

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA FASE PROFESIONALISTA DEL NOTARIO(*) (400)

RAÚL R. GARCÍA CONI

SUMARIO

I. Dicotomía de la función notarial. II. La fase profesionalista del notario. III. Intervención del notario en la contratación inmobiliaria. IV. El ensanchamiento de la etapa preescrituraria. V. Conclusiones.

ABSTRACT: Se analiza el doble rol del notario: como profesional de derecho a cargo de una función pública, estableciéndose la cronología de su intervención y la importancia de que asuma en plenitud su labor profesionalista en la etapa preescrituraria.

I. DICOTOMÍA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

En los albores de la humanidad, cuando muy pocos (esclavos o libertos) sabían leer y escribir, los analfabetos recurrían a ellos para atender sus relaciones epistolares o contractuales. Eran "escribanos" en el más amplio sentido del vocablo y así se originó el apellido Escribano, como otros viejos oficios dieron lugar al de Carpintero, Sastre, Taylor, Herrero, etcétera.

Como afirma Arata(1)(401), la prueba del tiempo ha sido superada; esos primitivos escribanos - nuestros ancestros - se transformaron en testigos calificados, y cuando el Estado necesitó de documentos especiales que invirtieran la carga de la prueba para obtener credibilidad pública, los invistió con la augusta misión de dar fe.

El documento hizo al notario, aunque hoy el notario haga el documento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Núñez Lagos), por cuanto la función hace al órgano. Por ello "el escribano es un pedagogo de la voluntad" (González Palomino) .

El empírico se hizo autodidacto y transcurrió mucho tiempo hasta transformarse en jurisperito, a lo que contribuyeron la Escuela de Bolonia, las pasantías y el ejemplo de los grandes maestros.

Si bien nació por generación espontánea, respondiendo a necesidades comunitarias, la evolución del notariado no fue igual en los distintos países, y así vemos que existen las variedades a que se refiere Antonio Bellver Cano(2)(402), quien lo clasifica en notariado administrativo (Rusia y su zona de influencia); notariado de profesionales liberales (Inglaterra) y notariado latino, desarrollado en cuarenta países, inclusive en algunos que no tienen raíces romanistas.

Existe también, como forma atípica, el Notary Public norteamericano, sin protocolo ni más fe pública que la de mero certificador de firmas, cuya habilitación se renueva periódicamente como procedimiento para asegurar la buena conducta.

En algunos países la función notarial se ejerce simultáneamente con la abogacía, salvo el caso de los "igualados" (pacto de iguala), pero esta actuación indiferenciada suprime una importante incompatibilidad y plantea una antinomia vocacional.

Del examen comparativo se infiere que en la mayoría de los países el aspecto funcional (legitimación) predomina sobre el científico, pero que el ideal consiste en la concurrencia de ambos factores y esa conjunción es una de las principales virtudes del notario latino, al que se define como a un profesional de derecho a cargo de una función pública(3)(403).

Esta dicotomía entre profesional y funcionario ha originado polémicas sobre si somos o no funcionarios públicos, y la respuesta dependerá de que nuestra introspección analice uno u otro aspecto del cotidiano quehacer notarial.

Hay otros casos, algunos esporádicos, de funcionarios públicos que no integran los cuadros administrativos ni dependen del presupuesto oficial. Un ejemplo son los encargados zonales del Registro de la Propiedad del Automotor; otro son las autoridades comiciales y otro es el caso del médico que firma un certificado de defunción.

La universidad (estatal o privada) nos da la aptitud científica (aspecto profesional), pero necesitamos que el Estado nos otorgue la potestad legitimadora. La primera se refiere a la capacidad intrínseca y la segunda, a los factores extrínsecos, que si bien se requieren en todas las profesiones, alcanzan su mayor grado en el caso del - notariado (mayoridad, nacionalidad, domicilio, acreditación de buena conducta, matrícula, investidura, juramento, colegiación, fianza, etcétera).

Para nosotros, el notario es un funcionario público paraestatal que no siempre tiene categoría universitaria (como ocurre en varios países y en algunas de nuestras provincias), por lo que pensamos que la investidura es de la esencia del notario moderno y que su condición universitaria forma parte de su naturaleza perfeccionista.

Esta dualidad del profesional-funcionario ha sido utilizada como argumento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en favor del Fondo Común de Honorarios, según el cual la mitad de lo que percibe el notario le corresponde como mero profesional y la otra mitad como funcionario, por lo que esta parte debe ser prorrataada, aunque, por razones que no explicaremos aquí, conviene que el depósito sea del ciento por ciento y que la mitad del total se devuelva al aportante.

De todos modos, cualquiera que sea su encasillamiento, no caben dudas de que el notariado es un antídoto contra la burocracia estatal, como se observa en los casos en que se ha pretendido prescindir de sus servicios.

II. LA FASE PROFESIONALISTA DEL NOTARIO

Cronológicamente, el jurista-funcionario actúa primero como profesional del derecho al asesorar a sus requirentes y elegir la figura más adecuada para la formación del documento, cuya redacción debe recoger la voluntad de las partes y traducirse al lenguaje de técnica jurídica.

Así como para los médicos no hay enfermedades sino enfermos, para los escribanos no hay contratos sino contratantes, o sea, una gama de situaciones que debe analizarse en cada caso a través de la intermediación.

De ahí la importancia de la "audiencia" o diálogo entre los requirentes y el notario.

La audiencia sirve también para cimentar la fe de conocimiento, o sea la convicción íntima del notario de que los sujetos negociales son las personas que dicen ser, lo que se consigue con las entrevistas preliminares.

En el V Congreso Internacional del Notariado Latino, Roma, 1958, quedó claro que los documentos de identidad son sólo elementos auxiliares e indirectos y que no debe confundirse la fuente del conocimiento con su antigüedad, la que puede ser inmediata, pero como se basa en datos indiciarios existe siempre el riesgo de la impostura.

El notario sobrelleva tantas sobrecargas - colaterales o parásitas - como son algunas de tipo tributario, que bien puede soportar esta responsabilidad específica y no estamos de acuerdo con los que quieren suprimir la responsabilidad inherente a la fe de conocimiento.

La fe de conocimiento, como el principio de matricidad, el régimen de inspecciones y fianzas y el proceso selectivo para el acceso a la función, son sólo algunos de los elementos que señalan la superioridad de la escritura pública en los muchos casos en que no puede ser suplida por especie diferente de instrumento público (art. 977 y conchs. Cód. Civil).

Como suprimir la fe de conocimiento puede deteriorar la imagen del notariado, sugerimos que el fondo de garantía, cofre, o como se lo denomine, asuma el riesgo de la impostura y cubra las indemnizaciones civiles cuando la justicia penal determine que no hubo dolo ni negligencia del escribano.

Paradójicamente, algunos colegas que desdeñan su condición funcionarista no cuidan la etapa profesional, delegan lo indelegable y sólo toman contacto con sus requirentes a último momento. El resultado es que como se les retacea el debido asesoramiento, éstos creen que todos los escribanos son iguales (lo que es cierto en la faz instrumental) y acaban por considerarlo un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"dactilógrafo caro" por cuanto no se les explica que los dos tercios de la factura notarial son gastos e impuestos.

"La figura jurídica del notario" (Carnelutti), sufre, entonces, un serio menoscabo.

De poco sirve que el notariado haya adquirido conocimientos universitarios especializados de grado y posgrado, que pueden culminar en un doctorado (Universidad Notarial Argentina y Universidad del Salvador), si no se aplica ese saber en beneficio de sus destinatarios naturales, que sólo recibéndolos, podrán valorar a su escribano.

Como veremos más adelante (infra IV), una serie de factores se confabula para dilatar la concreción escrituraria. Ese espacio debemos llenarlo con profesionalismo asumiendo el pleno de responsabilidad, inclusive por impericia.

III. INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

Un amplio sector de la doctrina considera que debe aligerarse la carga de las incompatibilidades que, como sabemos, apuntan al logro de dos propósitos: a) la consagración al servicio, para que no le falte a la comunidad; y b) la imparcialidad para ". . . que no quede asidero, ni aun la sospecha de que la fe pública no preside con completo desinterés los actos que esta encargado de autorizar" el notario(4)(404).

El primer aspecto se encuentra lamentablemente superado, pues hoy el exceso de actuantes determina que hay demasiados escribanos a disposición del público (inversión de la rogatoria).

Para asegurar la continuidad del servicio, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal ha organizado con éxito un régimen de turnos para los días festivos, con radiollamada para los escribanos comprometidos con el sistema.

El segundo factor sigue vigente, pero es relativo, pues el escribano tiene siempre interés académico y crematístico en el resultado de la escrituración. Académico, por cuanto no puede serle indiferente su propio opus, y crematístico por cuanto el notariado es su medio de vida.

La verdadera autonomía funcional del escribano se consigue poniéndolo a cubierto de vicisitudes económicas y de presiones competitivas (correctas o desleales).

Se está de acuerdo con que, en general, el notario no debe ejercer el comercio, pero se abre camino la idea de que su intervención en el proceso enajenativo inmobiliario debe anticiparse al negocio jurídico propiamente dicho, por cuanto éste está precedido por el negocio comercial de la intermediación.

Quienes así piensan lo hacen en postura defensiva, pues la experiencia indica que los que intervienen en la etapa inicial pretenden luego abrogarse, con fines inconfesables, el "derecho" de elegir al escribano autorizante (zurupetismo).

No se trata, entonces, de competir con los corredores de comercio, sino de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

neutralizar la competencia de éstos, totalmente extraña a su quehacer específico.

Dentro del derecho comparado existen interesantes precedentes. En Bélgica hemos visto que las subastas se hacen ante notario, y en Francia éste actúa como banquero, con libros rubricados para el manejo de fondos. Entre nosotros, mientras existieron las mal llamadas hipotecas "particulares", éstas se concertaban en algunas escribanías, que disponían de capitales exógenos.

Puede suceder y ello es previsible, que si esta incompatibilidad se erradica de las normas notariales, los martilleros y comisionistas las incluyan en sus propios ordenamientos, estableciendo, por ejemplo que su oficio es incompatible con el ejercicio de la escribanía.

Habrà, sin lugar a dudas, un conflicto de incumbencias, pero es lógico que los juristas rescaten la exclusividad en la redacción de los boletos de compraventa, tal como se postula en las V Tornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, San Rafael, Mendoza, 1978, cuyas conclusiones pueden verse en Revista del Notariado N° 762, pág. 2518. En el caso del escribano, lo que se cobra por la confección del boleto es deducible de la tarifa escrituraria.

Si la intervención del notario abarcara todo el espectro de la transmisión inmobiliaria, desaparecerían tantos boletos de compraventa proclives al litigio o que no cuidan el debido equilibrio de las prestaciones recíprocas.

IV. EL ENSANCHAMIENTO DE LA ETAPA PREESCRITURARIA

Los veteranos del notariado recordamos con nostalgia la época en que los requirentes, después de estrechar sus manos (palmata) nos decían: "Tal día de la semana próxima venimos a escriturar", y en el ínterin era posible realizar el estudio de títulos y obtener las certificaciones necesarias.

El boleto de compraventa era entonces una rara avis y no se discutía si se trataba de un contrato (de compraventa o de obligación de escriturar), o de un precontrato y, por supuesto, la reserva de compra era una especie desconocida.

Las escrituras traslativas de dominio (título más modo) eran in continenti, por cuanto nacían simultáneamente el derecho personal y el derecho real, y por ello tales escrituras se siguen denominando de compraventa, aunque el "contrato" propiamente dicho la haya precedido.

El contrato puede ser verbal, pero como verva volant..., es preciso graficarlo para que pueda ser exigible, si no puede probarse con testigos (art. 1193, Cód. Civil).

Ahora las escrituras son ex intervallo y el boleto de compraventa se encuentra institucionalizado, aunque se lo oculte a veces como un acto inconfesable que será subsumido - en una nueva versión - por la escritura, en una especie de renovatio contractus.

Ya veremos las causas que han producido la proliferación del boleto de compraventa; pero antes nos referiremos a este instrumento que la ley de prehorizontalidad no trepida en denominar contrato y al que los artículos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1185 bis y 2355 del Cód. Civil le reconocen especial jerarquía.

A nuestro juicio, el boleto de compraventa, según el art. 1323 del Cód. Civil, es un verdadero contrato por cuanto cumple con la preceptiva del art. 1137 del mismo Código, pero no es un contrato con fuerza transmisiva y aunque se lo hiciera por escritura pública no es el instrumento enajenativo a que se refiere el art. 2609 del Cód. Civil, ni satisface la exigencia del artículo 1184, inc. 1° del mismo Código.

En el boleto hay una parte vendedora y una parte compradora (cualquiera que sea la cantidad de los sujetos negociales), mientras que en la escritura pública hay parte enajenante y parte adquirente, siempre, desde luego, que hubiere tradición de la cosa.

Dicho de otra manera, sólo por la escritura transmisiva el vendedor (acreedor del precio) se transforma en enajenante y el comprador (acreedor de la entrega de la cosa y de la escritura) se convierte en adquirente.

Si bien estamos de acuerdo con la postura de Vélez Sársfield, que, siguiendo a Savigny, considera que la posesión es un hecho(5)(405), consideramos que nada obsta a que la escritura haga presumir la entrega de la cosa, si las partes no convinieren lo contrario (v.gr. art. 1462 Cód. Civil español y art. 1351 Cód. Civil portorriqueño).

La espiritualización de la entrega de la cosa ya la tenemos en la traditio brevi manu y en el constituto possessorio (arts. 2387 y 2462 inc. 3 Cód. Civil), y también se presume la tradición, pero sin admitir prueba en contrario, en el caso de los registros constitutivos, como son en nuestro país el de Automotores y el de Caballos de Carrera, y también en ciertas transmisiones post mortem (arts. 3410 y 3412 Cód. Civil).

Por otra parte, si se considera legítima la posesión mediando boleto de compraventa (art. 2355 Cód. Civil) no podemos negar a la escritura lo que se concede a ese boleto.

Examinemos ahora las motivaciones - algunas realmente parasitarias - que han influido negativamente en el proceso escriturario, dilatando la concreción del iter documental y, consecuentemente, la etapa inscriptiva.

Así como justicia demorada es justicia negada, todo aplazamiento escriturario conspira contra la seguridad jurídica y la profilaxis del litigio, perturbándose la economía procesal.

Las causas que han ensanchado la etapa preescrituraria son bien conocidas:

Primero fue la necesidad de obtener previas y lerdas certificaciones administrativas en cuyo despacho no se aprovechan las ventajas de la moderna informática y también porque el fisco no aplica el criterio racional de que el último recibo hace presumir el pago de las deudas anteriores (art. 746 Cód. Civil), extremando el criterio del in dubio pro fisco.

El problema se atenúa cuando el informe "de no adeudar" (liberación previa) se reemplaza por el informe "de deuda" y el escribano actúa como agente de retención. No paga por cuenta del usuario, de quien no tiene mandato(6)(406), sino que cobra en nombre del Estado, al que sí representa.

Un paso importante, cuando se trata de inmuebles ubicados en Capital

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Federal, fue el de la ley 22427, cuyo art. 5º permite que el acuerdo de partes libere al escribano de esa sobrecarga.

A nuestra propuesta, la Comisión N° 1 de las XI Jornadas Nacionales de - Derecho Civil, Buenos Aires, agosto de 1987, aprobó el siguiente despacho: "A fin de tutelar adecuadamente a los adquirentes de bienes inmuebles se recomienda la adopción por las provincias de un régimen análogo al del artículo 5º de la ley 22427, de modo de abreviar el trámite preescrituario" (12 votos, 4 abstenciones) .

Segundo: otro factor dilatorio fue el pretendido sucedáneo de la escritura que consiste en la anotación de los boletos de compraventa de lotes por mensualidades, lo que comenzó en la provincia de Buenos Aires con la ley 4564, se adoptó en varias provincias, e inspiró la ley nacional 14005, modelo, a su vez, de la ley 19724 de Prehorizontalidad.

Las leyes nacionales 14005 y 19724 han necesitado reformas, pero siguen siendo ineficaces, pues "La inscripción registral de los boletos de compraventa no es un medio adecuado para solucionar los problemas que ellos generan", según el despacho mayoritario (12 votos) de las recordadas XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La minoría contó con los dos votos de los autores de un trabajo en que se propiciaba tal tipo de anotación.

Si hay cosa tradible no se justifica postergar la escritura; y si no la hay (venta de cosa futura), el sistema falla por la base, pues de nada sirve al comprador tener anotada una compra en el piso quince, por ejemplo, si la obra se paraliza al llegar al piso tercero.

Por esta y otras razones somos adversos a la anotación de los boletos de compraventa, pero esa modalidad tuvo su desarrollo por razones tributarias en la provincia de Buenos Aires pues interesaba a los vendedores para no pagar el adicional inmobiliario y a los compradores para no pagar hipotecas por saldo de precio.

Al desaparecer esos gravámenes, disminuyó sensiblemente la registración de los boletos, pero como la ley no ha previsto plazos de caducidad, los viejos asientos siguen parasitando al Registro, que no puede darlos de baja.

A veces, a raíz del deterioro monetario y debido al abandono del nominalismo (art. 619, Cód. Civil), los boletos fijan plazos exigüos para la escrituración, lo que atenta contra el aconsejable estudio de títulos y esa prisa se establece, curiosamente, aun cuando el precio se pacte en una moneda foránea fuerte y estable.

La "dolorosa dolarización de la economía" ha influido también para fomentar el clandestinismo de algunos boletos de compraventa que desaparecen al escriturar, y entonces se pretende que el escribano dé fe de que todo el precio ha sido - convertido en australes - pagado al contado y en su presencia.

Por lo general esa ficción se acompaña con otra, que consiste en "escriturar por menos" para eludir impuestos y honorarios, corruptela que tuvo su origen en el Impuesto a las Ganancias Eventuales - implantado hace 40 años - y que persiste pese a que últimamente ese impuesto cobró

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

razonabilidad.

Aunque por razones de prudencia el precio se escribe siempre en letras y no en guarismos, ese requisito sólo lo exige el Código Civil para las cantidades entregadas en presencia del escribano (art. 1001), asignando especial importancia a su dación de fe.

Otra forma de burlar al fisco y al escribano es el empleo artificioso de poderes irrevocables (muchas veces seudoirrevocables) para que los especuladores puedan revender sin mayores gastos.

Después vendrán las sorpresas, cuando el titular de dominio aparezca inhibido o embargado, o cuando pida rendición de cuentas a su "apoderado". Mientras tanto, la verdadera escritura transmisiva sufre un compás de espera, lapso que se prolonga cuando el mandatario aparente sustituye su poder y no está determinada la figura del comprador (en franca contravención a lo previsto por el art. 1977, Cód. Civil).

Como vemos, la imaginación popular tiene muchos recursos elusivos para anteponer intereses personales a los comunitarios, que sólo pueden ser satisfechos si se cumplen los recaudos de la seguridad jurídica dentro de plazos razonablemente breves (pero no de un día para otro).

El boleto de compraventa, como la mayor parte de los instrumentos privados inmobiliarios, debe caracterizarse por su transitoriedad, hasta tanto queden subsumidos por la escritura formalizadora.

Corresponde revisar el sistema impositivo que grava el boleto, pues el pago que se hace a cuenta del pago definitivo (de sellos o al acto) ha fracasado en su intento de evitar el subprecio escriturario, lo que tampoco se logró con la teoría de la lesión (art. 954, Cód. Civil). El boleto debe desgravarse - como se hizo con los recibos - o volverse al sistema del impuesto fijo y autónomo que tuvo durante mucho tiempo.

V. CONCLUSIONES

La "fase preparatoria del contrato de compraventa" siempre requirió "la intervención del notario", quien debe realizar una tarea intelectual al estudiar la genealogía de los títulos(7)(407), o por lo menos al examinar la publicidad cartular del último título que debe tener a la vista en operaciones inmobiliarias (arts. 16, inc. d, y 23, ley 17801).

Esa fase preliminar debe reducirse a la mínima expresión, dentro de términos razonables, para no dilatar la seguridad jurídica que sólo puede proporcionar la escritura pública, pero sin que ello implique retacear el deber de asistencia jurídica y de consejo a que está obligado el notario para que el acto jurídico sea fruto reflexivo de una adecuada deliberación.

No sólo por su valor probatorio (como instrumento público) sino también por la pureza de sus formas, se logra la calidad antilitigiosa propia de la escritura pública.

Lo que debe removerse son las circunstancias tributarias y burocráticas que se oponen a una inmediata o por lo menos rápida escrituración.

Para asegurar el cobro de sus gabelas, el Estado debe valerse de procedimientos específicos y no trabar la circulación de la riqueza ni el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

crédito inmobiliario, abusando de la colaboración notarial.

El antes, el durante y el después de la escritura pública ocupan la atención del notario, que la debe preparar asesorando a sus requirentes; que la confecciona responsabilizándose por su legalidad y que la inscribe en los Registros Públicos cuando ello sea procedente, ya que tiene una obligación de resultados más que de medios.

Son tres etapas diferenciadas, pero conexas y vitales en el camino de la seguridad jurídica.

EL PACTO DE INTERESES, EL ANATOCISMO Y EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL(*) (408)

CARLOS ALBERTO GHERSI

SUMARIO

I. El dinero-mercancía. II. El pacto de intereses y la contratación predispuesta. III. La persona física y la persona de existencia ideal. IV. La adecuación monetaria y su diferencia con los intereses. V. El anatocismo.

I. EL DINERO - MERCANCIA

Es indudable que, además de las dos funciones típicas del dinero - como unidad de medida del valor económico de bienes y servicios y como instrumento de intercambio de esos mismos bienes o servicios - aparece una tercera, tal vez en la Argentina de mayores dificultades en cuanto a su regulación, como "mercancía en sí mismo"(1)(409) .

La necesidad de acceso al "dinero", como bien insustituible de "desenvolvimiento o crecimiento", le ha atribuido una característica muy especial, que lo colocó como mercancía imprescindible generando un mercado atípico y abusivo(2)(410).

El "negocio financiero", que consiste en captar fondos de pequeños ahorristas y colocarlos como empréstito a personas o empresas privadas o públicas e incluso al mismo Estado, ha originado en la Argentina esa "deformación" en el circuito financiero del costo del dinero-mercancía; de allí, entonces, que es motivo constante de control por parte de los organismos competentes, verbigracia, Banco Central, etcétera.

La facultad otorgada a los jueces para evitar los abusos es coherente con la tendencia de inserción jurisprudencial en un contexto de la función activa del Estado en resguardo del sistema(3)(411).

II. EL PACTO DE INTERESES Y LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA

El pacto de intereses como situación jurídica regulada por la autonomía de voluntad dentro del derecho patrimonial privado - máxime bajo la forma de contratación por adhesión - está sometida a una serie de "principios y