

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿SUBSIDIARIEDAD O SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL?*(201)

MARTA SILVIA FIORENTINO, ANA MARÍA GNECCO, SUSANA O. PUYALTO DE GANDARA e IRENE MARÍA RIPAMONTI

La actividad notarial ha tenido y tiene una fundamental importancia en la realidad jurídica de nuestro país.

El notario, como hacedor del documento público, es el titular independiente de un oficio público en el campo de la administración preventiva de justicia.

Los derechos que voluntaria y conscientemente ejerce el hombre en virtud de su personalidad jurídica, deben ser garantizados por el Estado, ya que sin seguridad social sería imposible el progreso humano, tanto individual como colectivo. Justamente el notario, y por medio de su función fedante y asesora, proporciona la certidumbre de que el ejercicio de esos derechos tenga eficacia jurídica incontrovertible. El actúa y aplica el derecho en la normalidad cuando no hay contienda, y es así como se lo ha llamado "El magistrado de la paz".

En lo que concierne a las relaciones jurídicas privadas, la administración preventiva de justicia aspira no solamente a un orden justo sino también a un orden estable.

La función del escribano se caracteriza porque es independiente de las partes, armonizando intereses individuales con los de otras personas y con el interés público y el bien común, fomentando el desarrollo de relaciones jurídicas en el sentido de un orden justo y seguro.

Su deber primordial es interpretar la voluntad de las partes adaptándola al derecho vigente, aconsejando el camino más adecuado y seguro, y, fundamentalmente, protegiendo sus intereses patrimoniales mediante la creación de un documento auténtico.

Para lograr tan alta función es necesario que el notario reúna determinadas condiciones de índole no sólo profesional sino también moral. El notario santafesino doctor José Hiram Pozzo es sostenedor de esta responsabilidad moral que debe tener el escribano, y en su trabajo Responsabilidad moral señala: "La legislación notarial argentina es previsoramente en lo que se refiere a la responsabilidad moral, pues sus preceptos fundamentales contienen determinaciones precisas para la selección del cuerpo de notarios, régimen disciplinario y control ético"(1)(202).

Como dice Couture: "El fundamento del notariado y sus privilegios deben buscarse hoy fuera de ciertas exigencias técnicas elementales pura y exclusivamente en el campo de la responsabilidad moral"(2)(203).

El sistema de concursos de oposición para acceder a la función se adoptó porque si bien los escribanos son designados por el Estado no dependen jerárquicamente de las jefaturas administrativas, puesto que el poder administrador no asume responsabilidad ni tiene injerencia en las específicas atribuciones del oficial público; por lo tanto, interesa al Estado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afianzar la idoneidad de tales agentes.

Así se ha sostenido "que la independencia del notario asegura su responsabilidad" y Sosthene - Berthelot en su libro Espiritu del notariado que "no hay otra profesión que imponga mayores deberes".

Es importante mencionar las palabras dirigidas a los notarios españoles por el arzobispo de Tarragona, doctor Antolín López Peláez cuando dice que: "A quien más se da, más puede pedirse. La sociedad entrega a los notarios el sello de la autenticidad y de la certidumbre, el depósito de la confianza pública, y a cambio de dones tan grandes demanda, con particulares aptitudes desde los tiempos de León el Filósofo, responsabilidad no menor"(3)(204).

Estos principios de antigua raigambre en el notariado rioplatense fueron recogidos por las distintas leyes organizativas. Así la ley 12990, manteniendo los recaudos ya establecidos en la ley 1893, exige en su artículo primero como condición para ejercer el notariado la acreditación ante la justicia civil de condiciones morales, impidiendo el acceso a la función notarial a los que fueran descalificados por inconducta o motivos de orden profesional e incluso personal.

No nos cabe duda de que el notario, por la importante función que desempeña en la vida política, económica y social de un país, deba reunir condiciones técnicas y morales, tal cual lo hemos expuesto.

Pero nos preguntamos: siendo el notario el modelador de la voluntad de las partes, asesor del negocio jurídico y configurador del documento, ante los posibles daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio profesional a terceros, o por mal desempeño de su cargo de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la ley 12990, ¿es procedente exigirle además solvencia patrimonial?

No podemos dar una respuesta sin antes analizar la naturaleza jurídica de la función notarial.

Bielsa define al funcionario público como "aquel que en virtud de designación especial y legal y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas, en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a representar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social". Sin embargo Bielsa reconoce que existen actividades profesionales de índole pública que son cumplidas por quienes no revisten la calidad de funcionario público y se refiere, en particular, al notario(4)(205).

José María Mustápic, por su parte, piensa que cuando el escribano actúa en el protocolo entraría dentro de la definición de Bielsa(5)(206).

Del mismo modo Spota sostiene que el hacedor de un instrumento público debe ser para nuestro Código Civil un oficial público y por lo tanto, aunque no integre la administración pública, al ejercer una función pública, el escribano pasa a ser un funcionario público(6)(207).

En ese sentido también, Carlos Emérito González, González Palomino, Mengual y Mengual, Castán Tobeñas.

Si bien esta tesis tiene sustento en la nota al artículo 1112 del Código Civil y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en numerosas leyes notariales y en abundante jurisprudencia que atribuyen al escribano la característica de funcionario público, buena parte de la doctrina, sobre todo moderna, considera que es inadmisibles conceptuar al escribano como un funcionario público por las numerosas diferencias que con ese concepto del derecho administrativo tiene la actividad notarial, y sosteniendo que se trata de un profesional liberal del derecho que está a cargo de una función pública.

Así Giménez Arnau, Pelosi, Bollini y Gardey, Pondé, Díaz de Guijarro. Por posiciones intermedias están: Sanahuja y Soler, y Villalba Welsh.

Los Congresos Internacionales del Notariado Latino vienen defendiendo esta posición desde el primero, realizado en Buenos Aires en 1948: "El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin, y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido".

En el II Congreso Internacional del Notariado Latino, reunido en Madrid en 1950, se proclamó: "Para el buen ejercicio de la función notarial se requiere no sólo requisitos de capacitación técnica. . . sino, además, una especial vocación profesional y una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo; por lo que se declara que el notario debe ser inamovible, a no ser por condena penal, impuesta por los tribunales de justicia en casos de delito . . . ". En el III Congreso Internacional de París se reafirmó el principio: "El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor del instrumento notarial, o bien como consejero de las partes que ante él recurren. Para el normal desempeño profesional debe gozar de la independencia necesaria. La excesiva injerencia administrativa podría limitar su función social. . . ".

El citado arzobispo de Tarragona decía a los notarios catalanes "Sois en cierta manera funcionarios públicos pero no como otros de la administración, sino de la sociedad"(7)(208).

Las leyes orgánicas, que con mala técnica legislativa nos traen definiciones del notario, siguen calificándolo como un funcionario público; así el artículo 10 de la ley 12990: "El escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que le fueran encomendados . . . "

La jurisprudencia reiteradamente lo conceptúa como funcionario público. Así la Cámara Comercial de la Capital Federal, Sala B, en un fallo - de año 1967 estableció: "El escribano de registro es un funcionario u oficial público que se desempeña en la base de una «concesión», y es en resguardo de tales funciones que las leyes orgánicas del notariado regulan su actuación". Donde tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden es en hacer al escribano personalmente responsable por los daños que ocasionare. Pareciera ser que aquí deja de ser funcionario público en los términos del art. 1112 Cód. Civil, debiendo responder con su patrimonio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sólo una pequeña minoría doctrinaria considera procedente la responsabilidad estatal por los hechos u omisiones de este "funcionario público".

No dudamos en afirmar que el escribano no es un funcionario público en el sentido del derecho administrativo; no obstante ejercer una función pública, es un profesional liberal y como tal debe hacer frente a sus eventuales responsabilidades.

Sin embargo, pensamos que no hay ni puede haber ley alguna que exija una determinada solvencia para acceder a la función notarial.

El ejercicio de la profesión está en manos de hombres y mujeres que como hemos dicho, la asumen con un profundo sentido de responsabilidad y vocación. Así es como en los hipotéticos casos en que puedan ser llevados a los estrados judiciales ante un eventual juicio de responsabilidad son conscientes de responder con su propio patrimonio como premisa de su liberalidad profesional.

No obstante esto los Colegios Notariales han creado lo que se dio en llamar "fondos de garantía" o "cofres fedatarios" para hacer frente a una posible insolvencia patrimonial por parte de sus colegiados.

Como dice la Exposición de Motivos de la ley 22171, que crea el Fondo de Garantía en el ámbito de la Capital Federal: "constituye una garantía mayor para la comunidad al brindarle una cobertura más amplia que la mera caución individual de cada notario".

De ello se desprende que la normativa actualmente vigente en relación con las obligaciones del escribano, respecto de las responsabilidades que puedan eventualmente surgir en el ejercicio fedatario, impone un requisito más a los ya exigidos por la ley (condiciones de idoneidad, solvencia moral, etc.) para su funcionamiento como tal, comprometiendo directamente el patrimonio del notario.

Las distintas ponencias en rededor del tema que nos ocupa ha introducido la idea de que la actividad fedataria se caracteriza por una imagen intangible del escribano público en relación al quehacer notarial.

Ello parecería contraponerse, en cierto modo, con la exigencia contenida en la modificación introducida por la ley 22171 al artículo 15 de la ley 12990, que impone dirigirse directamente contra el propio escribano en cualquier eventual acción resarcitoria de responsabilidad. La posición que señalamos introduce literalmente una responsabilidad que debe hacer frente "directamente" el escribano público con el dispendio de actividad extrafedataria que ello significa y provocando incluso, de ese modo, distintos lineamientos en encarar las eventuales acciones resarcitorias que puedan surgir. Es evidente que lo señalado podría encontrar una viable solución sin que ello pretenda desvirtuar la primaria responsabilidad del notario, introduciendo la idea de solidaridad entre el escribano y su respectivo Colegio. El esquema jurídico que dejáramos señalado en el párrafo precedente cuenta con total respaldo legal en la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, que define dicha solidaridad mediante el original acápite del "Cofre Fedatario". La circunstancia, acuñada en la normativa citada en último término, satisface plenamente nuestra pregonada posición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de que, en el desarrollo profesional liberal, la idea principal debe ser que el escribano público responda patrimonialmente ante cualquier juicio de responsabilidad. Más, será el Colegio profesional quien, en primer lugar, y para evitar precisamente aquel dispendio y discordancia de actividad que dejamos inferido, el que se hará cargo en forma directa y solidaria de cualquier acción de responsabilidad contra su colegiado, quien en definitiva aceptará esa legal representación e integrará al fondo correspondiente lo que el colegio pudo haber resarcido.

Lo que dejamos expresado responde asimismo con la propia naturaleza jurídica del "Fondo de Garantía", que queda identificado en un SEGURO AL TRÁFICO NOTARIAL. Actualmente no se concibe actividad, empresa, trabajo o contrato de envergadura que no se cubra con el seguro.

Finalmente como corolario de lo que hemos dejado expuesto y más allá de la propia idea del seguro que indicáramos, creemos necesario destacar que no podemos olvidar que la perdurabilidad de una profesión está en relación directa con la mayor responsabilidad con que se la asuma.