

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

INTERVENCIÓN DEL ESCRIBANO EN EL ASESORAMIENTO DE ENTIDADES FINANCIERAS(*) (345)

ROSA M. AXELRUD DE LENDNER y MARÍA E. MASSA

SUMARIO

I. Introducción. II. Relación del notario con las entidades financieras. a) Generalidades. b) Problemática ejemplificativa. c) Caso del modelo del B.H.N. III. Propuesta. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este tema está vinculado directamente a la función notarial. Precisamente, la función notarial ha ido reflejando los cambios económicos, políticos y sociales que fue sufriendo nuestro país en los últimos tiempos. Ya no bastan los buenos antecedentes de moralidad, probidad y buenas costumbres, sino que se hace necesario cada vez más, aquilatar acabados conocimientos de derecho, para estar legitimado para el ejercicio de la fe pública a través de esa función, para que las partes que nos requieren puedan establecer auténticamente sus derechos en forma directa y libre.

La complejidad de las relaciones socioeconómicas exige cada día más que el notario sea el profesional del derecho capaz en su preparación jurídica para resolver, por sí o ante sí, todas las dificultades probables de los actos que autoriza o en los que le toca participar con su ciencia.

El estudio especializado de modernas ramas del derecho, como lo son la del derecho notarial y la del derecho registral, pone de manifiesto una realidad: la necesidad de prevención de la intervención de la Justicia por efecto de desequilibrio de las relaciones jurídicas reflejadas en situaciones contractuales, negociales, etcétera. Son consecuencias directas, derivadas de dos elementos esenciales de la función notarial, los deberes de asesoramiento e imparcialidad éticos, propios de la misma, ya que la intervención del notario otorga seguridad y estabilidad a los derechos de las partes.

A pesar que en la actualidad, un cada vez más vasto sector del notaria (lo tiende a un perfeccionamiento constante, a un *aggiornamento*, como lo denomina la doctrina italiana, ese esfuerzo cotidiano no ha dado aún sus frutos. Sin embargo, debe ponerse de relieve que en los últimos años es notorio el esfuerzo que realizan los distintos colegios de escribanos del país, para promover cursos de posgrado, de actualización en técnica notarial, ciencia jurídica, derecho tributario, etcétera, y también que la cada vez mayor complejidad de las relaciones contractuales provoca una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

creciente especialización de los notarios en distintas ramas del derecho, manifestándose sobre todo esta situación en el campo del derecho comercial, donde es cada vez mayor la intervención notarial.

II. RELACIÓN DEL NOTARIO CON LAS ENTIDADES FINANCIERAS

a) Generalidades

Esta relación, en general, se refleja en la sobrecarga de responsabilidades que agobian el ejercicio de la función notarial. No le es perdonable al notario la comisión de un error. El Estado, la sociedad y la misma ley exigen que su actuación sea perfecta, en el marco de una única instancia que comienza y acaba en su propia actuación.

Es en la relación directa con las entidades financieras donde se manifiesta con mayor relieve esta situación. Ello es así porque el notario, en términos generales, no es considerado como un jurisperitus, un científico y un estudioso del derecho. Por el contrario, sólo es tenido en cuenta el aspecto "autenticante" de su función.

b) Problemática ejemplificativa

Existe una problemática y una usina generadora de conflictos que tienden a vulnerar las relaciones de los notarios con las entidades financieras a las que están vinculados, con relación al derecho real de hipoteca que se constituye en garantía del cumplimiento de contratos, de los que resulta accesorio.

Por supuesto que nuestra referencia apunta a aquellos profesionales que, celosos de las expresiones que deben instrumentarse en los documentos que ellos extienden, señalan los defectos formales y de fondo de que esos documentos puedan adolecer por obra de transcribir las minutas de las entidades financieras. De tal modo, lo que pasaremos a analizar no comprende a los profesionales que no formulan las objeciones que deberían realizar, en aras de salvaguardar su relación económico participativa con la entidad contratante. No es nuestro interés ni nuestra función aquí, abrir juicios sobre esta conducta, altamente lesiva al quehacer notarial, pero es necesario que tales profesionales reflexionen que ello permite la ulterior y probable intervención Judicial, con la cual es seguro que se verán seriamente comprometidos.

Después de un somero análisis de contratos nominados e innominados que suelen celebrar las entidades financieras, concluimos que es el contrato de mutuo con garantía real uno de los más utilizados por las mismas, subordinado a la intervención notarial. Es dable señalar que Zinny apunta que ciertos profesionales del derecho desconocen los conceptos generales en temas que deben tratar, y de tal modo confunden al contrato de mutuo como si fuera contrato de hipoteca, y a éste con el derecho real de hipoteca, sin ningún tipo de discriminación teórica, siendo que son absolutamente incomparables.

El contrato de mutuo o préstamo de consumo reviste, entre otros, los caracteres de unilateral para la doctrina clásica, bilateral para parte de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doctrina moderna, siendo esta distinción fuente de actuales discrepancias, sobre todo de índole teórico - prácticas, por ejemplo, en cuanto a que se requeriría un solo ejemplar o dos, según el caso. De igual modo es real (art. 1141, Cód. Civil) o consensual (doctrina francesa por ejemplo). Sin embargo, parecería revestir características propias de los contratos reales, y también de los consensuales. A su vez, el derecho real de hipoteca presenta entre otros un carácter esencial; éste es el convencional (art. 3115, Cód. Civil). Y de esta calidad de convencional que tiene la hipoteca surge por ejemplo la necesidad de la aceptación que de la misma debe formular el acreedor, conforme el art. 3130, Cód. Civil.

Por su parte, los contratos de adhesión presentan características propias, que provocan el tratamiento de una normativa jurídica particularizada, distinta de la que es dable aplicar a los contratos reales, consensuales o a los actos jurídicos y derechos de libre convención. El elemento tipificante de los contratos de adhesión, lo configura el desequilibrio económico - social de las partes, no obstante la igualdad jurídica. Porque, ante la oferta de una de las partes, la otra no tiene la posibilidad sino de aceptarla y adherirse a sus exigencias o no. Es por esto que las tratativas previas al otorgamiento de escrituras de mutuo con garantía real configuran, como bien señala Spota, verdaderos acuerdos de voluntades. Ello nos lleva a la conclusión de que el contrato de mutuo con garantía hipotecaria reviste un carácter mixto, es decir: es un contrato discrecional pero, con relación a las cláusulas hipotecarias típicas, configura un contrato de adhesión. Pensamos que esto es así, por la circunstancia de la imposibilidad de la parte deudora de convenir otros intereses, condiciones o modalidades, lo que hace que tales contratos queden en la práctica tan distorsionados que parecen encuadrar dentro de las características propias de los contratos de adhesión. El argumento válido de las entidades en general es atendible, en cuanto a que es necesario proteger y asegurar su inversión de capital, sobre todo en un país de inestabilidad económica tan grande como el nuestro, inestabilidad económica que echa por tierra cuanta inteligente previsión pudiera haber sido hecha en salvaguarda de los intereses del acreedor. Pero entonces, pensamos que lo adecuado es buscar un equilibrio que resulte evidente y no desnaturalice la esfera contractual, vinculando en tamaña responsabilidad al notario actuante.

c) Caso del modelo del B.H.N.

El Banco Hipotecario Nacional, no nos explicamos aún la razón, no incorpora a las escrituras de hipoteca la aceptación de su parte a los términos de la misma (conf. art. 3130, Cód. Civil citado). La cláusula de la aceptación no forma parte de las minutas o modelos que el banco proporciona al notario actuante para que éste extienda la escritura hipotecaria.

A su vez, Borda, entre otros, sostiene que no habiendo aceptación de la hipoteca no hay hipoteca, ya que la aceptación, convencional, reviste un carácter esencial de la misma. De tal modo, dicho autor agrega que no debe el Registro de la Propiedad Inmueble preceder a su registración.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nosotros pensamos que aunque tal registración se efectúa, la misma no convalida ese vicio, de tal suerte que se hace necesaria la aceptación por escritura pública complementaria.

Sin embargo, no hemos encontrado antecedentes jurisprudenciales tendientes a demostrar que pueda haberse opuesto excepción contra el banco aludido por vicio de la escritura de hipoteca, por falta de aceptación a la misma.

Desconocemos la causa. Pero ello no es tan importante como la circunstancia de que el notario debe informar al departamento de la entidad financiera respectivo de toda situación que resulte, por error, negligencia, ignorancia, etcétera, lesiva a los intereses de la misma. Ese es, el ejercicio acabado, profundo y responsable de la función notarial.

III . PROPUESTA

Cuando una de las partes sea una entidad financiera: a) el notario debería dejar constancia de que los términos y el contenido escriturario han sido tomados de la minuta que le hubo sido entregada por la entidad, agregando tal minuta al protocolo, previa suscripción de la misma por el apoderado de la entidad. Es verdad que esta conducta transforma virtualmente al negocio jurídico de que se trate en un verdadero contrato de adhesión, con todas las implicancias del mismo, pero no es en realidad eso. Y no somos nosotros, los notarios, los depositarios de la fe pública, quienes debemos desnaturalizar los actos Jurídicos. b) Propiciar la participación activa del notario, en la redacción de las escrituras públicas que él autoriza, habida cuenta de su ciencia y su conocimiento científico profundo y de su exclusiva y total responsabilidad por las consecuencias de los actos que él instrumenta.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil - Contratos, t. II, Derechos Reales, t. II.

Spota, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil - Contratos, vol. I, II y vol. VIII.

Salas - Trigo Represas, Código Civil Anotado.

Zinny, Mario A., Casos Notariales.

Peña Guzmán, Luis Alberto, Derechos Reales, t. III

FIDEICOMISO(*)⁽³⁴⁶⁾

LIDIA E. BELMES

I. PONENCIA

POR CUANTO:

EL fideicomiso se encuentra legislado en el Código Civil y en la ley de entidades financieras;

Es una institución con características propias tipificada en las normas