

Algunas reflexiones sobre la *naturaleza jurídica* de la responsabilidad del estado por los daños ocasionados en ocasión de la función que desarrollan los escribanos

Gustavo Germán Rapalini*

Resumen. Se han elaborado diversas teorías acerca de la función del notario en la argentina, su naturaleza jurídica y su responsabilidad. Pero no se ha encontrado una respuesta unánime en cuanto al rol que cumple o debe cumplir el Estado, específicamente en cuanto a su eventual calidad de legitimado pasivo frente a un daño ocasionado por una defectuosa prestación del servicio de dar fe pública.

Abstract. Have elaborated diverse theoris about the argentinian notary function, his juridical nature and his responsibility. But, there's not been found an unanimous answer about the role that Estate fulfil or must fulfil, specifically about his eventual responsibility in damages because of public faith faulty service.

1. Introducción.

Con el nacimiento del Estado moderno como modelo de organización política, los individuos comenzaron a recurrir a instituciones que les garanticen validez a sus relaciones interpersonales. La actividad notarial fue y es una de ellas. Ello es así, aun por encima de la función que desarrollamos los abogados, profesión que lamentablemente se encuentra por estos días un tanto desprestigiada.

El Estado delega la fe pública en determinadas personas físicas, de modo tal que los actos que autoricen sean tenidos como auténticos (Gherzi,,1995:33) Se desprende de parte de su SOBERANÍA, y la entrega a los escribanos.

Pese a los avances tecnológicos, con frecuencia el ciudadano recurre a los servicios que los escribanos prestan, ya que su intervención brinda la seguridad que requiere el tráfico jurídico en relación a los actos y contratos que celebren los particulares (Lloveras de Resk, SF). Además. Nuestro derecho positivo determina que determinados actos sea realizados necesariamente mediante escritura pública (art. 1184, 1810, entre otros, del Código Civil).

* Abogado de la matricula (T° LVII F° 288 C.A.L.P.), egresado en el año 2009 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; e-mail: gustavograpalini@gmail.com.-

Los actos jurídicos otorgados por escritura pública hacen plena fe no sólo entre las partes sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. contenidos en ellos. Toda escritura pública autorizada por escribano público es un instrumento público que goza de autenticidad y entera plena fe (arts. 979, inc 1°, 993 a 995, cód. civil argentino). El escribano de Registro, es en nuestro derecho positivo, un profesional del derecho en ejercicio de una función pública (*sistema del notariado Latino*), que desempeña un ministerio de gran trascendencia social: testigo caracterizado, investido de la fe pública, actúa no sólo a mérito de su título, sino en virtud de una concesión del Estado, por medio de la cual interviene en actos y contratos de la vida civil (Gattari, 2000).

La atribución o concesión de facultades tan delicadas, tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando la conducta del escribano se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido¹. Abstrayéndonos de toda mala fe, y aun implementando la mayor diligencia posible en su tarea, los notarios son humanos, y como tales, falibles.

Puede decirse que la “*responsabilidad notarial*” es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de las obligaciones que le impone el ejercicio de su función. Surgirá ante la inobservancia del deber jurídico que le imputan las leyes a su actividad, cualquiera sea su naturaleza, modo y tiempo en que debe ejecutarse².

Son depositarios de grandes poderes y aceptan asumir a cambio grandes responsabilidades. Éstas pueden ser de cuatro clases: civil, penal, administrativa y disciplinaria. La diferencia entre ellas radica en los distintos bienes jurídicos que cada una tiende a proteger.

La responsabilidad de los escribanos se rige por las normas del derecho común, no obstante como la reglamentación de la actividad notarial es de orden local (*conf. art. 121, Constitución Nacional*), respecto a la responsabilidad disciplinaria y administrativa debemos tener en cuenta lo dispuesto por las leyes notariales locales³. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se rige por la ley 9020 del año 1978⁴.

En virtud de lo expuesto en esta breve introducción podemos determinar (a priori) la importancia del tema de la responsabilidad de los escribanos, de modo particular cuando

¹ Causa E. 325-XXI "Estrada, Juan H. tit. Reg. N° 3 s/expte. Sup. Not. N° 950bis/86" fallada el 14 de abril de 1988 y sus citas, CS

² Conf. CNCiv., sala B, julio 23-1981, JA, 1982-III-51 y ED, 95-390

³ Ob. cit. 1, pág. 38, N° 23

⁴ Texto actualizado según T.O. por Decreto N° 8.527/86, con las modificaciones introducidas por las Leyes 10.542, 11.138, 12.008 y 12.623

incurre en incumplimiento de los deberes que les imponen las leyes que reglamentan su ejercicio. Este es una temática en la que tanto doctrina como jurisprudencia han encontrado históricamente posturas más bien cercanas.

Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con la figura del Estado como legitimado pasivo de los eventuales perjuicios ocasionados en la prestación del servicio, quien por un lado aparece delegando una función que le es propia, en individuos privados, pero que en definitiva, los límites y alcances de la responsabilidad por los daños que puedan producirse en ocasión de la función de los escribanos, pareciera serle “*res inter alios acta*”⁵. He aquí, el objeto central del presente trabajo.

2. Naturaleza jurídica de la función del escribano en la Republica Argentina: el sistema de Notariado Latino

Existen a nivel mundial, tres sistemas notariales: por un lado, el sistema “*latino*” y el sistema “*anglosajón o del common law*”. Estos sistemas se corresponden a los dos sistemas de Derecho, el esencialmente Codificado y del otro lado el Common Law, basado en los antecedentes jurisprudenciales. Por último, también encontramos el sistema “*estatizado*”, que solo estuvo vigente en la Unión Soviética. Como ya adelantara *ut supra*, nuestro país –al igual que toda América latina- ha adoptado el sistema del Notario de tipo Latino.

El Notario de tipo Latino, es una persona con conocimientos jurídicos, requiere título habilitante (debe ser profesional del Derecho -abogado-), entre otros requisitos de idoneidad. A esta persona, el Estado le delega la función de dar Fé Pública (tiene el ejercicio de la Fé Pública). El acceso de las personas a esta función esta regulado en base a concursos y a exámenes. El Estado ejerce cierto control sobre la función a través del Colegio de Escribanos y del Juzgado Notarial. Tiene Responsabilidad de tipo Personal, y un deber de “Imparcialidad”. Poseen una Competencia Territorial determinada. Tienen un régimen de incompatibilidades bastante estricto, y no recibe un salario del Estado sino un honorario de sus requirentes.

3. El rol del Estado. Responsabilidad. Naturaleza Jurídica. Distintas Teorías

Los autores –principalmente de la rama notarial-, defensores del sistema del notariado latino, se han preocupado sobremanera es resaltar en cuanta ocasión pudieron, que el

⁵ *Res inter alios acta* es una expresión latina utilizada en Derecho y, en particular, en el Derecho contractual, que puede traducirse como "cosa realizada entre otros".

escribano es un profesional del derecho, que ejerce una función “privada” y “liberal”, a partir de la concesión del Estado; enfatizando en que NO son funcionarios dependientes del estado ni perciben emolumento alguno de aquél ente. Existen varias bibliotecas escritas en este sentido. Pero el problema no radica, entiendo, en la conceptualización en abstracto, sino en concreto, llevado a la práctica.

Por lo demás, y sin animo de adelantar mi opinión sobre la temática en estudio –*cuestión que sí haré al final*-, entiendo que ha habido cierta utilización del lenguaje como herramienta para “manipular” (Bourdieu, 2000) el derecho, en el sentido de encauzar los esfuerzos en una determinada dirección, olvidando un elemento de importancia central. Básicamente, me refiero a las disquisiciones teóricas que someramente vengo mencionando, las cuales se han esforzado en diferenciarse en sus argumentos, en las bases que les otorgan andamio, pero que olvidan –*la mayoría*-, no hacen mención alguna –*la mayoría*-, que sea cual sea la construcción teórica elegida, la función de los notarios fue, es y será ejercida por delegación y/o concesión de una función netamente Estatal. Ergo, el Estado, además de ser titular de la función, y órgano que ejerce el poder de policía y el contralor, es y debe ser garante de la prestación del servicio.

Si el autor de este trabajo, o cualquier otro abogado de la matrícula que cumpla con los recaudos exigidos por la ley, quisiera mañana mismo montar una escribanía, seguramente no podría hacerlo. Y mucho menos, si pretendiera revestir de fe publica un acto –*al margen de que estaría cometiendo un delito (art. 292 y cc., del Código Penal)*-.

Lo que quiero significar con esto, es una problemática que, para ser honesto, me planteo desde mi época de estudiante de derecho: *¿como puede ser que el estado, titular de una función propia, inherente a la mismísima soberanía, que concesiona y/o delega su ejercicio a un tercero y reglamenta el mismo, reservándose el poder de policía y de contralor, no sea responsable activo por los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse en el ejercicio de la función notarial?*.

A lo largo de los años, doctrina y jurisprudencia han elaborado distintas teorías, que han oscilado desde quienes han defendido a capa y espada la función independiente y liberal del escribano, desligándose responsabilidad al estado; se ha conceptualizado al escribano como funcionario publico, y la consiguiente responsabilidad del Estado (art. 1112 del Código Civil); se han elaborado doctrinas que han mencionado la función fedataria como un verdadero

“servicio publico”; y no han faltado autores que, lisa y llanamente, han encuadrado a la responsabilidad del Estado, como directa (art. 1113 del Código Civil).

Entiendo humildemente, en todos los casos, la responsabilidad del Estado surge explícita. Imaginemos, v.gr., un cumplimiento defectuoso de un notario: no deja, por ello, de ser una función inherente al Estado: DAR FE PUBLICA; función que el propio Estado delegó en un particular, EL ESCRIBANO PUBLICO, pero cuyo control recae sobre el Estado que es quien delega y/o otorga la concesión. Es decir, sobre el Estado Provincial recae el deber de contralor, y es el propio Estado quien ejerce el poder de policía sobre la función notarial.

No debe perderse de vista que es un *deber ineludible* del Estado Provincial garantizar la seguridad jurídica EN GENERAL y en particular, la de los actos públicos de instrumentación ante notarios, precisamente porque es el propio Estado quien inviste a los escribanos con facultades jurídicas y obligaciones que, en materia fedataria y en el ámbito de las demás funciones notariales son inmanentes al Estado (función pública delegada).

El notario titular o adscripto a un registro cumple con el ejercicio de una función pública y corresponde al Estado el control y fiscalización permanente de ésta. El Estado Provincial, haciendo ejercicio pleno del poder de policía que le es propio, tiende (o al menos, es su obligación hacerlo) al establecimiento de una adecuada organización del servicio notarial. Por lo demás, ésta parece ser la tesis de la ley notarial: “*los registros y protocolos notariales son de propiedad del Estado Provincial*”⁶.

Ello así, y dicho de otra forma, el ejercicio de la función notarial como tal, debe ser considerado como un bien común, sobre todo en razón de que se encuentra en juego la seguridad jurídica cuyo garante, en el caso, es el Estado Provincial, quien entiendo, debe siempre responder por el daño producido, ya sea que se considere al escribano como “*funcionario público*”; ya sea que se considere que el escribano actúa por una delegación o una concesión del Estado, o ya sea que se considere que el Estado responde en forma directa por su dependiente o por las cosas que se sirve o tiene a su cuidado (art. 1112, 1113 y cc., del Código Civil).

Bastante tiempo atrás, calificada doctrina ha sostenido que “*el Estado debe prestar correctamente el servicio necesario de la dación de fe pública. Y toda obligación de prestar un servicio, lleva implícito un sistema de responsabilidad del que no puede desligarse el Estado; debe elegir y controlar eficientemente a los escribanos y su omisión o error lleva a la responsabilidad indirecta por sus actos (...) El Estado, entonces garantiza y/o debe*

⁶ (art. 2º, Dec-Ley 9020/78)

garantizar el correcto funcionamiento del servicio, asumiendo la responsabilidad en forma similar a la que ha debido asumir por otros funcionarios públicos"(Highton de Nolasco).

La C.S.J.N., en el leading case “*VADELL c/PCIA. DE BUENOS AIRES*”, sostuvo, con relación a los escribanos, que “...se les puede definir como profesionales del derecho afectados a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública...”.

Los notarios, son funcionarios públicos que se desempeñan en merito de una concesión y en resguardo de esas funciones la ley regula su actuación y sanciona los apartamientos de sus normas que si bien no trabajan en relación de dependencia con el Estado ni con el Colegio que los agrupa, sino que lo hacen para si, libremente y carentes de jerarquía administrativa al no figurar en el presupuesto, no tener sueldo, jefes ni ubicación en oficinas del Estado, se encuentran comprendidos en la generalidad del artículo 1112 del Código Civil y su responsabilidad, de corte extracontractual, regida por dicha norma sustancial que autoriza ese tipo de reclamación frente a la violación de los deberes de disciplina anotados surgiendo, ahí, en la sede judicial la obligación fiadora del Colegio Notarial con toda envergadura y a quien debe citarse a sus efectos .-

Tampoco han faltado doctrinarios que, por otro lado, han sostenido en cambio que la responsabilidad no es indirecta sino directa: el daño injusto en las funciones públicas del notario, en cuanto ese perjuicio reconozca como causa adecuada la deficiente organización del servicio público, debe ser resarcido, ya por aplicación del art. 1113 del Código Civil, ya por mediar responsabilidad directa del Estado en virtud de culpa propia.

4. Colofón

Como colofón de lo sucintamente expuesto –*sin pretender agotar la cuestión en estudio, temática ésta que requiere un esfuerzo mayúsculo y excede en marco del presente trabajo-*, entiendo conveniente subrayar, sin ánimo alguno de desmerecer las importantísimas construcciones doctrinarias (algunas de las cuales fueron aquí someramente transcritas) elaboradas por los mejores doctrinarios de nuestro país, tanto clásicos como contemporáneos, que en la ciencia del derecho, las clasificaciones, herramientas creadas al servicio de los operadores jurídicos y de las instituciones, que su razón de ser radica en la importancia, relevancia y practicidad real, palpable, de las mismas. Y no, por el contrario, para disquisiciones teóricas de doctrinarios del derecho que lejos de aportar soluciones a la ciencia jurídica, empantanaban el entendimiento y la comprensión de las mismas.-

Es Estado, establece que determinados actos jurídicos sean realizados bajo pena de nulidad por escritura pública; y otorgar a estos y al resto de los actos que sean otorgados por un escribano público, efectos importantísimos para el comercio y tráfico jurídico. Por otro lado, delega en un tercero la función que le es inherente, cual es otorgar fe pública; en este sentido, establece quienes podrán acceder a ser escribanos, cumplimentando previamente los recaudos de ley. Y se reserva tanto el poder de policía como la función de contralor.

Sin se analizan todos estos elementos en abstracto, en forma objetiva *–sin tampoco pretender ingresar en purismos Kelsenianos⁷*-, entiendo que la responsabilidad del Estado esta ínsita, y que no obsta a ella, v.gr. si se aplica el art. 1112 o el art. 1113 del código civil al caso concreto, lo que no debe perderse de vista es que el Estado debe responder.

Con ello quiero significar, humildemente, que mas allá de las complejas y valiosísimas construcciones teóricas creadas en torno a la naturaleza jurídica de la función notarial, o la naturaleza de la relación entre el escribano y el Estado, o la responsabilidad o no de este último por incumplimiento de los notarios, que causen daños a terceros; mas allá de todo ello, y mas allá de la teoría que se adopte, entiendo que lo que NO entra en discusión, es que el escribano al hacer uso de la concesión y/o delegación del Estado y otorgar fe publica, esta indudablemente ejerciendo una función ontológicamente pública, y ante su defectuoso cumplimiento, nace la responsabilidad del Estado; es decir, sea cual sea la teoría que se adopte, o la naturaleza jurídica que se pregone como valida en esta cuestión, el Estado debe responder. Una conclusión contraria, lejos de la lógica, estaría lejos de “*DAR A CADA UNO LO SUYO*”, lejos de dar una solución justa; en fin, lejos de dar una solución ajustada a derecho.-

Bibliografía

Bourdieu, P. (2000) “Elementos para una Sociología del Campo Jurídico”. Bourdieu, P.y Teubner, G.(2000) *La Fuerza del Derecho*. Edic. Uniandes. Instituto Pensar, Siglo de Editores. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico.

Causa E. 325-XXI "Estrada, Juan H. tit. Reg. N° 3 s/expte. Sup. Not. N° 950bis/86" fallada el 14 de abril de 1988 y sus citas, CS.-

CNCiv., sala B, julio 23-1981, JA, 1982-III-51 y ED, 95-390.-

⁷ En la TEORIA PURA DEL DERECHO (1935), de Hans Kelsen, la idea que subyace es la separación del Derecho y la moral, para consagrar así una concepción del Derecho que fuera eminentemente científica, haciéndose abstracción de toda consideración ética, moral, filosófica, social o histórica.

Código Civil de la Republica Argentina.-

Código Penal de la Republica Argentina.-

C.S.J.N., 18/12/84, LL 1985-B-3 in re "VADELL c/PCIA. DE BUENOS AIRES".-

Gattari, C. N.(2000), *Manual de Derecho Notarial*, pág. 249. Expte. Sup. Not. N° 346/91 "C. E. s/reg. a cargo de Escribano A.G.D." y 632/92, resolución del Tribunal de Superintendencia del Notariado del 28/4/94. Selección de Fallos del Tribunal de Superintendencia del Notariado, EL DERECHO del 7 de febrero de 2000.-

Gherzi, C. A. (1995), *Responsabilidad profesional*, Astrea, t. 2, N° 21.

Highton de Nolasco, E. I (SF)., *Responsabilidad del Estado por los escribanos*, LL 1977-C, 953).-

Ley 9020 (1978), y texto actualizado según T.O. por Decreto N° 8.527/86, con las modificaciones introducidas por las Leyes 10.542, 11.138 , 12.008 y 12.623.-

Lloveras de Resk, M. E(sf)., *La responsabilidad civil del escribano público*, ED, 105-917.-

Mirabelli, L. A. (1985), "Cofre Fedatario de responsabilidad. Juicio de responsabilidad notarial. Litisconsorcio necesario"; *Revista Notarial* 507/85).-