

***EL NOTARIO NO PUEDE EJERCER EL COMERCIO.
LA NOTARIA NO ES UN FONDO DE COMERCIO.***

NOT. DRA. CRISTINA N. ARMELLA ¹

INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE. Ejercicio de la función pública notarial. El término “notario”. La regulación del notariado en la República Argentina. El principio de “número clausus de registros”. Registro y protocolo. La función pública notarial. Inhabilidades e incompatibilidades notariales. Acceso al ejercicio del notariado. Conducta deontológica. El ejercicio de la fe pública notarial es “intuitu personae” e indelegable. Inamovilidad en el ejercicio de la función pública notarial. Calidades personales para el acceso a la función notarial. Concursos notariales o pruebas de idoneidad. Investidura, matriculación y colegiación. La función fedante notarial. Conclusión del tema notarial. SEGUNDA PARTE. El ejercicio del comercio. Fondo de comercio: a) Instalaciones. b) Mercaderías. c) Nombre comercial. d) Enseña comercial. e) Clientela. f) Derecho al local. g) Derechos intelectuales. h) Patentes de invención. i) Marcas de fábricas. j) Dibujos y modelos industriales y k) Distinciones honoríficas. m) Valor lla ve. Conclusiones con respecto al fondo de comercio. TERCERA PARTE. Conclusiones generales.

INTRODUCCIÓN

Existe una enorme variedad de temas vinculados al Derecho Notarial. Es que el ejercicio de la función pública notarial abarca todas las áreas de interés de la persona humana durante su evolución como tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte. Lo mismo podemos afirmar del

¹ ARMELLA, Cristina Noemí. Presidenta de la Unión Internacional del Notariado. Rectora de la Universidad Notarial Argentina. Abogada y Escribana, Doctora en Derecho Notarial (Universidad Notarial Argentina, UNA), Profesora titular regular por concurso de Contratos Civil y Comerciales y Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (Facultad de Derecho. UBA). Miembro de número de la Academia Nacional de Notariado.

ámbito estatal por la intervencionalidad constante con los poderes públicos en todos sus niveles. Desde el bloque constitucional hasta las normas de menor jerarquía pueden converger en el principio de legalidad que custodia el notario en cada documento notarial que autoriza, con independencia de su especie. Instrumentos públicos todos ellos que ostentan calidades especiales de autenticidad, fuerza probatoria, ejecutoria y muchas otras que caracterizan el sistema jurídico romano germánico que nos rige. El notariado de tipo latino que se ejerce en la República Argentina se replica en ochenta y ocho países más de los cinco continentes, abasteciendo a dos terceras partes de la población mundial. Avanzado el siglo XXI, las investigaciones científicas en esta área se expanden hacia temas que podemos calificar de vanguardia o de innovación. Hoy el derecho notarial converge con estudios más allá del derecho privado, atendiendo aspectos del derecho constitucional, de los derechos humanos, capacidad, identidad, género, diversidad, vulnerables, inmigrantes, del derecho informático (derecho y tecnología de la información y de la comunicación), del derecho ambiental, del derecho económico - financiero, como así también del derecho penal, en la prevención de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo o de la fabricación de armas de destrucción masiva.

La capacitación continua que reconoce a todos estos temas como su contenido, les permite a los notarios abastecer la totalidad de los requerimientos actuales, totalmente distintos a los que existían en el siglo decimonónico y aun en el siglo XX.

No obstante, el actual escenario notarial no es ajeno a los temas tradicionales que han sido objeto de estudio a través de los siglos. El notario, el ejercicio de la función pública notarial, el documento notarial, la deontología notarial y la organización institucional, son de la propia esencia del Derecho Notarial como rama autónoma. Y entiendo que siempre hay que volver sobre ciertos conceptos fundantes, sobre los principios y fundamentos del notariado latino, en especial cuando, la ausencia de estudios específicos puede conducir a interpretaciones disvaliosas.

Es por ello que, en este aporte, abordaré la incompetencia notarial que le prohíbe al notario ejercer el comercio, como así también la naturaleza jurídica del registro notarial, el cual no reviste la calidad de fondo de comercio. En definitiva, argumentaré acerca de que el notario nunca puede ser considerado “comerciante”, ni puede “ejercer el comercio”, ni su notaría, ni el registro notarial pueden ser considerados “fondos de comercio”. Temas apasionantes,

que me movilizaron a tener que fundamentar estas premisas, que siempre entendí y aseveré que se demostraban por si mismas, pero que, definitivamente, aparece la necesidad de justificarlas.

Y así lo hago.

PRIMERA PARTE

Ejercicio de la función pública notarial

El término “notario”.

Esta designación con la cual se individualiza a la persona humana que ostenta la titularidad u otra forma de vinculación con un registro notarial, es utilizada por casi todas las legislaciones de los países que conforman la Unión Internacional del Notariado ² y es comprensiva de la doble calidad, inescindiblemente unidas, de profesional del derecho que está a cargo de una función pública.

Así lo ha determinado la definición descriptiva que de notario estableció el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en Buenos Aires, República Argentina, en 1948. *“El Notario de tipo latino es un profesional del derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias de su contenido.”*

La regulación del notariado en la República Argentina.

² La “Unión Internacional del Notariado” es una organización internacional integrada por ochenta y nueve notariados extendidos en cinco continentes, que tiene 72 años de existencia.

El sistema notarial en la República Argentina tiene raigambre constitucional en tanto el artículo 121 de la Carta Magna reformada en 1994 reza: *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”*.

Consecuentemente, los poderes que ejercen las veinticuatro demarcaciones territoriales de nuestro país como reservados y no delegados al Estado Nacional encuentran entre su enumeración al “Poder de Policía”. Razón por la cual todas las provincias como así también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictan sus propias leyes de organización de los notariados locales. La provincia de Buenos Aires regula el ejercicio del notariado a través del Decreto-Ley 9020 de Organización del Notariado Bonaerense y su Reglamentación, dada por el Decreto 3887/1998.

El Poder de Policía atiende prioritariamente al gobierno de la matrícula y a la disciplina del notariado.

El principio de “número clausus de registros”.

Habiendo adoptado el notariado argentino el tipo de notariado latino ³, respeta uno de sus principios fundamentales cual es la existencia de número cerrado de registros, característica esencial que existe desde la organización institucional notarial a partir de las postrimerías del siglo XIX, hasta el presente. Que exista un número cerrado de registros significa que los mismos son creados por los estados locales (provincias y Ciudad Autónoma de

³ El 18 de enero de 1994, el Parlamento Europeo reunido en Madrid, recordó que la profesión del notario en toda la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) tiene elementos comunes que son: a) Delegación parcial de la soberanía del estado en la figura del notario para asegurar principalmente el servicio público de garantizar la autenticidad de las convenciones y de la prueba. b) Desempeño independiente de la actividad ejercida en el marco del cargo público bajo la forma de una profesión liberal, a un que sometida al control del Estado o el órgano estatutario, en lo referente a la observancia de las prescripciones de la actuación notarial, de la fijación reglamentada de tarifas e impuesta en beneficio de los clientes. c) Acceso selectivo a la profesión o a la organización de esta. d) Función preventiva de la intervención del juez, eliminando o reduciendo el riesgo de litigios. e) Rol de aconsejar en forma imparcial. Se invitó a los Estados miembros y a las instituciones notariales a ponerse de acuerdo para asegurar el reconocimiento recíproco y la libre circulación transfronteriza de los actos notariales eliminando las actuales formalidades para su validez internacional. Conf. CAVALLE CRUZ, Alfonso, en “Fundamentos de la Deontología Notarial”, con prólogo de Cristina N. Armella. Tenerife, España, 2020, en imprenta.

Buenos Aires) y modernamente responden a la calidad específica de “número programado” en tanto su número depende de la ecuación existente entre la densidad poblacional y del tráfico negocial.

El número cerrado de registros corresponde al concepto de “numerus clausus”, por lo cual no hay posibilidad de ejercer el notariado si no es a través de un registro notarial, y no hay posibilidad alguna de obtener un registro notarial, si no es de acuerdo al procedimiento de acceso a la función que establezca la ley local. Los registros son bienes que no están en el comercio y son propiedad del propio Estado. El asiento del registro es único por cada registro y es imposible tener sedes, filiales o sucursales.

Este numerus clausus además, en su versión moderna de número programado, da como resultado la existencia de un número suficiente de notarios que puedan atender los requerimientos locales en tanto la cantidad de registros creados o a crearse por el poder ejecutivo local depende de la densidad poblacional y del tráfico negocial.

Quede claro entonces que la designación de un notario en cualquier provincia y/o ciudad Autónoma de nuestro país es competencia material exclusiva del poder ejecutivo local.

Registro y protocolo.

El registro notarial es una abstracción legal que simboliza el vehículo necesario para el ejercicio de la función pública. El opus notarial que son las escrituras públicas autorizadas anualmente por ese notario que reconocen como soporte documental la matricidad protocolar, también es propiedad del Estado.

Por lo tanto, el notario no es propietario ni del registro ni de su protocolo. Tiene obligaciones funcionales a este respecto y el deber de su custodia y conservación.

La función pública notarial

El ejercicio de la función pública notarial es ejercida por un profesional del derecho a cargo de la función pública notarial y a través del registro. Tanto el Registro como los documentos notariales (protocolo) son propiedad del Estado. ⁴

Además, el oficial público (notario) ejerce la función pública notarial válidamente cuando respeta cuatro competencias específicas: la competencia material (art. 290 del CCyCN), la competencia en relación al territorio (art. 290 del CCyCN), la competencia en relación de las personas (art. 291 del CCyCN) y la competencia temporal (art. 292 del CCyCN). Significa entonces que el notario no puede ejercer válidamente su función fuera de la demarcación territorial del asiento del registro al que accede por los mecanismos específicos establecidos por ley en sus dos modalidades: o por concurso de antecedentes y oposición, tanto para el cargo de titular o adscripto de un registro notarial, como por medio de la adscripción (en algunas demarcaciones), a propuesta del notario titular, y designación del gobierno local. ⁵

El ejercicio de la fe pública notarial como facultad delegada del ejercicio de la soberanía del país, en un oficial público (profesional del derecho a cargo de una función pública) garantiza la existencia de la seguridad jurídica.

Inhabilidades e incompatibilidades notariales.

El notario se encuentra alcanzado por un estricto sistema de inhabilidades e incompatibilidades.

⁴ Al respecto consultar Allende Iriarte, Jorge, “Protocolo, despacho y archivo”, en Revista del Notariado, Nro. 689, pág. 1137, Año 1966 y en “Derecho Notarial Registral e Inmobiliario”, Director Jorge Horacio Alterini, Coordinador Ignacio Ezequiel Alterini, Derecho Notarial, Tomo I, página 1265, La Ley, Buenos Aires, 2012; Gatari, Carlos Nicolás, “El protocolo notarial, corporalidad, contenido y valores”, en Revista del Notariado Nro. 874, pág. 247, Año 2003 y en op. cit., Alterini-Alterini, pág. 1275 y Pelosi, Carlos A. “Protocolo y documentos protocolares”, en Revista del Notariado Nro. 688, página 726, Año 1966 y en op. cit., Alterini-Alterini, pág. 1327. Armella, Cristina N., en “Código Civil y Comercial Comentado Anotado y Concordado, Eduardo Gabriel Clusellas. Director. Tomo I, Comentario al artículo 300, pág. 763, Ed. Astrea FEN, Buenos Aires, 2015.

⁵ Al respecto ver Armella, Cristina N., en op. cit. “Código Civil y Comercial Comentado Anotado y Concordado, Eduardo Gabriel Clusellas. Director. Tomo I, Comentario al artículo 300, pág. 728, Ed. Astrea FEN, Buenos Aires, 2015.

Las primeras aplicables al ingresar a la función, como así también para separar de ella al que ya fuera designado, en tanto estos profesionales no pueden padecer incapacidades físicas que le impidan percibir por sus sentidos, que es la exigencia máxima del ejercicio funcional.

Lo mismo resulta de las incompatibilidades que aseguran la imparcialidad y la dedicación exclusiva o casi exclusiva del ejercicio funcional.

El ejercicio de la función pública notarial no puede confundirse con el resto de las profesiones liberales. La primera depende del poder estatal y de la delegación que efectúa, de este poder estatal, en determinados profesionales del derecho que deben reunir calidades objetivas y subjetivas estrictas para poder ejercer tal función.

Por tanto, hasta aquí, podemos afirmar que el sistema notarial argentino basa su contundencia en los irrenunciables principios en que se sustenta. Primero la colegiación, segundo el numerus clausus o programado, tercero un taxativo y severo régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones y cuarto los aranceles de orden público.

O sea, tiene todas las calidades específicas que lo diferencian no solamente del resto de los profesionales liberales, sino también de los comerciantes, en tanto el ejercicio del comercio es una incompatibilidad notarial establecida legalmente. No puede ejercer el comercio por prohibición legal.

Acceso al ejercicio del notariado

Otro rasgo a tener en cuenta, además de que el notario debe ser un profesional del derecho, es que para discernirse a su favor un registro notarial, el agente debe acreditar idoneidad, no solo ostentando un título académico de grado, cual es el de abogado, sino también transitar satisfactoriamente las pruebas de idoneidad, o los concursos, con puntajes mínimos por debajo de los cuales (con independencia de que existan registros vacantes) no podrá acceder al mismo.

El título universitario de abogado no habilita al profesional que lo ostenta, por sí solo, al ejercicio de la función pública fedante. Todo ello nos invita a concluir que la fe pública que ejerce el notario, que insufla a cada documento notarial que autoriza, su calidad de instrumento público, es delegada por el propio Estado y no está confiada a la libre oferta y demanda.

“Ya ha sostenido *Francisco Martínez Segovia* al referirse al número de registros notariales: “*En el notariado, el fracaso lleva consigo un perjuicio seguro de los intereses privados confiados al notario, riesgo que no debe correrse y que ha sido comprobado, también, por la experiencia. La libre competencia no puede ser una aspiración en el notariado, sino dentro de los límites que impone la adecuación de su número a la cantidad de asuntos normales, resguardándose además la integración del cuerpo con un ingreso selectivo.*”⁶

Conducta deontológica

Las normas éticas que rigen el ejercicio de la función pública notarial prohíben al notario efectuar publicidad de su actividad funcional.⁷ El ejercicio de la función pública notarial exige del notario que toda su conducta se enmarque en las normas de la ética notarial. El profesional del derecho a quien el Estado lo inviste de su calidad de notario y que ejerce una parte de la soberanía de ese mismo Estado, por medio de la dación de fe pública notarial que no es más que una parte de la fe pública que ostenta el propio poder público, debe ser un fiel custodio de la ética profesional y funcional.

El ejercicio de la fe pública notarial es “intuitu personae” e indelegable.

La figura del notario que ejerce la función pública notarial por medio de su registro, exige la conducción personal y personalizada del autorizante (art. 301 del CCyCN.), del acto o negocio jurídico que instrumenta por medio del documento notarial (escritura pública – arts. 289 y 299 del CCyCN), que

⁶ En “Función notarial. Estado de la Doctrina y ensayo conceptual”, pág. 214, Editorial Delta Editora S.R.L., Paraná, Entre Ríos, 1 997.

⁷ Son modelos de normativas dedicadas a la regulación de la deontología notarial, el CÓDIGO REFORMADO EUROPEO DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL, aprobado por la Asamblea General del Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE), el 11 de diciembre de 2009; al conocido como Código de la UINL, de DEONTOLOGÍA Y REGLAS DE ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO que la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO – UINL, adoptó en la Asamblea de los Notariados miembros en Lima, Perú, el 8 de octubre de 2013 y al CODIGO DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL de ESPAÑA, aprobado por el Pleno del Consejo General del Notariado español el 26 de abril de 2014. Todo ello durante los primeros años de este siglo XXI.

goza de credibilidad coactiva erga omnes, fe pública notarial, cuyo valor probatorio de instrumento público (art. 296 del CCyCN), inescindiblemente unido a la forma, puede ser opuesto no solo a las partes (requirente y co-contratante) sino también a terceros.⁸

El notario debe reunir en sí mismo, como persona humana, calidades objetivas y subjetivas para poder ejercer el notariado. La fe pública que emana de la soberanía de un país necesita de ciertos particulares que la ejerzan. Para ello, el estado nombra funcionarios públicos, quiénes actuando dentro de las reglas de su competencia, logran que los instrumentos públicos que autorizan consoliden la seguridad jurídica en el tráfico negocial. Para la validez de estos instrumentos públicos es imprescindible que el oficial público autorizante sea una persona humana capaz, que haya sido debidamente nombrado por la autoridad pública correspondiente y que actúe dentro de los límites de sus competencias (arts. 290 y 292 del CCyCN).

El ejercicio de la función pública notarial es indelegable. Es “intuitu personae”. La fe pública notarial la ejerce únicamente el notario en forma personal, aceptando el requerimiento de su requirente o de su requirente y co-contratante, receptando la voluntad de las partes, asesorando y aconsejando, encuadrando legalmente el negocio jurídico a celebrar, configurando el texto escriturario, participando en forma personal de la audiencia notarial, de la lectura, otorgamiento y autorización de la escritura pública, en absoluta intermediación con las partes, reproduciendo los documentos y conservándolos (art. 301 y cc. del CCyCN).

La indelegabilidad del ejercicio de la función pública notarial no debe confundirse con la coexistencia de otro notario que puede ejercer su función pública notarial en un mismo registro, como es el caso de la figura jurídica de la adscripción, de la subrogancia, o del depositario, que atienden a situaciones específicas, en el ejercicio funcional y en un mismo registro. Titular y adscripto ejercen coetáneamente cada uno con respecto a su requerimiento, ante el mismo registro. Subrogante y/o depositario es el notario que, bajo circunstancias de ausencia temporal, enfermedad, licencia, jubilación, destitución, asumen ese ejercicio funcional en el registro del caso.

Las condiciones personales para el acceso a la función son calificadas con anterioridad al discernimiento del cargo.

⁸ Ver a lrespecto, ob. cit. en “Código Civil y Comercial Comentado Anotado y Concordado”, Eduardo Gabriel Clusellas. Director. Tomo I, Comentario al artículo 296, pág. 744, Ed. Astrea - FEN, Buenos Aires, 2015.

Las subjetivas son: mayoría de edad, nacionalidad, títulos universitarios, justificación de buena conducta, carecer de antecedentes penales y no estar alcanzado por el régimen de inhabilidades o incompatibilidades.

Luego de haber accedido al cargo de notario, se mantendrá en él hasta que cese en el ejercicio funcional, por renuncia, jubilación, discapacidad, o bien por sanciones disciplinarias. Una vez que el notario accedió al cargo, el ejercicio funcional es permanente, no temporal.

Inamovilidad en el ejercicio de la función pública notarial.

La función pública notarial brinda al profesional del derecho que la ejerce inamovilidad en su cargo. Ello significa que, salvo justa causa, o lo dispuesto por la ley, el notario no puede ser privado o trasladado de su cargo. El cargo entonces es vitalicio. Esta calidad caracteriza al notariado del tipo latino y especialmente al notariado argentino e impone la necesidad de que quienes accedan como titulares de registros deben ser rigurosamente seleccionados para ello. Razón por la cual existe el sistema de concursos o de pruebas de idoneidad.

Calidades personales para el acceso a la función notarial.

Son requisitos inherentes a la persona humana exigidos en su calidad de aspirante a la obtención del registro notarial, los personales: nacionalidad, edad, y domicilio o residencia; los intelectuales: título universitario, especialización y práctica notarial y los morales: conducta intachable.

Estas condiciones personales marcan que el acceso a la función notarial por parte del escribano de registro exige que se reúnan en el aspirante ciertos requisitos subjetivos y objetivos, los que deben ser mantenidos durante todo el período del ejercicio de la función. Estos rasgos definitorios o calidades esenciales son personalísimos del propio notario.

Concursos notariales o pruebas de idoneidad.

El concurso para el discernimiento de titularidades notariales es riguroso y sirve para elegir aquellos profesionales que se forman científicamente con mayor grado de excelencia para poder ejercer esta función pública. Por este medio los aspirantes deben demostrar su superioridad en el conocimiento del derecho. Representa una verdadera competencia intelectual destinada a probar el grado de habilidad científica y práctica entre pares. Este sistema crea en el aspirante el hábito por el estudio, la investigación y la constancia de la lectura de temas especialmente notariales, registrales, catastrales y del derecho privado en general. Los concursos son públicos y absolutamente transparentes, calidades que garantizan la existencia del régimen. Los concursos públicos pueden ser presenciados por los otros oponentes o por cualquier tercero que tenga interés en hacerlo, lo que garantiza aún más su transparencia. Las bases del concurso son publicadas y la convocatoria se efectúa por medio del Boletín Oficial y los diarios de mayor circulación local. Existe un trato igualitario de los aspirantes que compiten en la misma convocatoria.

El jurado decide por mayoría de sus miembros y comúnmente sus decisiones son inapelables.

Razón por la cual la XXIX Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Necochea, del 24 al 27 de noviembre de 1993, concluyó: “*Mantener el sistema de concursos de antecedentes y oposición, por entender que es el sistema que garantiza a la sociedad la forma más idónea para evaluar, justa y equitativamente, la capacidad intelectual y técnica de los aspirantes a acceder a la titularidad de registros notariales que, además, otorga a todos los concursantes igualdad de oportunidades*”.

Acceder al ejercicio de la función pública notarial por concurso de oposición y antecedentes para el discernimiento de las titularidades notariales, es un rasgo de jerarquía profesional y científica de las personas humanas estrictamente seleccionadas para el ejercicio de la función pública notarial. Por medio del concurso se califican antecedentes académicos, títulos universitarios de grado y posgrado, publicaciones, premios, pasantías o prácticas y trabajos doctrinarios autorales publicados, de esta manera, se selecciona a los mejores y aquellos que puedan demostrar que poseen calidades personales para el ejercicio de la función notarial.

Es por ello que la VI Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Quito, Ecuador, del 26 al 29 de octubre de 1993, ha concluido con respecto al Tema 1: “El ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario” que: *“El concurso de oposición y antecedentes se presenta como el mejor procedimiento para el acceso al ejercicio de la función notarial”*.

Investidura, matriculación y colegiación.

Una vez que el aspirante obtiene la mayor nota, debe cumplir tres instancias cuales son: la investidura, la matriculación y la colegiación.

Se denomina investidura al acto administrativo del Estado provincial (en la Provincia de Buenos Aires el Decreto del Gobernador) que designa al ganador del concurso de antecedentes y oposición para el discernimiento de registros notariales, como titular de un registro notarial o en su caso, de notario Adscripto a propuesta del titular.

Discernido el concurso de antecedentes y oposición el estado provincial inviste al notario de tal calidad en tanto reúne los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la ley local para acceder a la función notarial.

Es un acto de competencia exclusiva y excluyente del Gobernador provincial o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por su parte el notario debe estar matriculado en el Colegio de Escribanos de la provincia en la cual ejerza.

La matriculación es la inscripción en el área de registro que lleva la autoridad de aplicación que gobierna esa matrícula profesional.

La matriculación inicia el proceso de acceso a la función pública fedante que concluirá con la designación del notario como titular del registro. No debe confundirse con la matriculación como acto voluntario con la colegiación, que es automática y obligatoria en aquellos casos de discernimiento de la titularidad de un registro notarial o la designación como adscripto.

Por su parte la colegiación es un requisito insoslayable para poder acceder al ejercicio de la función pública fedante.

El rasgo más importante del colegio de notarios como persona jurídica del derecho público, es la colegiación obligatoria.⁹ Los colegios tienen atribuciones de organización, disciplina y contralor potestativo de sus notarios colegiados, delegadas por el Estado.

La legislación local bonaerense reconoció al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires como persona jurídica de carácter público con competencia derivada del propio poder de policía que debe ejercer la provincia como poder no delegado en el Estado Nacional y que asegura a la comunidad la certeza y la fiscalización de los profesionales que están a cargo de la función pública notarial.¹⁰

La reforma constitucional de 1994 dio rango constitucional a la existencia de los colegios profesionales y a la colegiación.¹¹

El profesional del derecho a favor del cual se ha discernido la titularidad de un registro notarial debe prestar juramento simultáneamente en el acto de acceso al cargo.

En este mismo momento, además, el notario debe registrar su firma y sello, que son los signos distintivos en la autorización de los documentos notariales en tanto por medio de esta autorización el notario le insufla a la forma escrita la calidad de instrumento público.

Por último, el notario queda obligado a prestar fianza. Con ella garantiza su responsabilidad patrimonial en caso de que ocasione daños y perjuicios durante el desarrollo del ejercicio funcional.

La función fedante notarial.

⁹ Al respecto consultar Pelosi, Carlos A., “Los colegios de escribanos son personas del derecho público”, en Revista del Notariado Nro. 725 página 1762 año 1972, y en op. cit. “Derecho Notarial Registral e Inmobiliario”, Director Jorge Horacio Alterini, Coordinador Ignacio Ezequiel Alterini, Derecho Notarial Tomo I, página 511, La Ley, Buenos Aires, 2012.

¹⁰ Al respecto consultar Negri, José A., “Función de los Colegios Notariales”, Revista del Notariado Nro. 519, pág. 1211, Año 1944, y en op. cit., Derecho Notarial Registral Inmobiliario, Alterini - Alterini, Derecho Notarial I, pág. 527.

¹¹ Al respecto consultar Solari, Osvaldo S., “Colegiación Notarial” en Revista del Notariado, Nro. 715, página 233, año 1971 y en op. Cit., Derecho Notarial Registral Inmobiliario, Alterini - Alterini, Derecho Notarial I, pág. 493.

La prestación del servicio notarial debe ser ejercido por quien demuestre, en el concurso, estar calificado para ese ejercicio y acredite ante el Tribunal calificador la suficiente capacitación e idoneidad para ejercer la trascendente función que ha de asignársele. El Tribunal calificador debe actuar con independencia de criterio y objetividad. Todo ello coadyuva a que la función notarial que se ejerce por delegación del estado (cuya eficacia tiene una incidencia directa en los miembros de la comunidad dentro de la cual se presta el servicio), debe garantizar la seguridad jurídica y no interferir con el ejercicio de los derechos en normalidad que a cada habitante del país le corresponde.

Esto en tanto que el Código Civil y Comercial de la Nación (así como también el Código decimonómico velezano) le otorga a los instrumentos públicos notariales que contienen declaraciones de voluntad de los particulares y/o del propio Estado, el valor probatorio de plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia, hasta la argución de falsedad por acción civil o criminal (art. 296 del CCyCN).¹²

Dicha dación de fe califica a los documentos emitidos por el Estado o por quienes éste autorice como instrumentos públicos. Importa resguardar la certeza y la seguridad jurídica en especial, su oponibilidad a terceros, quienes no son otros que aquellos que, sin haber intervenido en la formalización de esta especie instrumental, tienen que creer la verdad de los hechos jurídicos narrados por el oficial público, como cumplidos por él o que han pasado en su presencia, que conforman el contenido -cláusulas- del continente – la forma escrita, instrumento público, escritura pública-.

Ello sin perjuicio de señalar además que la permanente capacitación o “capacitación continua” y el perfeccionamiento profesional son características imprescindibles del perfil del oficial público de hoy.

Conclusión del tema notarial

¹² Al respecto consultar Nuñez Lagos, Rafael, “Documento público y autenticidad de fondo”, en Revista del Notariado, Nro. 727, pág. 123, Año 1973, y en op. cit., Alterini-Alterini, Derecho Notarial Tomo I, pág. 747.

El corolario de todo lo expuesto es que el ejercicio de la función pública notarial, no solamente en la Provincia de Buenos Aires sino en toda la República Argentina, es una función pública notarial de tipo latino.¹³ En la Provincia mencionada está absolutamente reglada por el Decreto Ley 9020/78 de Organización del Notariado Bonaerense y su Decreto Reglamentario 3887/1998, normativas a las cuales el notario debe ajustar su conducta, y cualquier incumplimiento a los deberes que imponen ambos textos normativos, será considerado, en principio, una falta disciplinaria que puede coexistir con su responsabilidad civil, penal y aún tributaria, en forma concurrente.

Por todo ello, es imposible interpretar que el notario puede ser titular de un fondo de comercio, si como notario no puede ejercer el comercio. El registro notarial que es propiedad del Estado provincial no es cesible y está fuera del comercio.

SEGUNDA PARTE.

El ejercicio del comercio.

Fondo de comercio.

¹³ El Código de la UINL, de DEONTOLOGÍA Y REGLAS DE ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO que la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO – UINL, adoptó en la Asamblea de los Notarios miembros en Lima, Perú, el 8 de octubre de 2013, estableció: El notario está llamado a prestar «con su actuación un servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios, y contribuyendo al desarrollo económico sostenible, y a la paz social». Por ello, «los notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función pública, controlando de manera imparcial, independiente, y responsable, la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización». Y «la actuación del notario deberá ser acorde con la legalidad, sin buscar el fraude de ley ni el perjuicio para nadie, por lo que los actos o documentos en que interviene gozan de presunción de legalidad». El Notario «como profesional del derecho, puede y debe estar sometido a unas normas deontológicas, como cualquier otro, pero al ser funcionario público, que actúa por delegación de la soberanía del Estado en la función de dar fe pública, se encuentra de lleno inmerso en toda una normativa establecida por el Estado, con unos límites perfectamente determinados.

El fondo de comercio ha sido regulado en la legislación argentina por medio de la ley 11.867 solo a los efectos de su transmisibilidad ya sea a título gratuito como a título oneroso. En su artículo 1° detalla cuales son los elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título. ¹⁴

“El fondo de comercio constituye una universalidad formada por todos los elementos que lo integran. No es una simple universalidad, como una biblioteca o un rebaño, sino un conjunto de cosas y derechos, un verdadero organismo económico, con perfecta unidad, constituido por elementos estáticos (materiales: instalaciones, mercaderías, maquinarias, etc. e incorporales: nombre, derecho al local, patentes y marcas, etc.) y un elemento dinámico o funcional, conocido en la doctrina italiana con el nombre de aviamento, que en nuestro país se denomina llave –crédito y atracción sobre el público determinante de la clientela–. Todos ellos se encuentran integrados al servicio de un proceso productivo destinado a lograr beneficios económicos.” ¹⁵

Por su parte, la doctrina ha venido definiendo el fondo de comercio con un par de notas calificadoras. Por un lado "los elementos recogidos bajo la rúbrica fondo de comercio son todos aquellos activos intangibles no identificables entre los que se encuentra la clientela de una empresa, su nombre o razón social, su localización, la cuota de mercado, el nivel de competencia comercial, el capital humano etc., que proporcionan beneficios económicos futuros a la empresa adquirente..." y por otro lado, completan la definición al incluir el requisito indispensable de la onerosidad añadiendo "... y por los que ésta se ve obligada a pagar un precio superior”.

¹⁴ ALTERINI, Atilio A., Derecho privado, Parte General (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997), 428 pág. FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., Manual Práctico de Contratación Comercial, t. II (Buenos Aires, Errepar, 1996), 695 pág. FONTANARROSA, Rodolfo, Derecho Comercial Argentino (Buenos Aires, Za valía, 1956), 459 pág. GARRONE, José Alberto, Manual de derecho comercial (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997), 581 pág. GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Alfonso, Algunos problemas que plantean las transferencias de Fondos de Comercio (Buenos Aires, La Ley, 2001), 345 pág. HALPERIN, Isaac, Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1920-1940 (Buenos Aires, La Ley, 1953), 107 pág. RIPERT, George, Derecho Comercial, t. I (Buenos Aires, 1954), 619 pág. ROMERO, José Ignacio, Manual de derecho comercial. Parte general (Buenos Aires, De Palma, 1996), 434 pág. VITOLLO, Daniel Roque, Contratos Comerciales. Parte especial (Buenos Aires, Alfa Beta, 1993), 878 pág. ZUNINO, Jorge, Fondo de Comercio (Buenos Aires, Astrea, 2000), 493 pág.

¹⁵ ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS TRANSFERENCIAS DE FONDOS DE COMERCIO, Gutiérrez Zaldívar, Alfonso. En Rev. del Notariado 865, pág. 37.

El fondo de comercio o establecimiento mercantil es el conjunto de bienes materiales e inmateriales, que, organizados por el empresario, constituyen una unidad económica - comercial y/o industrial, destinada a la producción de bienes y/o servicios, y/o comercialización de productos y/o explotación determinada. Hay un todo con individualidad propia, ante el cual los bienes que lo integran pierden su propia identidad, por encontrarse afectados a la consecución de un fin superior al de cada bien en particular.

Económicamente el concepto de fondo de comercio puede llegar a confundirse con el de empresa, no obstante, jurídicamente, la diferencia es neta. La empresa es una organización económica que ordena los factores de la producción con fines de lucro. El establecimiento mercantil es una unidad económica - comercial de la que se vale la empresa para cumplir sus fines.

El artículo 1º bajo comentario enumera que integran el fondo de comercio las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

A los efectos de justificar que la “escribanía”, como vocablo coloquial utilizado en la cotidianeidad por el público en general para significar el asiento de un registro notarial (oficina) como lugar en el cual el notario recibe a sus requirentes y cumple con el ejercicio de la función pública notarial, no es un “fondo de comercio”, se impone analizar los elementos que la ley 11.867 enumera como integrativos de tal.

a) INSTALACIONES. Es cierto que en una “escribanía” hay instalaciones y podemos enumerar como las más comunes los escritorios, sillas, sillones, bibliotecas, archivos, y el resto de los muebles destinados a la atención al público en general. Lo que no existe acá es la finalidad que tienen todas esas cosas en el concepto de fondo de comercio aplicada al concepto de escribanía, en tanto que, en el primero, el destino de esos muebles es servir a una explotación comercial o empresa como ser la producción, distribución y comercialización bajo el concepto de empresa, en tanto en la “escribanía”, lo único que existe es la producción intelectual del notario que, al ser requerido, establece con su requirente o con su requirente y el co-contratante una relación jurídico notarial de resultado, cual es la autorización de un documento notarial (escritura pública, escritura – acta, certificación de firmas, etc.) que debe ser existente, válido y eficaz, como instrumento público que es, fruto del ejercicio de la fe pública notarial. La fe pública no se

comercializa, está fuera del comercio, no se vende, lo que hace el notario es cobrar un arancel de orden público, tasado legalmente, como contraprestación de ese ejercicio de la función pública.

b) MERCADERÍAS. Si entendemos por mercaderías a las cosas muebles como bienes de cambio, dentro del concepto de “escribanía” no existen mercaderías. El concepto legal de mercadería o mercaderías es absolutamente ajeno al ejercicio de la función pública notarial. Si el opus notarial son los documentos notariales como especies de instrumentos públicos, los mismos no se pueden producir, manufacturar, comercializar, distribuir, dar en consignación, como cualquier mercadería. Muy por el contrario, el documento notarial contiene actos jurídicos (art. 299 del CCyCN) unilaterales, bilaterales o plurilaterales celebrados por una o varias personas humanas que, actuando por sí o en representación convencional, legal u orgánica, prestan su consentimiento informado ante el propio Estado en la figura del notario interviniente, autorizante del instrumento público. También, puede contener la comprobación de hechos (arts. 310 al 312 del CCyCN).

c) NOMBRE COMERCIAL. Si bien una “escribanía” puede ser identificada por el apellido del notario titular o bien por los apellidos del titular y de su adscripto, no se puede entender que se trate del nombre comercial de una “escribanía”. Primero y principal porque la escribanía no es una empresa, ni es un fondo de comercio, ni una persona jurídica, ni una sociedad comercial. Por tanto, carece de nombre comercial con el significado que se desprende del artículo 1. de la Ley 11.867. Recordemos que el notario titular no puede ejercer la función pública notarial si no lo hace a través o por medio de un registro notarial. Además, el registro notarial que es propiedad del Estado provincial nunca pasa a propiedad del notario, como tampoco son propiedad del notario los protocolos notariales que no son más que el conjunto ordenado y cronológico de todas las escrituras públicas que autorice dentro de un año calendario (art. 300 del CCyCN).

d) ENSEÑA COMERCIAL. Se entiende por enseña comercial o signo comercial aquello que distingue al comercio o a la empresa. Ejemplos claros son las enseñas de las estaciones de servicio YPF, las franquicias como McDonalds o Pizza Hut. No requiere mayor explicación entender que una “escribanía” carece de enseña comercial.

e) CLIENTELA. Se dice que no hay fondo de comercio sin clientela. Pues bien, el ejercicio de la función pública notarial se caracteriza por carecer de cliente o clientes sino que el notario es solicitado por su requirente o sus requirentes. Esta terminología que está muy difundida en el derecho notarial no solo nacional sino comparado, tiene un significado mucho más importante de lo que parece a simple vista. Que un notario atienda a su requirente y no a un cliente demuestra a las claras que su ejercicio funcional está regido por la imparcialidad y el secreto profesional notarial. Mientras que el abogado debe abogar por su cliente (lo que significa que debe defender a su cliente frente a su oponente), el notario (quien es un magistrado de la paz que ejerce una justicia preventiva del conflicto y ante quien se desarrollan los derechos en normalidad, tanto en el acto jurídico unilateral, bilateral o plurilateral), debe esforzarse por mantener la igualdad de las partes cocontratantes. Ello, aun, en la celebración de contratos por adhesión y con cláusulas predispuestas, que hacen a la existencia de relaciones jurídicas en las cuales hay una parte preminente con respecto a la otra. Estas calidades fundamentales y trascendentes del ejercicio del notariado explican por qué el notario carece de clientes y muy por el contrario aquellas personas humanas que eligen su intervención son designadas como “*requirentes*”. Además, el notario no puede negar la prestación de su ministerio, en tanto la atención de la notaría como servicio público impropio que es, está sujeta a la obligatoriedad de su frecuencia diaria, con extensión horaria, teniendo que avisar al Colegio notarial cualquier ausencia por más de cinco días. Estas obligaciones no existen con respecto a la clientela de un fondo de comercio, ya que su titular puede ejercer el derecho de admisión y atender a quien quiere y a quien no quiere, no lo atiende. Muy por el contrario, el notario tiene obligación de prestar su ministerio frente al requerimiento del requirente y si no lo hace y no puede justificar causal de negativa taxativamente enumerada en el Decreto Ley 9020/1978, puede ser denunciado ante los órganos competentes y sancionado disciplinariamente. El concepto de cliente como integrativo del valor llave, tampoco existe en la “*escribanía*”, en tanto la prestación de la fe pública notarial es “*intuitu personae*” del notario. El requirente requiere y designa a tal o cual notario. Tal relación jurídica notarial no puede ser integrada por cualquier otra persona que no sea el mismo notario en cuestión.

f) DERECHO AL LOCAL. Cuando la ley 11.867 enumera el derecho al local lo hace para que se distinga si se trata de una locación o de la transferencia de la titularidad dominical. Si existe una locación, deberán cumplimentarse los recaudos legales de la transferencia o transmisión de la posición

contractual del contrato de locación si ello es posible. Si se trata de una transferencia del dominio deberán reunirse los recaudos y requisitos del título y del modo (art. 1892 y cc del CCyCN) y de su registración para su publicidad y oponibilidad a terceros registrales (Ley 17.801). El Registro notarial no es propiedad del notario titular. El inmueble donde se desarrolla la prestación del ejercicio de la función pública notarial como sede del registro, podrá corresponderle al notario en locación o en dominio, pero como el registro no es transferible, la sede carece de valor comercial al respecto. El notario podrá cambiar cuantas veces lo desee la sede de su registro, pero deberá hacerlo siempre dentro de la demarcación territorial de su competencia (art. 290, inc. a del CCyCN). Dentro de los elementos que la ley enumera como integrantes del fondo de comercio, se excluye al inmueble. El derecho al local que menciona el artículo 1ro. de la ley 11.867 comprende la facultad de usar y gozar el inmueble donde se asienta el negocio.¹⁶

g) DERECHOS INTELECTUALES; h) PATENTES DE INVENCIÓN; i) MARCAS DE FÁBRICAS; j) DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES y k) DISTINCIONES HONORÍFICAS. Todos estos elementos que menciona el art. 1º de la ley 11.867 no existen en una “escribanía”. Todos dependen de inscripciones en los registros competentes y son totalmente ajenos al desarrollo de la función pública notarial. Ello nos exime de explicación alguna. m) VALOR LLAVE. Por último, consideramos el valor llave que si bien la ley 11.867 no lo incluye en la enumeración del artículo 1º, toda la doctrina entiende que se trata de un valor intangible que se asocia a la posibilidad de la rentabilidad de la explotación empresarial o comercial en el futuro. Establecer su cuantía es complejo. No obstante, hay metodologías valuatorias que consideran los diferentes elementos del fondo de comercio. Lo que sucede es que, si se pretendiese considerar a la “escribanía” como un fondo de comercio lo más palmario de comprender al tiempo de pretender darles el mismo tratamiento, es que el notario no puede transferir sus elementos integrativos ya que el ejercicio de la función pública fedante no puede ser cumplida por ninguna otra persona humana más que por el propio notario investido por el Estado a esos fines. Por ello, si fuera la “escribanía” un fondo de comercio, sin el notario no tendría valor alguno, esto es carecería de la posibilidad de ponerle un precio.

¹⁶ Así se decidió en autos: “VOLPE, SEBASTIÁN GUILLERMO C/ VILCA, VÍCTOR HUGO Y OTROS S/ ORDINARIO”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala: D, del 5-mar-2014. Cita: MJ-JU-M-85784-AR | MJJ85784 | MJJ85784)

Conclusiones con respecto al fondo de comercio

Teniendo presentes los elementos constitutivos del fondo de comercio que hemos analizado ut supra, podemos concluir que la notaría no constituye un fondo de comercio.

Ello porque:

- a) El notario no es comerciante.
- b) El ejercicio del comercio es incompatible con el ejercicio de la función pública notarial.
- c) El notario no produce bienes ni comercializa productos, autoriza documentos notariales
- d) El notario no tiene clientes, sino requirentes. Tiene obligación de asistir a todos los requirentes que concurran a su escribanía. Sin discriminación. No puede elegir a quien atender y a quien no.
- e) El notario ejerce su función notarial dentro de su competencia territorial. La ley de 9020 de Organización del Notariado en la Provincia de Buenos Aires exige que la sede de la notaría debe estar situada dentro de la demarcación territorial a la que corresponda el Registro Notarial respecto del cual ha sido designado como notario titular o adscripto. El comerciante no tiene limitación territorial en cuanto a la ubicación del establecimiento comercial. Tampoco la tiene respecto de la apertura de sucursales del establecimiento principal. El comerciante, en tanto titular del fondo de comercio, es libre de elegir la ubicación de la explotación comercial. El notario no puede hacerlo, si no respetase los límites de la demarcación territorial donde debe ejercer su función pública o se dentro de su competencia territorial, podrá ser sancionado disciplinariamente, implicando hasta la pérdida del registro. Además, los documentos notariales autorizados fuera de esa competencia son inválidos absolutos (arts. 290, inc a) y 386 y cc del CCyCN).

- f) El fondo de comercio es transferible de acuerdo al régimen establecido en la Ley 11867. La “escribanía” no. Ello porque el fondo de comercio es de propiedad del comerciante. En cambio, el Registro Notarial es de propiedad del Estado. El escribano no puede disponer del Registro en razón de que está fuera del comercio y no le pertenece.
- g) El fondo de comercio puede ser aportado a una sociedad de acuerdo a lo normado en el artículo 44 de la Ley de Sociedades Comerciales, que dice: *“Tratándose de aporte de un fondo de comercio, se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia”*. El Registro Notarial no puede ser aportado a ninguna sociedad por las mismas razones ya expuestas, está fuera del comercio y es de propiedad del Estado y no del notario.

TERCERA PARTE.

Conclusiones generales.

El observador que realmente se adentre en la verdadera esencia del ejercicio de la función pública notarial prontamente entiende que son contrarias a la deontología notarial las acciones o comportamientos del notario que propaguen un aspecto empresarial o comercial de la función notarial, que oscurezcan la naturaleza pública del cargo y el carácter de autoridad que lo caracteriza. El servicio notarial es una «res extra commercium».

Ni siquiera es posible que exista competencia desleal entre notarios. Primero porque es una falta de ética y segundo porque la aplicación de un arancel de orden público evita someter la intervención notarial a las reglas del mercado o a la libre competencia, con respecto a la oferta y a la demanda. Por implicar la delegación de un poder del Estado, la función notarial no está sometida a una competencia entre pares. La competencia material del notario dado el carácter de función pública, a diferencia de la competencia empresarial, está limitada, lo que se evidencia en muchas circunstancias: el número cerrado de notarios; su competencia territorial, con demarcación obligatoria; el deber de prestación de funciones; el sistema de retribución por arancel fijado por el Estado y el principio de libre elección de Notario.

Todo aquellos rasgos esenciales que hemos analizado con respecto al notario y al trayecto que debe recorrer para acceder al ejercicio del notariado con más toda la regulación que existe con respecto al ejercicio del notariado hasta que cese en él por acaecimiento de las causales tasadas, evidencian que no puede vincularse tamaña función con el ejercicio del comercio, ni confundir que el notario pueda ser titular de un fondo de comercio porque es totalmente ajeno a esa realidad y, principalmente, porque la ley le veda la posibilidad de ejercer el comercio o ser comerciante.

Nada más alejado del ejercicio de la función pública notarial por parte de un profesional del derecho que debe ostentar capacidades, saberes y habilidades en el conocimiento de las ciencias jurídicas, tanto teóricas como prácticas, que debe ejercer el notariado con probidad.

El notario garantiza a la comunidad en la cual ejerce su función pública el respeto a la legalidad (desde el bloque constitucional hasta la última norma jurídica que integra el derecho positivo) lo que consolida la seguridad jurídica, la paz social y el ejercicio de los derechos de las personas humanas y del propio Estado, en normalidad. Esto es, construye diariamente la confianza que caracteriza el sistema del notariado latino desde hace siglos.

Estos valores esenciales para toda sociedad jurídicamente organizada permiten distinguir a la función pública notarial y al notario de las reglas del mercado y de la oferta y la demanda del ámbito comercial.