la representación mediante su correspondiente registración, de manera que permita disponer de la imagen del hecho representado, en todo tiempo y cuantas veces sea necesario. En la medida que el notario cumpla debidamente con todas y cada una de las etapas de este proceso, es indudable que se convierte en un eficaz agente en la prevención y eliminación de litigios.

Lo que afirmamos es que en relación al litigio, la función notarial no se detiene o debe detenerse en la previsión y eliminación de todas las posibles causas de conflicto que, en el futuro, pueda suscitar la aplicación de los derechos que consagra el instrumento notarial, sino que (y en los hechos ha ido y debe ir más allá) dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico, debe tomar todas las precauciones a su alcance para que en caso que el litigio se produzca, éste se desenvuelva en el proceso de la manera más eficaz para garantizar la aplicación coactiva de los derechos tutelados.

Para dar una idea simple de lo que quiero expresar, diría: el instrumento notarial no sólo debe contener cláusulas que, previendo el litigio, procuren eliminarlo de antemano, eliminando el proceso correspondiente, sino cláusulas que previendo el litigio, traten que el proceso al que puede ese litigio dar lugar, se desenvuelva de la manera más eficaz y rápida posible. Cláusulas para prevenir el litigio, eliminando el proceso y cláusulas para prevenir el litigio, facilitando el proceso. De esta manera, el notario se convierte en un efficacísimo auxiliar de jueces

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y abogados en la realización de la función jurisdiccional; por el contrario, la ignorancia o el descuido de este aspecto de la función cautelar notarial puede convertirse en un grave perjuicio para la delicada labor de administrar justicia.

La doctrina notarial no ha tomado, a mi juicio, debida nota de este aspecto de la función, y al no tenerlo en cuenta, al mantenerlo en la penumbra, al no haber puesto la atención sobre él, no ha facilitado su perfeccionamiento técnico.

Sin embargo los hechos, con su muda elocuencia, nos enseñan que ya ahora mismo los notarios, sin advertirla, están cumpliendo esa delicada función. Sólo falta que la ciencia al esclarecerla, determine que el quehacer empírico se convierta en un quehacer racional.

Hay un ejemplo que, al respecto - y permítaseme la expresión vulgar -, rompe los ojos. Se trata de las llamadas cláusulas de estilo en el contrato de hipoteca. ¿Qué sentido tiene la renuncia a los plazos y beneficios del juicio ejecutivo y el pacto de venta al mejor postor del bien hipotecado, sino el de facilitar el proceso a que pueda dar lugar la realización coactiva de la obligación garantida con la hipoteca? ¿En dónde incide la eficacia de esa otra cláusula por la cual los títulos de propiedad del bien hipotecado deben quedar depositados en poder del acreedor, del escribano autorizante o de un tercero, sino y para el proceso de ejecución hipotecaria? ¿Cómo puede sostenerse que esas cláusulas son "antiprocesales" cuando precisamente sólo valen o valen fundamentalmente para el proceso consiguiente? ¿No es, precisamente, en previsión de que ese proceso se pueda dar en el futuro, que ellas se establecen?

En qué medida, previsiones semejantes pueden tenerse en cuenta en otro tipo de negocios jurídicos, es lo que corresponderá determinar a la doctrina. Al análisis de algunos casos prácticos corresponde la segunda parte de esta mesa redonda.

Una última observación en lo que se refiere a las previsiones notariales con relación al proceso en el campo de los negocios jurídicos. Previsión para evitar el proceso y previsión para facilitar el proceso son o parecen ser dos aspectos diferentes de la función preventiva notarial, pero que refluyen uno sobre otro, sobre todo el segundo con relación al primero. La determinación, en el instrumento notarial, de la vía procesal más eficaz en cuanto desalienta al que quiere violar lo pactado y psicológicamente lo conmina a cumplir, se convierte, indirectamente, en una forma de evitar el proceso. Así lo indica la experiencia. Cuando abordemos algunos de los casos prácticos, comprenderemos mejor esta singular vuelta al punto de partida. Pero este retorno está valorado por un nuevo conocimiento: ahora sabemos que para evitar el proceso una de las vías es preverlo en el instrumento, determinando la vía procesal más eficaz para garantizar los derechos que ese instrumento consagra. Esto es, por otra parte, el camino de toda ciencia: partir de lo concreto indeterminado hacia lo abstracto y de éste, de nuevo a lo concreto, pero a un concreto enriquecido por la multiplicidad de sus determinaciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hasta ahora hemos considerado la previsión notarial del proceso en la realización pacífica del derecho a través del negocio jurídico.

¿Se detiene aquí la colaboración que el notario puede prestar a jueces y abogados en la realización coactiva del derecho?

La más reciente ciencia notarial pone énfasis en un aspecto de la función que, en los últimos tiempos, ha adquirido enorme importancia: la de la comprobación de hechos y situaciones jurídicas del presente y del pasado.

Hasta qué punto esa actividad notarial contribuye eficazmente a facilitar el proceso, lo demuestra, en nuestro medio, la ley 13355 de 17 de agosto de 1965, llamada de "Abreviación de los juicios".

En materia de formación del título ejecutivo mediante documento privado, dicha ley, en su artículo 54, introdujo una importante modificación. Anteriormente, bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil, la única manera de constituir el título ejecutivo era el reconocimiento judicial de la firma o, en el caso particular de los documentos comerciales, el protesto personal al deudor. Los abogados sabemos, por propia experiencia, la pérdida de tiempo que significa la primera forma. Dada la lentitud de los trámites judiciales, es frecuente que el documento se encuentre reconocido o dado por reconocido judicialmente, no ya a un mes sino a los dos o tres meses del consiguiente petitorio. En cuanto a la segunda forma, limitada a los documentos comerciales, basta que el protesto no pueda hacerse personalmente al deudor para que no pueda adquirir la calidad de título ejecutivo y bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil tuviera que recurrirse inexorablemente al reconocimiento judicial de firma. Ahora, la citada ley permite suplir el reconocimiento judicial de firma por su autenticación por escribano público, lo cual importa estas dos grandes ventajas: primero, ahorro de tiempo; segundo, alivio de la más que pesada actividad judicial. La misma posibilidad se da para los documentos privados cuando se presentan como prueba en un proceso - artículo 31 de la referida ley - . El reglamento notarial vigente exige que la firma haya sido puesta en presencia del escribano o, si se firmó anteriormente, que el reconocimiento de firma se haga por el interesado, ante el notario. Aunque del texto de la ley no surgen tales formalidades, el reglamento notarial ha estado perfectamente correcto en exigir las. No es necesario que la ley las imponga a texto expreso. Ellas están implícitas en la esencia de la función notarial, que se rige por el principio de intermediación: el escribano sólo puede dar fe de lo visto y oído directamente. La comprobación de la autenticidad de una firma por su cotejo con otras provenientes de su autor es propio de los peritos calígrafos, y los escribanos no lo son. Por lo tanto, aquellos que así lo hacían antes de la expresada reglamentación, actuaban "fuera de su competencia", fuera y no "dentro de sus atribuciones", como requiere el artículo 1574 del Código Civil.

Pero volviendo a lo que importa de acuerdo con el tema de esta mesa redonda: ¿no significan esas innovaciones introducidas por la ley 13355

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la demostración más palpable de cómo la función notarial puede ayudar a facilitar el proceso?

En una mesa redonda organizada por el Colegio de Abogados en el año 1972, yo decía, con relación a los resultados obtenidos por la ley 13355, que es hora ya de considerar a las profesiones de abogado y escribano no como opuestas sino como complementarias, y que observadas desde ese ángulo el notario puede convertirse en un eficaz auxiliar de jueces y abogados en la delicada labor de administrar justicia, a poco que éstos adviertan las posibilidades que para ello les ofrece la función notarial.

Casi contemporáneamente, Bardallo, en una conferencia pronunciada en Buenos Aires al conmemorar el septuagésimo quinto aniversario de la Revista del Notario, llegaba a idénticas conclusiones: "Pensamos - decía - que el escribano puede organizar, valiéndose de sus propios medios o instrumentos de expresión, la prueba a presentar al proceso, trabajando en colaboración con el abogado patrocinante. En general, y perdonen la generalización si no corresponde a este medio, los abogados nos identifican con la escritura pública y conocen mal las posibilidades del acta notarial, del certificado notarial, del testimonio por exhibición. Preparar las pruebas que apoyen o funden una pretensión jurídica, debiera ser una tarea previa a la iniciación del juicio, de cuidadosa elaboración, que el escribano puede ayudar a seleccionar y producir, en la medida que el abogado y el notario se comprendan y complementen. Con sólo pensar en ciertas especies de actas notariales, se comprende cuánto puede aportar a un proceso, como elemento de convicción: actas de comprobación de hechos; actas de declaraciones testimoniales o confesorias; actas de notificación y requerimiento, registro de documentos de valor que interesa preservar, etc."(4)(336).

Esta conferencia, tan rica de sugerencias como todos los trabajos de Bardallo, fue publicada en la revista bonaerense bajo el título: "La función notarial y sus posibles aplicaciones a otros campos de actuación". A propuesta mía, la Comisión Directiva de la Asociación, en una de sus últimas sesiones, resolvió que se publicara en nuestra Revista Social.

Yo voy a limitarme, en esta exposición, al valor procesal de la comprobación de hechos y a la recepción de declaraciones efectuada por y ante escribano antes del proceso, para no extender esta exposición que me ha resultado más larga de lo que hubiera querido. Espero que Bardallo la amplíe con otros aspectos a los que hace referencia tanto en ese estudio como en el de "Comprobación notarial de hechos", presentado al X Congreso Internacional del Notariado Latino, que, como ustedes saben, obtuvo el premio "José A. Negri", al mejor trabajo presentado a ese Congreso.

En la comprobación de hechos, son infinitas las posibilidades que ofrece la intervención notarial como medio de constituir pruebas a ser utilizadas en el proceso. Hay hechos que, por su propia naturaleza, por su fugacidad, tienden a desaparecer mucho antes que su prueba directa pueda ser proporcionada en el proceso. Precisamente, en atención a esa circunstancia, el artículo 13 de la ley 13365 estableció que: "Además de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las medidas preparatorias previstas en el Código de Procedimiento Civil podrán decretarse otras medidas de la misma naturaleza, siempre que a juicio del juez existan razones de urgencia o necesidad". Pero todos sabemos que, dada la lentitud de nuestros procedimientos judiciales, aun por este medio, muchas veces se torna imposible captar el hecho antes que sus rastros materiales desaparezcan. La oportuna intervención notarial puede evitar este riesgo si se realiza tomando todas las precauciones a fin de proporcionar, de manera fehaciente, esos elementos de convicción antes de su extinción. Bardallo pone este elocuente ejemplo: "Hemos visto componer por medio de actas notariales, con el apoyo de fotografías y el asesoramiento de agrimensores, prolijas y vivas reconstrucciones de un accidente automovilístico que ninguna narración o descripción, por inmejorable que fuera, podría hacer más expresiva... convincente"(5)(337).

Lo mismo ocurre con las declaraciones de sujetos sobre hechos personales o de testigos, sobre hechos que han presenciado. En relación a los primeros, ponemos este ejemplo: una persona casada mantiene relaciones íntimas con otra mujer. De ella espera un hijo que, cuando nazca, desea reconocerlo por los medios que le permite el derecho positivo; pero, de salud delicada, quiere desde ahora mismo cumplir con lo que considera es su deber de futuro padre. ¿Cómo darle tranquilidad espiritual? El artículo 241 de nuestro Código Civil establece, en el numeral 3º, que la paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada "cuando el padre haya reconocido por escrito la paternidad que se reclama". ¿Quién puede negar el profundo valor de convicción de la declaración de ese padre angustiado ante el hijo que espera, hecha en acta notarial, con todas las garantías que ésta ofrece?

En cuanto a las declaraciones de testigos recogidas en acta notarial a fin de ser, luego, presentadas en un proceso, no se necesita ser experto en psicología para saber que una de las circunstancias que disminuye el valor de la prueba testimonial es el tiempo transcurrido entre la percepción del hecho por el testigo y el momento en que depone sobre él. Las impresiones recibidas tienden a borrarse de su memoria y aun de buena fe, inconscientemente, el testigo declara al tiempo no tanto lo que vio como lo que cree haber visto. Lo ideal es que el testigo declare simultáneamente con la percepción del hecho o al poco tiempo de ocurrido. Desgraciadamente nuestro proceso, sobre todo el civil, no está organizado de manera que ello sea posible. Los testigos depone mucho tiempo, a veces años después de ocurridos los hechos, cuando sólo les ha quedado en la memoria un recuerdo muy borroso de ellos. En tales condiciones, ¿quién puede asegurar sobre la veracidad de lo declarado, aun con absoluta buena fe? Creemos, con Bardallo, que estos inconvenientes se pueden, por lo menos, atenuar, recogiendo en acta notarial esas declaraciones inmediatamente de haber ocurrido los hechos presenciados, sobre todo si, como él aconseja, se acompaña con su grabación en cinta magnetofónica.

Bastan estos ejemplos para ilustrar suficientemente cómo la función

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarial puede servir eficazmente, en materia probatoria, al proceso.

Queda por estudiar el valor procesal de esas pruebas.

La doctrina procesal moderna se inclina, en materia de valoración de la prueba, por el criterio de su libre apreciación judicial. Libertad en la apreciación de la prueba por el juez no significa valoración subjetiva, caprichosa, arbitraria, sino, simplemente, que en esa estimación el juez no puede ni debe estar limitado por ninguna tarifa legal, por ningún canon de valor pre - establecido, de manera obligatoria, por la ley. Libertad de apreciación, pues, ante la ley, pero subordinada a reglas objetivas de la lógica y la experiencia, controlables a través del deber del juez de motivar su sentencia.

Esta es, por otra parte, la solución que en nuestro país ha establecido el artículo 26 de la ley 13355, que agregó al artículo 349 del Código de Procedimiento Civil este inciso: "También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la ley, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley y para su valoración se estará a las reglas de la sana crítica".

Claro está que en materia de negocios jurídicos, su forma instrumental adecuada, que es la escritura pública, ha sido expresamente reglamentada por la ley, en cuanto a su autoridad y eficacia. Lo que, en el instrumento, el escribano da fe de haber visto y oído con relación al acto instrumentado hace fe respecto a todos y entre ellos, al juez. Esa fe, vinculante, erga omnes, para todos, sólo puede ser destruida mediante la querrela de falsedad. Por supuesto, ese pleno valor probatorio de la escritura sólo se extiende a lo que el notario declara haber visto y oído, no va más allá. Así, por ejemplo, si en una compraventa el vendedor declara haber recibido el precio antes del acto, la fe notarial se limita a que se ha hecho esa declaración; no legitima, no autentica que lo que ella dice sea cierto. A lo sumo, esa declaración tiene el valor de una presunción juris tantum, que puede ser destruida mediante prueba en contrario, como ocurre en los procesos por simulación. Por cierto, los procesalistas no sentimos necesidad alguna de que el pleno valor probatorio, con efecto erga omnes, que resulta de la escritura pública, sea modificado, ajustado a sus verdaderos límites, a la fe que da el escribano de lo que ha visto y oído con relación al negocio instrumentado.

Pero ahora nos encontramos en el campo de los actos o hechos no negociables, de medios de prueba obtenidos fuera del proceso.

La regla del artículo 26 de la ley 13355 nos da, a mi juicio, la solución, adecuándola a la importancia que le da a ese medio de prueba la intervención notarial, pero también al hecho de que ella se ha obtenido sin el debido contralor de la parte contraria.

Con relación a la comprobación de hechos, corresponde distinguir según lo comprobado sea el propio hecho a probar o solamente indicios, elementos de convicción de los que pueda inferirse el hecho a probar.

Cuando el acta notarial comprueba el propio hecho a probar, dice Bardallo que ella, el acta, justifica auténticamente el hecho a probar si el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano lo ha presenciado y da fe de su comprobación y pone como ilustrativo ejemplo el caso típico del sorteo. La Administración de Loterías realiza los sorteos con la presencia de un escribano público, que consigna en actas el resultado de ellos. En este caso, el acta tiene la misma fuerza y eficacia probatoria que la ley le ha conferido a la escritura pública. Lo que e]la afirma sólo puede ser destruido mediante la querrela de falsedad(6)(338). Coincidimos plenamente con esta conclusión, pero entendemos que éste no es el caso que ahora estamos considerando. El acta del sorteo como la escritura pública no se autorizan con la finalidad de preconstituir prueba en un proceso. Su finalidad es servir para el tráfico jurídico, para la realización pacífica del derecho, aunque, eventualmente, en caso de un proceso puedan servir con pleno valor probatorio.

Lo que nos interesa, ahora, es la comprobación de un hecho mediante acta con el fin de preconstituir prueba para un proceso a promoverse en base a dicha acta.

En este caso, ya se trate del propio hecho a probar o, con mayor razón, de la prueba de elementos de convicción de los que aquél pueda inferirse, la valoración de lo que consigna el acta no escapa, en principio, al criterio de la libre apreciación judicial basada en las reglas objetivas de la lógica y la experiencia. El juez apreciará el resultado del acta teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que la parte contraria o que él mismo obtenga por vía de diligencia para mejor proveer. La comprobación de hechos con fines probatorios tiene un valor análogo, no igual al examen judicial. No es igual porque aquí no es el juez el que aprecia los hechos por sus propios sentidos, sino el notario, pero tampoco tiene el valor de un simple testimonio porque el notario es un testigo calificado cuya autoridad de dar fe emana de la ley y de su propia investidura de oficial público. Por otra parte, a la inspección judicial suelen concurrir las partes para lo cual son expresamente citadas y hacer las observaciones que estimen pertinentes, circunstancia que aquí no se da. En el negocio jurídico la fe que da el notario de la identidad de los comparecientes, de la expresión de su voluntad, de la lectura del instrumento, de su otorgamiento y de la autenticidad de las firmas, está a su vez avalado por esas mismas firmas. Por eso sólo mediante querrela de falsedad puede destruirse esa fe. Igualmente, el sorteo se hace en público; el funcionario encargado de extraer las bolillas que contienen los correspondientes números las lee en alta voz; el escribano no hace más que comprobar que esto es cierto. El acto está revestido de una solemnidad que permite atribuir al acta el mismo valor que el de una escritura pública. En la comprobación de hechos sólo están los sentidos del escribano y los hechos y así como los sentidos pueden engañar al juez, pueden también confundir al notario. Si la inspección judicial es una prueba racional, librada a la apreciación judicial, no es posible atribuirle mayor valor a la inspección notarial.

Pero, a su vez, si no se han proporcionado pruebas que contradigan lo que resulta del acta notarial; si, además, el escribano ha tomado la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precaución de confirmar sus observaciones por los medios que la técnica moderna le proporciona, como la fotografía; si se ha hecho acompañar por peritos que lo asesoren sobre aquellos aspectos que, por no ser simples hechos cuyo conocimiento está al alcance de cualquiera sino hechos complejos, su apreciación requiere la observación de expertos, es indudable, precisamente basado en las reglas de la lógica y la experiencia, que lo consignado puede alcanzar un valor de convicción tal que fundamente por sí solo una sentencia favorable.

En cuanto a la confesión por acta notarial de hechos personales del declarante, tendrá el valor, como señala acertadamente Bardallo, de la confesión extrajudicial escrita.

¿Y qué decir de las declaraciones testificales obtenidas en acta notarial, antes del proceso? La conclusión es idéntica a la de la comprobación de hechos. Su valor queda librado, como cualquiera otra prueba testimonial, a las reglas de la sana crítica, que son esas reglas objetivas de la lógica y de experiencia a las que me acabo de referir. La seriedad de las declaraciones será mejor apreciada por el juez si se acompaña con su grabación magnetofónica. A través de ella, el juez podrá apreciar la forma en que el testigo declaró, sus dudas, sus evasivas, sus titubeos y, de ello, podrá deducir preciosas conclusiones sobre la credibilidad de lo que afirma.

Por último, una observación que considero mi deber hacer constar. Toda doctrina procesal está de acuerdo en que uno de los elementos que el juez debe tener en cuenta al apreciar el valor de un dictamen pericial es la seriedad del perito. Nosotros no podemos escapar a esta regla máxime si tenemos en cuenta que al perito lo designa el juez mientras que, en los casos que estamos considerando, al escribano lo elige una sola de las partes interesadas. Desgraciadamente, en nuestra profesión como en todas, hay escribanos y escribanos. Afortunadamente, la enorme mayoría de los notarios uruguayos hacen honor a la fe que en ellos ha depositado la sociedad; pero, no podemos negarlo, hay una ínfima minoría de cuyas afirmaciones hasta nosotros dudamos. No podemos, pues, negarle al juez que ante un acta notarial destinada, a pedido de parte interesada, a obtener pruebas a fin de ser utilizadas en un proceso, tenga en cuenta la idoneidad del autorizante, no sólo su idoneidad técnica sino, también y fundamentalmente, su idoneidad moral. De tal posibilidad nada tienen que temer, como digo, la enorme mayoría de los escribanos uruguayos que ejercen la profesión con reconocida probidad sólo pueden temerla aquellos que, por su conducta, están en la picota pública.

Queda, por último, el problema de considerar hasta qué punto estas actas notariales de comprobación de hechos o de recepción de declaraciones de personas a fin de ser utilizadas en un proceso, están en pugna con el principio de contradicción, principio esencial del debido proceso. Este principio implica, en relación a la prueba judicial, el derecho de toda parte de controlar la producción de la prueba ofrecida por la contraria. Hasta tal punto el Código afirma este principio que,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

según el artículo 676, puede ser motivo de nulidad el no haberse hecho saber a la parte recurrente el señalamiento de día para cualquier diligencia probatoria que debiera practicarse en día determinado (inspección judicial, absolución de posiciones, declaración de testigos, etc.).

Esta causa de nulidad se refiere a diligencias probatorias realizadas dentro del proceso y la falta de citación de una de las partes le imposibilita su contralor. El principio de preclusión le impide lo haga con posterioridad; es, pues, lógico que ello pueda ser causa de nulidad.

En este caso de las pruebas logradas mediante acta notarial, nos encontramos con pruebas obtenidas antes del proceso. Nada impide a la parte contraria que, posteriormente, en el proceso, las impugne, haga prueba en contrario, llame a declarar a los testigos, los tache, escuche la grabación de su declaración, le haga preguntas y repreguntas que la ley le permite, ni nada impide que igual contralor lo haga el juez. En consecuencia, entiendo que ellas no violan el principio de contradicción en materia de prueba. Por otra parte, repetimos, se trata de pruebas que el juez debe valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica e, indudablemente, tendrá en cuenta esa circunstancia de que esas declaraciones se obtuvieron sin el contralor de la parte contraria.

Con esto concluimos esta primera parte de carácter teórico, sobre esta mesa redonda relativa a las relaciones entre la función notarial y el proceso. Si con lo expuesto hemos provocado una inquietud que dé motivos a estudios más profundos y, por supuesto, de mayor valor sobre el tema, nos damos por más que suficientemente satisfechos. (Aplausos)

SEGUNDA PARTE

Ahora vamos a pasar a la segunda parte, es decir, a los casos prácticos. Trataremos de ser breves.

1) Prórroga de competencia y domicilio convencional

Sobre la prórroga de competencia, ustedes saben que el desplazamiento de la competencia original, por este medio, sólo es posible, en lo que se refiere a la competencia por razón de lugar, competencia territorial.

También en materia de competencia por razón de la cantidad existe la posibilidad de la prórroga para la competencia de los jueces de paz rurales, que de \$ 250 pueden entender, por vía de prórroga, hasta \$ 1.000 y, según algunos, hasta \$ 5.000. Basta decir la cifra para darse cuenta que esto no tiene, en el momento actual, ninguna importancia. Por consiguiente, nos vamos a limitar a la prórroga de competencia por razón de lugar.

Luego tenemos la fijación de domicilio convencional en un contrato, para todos los efectos que el cumplimiento del mismo pueda producir, efectos extrajudiciales y judiciales. Ese domicilio convencional va a ser el lugar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donde, en caso de proceso, va a ser emplazada la persona que lo fijó. Es necesario, cuando se instrumenta al respecto, tener presente la relación entre una y otra cosa porque si no, sin querer, en lugar de facilitar el proceso lo entorpecemos. He tenido casos, como abogado, de tener que ejecutar derechos en base a escrituras donde se fija como competencia la de los jueces de Montevideo, pero como domicilio convencional, la ciudad de Canelones, de Las Piedras o de La Paz. Esto es absurdo. Con esto, en lugar de facilitar el proceso, lo complicamos, porque cualquiera sabe que si hay que iniciar la demanda en Montevideo y hay que emplazar al demandado en Canelones, la pérdida de tiempo es mucho mayor que si no se hubiera hecho la prórroga de competencia. Por lo tanto, éstas no son cláusulas que se ponen por cualquier cosa sino que tienen su valor y el escribano, cuando instrumente un acto, las tiene que tener presentes para que el proceso no se complique.

La escribana Gleiss, una de nuestras mejores actuarias, me señalaba el error que se comete en las escrituras de hipoteca cuando sólo se fija como domicilio convencional el del deudor y no el del acreedor. Cuando hay que cancelarla por la vía judicial y no se sabe dónde está el acreedor, se crean complicaciones enormes. De manera que es conveniente fijar no sólo el domicilio convencional del deudor, sino también el del acreedor. Los escribanos tenemos que actuar como profesionales imparciales tutelando los derechos de ambos, en este caso, los del deudor y los del acreedor.

2) Valor de las convenciones sobre la prueba judicial

Aquí he puesto ejemplos de lo que puede hacer y de lo que no puede hacer el escribano. Ahora entramos en un terreno en que más bien vamos a ver lo que no puede hacer.

Esta cuestión sólo se puede plantear en el proceso civil de tipo dispositivo. Se trata de saber si el poder de disposición que se le reconoce a las partes en lo relativo a la prueba - limitación de su tema a los hechos alegados y controvertidos, poder de iniciativa en cuanto a su proposición - también se extiende a la posibilidad de reglar, mediante acuerdo, sobre la limitación a determinados medios, de la prueba de un negocio jurídico, a la prohibición de otros, sobre el valor probatorio de esos medios o sobre la inversión de las reglas legales de la carga de la prueba.

Al respecto, hay muchas opiniones en la doctrina procesal; pero la tendencia predominante es negarle eficacia a estos convenios que pretenden inferir en la potestad de apreciación libre de la prueba por el juez. De manera que en este terreno, todo lo que hagamos para pretender, como a veces ocurre, que tal cosa sólo se puede probar por tal medio, eso, desde el punto de vista procesal, tiene muy limitada eficacia.

3) Comodato con plazo o comodato precario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¡Cuántas veces, en el ejercicio de nuestra profesión, nos hemos encontrado con el problema de que vendedor y comprador están perfectamente de acuerdo con el contrato de compraventa y en el precio de la cosa, pero el vendedor necesita dos o tres meses para abandonar la finca y necesita también el precio de la compraventa porque ello es, a su vez, condición de la operación. El comprador está dispuesto a darle ese plazo, pero quiere que no se extienda más allá de lo fijado, y entonces nos consulta.

Hay un criterio de seguridad. Nosotros, en ese aspecto, somos los únicos profesionales que no queremos correr riesgos. El cirujano, cuando opera, sabe que dentro del conjunto de probabilidades, según el cuadro del paciente, tiene un 80 % de posibilidades de salvar al enfermo y un 20 % de fracasar, no obstante opera. Nosotros queremos tener el 100 % de seguridad. Entonces, le decimos al cliente que si no se entrega la finca en el momento del otorgamiento de la compraventa, que no haga el negocio. A consecuencia de eso se pierden muchos negocios en perjuicio del vendedor y del comprador.

¿Cómo solucionar esta situación de manera que contemple eficazmente lo que quiere el vendedor, que es un corto plazo de dos o tres meses, y lo que desea el comprador, que ha pagado el precio y que está dispuesto a dar el plazo, pero que no se extienda más allá de lo pedido por el vendedor? ¿Qué valor tiene la cláusula tradición por la cual el vendedor declara que, en lo sucesivo, tendrá la posesión a nombre del comprador y que hará entrega de la finca con la sola exhibición de la primera copia de la escritura de compraventa?

Para mí, esa cláusula deja al vendedor en calidad de ocupante precario. Es lo que resulta de los artículos 2237 y 2238 del Código Civil.

El artículo 2237 establece: "El comodato toma el nombre de precario, si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo".

Y el artículo 2238 dice: "Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

"Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Es evidente, entonces, que esa cláusula de tradición, por la cual el vendedor declara que, en lo sucesivo, tendrá la posesión de la cosa a nombre del comprador y que está dispuesto a entregarla con la simple exhibición de la primera copia de la escritura de compraventa, es ocupación precaria, o sea, la ocupación sin plazo, por mera tolerancia, hasta que el dueño quiera.

¿Qué significa ocupación precaria, desde el punto de vista procesal? Que si la persona no se va cuando le piden la finca, hay que iniciar un juicio de desalojo que, según la ley, tiene un plazo de 15 días; pero, en ese juicio de desalojo hay que citar previamente al desalojado, el que puede oponer, de acuerdo a nuestra ley, cualquier excepción. Digo, un poco absurdamente, que puede oponer como excepción que no le gusta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la cara del juez o la de la otra parte. Cualquier excepción detiene la orden de desalojo, y hay que continuar con todo un proceso que demora a veces uno o dos años. Entonces, ésta no puede ser la solución.

La solución está, precisamente, en establecer la verdad. El vendedor necesita dos meses para entregar la finca. El comprador está dispuesto a concederle ese plazo, y, entonces, lo que hay que estipular es un comodato con plazo.

¿Qué ventajas tiene el estipular un comodato con plazo? Significa que, en caso de que la persona no cumpla en el plazo convenido con la devolución de la cosa, se puede lograrla por el procedimiento del juicio de entrega de la cosa.

El artículo 1309 del Código de Procedimiento Civil establece: "Demandándose el cumplimiento de una obligación de dar, procedente de contrato que el actor haya cumplido por su parte, justificada una y otra circunstancia con la prueba requerida por derecho, el juez competente ante quien se entable la demanda, dispondrá que se intime al reo la entrega de la cosa que sea materia de la obligación, dentro de tercero día, bajo apercibimiento de apremio".

Si bien acá dice que el actor deberá justificar por su parte - es decir, está previendo un contrato bilateral en cuanto a que da lugar a relaciones recíprocas de una y otra parte -, toda la doctrina y la jurisprudencia entienden que en el caso de contratos unilaterales que dan obligación a una sola de las partes, es pertinente el juicio de entrega de la cosa. El legislador se puso en la hipótesis más amplia.

La razón de esta disposición es que cuando hay una obligación de dar, que es cierta y exigible, que es una especie de título ejecutivo, se establezca este procedimiento sumarísimo de ejecución. Tratándose de contratos bilaterales, es necesario porque son obligaciones recíprocas que el actor cumpla con su obligación para demostrar la exigibilidad de la otra parte de entregar la cosa proveniente de contrato; pero en los contratos unilaterales, como el comodato, que sólo impone obligaciones a una de las partes, sólo hay que demostrar la existencia del comodato.

¿Qué diferencias hay entre este caso con el juicio de desalojo? Primero, que presentado el documento del cual emana la obligación de dar la cosa, cierta y determinada, proveniente de un contrato, el juez le intima al deudor la entrega en el plazo de tres días. Ya no son 15 como antes sino tres. Segundo, el deudor, dentro de esos tres días, también puede oponer excepciones, pero sólo suspenden la orden de apremio las llamadas graves, es decir, falsedad del documento o falta de algunos de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Cualquier otra excepción que no sea una de estas dos, no suspende la ejecución. Es decir que el alguacil procede a hacer la entrega de la cosa al acreedor.

Obsérvese las diferencias notables entre juicio de desalojo al ocupante precario y juicio de entrega de la cosa en el comodato con plazo. Si a ese comodato con plazo lo documentan debidamente, lo autentican como la ley lo permite, haciendo que las firmas sean certificadas a pedido de parte por el propio escribano; si todavía le agregan una multa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por cada día que pase del plazo concedido; si a esa multa, en el caso de que no le tengan confianza a la solvencia del vendedor, le agregan una fianza, como yo lo he hecho, estén seguros que transcurrido el plazo pactado, el vendedor entrega el bien. En varios casos que usé este procedimiento, nunca tuve la menor dificultad. Observen lo que yo les decía en la parte teórica, cómo la previsión de la vía procesal más adecuada se convierte, en los hechos, en una forma de previsión del litigio, en una forma de eliminar el proceso.

4) Configuración del título ejecutivo

Voy a tener que hacer algunas consideraciones, lo más sintéticamente posible, sobre la diferencia de la ejecución forzada en los países hispanoamericanos y de la ejecución forzada en el resto de los países.

En Hispanoamérica, o sea en España y en los países que fueron sus colonias en América, en relación a la ejecución forzada de las prestaciones de dinero, existe lo que se llama el "juicio ejecutivo", que proviene del proceso ejecutivo medioeval de raíz románica. La ejecución se hace ante los órganos ordinarios de la justicia, los mismos que entienden en el proceso de conocimiento, y el deudor puede oponerse a la ejecución dentro del mismo proceso ejecutivo. No es, como se ve, un proceso de ejecución forzada puro, sino un sistema mixto de ejecución y conocimiento.

El Código de Procedimiento Civil napoleónico consagró un sistema distinto que ya estaba impuesto en las ordenanzas reales y en la jurisprudencia de los Parlamentos y que, por su acentuado carácter privadístico, es de raíz germánica. El Código de Procedimiento Civil napoleónico fue el modelo en que se inspiraron los demás países europeos, salvo España. España mantuvo el proceso ejecutivo de raíz románica medioeval, que es el que nosotros mantenemos, o sea, proceso ejecutivo hecho ante los jueces ordinarios de justicia y en donde el deudor puede oponerse dentro de la misma ejecución.

¿ En qué consiste este sistema consagrado en el Código napoleónico?

La ejecución la llevan a cabo órganos inferiores de la justicia: los ejecutores judiciales, huissiers en Francia, que son especies de alguaciles nuestros, pero son órganos ejecutores, en cierto sentido, independientes de los órganos de la justicia ordinaria. Tienen sus propias oficinas. A ellos acuden los acreedores munidos de su título ejecutivo; la ejecución forzada es pura; si el deudor quiere oponerse, tiene que acudir ante el juez competente y obtener una orden de suspensión.

El ejecutor se considera un mandatario del acreedor. Así lo define el artículo 763 del Código de Procedimiento Civil alemán de 1877: "La ejecución cuando no está ordenada que se practique por los Tribunales, se llevará a cabo por ejecutor judicial, el cual actuará por mandato del acreedor". Es un concepto, como ustedes ven, bien privadístico de la ejecución forzada, reminiscencia de las costumbres germánicas de las tribus que invadieron el imperio romano en los primeros siglos de nuestra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

era, en las que la justicia era privada.

El ejecutor procede a ejecutar el título, siempre que éste esté provisto de la cláusula o fórmula ejecutiva. Esta cláusula o fórmula ejecutiva está inserta en el título y es la que garantiza al ejecutor judicial que el acreedor que requiere sus servicios tiene derecho a la ejecución.

A título curioso, veamos la fórmula de la cláusula ejecutiva francesa: "República Francesa. La República Francesa manda y ordena a todos los ujieres, de acuerdo a este requerimiento, de ejecutar el precedente documento y a todos los procuradores generales y a los procuradores de la República ante los Tribunales de primera instancia y a todos los comandantes y oficiales de la fuerza pública de prestar su auxilio cuando ellos sean legalmente requeridos".

Veamos la fórmula ejecutiva italiana: "Mandamos a cuantos oficiales judiciales sean requeridos para ello y a cualquiera a quien corresponda, que lleven a ejecución el presente título; al Ministerio Público, que preste su asistencia para ello y a todos los oficiales de la fuerza pública que cooperen a ello, cuando sean legalmente requeridos".

No hay título ejecutivo si no tiene inserta esta cláusula ejecutiva. El título ejecutivo en estos países adquiere un carácter más que solemne, podríamos decir, sacramental, hasta el punto tal de que en la jurisprudencia francesa, si no se transcribe textualmente la cláusula, se considera que el título está incorrectamente expedido. Por esto digo que es sacramental.

El ejecutor judicial lo único que tiene que observar es si el título contiene o no la cláusula ejecutiva expedida por la autoridad competente. Por eso Carnelutti pudo comparar el título ejecutivo con un billete de ferrocarril. Así como para andar en ferrocarril basta exhibir el billete para viajar, en estos países también es suficiente con exhibir el título para que pueda transitarse sin tropiezos por la ejecución forzada.

En países como el nuestro, que mantienen en sustancia el proceso ejecutivo medioeval de raíz románica, el saber si un documento contiene el título ejecutivo, es un acto de conocimiento del juez ante el que se promueve la ejecución. Este lo analiza y deduce de sus cláusulas si se está ante una obligación cierta, líquida y exigible. Es el juez el que decide, soberanamente, si un documento es o no un título ejecutivo, de acuerdo a su contenido; no necesita de ninguna cláusula ejecutiva que se lo mande.

Pero esto, en relación a nuestra función, nos impone una carga: la de redactar los documentos de tal manera que, siempre que sea posible, quede perfectamente configurado el título ejecutivo. Esta libertad que tiene el juez en la ejecución hispanoamericana para decidir cuándo se encuentra ante un título ejecutivo, implica, para nosotros, el deber de redactar los documentos con tal claridad que influyamos en esa apreciación judicial del documento.

Vamos a ver ahora un caso práctico: título ejecutivo para el cobro de gastos comunes en la propiedad horizontal, que me ha dado en la práctica muchos dolores de cabeza por no haberse tomado las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precauciones del caso.

Nosotros nos preocupamos en el reglamento de copropiedad, etc., de establecer la hipoteca recíproca, con sus cláusulas de estilo, pero nos olvidamos que para que todo eso funcione se necesita un título ejecutivo. Si no, no tiene sentido.

El inciso final del artículo 18 de la ley 10751 de Propiedad Horizontal dice: "El testimonio notarial del acta de la asamblea celebrada de conformidad con el reglamento de copropiedad o de esta ley, tendrá el valor probatorio del instrumento público".

De manera que, desde el punto de vista formal, esa acta puede ser un título ejecutivo si contiene, a su vez, la obligación de pagar una cantidad de dinero, líquida y exigible, como requiere nuestro Código.

Sobre los gastos comunes decide la asamblea ordinaria de copropietarios. Entonces, para que quede configurado el título ejecutivo, es necesario que el acta correspondiente contenga la cantidad mensual líquida que corresponde a cada copropietario. Esto es lo que a veces no se hace. La verdad es que, cuando esto se complique, los copropietarios van a entender que, por lo menos, en estas asambleas ordinarias donde fijan los gastos comunes, sería conveniente que estuviera un notario para asesorar sobre cómo debe redactarse esa acta que va a constituir el futuro título ejecutivo.

Me he encontrado con casos en que había que ejecutar por gastos comunes. Fui al acta y decía: "Se aumenta en un 20 % los gastos comunes existentes". Tuve que ir a la otra acta anterior que decía que se aumentaba en un 10 %, y así hasta el acta original donde se había fijado la cuota de gastos comunes. Por suerte, precisamente por la razón de que nuestro título ejecutivo no tiene las características de los títulos ejecutivos de los países que mantienen el procedimiento del Código de Procedimiento Civil francés, sino que aquí se considera que el juez puede decidir que existe título ejecutivo no sólo de un documento sino de un conjunto de documentos siempre que de ellos surja la obligación de pagar dinero líquido exigible, no configuré el título ejecutivo. Pero, realmente, me costó un soberano trabajo en un caso práctico que tuve, porque me vi obligado a acompañar testimonio de todas las actas anteriores.

Entonces, en los reglamentos de copropiedad sería aconsejable establecer una cláusula que disponga que en las actas correspondientes a las asambleas de copropietarios que fijan los gastos comunes, se debe establecer la cantidad fija que corresponde pagar a cada copropietario. Esto es para que, si los copropietarios no advierten la necesidad de que en la asamblea ordinaria haya un escribano, por lo menos, si leen el reglamento, sepan lo que tienen que hacer.

Por supuesto, no es necesario que a cada unidad se le fije un valor; basta decir: unidades tales, tanto. Eso alcanza.

5) Contrato de arrendamiento urbano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sobre esto habría mucho que decir, pero me limito solamente, para demostrar cómo puede ser eficaz nuestra labor en ese aspecto, a los llamados, por la ley 13870 de 17 de julio de 1970, inquilinos pudientes.

Ustedes saben que son situaciones que dan lugar a que el contrato quede en régimen de libre contratación, no bajo el amparo de la ley. La ley prevé, en el artículo 18, dos hipótesis: una, que los arrendatarios o subarrendatarios tengan ingresos mensuales líquidos superiores a determinada cantidad, y la otra, que aquellos a quienes corresponde el pago del Impuesto al Patrimonio con un patrimonio mayor a \$ 10:000.000, también entrarían dentro de la categoría de inquilinos pudientes.

Cuando ocurre una situación como ésta, es conveniente establecer una cláusula que declare no sólo que el inquilino es pudiente porque tiene ingresos superiores a la primera hipótesis o un patrimonio fiscal superior a \$ 10:000.000, sino que hay que constituir la prueba haciéndole declarar cuáles son esos ingresos y cuál es el patrimonio fiscal superior a esa cantidad. De esa manera, si además tomamos la precaución de autenticar el contrato de arrendamiento mediante la correspondiente certificación de firmas, estamos certificando una prueba más que suficiente de ese inquilino pudiente, que es lógico que no esté amparado por la Ley de Alquileres.

Las leyes de alquileres son para las personas necesitadas, no para las pudientes. Se busca de que no ocurra, como pasa en la práctica, que el propietario tiene una finca que no le alcanza ni para pagar la Contribución Inmobiliaria y el inquilino es mucho más poderoso que él. Para eso no están las leyes tuteladoras de los alquileres, están para tutelar a las personas de escasos recursos.

6) Ejecución forzada de convenio particionario

Nosotros sabemos que, incluso, por razones de orden fiscal, no es posible efectuar la partición por escritura pública hasta que no haya terminado el proceso sucesorio y se haya pagado o garantizado el pago de los impuestos correspondientes. Pero muchas veces nuestros clientes acuden a nosotros y quieren arreglar lo que ellos llaman "la parte de cada uno". Quieren dejar perfectamente definido eso. Nosotros les hacemos unos llamados convenios particionarios, pero no sabemos qué alcance tienen. Por si acaso, le ponemos una multa, para el que no cumpla, pero no sabemos si puede ser o no ejecutable.

Yo entiendo que sí, que el convenio particionario, si se realiza en la forma debida, es perfectamente ejecutable por la vía judicial. Recordemos que la partición puede realizarse en dos formas: extrajudicial y judicial, y que la formalidad de la escritura pública es para la extrajudicial y no para la judicial. La judicial es por acto de autoridad del juez y requiere una serie de etapas: primero, determinación de los bienes a partir (artículo 1134); segundo, tasación de esos bienes (artículo 1135); tercero, nombramiento de contador partidario (artículo 1138); cuarto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rendición de cuentas y compensaciones y formación de los lotes ante el partidor; quinto, sorteo de los lotes; sexto, puesta de manifiesto de la partición por el plazo de 5 a 15 días (artículo 1111 del Código de Procedimiento Civil); séptimo, aprobación judicial, y octavo, expedición por el actuario de las respectivas hijuelas.

Ese es el proceso de la partición judicial. Hay un artículo en el Código de Procedimiento Civil, el 1095, que no hace más que repetir otro semejante del Código Civil, y que dice: "Faltando la conformidad de todos los interesados que se requiere para la partición extrajudicial, por los artículos 1089 y siguientes del Código Civil, deberá hacerse judicialmente; lo cual se entenderá sin perjuicio de que las partes puedan de común acuerdo, separarse de las reglas trazadas por la ley, en lo concerniente a alguna de las operaciones de la partición, y aun apartarse de la vía judicial intentada, para terminar aquélla extrajudicialmente".

Quiere decir que la ley permite que todas estas etapas, durante el proceso de la partición judicial, pueden arreglarse amigablemente entre los interesados: que en lugar del inventario solemne judicial hagan ese inventario los propios interesados; que en lugar de una valuación judicial, los propios interesados fijen el valor de los bienes; que la rendición de cuentas y compensaciones, en lugar de hacerlas ante contador la hagan entre ellos; que en lugar de sortear los lotes hagan entre ellos las adjudicaciones. Si esto se puede hacer durante el proceso judicial de partición, ¿qué impide que se haga antes? Por lo tanto, si se hace un convenio particional que reúne estos requisitos de determinación de los bienes, de la determinación de su valor, de las adjudicaciones correspondientes, de la declaración que las partes han hecho las rendiciones de cuentas y compensaciones que corresponden y que no tienen nada que reclamar, para mí es perfectamente ejecutable por vía judicial. Se puede declarar al juez que lo apruebe y que lo ponga de manifiesto y que luego expida las hijuelas correspondientes.

Confirma ello, además, lo establecido en el artículo 1123 del Código Civil: "Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos ni sea contraria a derecho ajeno".

¿Qué quiere decir, ". . . se pasará por ella . . ."? Que en caso necesario y siempre que no perjudique la legítima, se puede reclamar su ejecución judicial. Ustedes saben que las disposiciones sobre partición en materia sucesoria sirven para todas las otras formas de partición, para la proveniente de la disolución de la sociedad conyugal, de la sociedad civil o comercial y la del condominio de origen contractual, ésta en virtud de lo que dispone la Ley de Registros Públicos de la Propiedad Raíz, de 25 de setiembre de 1946, cuyo artículo 17 dice: "Las de disolución de condominio, cuando éstas tengan un origen contractual, las que se regirán por el libro Tercero, Capítulo I, Sección II del Código Civil...".

Por lo tanto, si la partición de origen sucesorio, hecha por acto entre vivos o por testamento, es ejecutable judicialmente, y si todas las otras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formas de partición se remiten a la partición sucesoria, entonces es evidente que los condóminos, los dueños del patrimonio ya sea por origen de una disolución de sociedad conyugal, de sociedad civil o comercial o de un condominio de origen contractual, tienen la facultad de reglar previamente cómo dividirse el patrimonio común. Eso es igual que el testamento, perfectamente ejecutable por vía judicial, puesto que se rige por las mismas normas.

Yo tuve un caso - por supuesto que no hubo necesidad de llevarlo a la vía judicial - en un condominio de origen contractual, en que varias personas, dueñas de un edificio, lo querían adaptar a propiedad horizontal, pero antes querían establecer quién se quedaba con las respectivas unidades. Entendí que, de acuerdo a los proyectos de división, era posible establecer cuáles eran los futuros bienes. Hice los valores correspondientes, determiné las adjudicaciones y establecí una cláusula remitiéndome a estos artículos. Decía que si una de las partes no quería cumplir, las otras podían reclamar el cumplimiento mediante la vía de la partición judicial.

De manera que el convenio particional hecho con estas formalidades, en mi opinión, es perfectamente ejecutable por vía judicial.

7) Obligaciones a pagar en moneda extranjera

Aquí existen tremendas confusiones. Yo, francamente, creía que las confusiones, en esta materia, no podían dar lugar a que se pensara que contraer una obligación en moneda extranjera anulaba el contrato. Esto es un disparate. No hay ninguna disposición legal que diga que una obligación en moneda extranjera sea nula. He autorizado compraventa de bienes en Punta del Este, que se pagaron en dólares, y dije la verdad, que el precio se pagó en tantos dólares americanos; y solamente a los efectos fiscales, como dice la ley de Papel Sellado, dije que de acuerdo a la cotización del día se reduce a tal cantidad de pesos en moneda nacional.

Ahora me acabo de enterar que parece que la Sala de Abogados del Banco Hipotecario ha declarado nulo un contrato de esta especie. No sé de dónde sacan esa nulidad, cuando la propia ley de Papel Sellado está probando la validez de obligaciones en moneda extranjera y cómo se van a pagar los impuestos, estableciendo la conversión al tipo de cambio oficial. Tampoco establece tal nulidad la ley de Curso Forzoso del 14. Establece pleno valor cancelatorio a la moneda nacional, aun cuando las obligaciones estén pactadas en moneda extranjera, siempre que no sean del comercio internacional; no establece que estas obligaciones son nulas, sino que el deudor tiene la opción de pagar en moneda extranjera o en nacional, al cambio oficial, a la fecha del contrato, según la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. Tendría que confirmar esta noticia que se me dio, con respecto a la Sala de Abogados del Banco Hipotecario.

Aquí se plantea el problema de cómo configurar el título ejecutivo. Se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dice que, en ese caso, se configura el título ejecutivo acompañando al documento en moneda extranjera, un informe oficial del Banco de la República, estableciendo cuál es la cotización de la moneda a la fecha del contrato. Podemos establecer que hemos recibido la información oficial y que el tipo de cotización es de tanto.

8) Garantías del cumplimiento de obligaciones contractuales

Aquí hay una gran confusión entre cláusulas que, en realidad, tienen un contenido diferente. Una cosa es la cláusula convencional sobre el pago de daños y perjuicios, cuando se establece que se pagará, por el que no cumpla, una multa, y ésta es la única compensación. Lo que se está haciendo, simplemente, por vía convencional, es fijar el monto de los daños y perjuicios. Esta cláusula la veo repetida en los formularios que andan circulando con respecto al compromiso de compraventa y que actualmente es un error, porque en épocas de inflación, establecer una suma determinada como única cantidad de daños y perjuicios, resulta ridículo.

Luego tenemos la multa - esta sí, verdadera multa - por incumplimiento y con independencia de los daños y perjuicios. Es decir, es lícito pactar en un contrato que, para el caso de incumplimiento, se pagará, por ese simple hecho, una multa de tanto. Esto no impide la reclamación por daños y perjuicios, a que pueda dar lugar ese incumplimiento.

Además tenemos la cláusula penal, que también ha dado lugar a grandes controversias, porque nuestro Código Civil trata la cláusula penal de una manera que, de acuerdo al trabajo del doctor Peirano Facio sobre cláusula penal, evidentemente, es contradictoria. Por un lado es una pena, y por otro, es una compensación de daños y perjuicios.

Dice el artículo 1363: "La cláusula penal es aquella en cuya virtud una persona para asegurar la ejecución de la convención, se obliga a alguna pena, en caso de falta de cumplimiento".

Y el artículo 1367 establece: "La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que se irrogan al acreedor, por la falta de cumplimiento de la obligación principal.

"No puede, pues, pedir a la vez la obligación principal y la pena, a no ser que se haya así pactado expresamente.

"Sin embargo, si habiendo optado por el cumplimiento de la obligación, no consiguiera hacerla efectiva, puede pedir la pena".

Entonces, ¿en qué quedamos? ¿Es pena o es compensación de daños y perjuicios ?

El doctor Peirano Facio, en su muy excelente obra sobre la cláusula penal, llegaba a la conclusión de que es una pena y no una compensación de daños y perjuicios.

Sostenía que el régimen del Código Civil oriental es original y especial y difiere fundamentalmente del sistema francés, en el que dicha cláusula constituye una liquidación convencional y anticipada de los daños y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjuicios. De las dos finalidades que la doctrina francesa acuerda a la cláusula penal: liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios y reforzamiento de la obligación principal, nuestro Código sólo toma o tiene en cuenta lo segundo.

El autor sostiene su tesis basado en dos tipos de consideraciones: a) histórico y b) sistemático.

a) Histórico. La mayor parte de las disposiciones del Código sobre cláusula penal, resultan o tienen su fuente directa en el proyecto de Acevedo - aunque Tristán Narvaja no lo reconozca -, y Acevedo se inspiró, como resulta de sus notas, en el derecho español, en el que la cláusula penal tiene por finalidad reforzar la obligación principal.

b) Sistemático. Tomando el Código en su conjunto, resulta claro que la cláusula penal es otra cosa que una liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios:

1º) porque el Código permite conmutar la pena a la ejecución de la obligación principal;

2º) cuando se pacta la pena, no es necesario probar ni la existencia ni el monto de los daños y perjuicios. En la liquidación convencional de los daños y perjuicios, no se necesita probar el monto, pero sí la existencia de esos daños y perjuicios;

3º) se debe la pena aun cuando el deudor no haya podido cumplir por justas causas - artículo 1369 del Código Civil -, lo que no ocurre en la liquidación convencional y anticipada de los daños y perjuicios en la que el deudor se puede excepcionar hasta en el caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1343 del Código Civil). 4º) la cláusula penal puede pactarse en favor de un tercero, lo que no puede concebirse para los daños y perjuicios, que sólo benefician al acreedor perjudicado por el incumplimiento;

5º) el legislador ha querido acentuar el aspecto penal de la cláusula, como se deduce de la definición del artículo 1363. Se cambió ". . . alguna cosa . . ." del Código francés por ". . . alguna pena. . .";

6º) la cláusula penal puede ser accesoria de una natural - artículo 1365 -, lo que no se concibe tratándose de regulación anticipada de daños y perjuicios;

7º) en el artículo 82 se distingue perfectamente indemnización de perjuicios (inciso 1º) y multa (cláusula penal, inciso 2º).

De allí, el doctor Peirano Facio llega a la conclusión de que, no obstante lo dicho por el artículo 1367, la cláusula penal es una pena y no una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compensación de los daños y perjuicios. Pero a pesar de esta consideración doctrinaria, está la ley, y ésta, lamentablemente, dice que además de pena es una compensación de los daños y perjuicios y no es nada más que eso. Además, que no se puede demandar, al mismo tiempo, la obligación principal y la cláusula penal, a menos que se convenga. Ahí, entonces, es donde podemos y debemos intervenir nosotros.

Todas estas dificultades de la doctrina, debidas al aspecto contradictorio que, al parecer, está estipulado en el Código, las podemos corregir los escribanos si sabemos actuar bien y establecer la acumulación de acciones: la acumulación de la acción de ejecución con la del cobro de la cláusula penal o de la multa. Yo lo hago en materia de compromisos de compraventa, cuando, por un lado, establezco el pacto de que las partes convienen la inscripción del compromiso en el Registro General de Inhibiciones, Sección Promesa de Venta de Inmuebles a Plazos, para darle al acreedor la garantía de la cesión si el vendedor se quiere arrepentir y no quiere realizar la escritura de traslación de dominio. Además pongo una multa y establezco que ella se acumula con la acción de ejecución forzada de la promesa de compromiso de compraventa. No tiene sentido la multa si no se hace al mismo tiempo, esta previsión de la acumulación.

Con esto terminamos los casos prácticos. Creemos haber demostrado, a través de ellos, cómo el escribano puede cumplir una eficaz labor facilitando el proceso y, al hacer esto, facilita los derechos que tutela el propio instrumento que autoriza.

Agradezco mucho vuestra atención. (Aplausos).

PREGUNTAS DE LOS ASISTENTES

UNA SEÑORA ESCRIBANA. - ¿ Me permite una pregunta ? Usted dice que cuando en las reuniones de copropietarios se fija una nueva cuota de aportes por gastos comunes, es conveniente que se establezca la cuota.

Suele ocurrir que se establece una cuota fija mensual y, además, mensualmente es reajutable con gastos imprevistos que pueden surgir. Por ejemplo, hay una cuota fija de \$ 10.000, pero de repente hay tres o cinco mil pesos más. Esto sucede, sobre todo, en invierno. ¿Que pasa con esos gastos reajustables, que no figuran porque no se pueden fijar de antemano?

ESCRIBANO DOCTOR VIERA. - Cuando se tiene que llegar al reajuste, que se convoque a otra asamblea de copropietarios para que la confirme.

UNA SEÑORA ESCRIBANA. - Pero esos reajustes son mensuales y nunca son fijos. Por consiguiente, no pueden figurar mensualmente. No hay manera de fijarlos.

ESCRIBANO DOCTOR VIERA. - En general, en las copropiedades que he intervenido, se hace una previsión presupuestal tratando que la cuota

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exceda para que comprenda, también, todos esos posibles cambios, y lo que queda, va como fondo de reserva o de ajuste. De otra manera, no le puedo resolver el problema.

UN SEÑOR ESCRIBANO. - Una estipulación que he visto en los reglamentos es que la liquidación sirve como título ejecutivo. ¿No es título ejecutivo ?

ESCRIBANO DOCTOR VIERA. - Creo que no. La liquidación tiene que surgir del acta porque sólo el acta es la que, según la ley, tiene el valor de un instrumento público. Ahora, si se ha establecido la cuota de gastos comunes, no es necesario que el administrador la liquide. Líquido no es sólo cantidad determinada, sino cantidad determinable por una simple operación aritmética. En ese caso no es necesaria la liquidación del administrador, si está estipulada la cuota mensual de gastos comunes.

OTRO SEÑOR ESCRIBANO. - ¿Me permite? Un mecanismo que se utiliza comúnmente para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones es lo que la doctrina denomina "astreintes". ¿Qué grado de admisibilidad tiene por parte de la jurisprudencia nuestra?

ESCRIBANO DOCTOR VIERA. - Si se pacta en los contratos, no hay ningún problema. El único problema que se plantea en nuestro país es si el juez puede fijar "astreintes" para el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer. Hay jurisprudencia que entiende que sí y otra que no, porque el Código no prevé esa forma. Pero si se pacta por las partes una multa de tantos pesos por día por incumplimiento, no hay inconveniente, porque dentro de nuestro Derecho Civil se puede hacer todo lo que no tenga causa ilícita, o sea contrario a las buenas costumbres.

ESCRIBANO BARDALLO. - ¿ Me permite ? No deseo formular ninguna pregunta, sino mi intención, al solicitar la palabra, es extenderle una felicitación al colega Viera por su magnífica conferencia en la que, en cualquiera de los dos aspectos, se puede calificar de brillante. En la parte teórica, por cuanto fue preciso, muy claro y con una carga de valores que seguramente nuestra jurisprudencia ha de recoger. Estoy seguro que los jueces tendrán en esta conferencia un buen punto de apoyo para perderle miedo al instrumento notarial y valorarlo como corresponde.

En cuanto a la segunda parte de la conferencia del compañero Viera, es decir, a la pragmática, ha estado también cargada de valores y, fundamentalmente, de algo que es característico de los notarios - además, el compañero Viera añade la condición de profesor de derecho procesal y de abogado -, que es la de saber convertir lo normativo y lo doctrinario en reglas concretas y prácticas indispensables.

Por eso decía que, en cualquiera de los dos aspectos, la conferencia de Viera puede calificarse de brillante.

Asimismo, deseo agradecer sus referencias a mis opiniones y a mis trabajos. Me es particularmente grato comprobar la coincidencia de opiniones y, fundamentalmente, algo que para mí es una convicción muy profunda, que viene de muchos años atrás: me refiero a la enorme

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vinculación que existe entre el derecho notarial y el derecho procesal. Los que hacemos de esta disciplina un quehacer cotidiano, hemos proclamado y tratado de demostrar, en todas las publicaciones de nuestro país sobre temas de derecho notarial, esa profunda vinculación entre las dos disciplinas. Hoy, que esto está avalado por un procesalista de las características eminentes de Viera, tenemos necesariamente que sentirnos satisfechos y orgullosos de esa coincidencia y de ese destaque de la profunda relación que hay entre ambos derechos.

De la misma manera quiero destacar que, como el doctor Viera lo ha puntualizado muy bien, los abogados y los jueces tienen que entender que el escribano, con sus formidables medios de expresión, puede ser un extraordinario colaborador en la administración del juicio. No nos tienen que ver como simples productores de escrituras públicas y deben darse cuenta que el acta notarial, el certificado notarial, el testimonio por exhibición, pueden ser poderosos auxiliares. Creo que vale la observación de que los abogados, en su quehacer, no le prestan, ordinariamente, la debida atención a la formación de la prueba antes del proceso. Generalmente, las pruebas las administran después de planteado el proceso. ¡Cuánto más fácil sería a la administración de justicia, a la misma eficacia de su gestión, si solicitaran la colaboración del notario en todo aquello que hace a la prueba del proceso! Los medios de expresión que nosotros tenemos, son extraordinarios. El acta notarial es de posibilidades infinitas. Viera ha hecho un prolijo análisis de las distintas formas del acta notarial, y ha hecho precisiones muy exactas.

Termino felicitando sinceramente al compañero Viera por su magnífica exposición.

ESCRIBANO DOCTOR VIERA. - Agradezco las palabras del amigo Bardallo. Quiero significar que la extensión de esta exposición en la parte teórica se debió, en gran parte, a su culpa. Pensaba limitarme a la intervención notarial en materia de negocios jurídicos, en lo que se refiere al proceso, y conversando con Bardallo, me puso a mi alcance esa brillante conferencia que dio en Buenos Aires, y ello me llevó a agregar - por mi cuenta, por supuesto - la segunda parte, lo que se refiere a la prueba del proceso. (Aplausos).