

EL ASESORAMIENTO COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL DEL NOTARIADO LATINO Y COMO EFICAZ GARANTÍA DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

THE ADVICE AS THE MAIN CHARACTERISTIC OF THE LATIN NOTARY AND AS AN EFFECTIVE GUARANTEE OF CONTRACTUAL BALANCE. ANALYSIS AT THE LIGHT OF THE RULES OF THE CONSUMER LEGISLATION AND THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION.

FEDERICO JORGE PANERO¹

RESUMEN

1.-La protección a los ciudadanos en los actos, contratos y negocios de máxima trascendencia constituye la esencia de la función pública notarial.

2.-El asesoramiento notarial es una eficaz herramienta de los Estados para garantizar un adecuado equilibrio en las relaciones contractuales entre particulares, en especial dentro del marco de las relaciones de consumo.

3.-Reconocido en forma expresa en el art. 301 del CCCN, el asesoramiento constituye un deber funcional del notario que debe cumplimentar con imparcialidad activa y sustancial en los ámbitos protocolar y extra protocolar.

4.-Los Colegios Notariales deben coadyuvar en el ejercicio imparcial de la labor asesora del notario, propiciando:

a.La realización obligatoria de una audiencia previa de asesoramiento en el marco de los contratos de consumo y de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas;

b.La modificación de los denominados “contratos tipo” o “contratos formularios”, para su ajuste a la nueva legislación civil y comercial que se sancionara bajo el paradigma protectorio y de eficaz defensa de los consumidores;

¹ Notario.

c. La restauración del arancel de orden público como eficaz medida para resguardar la imparcialidad del notario y brindar seguridad a los requirentes del servicio público notarial.

ABSTRACT

1.-The protection of citizens in acts, contracts and businesses of maximum importance constitutes the essence of the notarial public function.

2.-The notarial advice is an effective tool of the States to guarantee an adequate balance in the contractual relations between individuals, especially within the framework of the relations of consumption.

3.-Recognized expressly in art. 301 of the CCCN, the advice is a functional duty of the notary that must be filled with active and substantial impartiality in the protocol and extra protocol.

4.-Notary Associations must contribute in the impartial exercise of the advisory work of the notary, promoting:

a. The mandatory performance of a prior advisory hearing in the context of consumer contracts and contracts concluded by adhering to general provisions provided;

b. The modification of the so-called "type contracts" or "forms contracts", for their adjustment to the new civil and commercial legislation that will be sanctioned under the protective paradigm and effective defense of consumers;

c. The restoration of the public order tariff as an effective measure to safeguard the impartiality of the notary and provide security to the notaries of the notary public service.

PALABRAS CLAVES: Asesoramiento – Función notarial.

KEYWORDS: Advice – Notarial function.

SUMARIO: I. Introducción. II. Economía, Globalización y Derecho. III. Distintos fenómenos de desigualdad contractual. IV. La legislación protectora. Brevísimas historia. V. Carácter de orden público de las normas protectoras. VI. Preservación del principio de igualdad en la contratación. VII. Deber de informar y buena fe. Su relación con el deber de asesoramiento notarial. VIII. Esencial deber de asesoramiento notarial. Precisiones. IX.- Algunas propuestas para garantizar el equilibrio contractual, particularmente en los contratos de consumo y en los formalizados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

I. Introducción

El vigente Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 y sus modificatorias) ha producido tal cantidad de modificaciones y ha introducido tan elevado número de nuevas normas en la legislación privada argentina, que nos permite afirmar, sin duda alguna, que estamos en presencia del más importante cambio en la legislación de fondo, de naturaleza civil y comercial, de toda nuestra historia institucional, solo comparable con la sanción y promulgación de la ley nacional 340 del 29 de setiembre de 1869 que aprobara el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y que regulara, ordenara

y condujera desde el 01 de enero de 1871, 144 años de relaciones jurídicas privadas de los argentinos.

Destaco que existen pocos ejemplos en el mundo contemporáneo de lo ocurrido en nuestro país, de derogación integral de un Código Civil y de un Código de Comercio, y de su sustitución por uno nuevo. Y más reducida aún es esta lista si le adicionamos, como elemento distintivo, el brevísimo tiempo de estudio, análisis, debate, reflexión y sanción que este proceso llevara, iniciado con el Decreto del P.E.N. 191 del año 2011. Así, y a título de ejemplo, la Comisión que redactara el Código en Italia, sancionado en 1942, comenzó a trabajar en el año 1925; el anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y prescripción es del año 2005, sin sanción legislativa. En igual estado se encuentra el proyecto de ley de modificación del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, del año 2009.

No obstante la indicada rapidez tanto en el análisis previo como en la posterior vigencia de nuestra ahora ley fundamental en materia de legislación civil y comercial, no podemos sino destacar y valorar el enorme esfuerzo intelectual, científico, institucional y político que se realizara con el objetivo claro no sólo de adecuar y actualizar nuestra legislación civil y comercial, receptando los cambios acaecidos en el último siglo y medio, sino también, especialmente, de recibir los cambios producidos en nuestra sociedad y las modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales.

En este marco general, reviste significativa trascendencia, para el notariado en general y como faro de referencia para el tratamiento de la temática que nos convoca en estas Jornadas, la afirmación que formulan los autores del Proyecto de CCCN al analizar la eficacia probatoria de la escritura pública y sus razones, cuando exponen textualmente: *“... Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.”* La sola elocuencia de las palabras transcritas nos exime de todo comentario respecto del enorme reconocimiento de la función pública notarial que realizan los reconocidos juristas responsables de la redacción del Proyecto de CCCN.

En este marco, entiendo es que corresponde analizar la temática propuesta por la Coordinación del Tema I de la XX Jornada Notarial Cordobesa, centrada, más allá de la problemática particular que presentan las cuestiones relacionadas con las tratativas preliminares, las tratativas contractuales y los contratos preliminares, en el asesoramiento como característica principal del notariado latino, especialmente en el marco de la legislación de consumo y como garantía de equilibrio contractual, más precisamente, de “justicia contractual” en palabras de Jorge Mosset Iturraspe.

Asesoramiento notarial éste que ahora, en el marco del CCCN, tiene no solo recepción en las diversas legislaciones notariales provinciales, sino, además, en el nuevo art. 301 cuando en su primera parte preceptúa: “El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges

u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente”.

II.- Economía, Globalización y Derecho.

El denominado contrato paritario existente a la época de la configuración definitiva y moderna del notario latino con la Escuela de Bologna, en gran medida ha desaparecido de nuestra sociedad, precisamente al impulso de los fenómenos de la producción en serie, con la consecuencia inmediata de la masificación del consumo y en las últimas décadas, con el fenómeno de la globalización.

De allí que los notarios debemos tomar plena conciencia que imperiosamente necesitamos “aggiornar” o, más precisamente, ajustar y adecuar toda nuestra amplia gama de facultades, atribuciones, deberes y derechos que emanan de nuestra doble calidad de profesional del derecho a cargo de una función pública por investidura estadual, y en particular nuestro deber funcional de asesoramiento, a ésta realidad actual, si queremos precisamente, como enseñara el maestro Larraud², continuar siendo auténticos garantes de la seguridad jurídica, en ejercicio de la jurisprudencia cautelar.

Ante esta crisis del contrato paritario, la reacción de los Estados que se observa ya desde hace varios años tanto en el derecho comparado como en el nacional, no significa otra cosa que reasegurar la libre competitividad en el mercado, dándole transparencia y posibilitando el ejercicio de una auténtica libertad económica, colaborando con ello en la realización del valor justicia, en el entendimiento, siguiendo a Del Vecchio que, bajo un cierto aspecto, el derecho y la justicia se confunden al conceptualizar a aquel como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, con arreglo a un principio ético que las determina, y a ésta como una coordinación intersubjetiva.

III.- Distintos fenómenos de desigualdad contractual.

Los fenómenos de la masificación y de la globalización, constituyen ante todo una realidad que no podemos dejar de admitir, pero, además, conforman indubitablemente hechos inevitables e irreversibles, con las consecuencias que estamos analizando: los instrumentos del derecho tradicional, fundado en el ideal de la bilateralidad, casi no funcionan. El contrato fruto de la negociación individual ya casi no tiene cabida, observándose entonces la “mecanicidad” de la entera relación³⁻⁴. Podemos afirmar así que existe una enorme distancia que separa el tráfico negocial moderno, de la imagen que de él se tiene en las obras clásicas del siglo pasado, toda vez que en muchos casos, se puede decir que se atribuye convencionalmente el valor de declaración contractual a comportamientos sociales valorados de manera típica, por lo que expresan socialmente, haciendo abstracción de la actitud psíquica de su autor⁵.

Es precisamente en éste contexto que como simples ciudadanos-consumidores, estamos familiarizados – porque ya nacimos con éstos fenómenos insertos en nuestra sociedad- con algunas de las herramientas de éste nuevo “Derecho”: las condiciones

2 Larraud, Rufino, “Curso de Derecho Notarial”, Ed. Depalma, Bs.As. 1966, pag. 144 y sig..

3 Del Vecchio, Giorgio, “El concepto del derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, reedición 1947, pag. 150 ..

4 Santos Briz, Jaime, “Derecho Civil, t. III, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pag. 272 .

5 Véase el denominado “tráfico de ventanilla” y las relaciones contractuales fácticas que cita Rezzónico, Juan Carlos en “Contratos con cláusulas predisuestas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pag. 3.-

generales de la contratación, los contratos prerredactados ó contratos formularios; la adhesión como modalidad de exteriorizar el consentimiento negocial y, con terminología moderna, los denominados contratos de consumo.

El notario de tipo latino, lo reiteramos, debe tener clara y precisa noción de éstos conceptos para un correcto ejercicio de sus deberes de asesoramiento y consejo en un marco de imparcialidad activa y sustancial, explorando sus límites y las actitudes ante situaciones fronterizas, a fin de continuar siendo auténtico “escultor del Derecho”⁶, con el concepto de derecho referido líneas arriba.

Esta responsabilidad profesional-funcional, que se encuentra en la esencia de la figura del notario latino, se observa no solo reafirmada, sino también aumentada, como lo anticipáramos en la Introducción, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con la consolidación del paradigma protectorio y la regulación en la legislación civil de fondo, de una mayor tutela del consumidor, orientada a “plasmear una verdadera ética de los vulnerables”, en palabras de los autores del original anteproyecto.

En materia de “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”⁷, observamos que las tareas de configuración, de “formación del consentimiento”, se reducen a “llenar recipientes preparados”, donde el predisponente se “inspira” en un modelo, beneficiándose de la experiencia adquirida luego de una larga práctica, estandarizando especialmente obligaciones y deberes a cargo de la contra-parte, y limitaciones o exclusiones de propias responsabilidades.

No estamos en presencia del contrato clásico, del contrato paritario, sino de una simple fórmula donde, como fruto de la uniformidad, se presenta un manifiesto retroceso de la autonomía privada: el “consentimiento” como elemento esencial del contrato se presta y manifiesta a través de un simple aceptar –diríamos acatar- las condiciones preestablecidas, con posibilidades casi nulas de modificarlas, en definitiva, como una adhesión a un “sistema experto”, donde se actúa en base a un conocimiento inductivo débil.

Estas modalidades contractuales se aplican especialmente –aunque no de manera excluyente- en las relaciones de consumo, donde manifiestamente aparece una parte débil en este sinalagma, formada por quienes adquieren y utilizan bienes y servicios de consumo masivo: el hoy llamado “consumidor o usuario”. Débil en cuando a conocimientos, experiencia, fuerza económica, etc.-

Se configura así, bajo los amplios términos de la relación de consumo, el denominado “contrato de consumo”, conceptualizado como aquel “celebrado a título oneroso entre un consumidor final -persona física o jurídica-, con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social”. Aparece así la íntima conexión entre consumo y contrato, observándose,

6 Carnelutti, Francesco, “La figura jurídica del Notario”, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en Revista Internacional del Notariado, año 1950, página 120 y sig.

7 Seguimos aquí la terminología empleada como título de la Sección 2ª del Capítulo 3 del Título II (Contratos en General) del Libro III del CCCN. 7 Stiglitz, Rubén S., “Defensa del Consumidor-Los servicios bancarios y financieros”, en Rev. L.L., 1998-C,1035.-

con lo que se lleva expuesto, un paralelismo entre la “historia” del contrato y el desarrollo del denominado derecho de defensa del consumidor⁸.

Ahora bien: que la modalidad contractual moderna la constituyan éste tipo de contratos, no significa que contengan, necesariamente, condiciones y/o cláusulas abusivas conforme al concepto que nos brinda actualmente el CCCN⁹. Aunque sí debemos reconocer que generan en el empresario-profesional una menor predisposición a asumir riesgos y costos y una gran tentación a trasladarlos al consumidor-no profesional. Por ello, entiendo que corresponde que también en este punto se profundice la reflexión respecto de las modalidades concretas de nuestra intervención profesional-fedante –y en el marco de nuestra esencial imparcialidad, para evitar que nos constituyamos –voluntaria o involuntariamente, en un importante auxiliar en la conclusión y aceptación de las modalidades contractuales apuntadas, en la medida, claro está, que traigan anejas situaciones de desequilibrio contractual.

IV.- La legislación protectora. Brevísimas historia.

Como ya expresáramos, el modelo de contrato elegido por nuestro originario codificador, al igual que en la mayoría de los códigos americanos de la época, era el denominado “contrato paritario”, de negociación individual, que suponía un idéntico poder de negociación de las partes contratantes, una absoluta libertad e igualdad entre ellas, donde el contenido del contrato era el fruto del consenso-concesión entre ellas, fundadas en el consentimiento. Esta concepción iusfilosófica fue la que llevó a Vélez a proclamar en el ahora derogado artículo 1197 de nuestro “viejo” Código Civil, que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este modelo tradicional de contrato entró en crisis, pues con las modernas técnicas de contratación reseñadas, no hay ya verdadero consentimiento entre las partes, especialmente del adquirente de éstos bienes y servicios, sino sólo un mero “asentimiento”. La seguridad jurídica estará ahora fundada en la revisión del contrato.

Apareció así en forma clara, pero masiva, una parte débil en éste sinalagma, formada por quienes adquieren y utilizan éstos bienes y servicios: el hoy llamado “consumidor o usuario”. Se constituye el contrato así en un elemento de dominación, que impone la necesidad de un tratamiento específico.

Esquemáticamente podemos identificar cuatro etapas en nuestro país en la evolución legislativa camino a una protección integral del consumidor y de la parte débil en toda relación contractual:

1. La primera de ellas, anterior a la gran reforma del Código Civil Argentino (ley 340) por la ley 17.711 del año 1968, donde nuestro originario codificador sólo genéricamente abordara esta problemática y siempre desde un punto de vista individualista, sin dejar por ello de constituir una importantísima herramienta para el intérprete y para el juez: Básicamente, los viejos art. 953 y 21, vinculados al objeto de los actos jurídicos y de los contratos en general, con sanciones expresas de nulidad; los art. 19 y 872 que prohibían expresamente la renuncia general de leyes y derechos; el art. 18, que fulminaba con la nulidad a los actos prohibidos.
2. La segunda etapa está constituida precisamente por la gran reforma de nuestro originario Código Civil Argentino (ley 340), realizada por la ley 17.711, (año 1968) que cambió

⁸ Así llamado en la ley 24.240 y sus modificatorias, en particular, Ley 26.361.

⁹ Art. 988 y 11117-1122.

filosóficamente los principios, introduciendo las llaves maestras en los art. 954 (lesión objetiva-subjetiva), 1071 (abuso del derecho) y 1198 (buena fe contractual-deber de seguridad-teoría de la imprevisión-responsabilidad objetiva contractual) y 1113 (responsabilidad objetiva extracontractual). En esta etapa aparecieron también disposiciones prohibiendo el engaño en la identificación de mercaderías, el control de ofertas con premios y su régimen de garantías (ley nacional 22.802, "Lealtad comercial"); el control de precios (ley nacional 20680, de "Abastecimiento"); y la represión de conductas anticompetitivas y del abuso de posición dominante (Ley nacional 22.262, de "Defensa de la Competencia", hoy modificada por ley 25.156), disposiciones todas éstas que, vale la pena remarcarlo, y luego de la vigencia de la ley 26.994, mantiene actualmente su plena vigencia.

3. La tercera etapa se inicia con la sanción de la ley nacional 24.240, modificada por ley 26.361, y con las nuevas normas de los artículos 42 y 43 de la C.N. (1994) que "constitucionaliza" los conceptos de "relación de consumo", "consumidores" y "usuarios": Aunque en forma tardía atento al contexto mundial, se prevén:

a.) Normas de Protección y Defensa del consumidor, contemplando su debilidad estructural y preservando la relación de equivalencia, con jerarquía de normas de orden público; b.) Normas específicas de esta problemática, particularmente las vinculadas con las denominadas cláusulas abusivas, el deber de información, fuerza vinculante de la oferta, interpretación de los contratos de adhesión, control de prácticas de competencia, etc.; c.) Normas preventivas, con procedimientos presuntamente eficaces para la solución de conflictos, con escasa aplicación práctica; d.) Soluciones colectivas y; e.) Soluciones efectivas, a través de procedimientos administrativos, de conciliación, acceso a la justicia, arbitraje, etc¹⁰. En palabras de Ghersi, en esta etapa ingresamos al primer mundo de los contratos¹¹, preservando y garantizando en forma suficiente y adecuada la mayor reciprocidad de intereses en las relaciones de consumo.

4. Con la cuarta y última etapa, se consolida toda esta normativa protectora del inexperto consumidor, al sancionarse y promulgarse el actual Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994) cuando, particularmente en el Título III del Libro III, concretizando el declamado objetivo de introducir en el Código, como nuevo paradigma, el principio protectorio, en el marco de la defensa de una "ética de los vulnerables", sostenido en la Nota de Presentación del Proyecto, se regulan especialmente, en forma adecuada a los tiempos que corren, las relaciones de consumo, la formación del consentimiento en los contratos de consumo, las cláusulas abusivas, etc., entre las disposiciones más destacables.

V.- Carácter de orden público de las normas protectoras.

En el fenómeno del consumo considerado como estructura socioeconómica y jurídica, se observa claramente la interrelación e influencias recíprocas entre Economía y Derecho. Esta estructura de consumo contiene básicamente una lucha de poder entre las empresas y los consumidores, que se resuelve -en el marco de la economía actual- en el mercado. El Derecho juega así un papel trascendental: por un lado, puede consolidar situaciones de dominación de los empresarios, por ejemplo por la vía de los contratos celebrados por adhesión o, por otro lado, puede asumir la debilidad estructural del consumidor, sancionando leyes de defensa del consumidor.

En éste contexto, reviste significativa importancia la Resolución 39/248 aprobada por

10 Para una amplia caracterización de éstas normas ver Stiglitz, Gabriel, "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, 1999.

11 Ghersi, Carlos, "La reforma de los Códigos Civil y Comercial por la ley de defensa del consumidor", en J.A.-1994- I, pag. 870.

unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de abril de 1985 denominada "Directrices para la protección del consumidor", cuyo primer objetivo es "ayudar a los países a lograr o mantener una protección de sus habitantes en calidad de consumidores ... debiendo prestar especial atención a las necesidades de los consumidores que se encuentran en situación desventajosa y de bajos ingresos"; "...reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a su capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación"; estableciendo finalmente el derecho "... a la promoción de un desarrollo económico y social justo, equilibrado y sostenido".

Bajo ésta visión se comprende claramente que una ley de relaciones de consumo no constituye un texto aislado sino que se integra no sólo con todas las normas que constituyen el denominado "Estatuto del Consumidor", sino con las disposiciones de fondo de los Códigos Civiles y Comerciales, modificándolas con la fuerza del orden público que caracteriza sus disposiciones, introduciendo así importantes modificaciones en las estructuras contractuales existentes: regla de interpretación favorable al consumidor; incorporación de la oferta pública dirigida a consumidores potenciales indeterminados, en la oferta contractual; contenido mínimo del contrato de venta; plazo de meditación o pensamiento para revocar la aceptación contractual; interpretación de cláusulas abusivas; regulación de los contratos de adhesión, etc., normas que ya tenemos en nuestra legislación civil de fondo (CCCN): arts. 1094 y 1095: interpretación contractual y prelación normativa de las disposiciones más favorables al consumidor; art. 1103: las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, etc., se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente; art. 1110: derecho irrenunciable del consumidor de revocar la aceptación dentro del plazo de diez días de la celebración del contrato, con el correlativo deber del proveedor de informar al consumidor que le asiste este derecho (art.1111); art. 1119: conceptualiza las denominadas "cláusulas abusivas" como "aquellas que tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor", extendiendo éste concepto, como verdadera novedad, a una eventual "situación jurídica abusiva" en virtud de los mecanismos de conexidad contractual (art. 1120), ahora también regulada en forma expresa en nuestra ley de fondo (art. 1073 a 1075).

Por ello, el notario, desde la primera audiencia, desde el primer encuentro con el o los requirentes de su servicio público-privado, debe ineludiblemente analizar entre otros aspectos, si el asunto o cuestión objeto de su quehacer propio, se encuentra alcanzado por éstas normas, ajustando por ello su asesoramiento profesional al cumplimiento de sus directivas que, como se expresó, integran el denominado orden público económico de protección.

VI.- Preservación del principio de igualdad en la contratación

Karl Larenz, citado por Rezzónico¹² al analizar los principios fundamentales de los contratos, distingue entre principios técnico-jurídicos y principios ético-jurídicos: los primeros, corresponden a motivos de oportunidad y conveniencia, mientras que los segundos, de enorme trascendencia, nos hablan de un contenido material de justicia, funcionando como pautas orientadoras, ideas directrices para el legislador cuando regula éstas cuestiones: respeto por la dignidad del hombre, defensa del Estado de Derecho, inviolabilidad de la propiedad, autodeterminación de los contratantes, autorresponsabilidad, equidad, etc.. Los principios éticojurídicos se constituyen por consecuencia en instru-

12 Rezzónico, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos," Ed. Astrea, Bs. As. 1999, pag. 4.-

mentos para la justicia. De allí que, en el marco de la realidad contemporánea, pasamos de la concepción individualista del siglo XIX, con su dogma casi absoluto del principio de la autonomía de la voluntad en la formación del contrato, a toda la normativa actual, nacional y comparada, que encausa las ideas conductoras de estos tiempos: defensa irrestricta de la dignidad y la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo a través del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales y la necesidad de la intervención del Estado para devolverle al ser humano su emancipación del denominado “derecho ficción”¹³.

Es por ello que ya nuestra C.N. de 1994, en el nuevo art. 42 nos habla de la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en el marco de la “relación de consumo”, con los derechos anejos a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Nótese que nuestra Carta Magna ya habla de “relación de consumo” y no de “contrato de consumo” porque, si bien no cabe duda de que en todo consumo existe un contrato, el concepto es más abarcativo, comprendiendo todas las circunstancias que rodean o se refieren, o son antecedente o consecuencia de la actividad desplegada por el profesional-empresario dirigida a la satisfacción de la demanda de bienes y servicios. Esta distinción y esta defensa integral del consumidor que se prescribe en el citado art. 42, la tenemos ahora también expresamente incorporada en el art. 1092 del CCCN. Por ello, los términos “igualdad” y “autonomía privada”, adquieren otro significado, precisamente en virtud del reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo, de allí el carácter de orden público de toda esta legislación. Destacamos finalmente, por revestir especial importancia para nuestra diaria actividad profesionalfuncional, que en el estado actual de la evolución legislativa y jurisprudencial, para el derecho positivo argentino, constituye también una materia de regulación protectoria, especialmente en materia de derecho/deber de información, la relación de consumo inmobiliaria. Así, en fecha reciente se ha resuelto que “la satisfacción del deber de información resulta extremadamente relevante en todo el itinerario de una relación de consumo, en el caso, inmobiliaria; pues su omisión o cumplimiento incompleto puede provocar un vicio en el consentimiento del adquirente a punto tal que, de conocer de antemano los costos y demás gastos previos a la escrituración del inmueble, hubieran llegado a no celebrar el contrato o a celebrar uno diferente”.

VII.- Deber de informar y Buena Fe. Su relación con el deber de asesoramiento notarial.

No nos vamos a cansar de reiterar que el notario, al recibir el requerimiento, debe en primer lugar analizar la naturaleza del asunto a la luz de los parámetros descriptos, pues, entre algunas de sus consecuencias, su inclusión dentro del ámbito personal y material de la legislación que regula las relaciones de consumo, le impondrá la tarea adicional de advertir a los contratantes las consecuencias de la publicidad precontractual (art.8º de la ley 24.240 y art. 1103 CCCN), los alcances del deber de información del profesional vendedor, locador o prestador de servicios (art.7º de la ley 24.240 y art. 1100 CCCN) de la cual no se encuentra relevado por su labor de asesoramiento notarial, la responsabilidad objetiva y solidaria (art.40º de la ley 24.240 y art. 1722 y concordantes CCCN) y el particular régimen de las cláusulas abusivas (art.37º/39º de la ley 24.240 y arts. 1117 a 1122 CCCN).

13 Ghersi, Carlos, “La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual”, en Revista La Ley, 2000-B.

Se agregan también ahora, como regulación expresa y novedad para el ordenamiento civil y comercial argentino, las normas que legislan respecto de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Sección 2a. del Capítulo 3 del Título III del Libro III del CCCN, arts. 984 a 989), y respecto de los denominados "Contratos Conexos", Capítulo 12 del mismo Título y Libro, arts. 1073 a 1075). No escapa a nuestra visión las dificultades de interpretación que seguramente surgirán, particularmente cuando el empresario y las personas jurídicas se presentan como consumidores, el alcance real de los conceptos "adquisición", "locación" y "prestación de servicios", la noción de inmueble nuevo, vivienda, etc. extremos todos estos que tendrán que tenerse especialmente en cuenta¹⁴.

Corresponde sí detenernos en este deber de informar que la legislación que analizamos coloca en cabeza del profesional-empresario que, por una parte, no queda sustituido ante la intervención notarial en el contrato ni, por otra parte, releva al notario de su deber de asistencia, asesoramiento y consejo.

El nuevo orden público económico en materia de consumo, eleva a la categoría de deber jurídico la necesidad social de que el consumidor, el profano, posea la información debida para luego formular su "consentimiento informado". Se funda la ley en el principio ético-jurídico de la buena fe contractual, que impone la exigencia de "hablar claro", de suministrar una información completa y adecuada sobre las características de los bienes y servicios "que le permita realizar elecciones bien fundadas" (en la terminología de las directrices de ONU ya citadas), fundado en una suerte de presunción de ignorancia legítima del consumidor, en la seguridad que el silencio -sancionado como conducta contraria a la buena fe- impide una libre elección. Impide una elección racional y fundada. Así, se ha resuelto que "el deber de información deviene en instrumento de tutela del consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato"¹⁵.

Ahora bien, si consideramos que ante el incumplimiento de este deber esencial de conducta por parte del profesional-empresario -que conforme nuestra legislación debe ser suministrado en forma cierta y objetiva y por ello debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente- manifiestamente se restringe la espontaneidad de la elección del consumidor-profano, se relativiza su poder de decisión, su libertad de contratar o, más precisamente, de no contratar¹⁶ éste deber de información pesa genéricamente sobre todo contratante, particularmente en todos los casos de contratación asimétrica.

VIII.- Esencial deber de asesoramiento notarial. Precisiones.

En el marco de toda la normativa en análisis, la información -especialmente la precontractual- se ha ido transformando, como ya lo apuntáramos, de necesidad social en deber jurídico¹⁷. Así, el art. 4º de la ley 24.240 impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores y usuarios, "en forma cierta y objetiva", información "veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios", exigiéndose además informaciones especiales en ciertos casos: productos o servicios peligrosos para la salud o integridad del consumidor (art.6º); productos defi-

14 Farina, Juan, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 1995, pag.35/84.-

15 C.Nac. Cont. Y Admin. Fed., Sala 2ª, 18/12/97, en "Capesa SACFIM v.Secretaría de Comercio e Inversiones.

16 M.Santaella López, "Protección jurídica de los consumidores y contratación", en D.J. Madrid, 1977.

17 Stiglitz, Rubén S., "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", en JA 1997- II, pag. 764.-

cientes, usados o reconstituidos (art.9º); presupuestos para servicios de reparación de bienes (art.21º); servicios públicos domiciliarios (art.25º). Concede además la ley la facultad al consumidor o usuario, para el caso de violación de éste deber de información, de demandar la nulidad del contrato o la de una o más de sus cláusulas (art. 37º).

Posteriormente, nuestra C.N. (1994), constitucionalizando los derechos de los consumidores y usuarios, expresamente en el art. 42 estableció que "los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo ... a una información adecuada y veraz...". De un derecho constitucional implícito, el derecho a ser informado pasa a ser un derecho constitucional explícito.

Ratificando estos conceptos, el art. 1100 CCCN, dispone la obligación de "...suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato". Agregando, también como novedad, que "la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

Amplio y minucioso ha sido en nuestro medio el análisis del derecho-deber de información, no sólo en el ámbito del derecho del consumo, particularmente respecto de la forma de brindar ésta información -cierta y objetiva- y el contenido y calidades de la misma -veraz, detallada, eficaz y suficiente- por lo que a éstos estudios nos remitimos¹⁸.

Tratamos sí de determinar, si el deber funcional de asesoramiento del notario ha sufrido alguna alteración y/o cambio con toda ésta normativa que modifica profundamente el campo de los derechos civil y comercial, proponiendo asimismo pautas concretas de conducta, particularmente en materia de contratos de consumo.

En éste sentido, afirmamos que el deber general y funcional de asesoramiento del notario de tipo latino, es más extenso y completo que el deber de información al consumidor y usuario, ahora con jerarquía de norma constitucional y legal.

También es muy extenso el tratamiento doctrinario nacional e internacional que el deber funcional en análisis ha tenido entre nuestros autores¹⁹. Mientras en la contratación privada el deber de información era y es considerado un deber secundario de conducta²⁰, para el notario este deber de información, consejo, asesoramiento -la mayoría de las veces denominado bajo éste último término- constituye un imperativo ineludible en su tarea diaria, en forma independiente y previa a la formalización de contrato alguno con los requirentes del servicio notarial.

Y aquí viene la gran diferencia en éste tema: el notario latino no debe sólo "informar" a los requirentes del servicio notarial, en el sentido que a este término le da modernamente en nuestro país la doctrina civil y comercial y particularmente la del derecho del

18 Entre otros, Farina, Juan M., ob.cit, pag. 95; Alterini, Atilio, "El estatuto del consumidor", en "Contratos", Ed. La Rocca, Bs.As., 1989, pag. 441; López Cabana, R.M., "La información en los contratos de consumo", en "Derecho del consumidor", Juris, 1996, n.7, pag. 47.- 20 Figa Faura, Luis, "El deber de consejo", en Ediciones UNA, La Plata; Kralik, Winfried, "El deber de informar del notario", en Rev.Internacional del Notariado, 132, año 1982; García Coni, Raúl, "La fase profesionalista del notario", en Rev. Del Notariado, 1990, pag.1287; Gattari, Carlos, "Práctica Notarial", T.8, pag. 233.-)

19 Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel "Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento.-

20 Entre otros Farina, Juan M, ob cit. pag. 9; Alterini Atilio "El estatuto del consumidor" en "Contratos", Ed La Roca, Bs As, 1989, pag 441; Lopez Cabana , "La Informacion en los contratos de Consumo", en "Derecho del Consumidor", Juris1996, n7, pag 47 .-

consumo, sino que él da un paso –importantísimo– más adelante: debe brindar asesoramiento (que incluye tareas de información, asesoramiento propiamente dicho y consejo no vinculante). Nótese que la información abarca sólo uno de los aspectos de la labor asesora del notario, que, integralmente considerada, además de generar responsabilidad –que no debe rehuir– jerarquiza su noble función y la hace utilísima para la sociedad.

Repárese en éste sentido que el notario tiene cinco deberes principales en forma previa a la autorización de la escritura pública o confección del instrumento privado, en el marco de su labor asesora: 1.) Investigar la real voluntad de los o del requirente; 2.) Formular esta voluntad investigada; 3.) Averiguar y esclarecer determinados hechos y aspectos de los que dependa la validez o la eficacia del acto o negocio jurídico; 4.) Suministrarles a los o al requirente las informaciones, aclaraciones y advertencias necesarias para que comprendan el sentido, los efectos y especialmente las consecuencias del acto o negocio a otorgar, comprendiendo los riesgos que corren al celebrarlo; 5.) Eventualmente, en el marco de la imparcialidad y dependiendo de cada caso concreto, suministrar consejo no vinculante, sin pretender sustituir la voluntad de las partes. Esta labor asesora del notario, también como novedad legislativa y en virtud de los numerosos antecedentes existentes, tanto doctrinarios como legislativos, la tenemos hoy reconocida en el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando en su artículo 301 prescribe como obligación del notario, "recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente".

Esta tarea de asesoramiento notarial, irrevocablemente unida a la calidad de imparcialidad que debe presidir en todo momento su accionar –y por ello tan unido al tema en estudio– acompaña todas las operaciones funcionales de ejercicio, tanto aquellas de fondo (calificación, legalización, integración, legitimación) como las de forma (redacción, autenticación, autorización).

Reafirmamos que éste deber notarial es en el fondo una tarea profundamente educadora: En cada caso sometido a su análisis, debe el notario emplear toda su capacidad para ayudar, para dirigir a los particulares en la formulación de sus fines, completar sus puntos de vista, integrar sus plurales aspiraciones, poner de relieve las contradicciones ocultas, sacar a la vista todos los factores que pueden servir para decidir rectamente y dejar la decisión al interesado. Y así nos preguntamos: "¿puede ignorar los fines últimos de quien solicita su intervención?"²¹ Indudablemente no.

Es que esta labor asesora, significa no otra cosa que cerciorarse el notario que los requirentes hayan comprendido el sentido y contenido del negocio mismo, con sus consecuencias jurídicas, tarea ésta que, como ya dijimos, excede a la simple información

Bajo éste panorama, podemos afirmar:

- 1.-La entrega de minuta previa a los requirentes, no exime al notario de su deber de asesoramiento;
- 2.-El notario tiene la facultad de abstenerse de autorizar un documento, cuando tuviere dudas fundadas respecto de su legalidad;
- 3.-El notario no se encuentra dispensado de su deber de asesoramiento cuando la parte débil está asistida por una persona versada en las leyes o en los negocios;

²¹ Figa Faura, Luis, ob. cit., pag. 117.

4.-En general, el notario no debe asesorar respecto de la conveniencia u oportunidad económica del negocio; 5.-Si se le presenta al notario –y esto ocurre especialmente en la contratación en masa- un documento privado ya otorgado por las partes para su elevación a escritura pública, el notario tiene obligación de asesorar a los otorgantes conforme lo expuesto más arriba, dando especialmente a conocer a las partes sus objeciones, adaptando las explicaciones del contenido negocial a la preparación y calidades de los otorgantes. El mismo deber funcional de asesoramiento debe realizar el notario si su intervención es requerida para certificar las firmas personales en instrumento privado.

Reiteramos también, como reflexión constante que se debería imponer en todo momento en el cuerpo notarial, que el asesoramiento notarial, en nuestro caso, no es brindado por un “profesional del derecho” a secas, sino por un “profesional del derecho a cargo o en ejercicio de una función pública”, otorgada por el deber de información. Relevancia en los contratos de consumo”, en JA., 1992-IV, pag. 749.- Estado, en un ejercicio inescindible, en palabras del Parlamento Europeo, de “asesoría y legalización”, toda vez que detentamos el monopolio en la dación de fe en las relaciones jurídicas privadas. De allí que la C.S.J.N. haya manifestado en forma por demás reiterada, que “la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado”²².

Al ejercer nuestra esencial e ineludible función de asesoramiento, que lleva implícita la tarea de policía jurídica, de control de legalidad, debemos además tener especialmente en cuenta los paradigmas de la nueva legislación de fondo²³ y, en el marco de la amplitud de criterios para interpretar la ley, conforme lo prescribe el artículo 2 del CCCN, tener una mayor cautela aún en la observancia estricta de los principios generales del derecho, ahora codificados en las normas de los artículos 9 (buena fe), 10 (abuso del derecho), 11 (abuso de posición dominante), 12 (prevalencia del orden público) y 13 (prohibición a la renuncia general de las leyes). Entre otras cuestiones, constituirán herramientas indispensables para analizar los casos particulares que se presentan en las notarías: prórrogas de jurisdicción y competencia, facultades de rescisión unilateral, renuncia de derechos, limitaciones de responsabilidad, regímenes de inversión de la carga de la prueba, etc.

IX.- Algunas propuestas para garantizar el equilibrio contractual, particularmente en los contratos de consumo y en los formalizados por adhesión a cláusulas generales predisuestas.

a. Audiencia de asesoramiento previa al otorgamiento y autorización del acto notarial.

Dentro de las operaciones de ejercicio, en palabras de Martínez Segovia, distinguimos la interpretativa, la configurativa, la autenticante, la autorizante, y la conservadora: ¿Cuál es la importancia que conferimos a la operación interpretativa en tiempos de contratación veloz, sobre todo cuando actuamos en contratos previamente elaborados por una de las partes con los cuales la otra toma contacto en el acto de la escrituración?

Precisamente en esta etapa interpretativa, donde el negocio jurídico empieza a tomar forma, es cuando pueden modificarse cláusulas de modo de lograr el deseado equilibrio

22 Fallos: 235:245; 311:506; 315:1370; 316:855).

23 Paradigma protectorio, paradigma no discriminatorio, tutela de la persona humana, ética de los vulnerables, sociabilidad en el ejercicio de los derechos, etc.-

contractual e incluso el aceptante puede, como ya dijéramos, ante la imposibilidad de variar las estipulaciones, decidirse a no contratar.

Si el contacto del notario con las partes se limita al acto de firma de la escritura, el asesoramiento será escaso y el papel del notario como factor de equilibrio casi nulo. Si agregamos que en la redacción del contrato el papel del escribano ha sido de reproducción de un modelo preformulado, la función notarial se muestra, si bien formalmente cumplida, carente de utilidad para preservar la configuración de un consentimiento libre, integrado por voluntades que se han manifestado en paridad.

Si comparamos esta prolija descripción de lo que debe ser el quehacer notarial con lo que, en realidad, ocurre cuando actuamos en la contratación masiva, en especial en materia de préstamos bancarios, advertimos un contraste que debe movernos a la reflexión: ¿Dónde se ubica, la labor de consejo, de imparcialidad, de alumbramiento lúcido de las voluntades y su traducción jurídica, y las de configuración y redacción, propias del escribano en esos contratos en los que una de las partes se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, un texto que se presenta a la otra en el acto de la escrituración, en el momento en que debe firmar la escritura como requisito para obtener los fondos que habrán de permitirle adquirir su vivienda?

Además de preocuparnos la poca utilidad que en ese caso presta el notario a la parte más débil y el descrédito que esa prestación funcional rutinaria acarrea en la sociedad, no podemos dejar de señalar que ello implica un riesgo para el mismo notario, quien puede llegar a incurrir en responsabilidad civil y profesional, porque como autor del documento ha incluido en él cláusulas poco equitativas²⁴ y, a veces, hasta reñidas con la ley.

De allí que aparezca como acertada una ya vieja pero vigente normativa española (Orden del 5 de mayo de 1994 sobre la Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios) que luego de disponer en su artículo 3º que el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario deberá colaborar a la adecuada comprensión, por parte del prestatario del contrato de préstamo hipotecario, en su artículo 7º establece que el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.²⁵

Asegurar que el aceptante del contrato, en este caso el tomador del préstamo, cuente con anticipación con el texto de la escritura que podrá analizar detenidamente, constituye un medio adecuado de protección de sus intereses. Se evitará así que se enfrente en el acto de la firma de la escritura con un texto compuesto por una diversidad de cláusulas que por su cantidad y complejidad, terminará aceptando y firmando sin comprender.

En este sentido, la XXVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Córdoba en Octubre de 2002 expresó: "Que se disponga mediante reglamentación de los Colegios Notariales la obligación del notario que intervenga en un contrato con cláusulas negociales generales de celebrar con la antelación suficiente y con la parte débil, una audiencia previa de asesoramiento de la cual debe dejar reflejo documental por acto público. En tal oportunidad deberá entregarse copia íntegra del contrato a celebrarse".

24 Juan Vallet de Goytisolo, *El Notario y la Contratación en la sociedad de Masas* Revista de Derecho Notarial (España), n° 109/110, julio-diciembre 1980, pag. 211.-.

25 BOE del 11-5-94, contenido en *Legislación Notarial*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 315.

b. Aconsejar en la redacción de los contratos con cláusulas predisuestas.

Otra actividad que el notario como consejero jurídico de las partes puede cumplir, en forma individual, pero especialmente y atento a los tiempos que corren, institucionalmente a través de los Colegios, es intervenir o expresar su opinión en la redacción de los modelos de escrituras de la gran empresa, para eliminar cláusulas abusivas o leoninas, tratando de obtener un contrato equilibrado. Esto, además de equilibrar a las partes, evitará, futuros litigios al predisponente pues se obtendrá una mayor transparencia en el mercado.

c. Bregar por la restauración del arancel de orden público.

Resulta esencial, en especial para resguardar la imparcialidad en el ejercicio de nuestra función pública, como concesión del Estado de su potestad fideifaciente en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales de quienes habitamos esta Nación, restablecer el carácter de orden público en el arancel fijado por ley para los distintos otorgamientos notariales. También aquí los Colegios Notariales tienen también una difícil pero noble misión institucional por cumplir, en la seguridad que nuestra labor, por los caracteres que tiene conforme la configuración legislativa, no debería estar sometida a las leyes del mercado, por no tratarse de un precio.

El arancel de orden público no solo ayuda a consolidar la imparcialidad notarial, sino también brinda mayor transparencia aún a toda nuestra intervención, al conocer de antemano los requirentes de nuestros servicios, los costos de nuestra intervención.

Finalizo este aporte a la reflexión respecto de este trascendental tema tan cercano a nuestra esencia, con un aforismo que pertenece a Camelier, ilustre notario francés: *“Si el sacerdote cuida del alma y el médico del cuerpo, el notario cuida de la honra y de la hacienda, intereses que son, después de los espirituales, los más sagrados”*.-

