

Revista número 47. Año 1946

El escribano de registro

Rafael V. Gutiérrez

Profesor de Derecho Notarial

Al abocarse al estudio de cualquier problema atinente a la organización notarial, se plantean interrogantes a los que es necesario responder para el detenido examen del tema: carácter del escribano en concordancia con nuestra legislación y sus antecedentes; monopolio profesional y libertad de su ejercicio.

Las opiniones de nuestros notarialistas se dividen irreconciliablemente entre los que sostienen que son funcionarios públicos y los que los consideran profesionales libres de derecho.

La legislación española y su doctrina proclaman que son funcionarios a pesar de no tener todos los caracteres que en Derecho Administrativo se exigen para los mismos. Desconocer que el espíritu y la letra de nuestra organización notarial no es un calco de la española es estar fuera de la realidad.

En publicaciones diversas sobre investigación notarial, se han tratado estos problemas con la mayor dedicación, agotando los argumentos. Bibiloni, Salvat, Paz, Negri, Martínez Urrutia, Allende Iriarte, Novillo Corvalán, han expuesto sus teorías claramente.

1. Carácter del escribano

El notario es un funcionario público en razón de su origen, de su carácter jurídico, de la legislación y jurisprudencia que lo consagra.

Ya en el Imperio Romano eran considerados en razón de sus funciones públicas, delegados del Estado. Al decir de Gibert: «el oficio de escribano es dignidad y autorización establecida públicamente, esto es, de derecho público y para utilidad pública, inventada desde los tiempos del Imperio Romano, pues este oficio trae su origen en la potestad imperial (enumerados entre los cargos públicos)».⁽¹⁾

Los longobardos y los francos dieron en su primitiva legislación caracteres y funcionarios a los escribanos, Edictos de Rotario, Luitprando y Rachis, entre los longobardos, y más tarde entre los Capitulares Teodoreses de Carlomagno y de Lotario.⁽²⁾

⁽¹⁾ Véase el Título del Código Romano titulado: Tabulari Logo graphis et Cerisualibus, Libro X. Vicente Gibert, *Teoría del artículo de Notaría*, p. 3.

⁽²⁾ *Evolución mundial del notariado*, de Mateo Azpeitia Esteban.

Oficio público honrado y comunal, lo consagra el fuero viejo de Castilla El mismo lo señala en razón de su alto origen y creación, pues eran designados por el rey, como que su autoridad es una emanación de la soberanía.⁽³⁾

La ley de Notariado de España, del año 1848, en su artículo 1º, define: «Habrán en la Península e Islas adyacentes, una sola clase de funcionarios de real nombramiento, autorizados para dar fe y testimonio de todos los actos y contratos intervivos o mortis causa que entre ellos pasaren. Estos funcionarios se denominarán Notarios públicos».

Estas mismas características consagra la legislación contemporánea de Francia, Italia e Inglaterra, sin querer excluir como dato anecdótico a la Alemania nazista, donde la preponderancia estatal esclavizaba al funcionario hasta convertirlo en un lacayo del Fuhrer. La Ordenanza Orgánica del Notariado de fecha 13 de febrero de 1937, consigna en su artículo 2º que «los notarios son funcionarios públicos y tienen un sello particular. Se encuentran hacia el Fuherer y el Reich en una condición de derecho público que le impone deberes de fidelidad. El Estado de notario no es una profesión». El artículo 49 establece: «Pueden solamente ser nombrados notarios los que dan la garantía, de tomar francamente en todo momento la defensa del Estado nacionalsocialista» y consigna dicha Ordenanza, que después de su nombramiento prestará el notario el siguiente juramento: «Juro fidelidad al Fuherer del Reich y del pueblo alemán Adolfo Hitler, observar las leyes y cumplir con imparcialidad y conscientemente las funciones que se me confían, así me ayude verdaderamente Dios».⁽⁴⁾

La ley notarial italiana, en su artículo 1º, define al notario diciendo: «Que es el oficial público instituido para recibir los actos intervivos y de última voluntad». La ley de Holanda establece también en su artículo 1º, que los escribanos son funcionarios públicos autorizados para otorgar escrituras públicas, etc.

Nuestra legislación consagra al escribano como funcionario público. La ley Orgánica del Notariado, aprobada en el Primer Congreso Notarial Argentino del año 1917, lo define en su artículo 1º: «Notario es el funcionario público que, investido de autoridad suficiente, da fe de todos los actos intervivos y de última voluntad, que requieran por las leyes su intervención, para darles validez en juicio y fuera de él».

El artículo 169 de la ley Orgánica de la Capital, define al escribano de registro, como «el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieran o pasaren».

El artículo 210 de la ley Orgánica de Santiago del Estero, establece: «El escribano de registro es el oficial público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos o contratos que ante él se extendieron o pasaren».

El artículo 160 de la ley Orgánica de Córdoba, dice: «El escribano de registro es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos cumplidos por el mismo o de los actos o contratos que hubieren, pasado en su presencia».

El colega chileno Alemparte, mencionado por Harrington, subraya el carácter de funcionario que reviste el escribano de ese país, para destacar el contraste que presenta con el argentino, pero en realidad la legislación nacional de la que hicimos referencia, contradice su opinión. Dice así: «Es indudable que en Chile, el notario corresponde a un

⁽³⁾ El notariado en España desde su creación, de Juan Miguel Ximena, p. 73.

⁽⁴⁾ Bulletin de l'institut juridique international, Leide, julio de 1937, p. 21.

sistema totalmente diverso al del argentino y me atrevo a suponerlo —diverso también al de los demás países americanos— y la modalidad consiste, en que mientras en la Argentina predomina el aspecto profesional, en Chile los notarios, antes que profesionales, somos funcionarios».⁽⁵⁾

1.a. Funciones jurídicas del escribano

Jurídicamente el notario imprime por delegación de atribuciones del Estado, que les son propias, a los títulos que autoriza, el sello de autenticidad y legalidad; consagra la verdad de lo declarado en ellos y les otorga fuerza ejecutiva, para favorecer y ayudar el orden jurídico que resulta de la observancia del derecho.

Ihering demuestra la decisión consensual de las contiendas jurídicas en el antiguo procedimiento de la *litis contestatio*, que se basaba en el contrato. El Estado instituía a los jueces primitivos en calidad de árbitros para dar consejos a las partes, manifestando una opinión (*sentencia*), una explicación (*pronuntiatio*) de las cuestiones propuestas. En su origen los jueces eran personas de confianza a quienes recurrían los litigantes para pedirles consejos, recibir de estos su autoridad y poder, así como la fuerza decisiva del fallo, al prometer conformarse con su decisión cuando los eligieron; limitábanse a explicar el derecho dejando su realización a los interesados.⁽⁶⁾

El notario realiza una labor social de concordia, manifiesta Víctor Lavandera, desempeña un ministerio público de justicia y verdad, coadyuva al imperio del derecho y a mantener el orden jurídico, cual órgano del Estado encargado de conseguir la armonía de la sociedad.⁽⁷⁾

1.b. Libertad o monopolio profesional

La libertad profesional es defendida en base a los principios constitucionales que consignan los artículos 14 y 28. Conceptúo ese argumento ineficaz, pues dichos principios no son cercenados ni resulta restringida su libertad al ser reglamentados, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter de la función pública del notario, creada por el Estado, el cual a su vez, es el responsable del funcionamiento correcto de esa magistratura.

En todas las épocas el ejercicio del notariado ha sido limitado por el Gobierno. Una ley que proclamara la entera libertad del notario, dice Clerc y Berger, al referirse a la ley del 16 de junio de 1859 de Francia, «tendría por efecto inevitable alterar o distraer la justa confianza que se acuerda a esa clase de funcionario y de suerte que si en realidad la limitación del número de notarios constituye un privilegio para los que están investidos del título, es, a la vez, una garantía para la sociedad entera. La necesidad de fijar y restringir el número de notarios, continúa, ha sido constantemente motivada por los abusos que nacen de toda libertad ilimitada. Desde Luis III hasta la Revolución de 1789 y de ahí en adelante, todas las disposiciones coinciden en lo mismo, fundadas en el abuso que se hacía de la profesión, en todo sentido. Debido a esto el notariado francés ha conservado sus altas atribuciones, su probidad y las nobles tradiciones de sus luces que los siglos anteriores le han legado». Han tomado la limitación profesional, España, Italia, Suiza, es decir las naciones de origen latino.

⁽⁵⁾ Harrington, Patricio, *El notariado en Chile, Revista del Notariado*, N° 497, p. 581.

⁽⁶⁾ Ihering, V., *Espíritu del derecho romano*, t. I, pp. 198, 202 y 204.

⁽⁷⁾ Lavandera, Víctor, *Revista de derecho privado*, Madrid, 1916, p. 202.

En nuestro país, en principio se sostiene la limitación profesional, porque responde al sentido de que la organización del gremio debe ser severa, abonada por la experiencia y fundada en los principios constitucionales sostenidos por Estrada, Moreno y González.

La experiencia ha demostrado el fracaso de la libertad profesional.

Entre Ríos, a pedido del gremio, ha conseguido la limitación profesional en su novísima ley Orgánica.⁽⁸⁾ Córdoba está en un movimiento gremial para la reforma de su ley Orgánica en ese sentido. En cuanto a Santa Fe, que es un régimen idéntico al de la Capital Federal, solamente hubo un intento de libertad notarial en el año 1918, al presentar el diputado Dr. Gregorio Parera un proyecto que no prosperó.

Aceptado el carácter del notario en la forma expuesta, es necesario buscar el medio más adecuado para que el Estado tenga la seguridad de que al delegar sus funciones recaiga en el profesional más idóneo y de más merecimientos.

2. Provisión de los registros de contratos públicos por concurso

El sistema más justo y equitativo para reglamentar y limitar la profesión, entendida como función pública, es la provisión de los Registros de Contratos públicos por concurso.

El concurso consagra el derecho de accesibilidad al cargo, en favor de los más idóneos para desempeñarlo, con lo que evita, el privilegio irritante y la injusticia que subleva; es el procedimiento democrático por excelencia, ya que todas las personas, sin distinción de clases, ni ideos, pueden aspirar a desempeñar el cargo, llegando él más apto y de indiscutida vocación profesional y no un advenedizo que toma un registro como «ayuda de costa», convirtiéndose en un enemigo de la institución a la que aspiramos digna y vigorosa.

Descartado en esta forma el privilegio de pocos, conseguido como merced de un caudillo político, después de haber peregrinado por las antecámaras ministeriales en las que se dejan girones de la dignidad personal, agravada por la modalidad política de ciertos oficialismos de provincia que valiéndose de la constitución fraudulenta y obsecuente de sus legislaturas, creaban a su arbitrio los registros y los otorgaban caprichosamente a los que prestaran sus nombres, para fortalecer de este modo el grueso de sus afiliados. Con ello se destruye la personalidad del colega que acepta un cargo como si fuera una dádiva, dando al gremio un profesional sin ética, que constituye una rémora para la dignificación profesional. Con este nuevo sistema, se evita el negociado de los registros, otro baldón para la institución notarial, costumbre que se repetía ante la triste indiferencia de los organismos gremiales.

El escribano no es un profesional común; los notarios son los magistrados de la jurisdicción voluntaria. Las partes contratantes comparecen ante ellos a exponer sus respectivas peticiones y hacer reconocer recíprocamente sus propósitos, para que en seguida consten las convenciones que hubieren resultado.⁽⁹⁾ A él corresponde mantener la balanza siempre igual sobre la relación y valor de los hechos. Para esto no basta solamente una gran sagacidad; es preciso poseer aquel fondo de moralidad, aquella ciencia, que constituye al buen magistrado. Añadiendo a estas cualidades un conocimiento perfecto de la legislación, de la jurisprudencia, del derecho y una práctica ejercida razonadamente, para poder aplicar

⁽⁸⁾ Decreto N° 5017, I. F., de fecha 17 de diciembre de 1944.

⁽⁹⁾ Cellier, M., *Notario de Rouen*, p. VI, Manuel Ortiz de Zuñiga.

las reglas a los casos que diariamente se les presentan, se podrá decir, sin lugar a equívoco, que se está frente a un verdadero notario.

Es indudable que en nuestra profesión es indispensable una práctica previa, pues la improvisación y la inexperiencia, dan los frutos que son presumibles. «Es imposible concebir el atleta sin el diario, continuado y metódico ejercicio de sus músculos. La palestra ha de convertirse en picota para aquel que trate de obtener la palma con un caudal de fuerzas nunca ensayadas, menos aún conocidas», decía el informe reformista del 18 al referirse a los concursos.

Nuestra legislación al respecto estaba casi un siglo atrasada, ya en 1870 don José Gonzalo de las Casas, al referirse a la sanción de la ley del Notariado en España, manifestó: «Que el más civilizador, el más grande de todos los adelantos del notariado en los últimos tiempos —debido principalmente a la influencia de oposición pública representada por la prensa— ha sido, la forma del ingreso en el cuerpo por medio de las oposiciones».¹⁰⁰

La ley española de 1862 en su artículo 12 establecía: «Las notarías se proveerán por oposición ante las audiencias, que propondrán al Gobierno los tres opositores que crean más beneméritos». Anteriormente la ley del notariado español de fecha 12 de enero de 1848, estipulaba en su artículo 48: «Cada oficio se proveerá en uno de los tres pretendientes, que siendo idóneos, hubieran ofrecido en licitación pública, por medio de pliegos cerrados, fianza más cumplida de llenar fielmente sus obligaciones. En igualdad de circunstancias, será preferido el que fuera abogado o licenciado en jurisprudencia». Peculiar sistema de concurso que insinúa la necesidad de seleccionar. Pero debo hacer justicia. En el Primer Congreso Notarial Argentino, referido anteriormente, se aprobó el proyecto de ley orgánica, de que fue autor el escribano Eusebio E. Giménez, en el que se consigna, en su artículo 5º: «El nombramiento de regente lo hará el PE por oposición, debiendo al efecto publicarse avisos en los diarios por el término de treinta días, a fin de que se inscriban los que aspiren al cargo. Esta inscripción, se efectuará en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, la que reglamentará la forma del concurso, designando a la Comisión que lo ha de presidir y siendo su fallo inapelable». Debo recordar que la ley Orgánica del Notariado, auspiciada por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, consagra este procedimiento para el otorgamiento de los registros de contratos públicos, pero solamente las provincias de Entre Ríos y Santa Fe son las que tienen establecido en su legislación el sistema de concurso para la provisión de los Registros.

2.a. Régimen imperante en la provincia de Santa Fe

Por decreto del PE N° 11.642, de fecha 18 de mayo de 1945, se reglamenta el artículo 164 de la ley Orgánica de los Tribunales N° 2581, estableciéndose el concurso de antecedentes para la designación de titulares de registros de contratos públicos.

«Que el ejercicio de la profesión notarial constituye una delicada función pública, que debe estar revestida de las mayores garantías de buen desempeño, por lo cual se requiere especial idoneidad moral y profesional en los que la ejerzan; que la concesión de los registros de contratos públicos debe sujetarse a normas que, al mismo tiempo que aseguren las condiciones mencionadas, den oportunidad para optar a su provisión a todos los profesionales que se encuentren en las condiciones requeridas», expresan los considerandos del

¹⁰⁰ De las Casas, José Gonzalo, *Tratado General de Notariado*, p. 330.

decreto de referencia, que comprenden 5 artículos que reglan inteligentemente el sistema de concurso, siendo su característica la siguiente.

En su artículo 1° establece que los titulares de registros de contratos públicos, serán designados previo concurso de antecedentes, es decir, que adopta el sistema de concurso de títulos, en contraposición al de examen u oposición, instituido en la legislación española.

Con respecto a ambos sistemas hay opiniones encontradas sobre la eficacia y bondad de cada uno de ellos, los partidarios del concurso sobre la base de títulos, sostienen que el Estado se asegura la idoneidad del agente, desde que acredita con certificados especiales que lo habilitan para su eficaz desempeño, pues sería paradójico que el Estado no tenga confianza a los títulos que él mismo expide.

En cuanto a los partidarios de la oposición, manifiestan que en esta forma valoran más acertadamente las condiciones y aptitudes, poniendo de relieve otras cualidades que no pueden ser reflejadas en los títulos, elemento puramente objetivo. Otros están en la posición ecléctica, reclamando concursos de títulos y examen.

Pero para la función de notario, en razón de su naturaleza y peculiaridad, el mejor sistema es el adoptado por el decreto referido, el que está completado con su reglamentación respectiva, confeccionada por el Superior Tribunal de Santa Fe y Cámara de Apelaciones de Rosario, que son los tribunales de superintendencia. Dicha reglamentación sostiene como base para la calificación: especialidad, título, antecedentes, producción científica y ejercicio de la docencia en asignaturas vinculadas a la profesión; actuación en cargos públicos, antigüedad, eficiencia y asiduidad; actuación profesional en general, apreciando particularmente la actividad gremial desarrollada y el concepto de que goce el interesado. Cada uno de estos valores se calificará separadamente, en caso de empate se dará preferencia a la mayor antigüedad.⁽¹¹⁾

En su artículo 2° establece que producida la vacante, el PE comunicará al tribunal de superintendencia y dentro del plazo de tres días y con la debida publicación e insertación de avisos en los diarios de Santa Fe y Rosario, llamará a concurso para su provisión.⁽¹²⁾ Las bases generales para la presentación son: ser mayor de edad y argentino nativo o por opción o naturalizado, debiendo a este último caso tener por lo menos diez años de ejercicio de la ciudadanía, salvo los derechos que resulten para los extranjeros de tratados internacionales, con fuerza de ley para la nación; tener tres años de residencia inmediata al llamado de concurso y continuada en la provincia; poseer título de abogado o escribano expedido por alguna universidad nacional y acreditar práctica profesional en el ejercicio activo, durante tres años por lo menos, ya por el desempeño de cargos letrados en la administración, en las Facultades o como adscripto a algún registro.⁽¹³⁾

Establece la publicidad, factor esencial de los concursos, pues sin publicidad se desvirtúa el verdadero sentido del sistema. Dentro de un plazo no mayor de 15 días de cerrado el concurso, consigna el artículo 39 del decreto, el tribunal de superintendencia, elevará al PE una terna con los candidatos que a su juicio reúna mayores méritos, por orden de clasificación, con copia del veredicto y sus fundamentos. Todos los trámites no podrán durar más de 45 días.

⁽¹¹⁾ artículo 5° de la reglamentación judicial.

⁽¹²⁾ artículo 1° de la reglamentación judicial.

⁽¹³⁾ artículo 2° del decreto y 3° de la reglamentación judicial.

Con lo estatuido precedentemente se restringe el arbitrio gubernativo, aboliendo el favoritismo y las maniobras políticas, pues aquel queda limitado por el derecho de proponer, ejercido por un cuerpo extraño e independiente del PE.

Entre la proposición de la terna y la designación, media un lapso suficiente para que los Colegios de Escribanos, la prensa y la opinión pública, se pronuncien y fiscalicen la designación, aquilatando los méritos de los candidatos y comparando sus aptitudes, para el ministerio al cual son llamados a desempeñar.

La composición del jurado es la base de la seriedad del concurso; en el decreto de referencia está debidamente garantida, pues lo componen los miembros del Superior Tribunal de Santa Fe o de la Cámara de Apelaciones de Rosario, según la circunscripción judicial que corresponda, cuyos integrantes podrán ser recusados o inhibirse por las causas especificadas en el Código de Procedimientos Civiles. La recusación deberá formularse al presentar la solicitud y el cuerpo la resuelve sin sustanciación ni recurso alguno.⁽¹⁴⁾ El Tribunal se reúne dentro de los tres días de cerrado el concurso y ha de expedirse en el término perentorio de 10 días.⁽¹⁵⁾ La resolución la dicta el cuerpo con quorum estricto por lo menos, y cada vocal deberá fundar su voto, admitiéndose la adhesión a los fundamentos de otro.⁽¹⁶⁾ Dentro de las 24 horas de finalizado el Acuerdo, el Tribunal lo comunica al PE, con transcripción de la resolución adoptada.⁽¹⁷⁾ La forma establecida para la constitución del jurado es una garantía para los participantes, pues cualquier recusación fundada, la puede hacer y será resuelta previamente.

Creo, por mi parte, que la constitución del jurado estaría más completa con la inclusión de un miembro del Colegio de Escribanos y un profesor de la materia.

En cuanto al régimen de las adscripciones, el decreto de referencia ratifica lo estipulado en el artículo 178, 2ª parte, de la ley Orgánica, que establece el derecho de adscripto a suceder al titular por renuncia o muerte de este, similar al artículo 180 del de la Capital Federal, con la diferencia que exige una antigüedad mínima de cuatro años en caso de renuncia, o de dos años en caso de muerte, para tener derecho a la regencia vacante. Dicho artículo exige, como el de la Capital Federal, informes previos de los tribunales de superintendencia. Y por último en su artículo 5º establece que no se dará curso a ninguna renuncia de escribanos si no presentan un certificado de la Dirección General de Rentas, que acredite que los protocolos han sido inspeccionados y se encuentran conformes a la ley de Sellos.

Además de las ventajas enumeradas y otras de orden general que no escapan al análisis de la disposición legal, es necesario señalar los efectos jurídicos que produce el concurso. El PE que hará el nombramiento, tiene la obligación jurídica de observar y hacer observar las reglas y normas del mismo, ya que su inobservancia crearía el derecho de los participantes a impugnar el nombramiento, pues el concurso adquiere todas las características de un negocio jurídico preliminar, obligando al Estado a la designación de uno de los tres triunfantes.

⁽¹⁴⁾ artículo 6º de la reglamentación judicial.

⁽¹⁵⁾ artículo 7º de la reglamentación judicial.

⁽¹⁶⁾ artículo 8º de la reglamentación judicial.

⁽¹⁷⁾ artículo 9º de la reglamentación general.