

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL SISTEMA NOTARIAL ANGLOSAJÓN Y EL LATINO

JUAN ALBERTO GARDEY

La Unión Internacional del Notariado Latino ha sido designada hace ya unos años "Órgano Consultivo no Gubernamental" del Mercado Común Europeo.

La Unión, a su vez, cuenta con una comisión especial de Asuntos Europeos, que la representa ante el citado Mercado.

A raíz de que Inglaterra forma parte ahora del Mercado Común Europeo, los "solicitors" ingleses han pedido a la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión ser tenidos como "oyentes" con el fin de estudiar todo lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relativo a la organización del notariado de tipo latino.

Dichos "solicitors" están organizados en forma de colegio y cuentan, con un número considerable de miembros, lo que da la pauta de la importancia de la institución.

Es así que resulta sumamente interesante el estudio de su formación y desempeño de la función, ante la posibilidad de que en tiempos no lejanos, una vez asimilada su legislación, si lo consideran conveniente, al régimen del notariado latino, pueda considerarse la posibilidad de su incorporación a la Unión Internacional del Notariado Latino.

Más aún, ante la actitud de interés manifestada por los "solicitors" en estudiar el régimen latino, va de suyo la importancia de que nosotros también conozcamos, aunque sea sucintamente, el régimen de ellos.

Así, pues, resulta conveniente el conocimiento de la resolución del Consejo Permanente de la Unión que resolvió acoger a "The Law Society of England", que es la entidad que los agrupa, como "miembro correspondiente" dentro de la Sección del Mercado Común.

Es de destacar también el informe del presidente de esta sección, notario René Dechamps, sobre los acuerdos establecidos entre la Sección por una parte y la "Law Society of England", la "Law Society of Scotland" y la "Incorporated Law Society of Ireland", por la otra, en el que expresa sobre la colaboración cada vez más estrecha con Gran Bretaña, Escocia e Irlanda, lo que constituye un valioso antecedente y aporta sus resultados, sobre todo cuando se trata de determinados problemas planteados ante los organismos legislativos o formadores del derecho, pues proporcionan una coyuntura para ofrecer un frente unido.

Transcribimos a continuación la resolución del Consejo Permanente:

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Sesión del Consejo Permanente efectuada en Madrid del 26 al 28 de mayo de 1973.

Entre los asuntos tratados se solicitó informe referente a los contactos realizados por el Mercado Común Europeo con organismos de Inglaterra.

El Consejo Permanente, al respecto, dictó el siguiente comunicado:

"Dados los contactos establecidos entre la Junta de Enlace de la Sección del Mercado Común de la Unión Internacional del Notariado Latino, de una parte, y The Law Society of England de otra;

"Considerando: Que el ingreso de Gran Bretaña en el Mercado Común hace deseables y útiles una colaboración y una información recíprocas entre la Sección y la Society;

Considerando: Que las funciones de "solicitors" no corresponden a las características del Notariado Latino, aunque su actividad se dedique, en una amplia medida, como la de los notarios de tipo latino, a la redacción de actas y contratos así como a la liquidación de las sucesiones;

Considerando: Además la fuerte organización corporativa de la Society of England y la disciplina que existe entre sus socios;

Considerando: Que la Unión Internacional del Notariado Latino, como lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indica su denominación, no cuenta y no puede contar con miembros de derecho más que notariados de carácter latino, pero que nada impide, de una parte, que la Sección del Mercado Común dispone de la cooperación de "miembros correspondientes", para su mejor funcionamiento, y, de otra parte, que The Law Society of England establezca y desarrolle, para su mejor información y documentación, una colaboración con la Sección,

HAN ACORDADO LO SIGUIENTE:

- 1) Se acoge a The Law Society of England dentro de la Sección del Mercado Común en calidad de «miembro correspondiente».
- 2) Con la misma calidad, se le convocará a todas las reuniones de la Sección y se le proporcionará toda la documentación, es decir tanto los trabajos preparatorios de las reuniones como las actas de aquéllas.
- 3) La Society participará en los trabajos del mismo modo que los miembros de derecho; se la consultará en las reuniones.
- 4) Un delegado permanente representará la Society dentro de la Junta de Enlace. Dos delegados que se escogerán para cada reunión según la índole de los asuntos a tratar la representarán dentro de la Sección.
- 5) Dado el carácter latino de la Unión Internacional del Notariado Latino, el francés será el idioma utilizado en la correspondencia así como en los trabajos.
- 6) La Sección y la Society se comunicarán recíprocamente todos los informes y documentos relativos a la armonización de las legislaciones en el marco del Mercado Común.
- 7) La Society participará en los gastos de funcionamiento de la Sección hasta el tope anual de quinientos dólares u/s".

En virtud de este primer acuerdo y las consideraciones que allí se exponen, no es difícil pronosticar que los «solicitors» acudan también como oyentes a las próximos congresos internacionales del notariado de tipo latino.

DIFERENCIACIÓN

La formación profesional, el nombramiento, la función, las condiciones para acceder a ella, la intervención en los negocios jurídicos, su actuación con respecto a las leyes fiscales y la colegiación, componen la diversidad de diferenciaciones entre el notario de tipo latino y el sajón. Además la "fe" que la ley o el Estado han investido al notario de tipo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

latino es fundamentalmente distinta a la que pueda tener el sajón.

AQUEL tiene en su función una aportación social permanente, y cuanto mas se le amplíe su actividad, mayores serán los beneficios que de ellos reportará la sociedad, "por aquella ley general de que las diferentes clases de ciudadanos pagan en saber lo que la sociedad les concede en consideración"(1)(1226).

Es evidente que en sus orígenes ambos notarios, latino y sajón, fueron redactores de documentos; los primeros evolucionaron y llegaron a significar dentro de la sociedad y a llenar su cometido en la forma que el "Primer Congreso Internacional del Notariado Latino", celebrado en 1948 en Buenos Aires, definió como notario latino.

Pondé estima que los notariados de tipo sajón, el de Inglaterra y Estados Unidos de Norte América, son notariados frustrados, por cuanto nunca llegaron "a cuajar como tales"(2)(1227).

Para ubicar el "notary" inglés, es necesario tener en cuenta, primeramente, el derecho inglés o mejor dicho sus fuentes: la ley (statute law); la equidad (equity); y el derecho consuetudinario (common law).

La ley tiene muy pocas disposiciones y es así que en virtud de no estar codificado el derecho inglés, las sentencias judiciales se fundan en el "common law" y en su apéndice la "equity" y no en la verdadera ley escrita.

"El derecho judicial inglés tiene un manantial inagotable: el «common law», verdadera refundición de las antiguas costumbres locales, paciente y sabiamente conservadas y amasadas durante siglos, que han sido depuradas, clasificadas y estilizadas por sabios juristas; y, por si esto fuera poco, la «equity» da mayor elasticidad al «common law», llenando sus lagunas, hasta constituir un verdadero apéndice de aquél. Además, los «standards» jurídicos, que sin fundarse en el derecho, son apreciaciones de conducta que tienen valor por ser hijas del sentido común, de la intuición"(3)(1228).

Por ello dice Jenks(4)(1229) que en Inglaterra "toda regla de conducta obligatoria tiene dos formas de manifestarse: o en una resolución judicial o en la promulgación de una ley".

Los profesionales jurídicos en Inglaterra se hallan divididos en dos ramas: los "barristers" o consejeros letrados y los "solicitors", que son mandatarios, algo así como los procuradores en el derecho argentino; éstos eran conocidos antiguamente con el nombre de "attorneys".

Los "barristers", abogados, ejercen su profesión ante los Tribunales de Justicia.

Los "solicitors", profesionales que son una combinación entre los antiguos "attorneys" (inscriptos en los Tribunales del common law); los "solicitors" (del Tribunal de la Cancillería); los "procuradores" (de las antiguas jurisdicciones eclesiásticas) y los escribanos (antiguos scrivanners). Todas estas profesiones se refundieron por la ley de judicatura de 1873 en una sola, tomando el nombre de solicitors (Solicitors of the Supreme Courts).

En Inglaterra han sostenido una verdadera lucha para tener

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exclusivamente la función notarial los propiamente notarios, los attorneys (procuradores) y los scrivanners (escribanos).

Los scrivanners fueron los que mantuvieron el fuero y la facultad de intervenir en la transmisión de la propiedad, alcanzando rápidamente la facultad de redactar documentos jurídicos, constituyéndose en un cuerpo de prácticos que ejercían las funciones de "coveyancers".

Estos "coveyancers" son los prácticos de la "coveyancing", palabra esta última que fue la adoptada por los juristas ingleses para designar la redacción de actos, testamentos y otras escrituras relativas a transformación de la propiedad y negocios jurídicos(5)(1230).

En el año 1573 formaron los scrivanners en Londres una hermandad, incorporándose los notarios y los attorneys, pero entre ellos se desencadenó una lucha por conservar la función redactora. Los scrivanners optaron por tener facultades financieras con el nombre de "scrivening", tomando dinero de los clientes y colocándolo a su arbitrio.

Las funciones de los scrivanners también la desempeñan los notarios y los attorneys. Los primeros, que eran en realidad prácticos jurídicos, fueron poco a poco dejando de lado su función respecto de la transmisión de la propiedad. Esta pasó a desempeñarla el notario y el attorney. Pero es de destacar que el notario desarrolló su función, principalmente en los negocios mercantiles.

Gutteridge (ob. cit.) hace el resumen histórico en la siguiente forma: "Primera etapa: Los scrivanners, que no pueden apoderarse del monopolio de las transferencias (conveyancing), logran incluir a los notarios y a los attorneys que ejercen tales funciones en sus colegios o compañías. Segunda etapa: Los scrivanners se apartan, gradualmente, de sus tareas originales para acercarse a los agentes de cambio; mientras que los notarios, en número pequeño y ocupados por otros asuntos, no oponen resistencia activa a las intromisiones de sus numerosos y potentes rivales, los attorneys, en la esfera de la contratación. Tercera etapa: Al principio del siglo XVII los attorneys sientan definitivamente su derecho de autorizar transferencias y de separar eventualmente a sus dos rivales, los scrivanners, que se retiran por completo, y los notarios, que abandonan prácticamente la lucha, aunque en teoría sostienen su competencia en la actualidad".

El funcionamiento y regulación del notariado, según Mengual y Mengual (ob. cit.), ha sido establecido por el Estatuto de Enrique VII y las leyes Public Notaries Acts) de 1801, 1833 y 1843.

Este autor transcribe en su libro (ob. cit.) una definición que da Halsbury del notario inglés: "Es un funcionario (officer) debidamente nombrado, cuya función pública consiste, entre otras materias, en redactar, atestiguar o certificar, habitualmente, con su sello oficial, contratos y otros documentos, incluso traspaso de propiedad real y personal situada en Inglaterra en los dominios británicos de ultramar o en país extranjero, anotar o certificar transacciones relativas a documentos negociables; preparar testamentos y documentos análogos; levantar protestos y otros documentos formales relativos a sucesos en los viajes de buques y a su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

navegación, así como al transporte de mercaderías de buques".

En Inglaterra no existe el documento ejecutivo en virtud de no ser necesaria la autenticidad para su validez. El firmante de un documento puede tachar de falsa la firma puesta en el mismo, o no reconocerla, en cuyo caso hay que apelar al reconocimiento de ella, ante juez competente o por declaración testifical.

Los documentos en general los redactan los particulares o se les encomienda a los attorney o a los solicitors. Con respecto a los notarios, no se les encomienda estas tareas, pues sus atribuciones son tan limitadas como las enumeradas en la definición antes transcripta.

Para obtener la autenticidad de un documento, los ingleses adoptan el procedimiento de la "cessio in jure".

Además, si el documento tiene la forma sellada, reviste un cierto valor de autenticidad, en virtud del timbre (sin el cual no surten efecto los documentos), el sello, la firma y la entrega. Con todo ello es difícil la suplantación de los documentos, y si también agregamos el contrato otorgado por el antiquísimo sistema de las "cartas partidas", que se cortan por mitad en línea desigual o se extienden tantos ejemplares como son las partes contratantes, no verificándose la entrega a cada una sin antes superponer los ejemplares y cortar el borde ondulado, de suerte que cada ejemplar garantice la identidad de los demás.

Es evidente que este sistema, tan primitivo, no satisface las exigencias jurídicas de la contratación moderna y en consecuencia deben acudir a la autenticación personal. Aunque si bien no se exige la autenticación de las firmas de los contratos, para facilitar la prueba se usa acompañar la firma de los otorgantes con uno o más testigos, que acreditan la identidad y la libre voluntad de los mismos.

Estas autenticaciones (attestations), salvo los casos en que han de ser notariales, pueden verificarse por cualquier persona.

La autenticación en derecho inglés no se produce por la simple firma del autenticante. La prueba de un documento requiere la presentación del original en el Juzgado, y si la parte adversa impugna su autenticidad, ésta ha de probarse por las declaraciones de los firmantes en el documento, incluso los testigos autenticadores y por otras personas que conozcan la firma o por un perito calígrafo.

Si la autenticación hubiere sido notarial, debe comparecer a declarar el notario.

Conforme, pues, a lo que hemos visto sobre la especial estructura del derecho inglés y sobre el reducido ámbito en que se desempeña el notario en dicho país, solamente podemos justificarlo dado su sistema contractual.

Todo documento, para que pueda ser considerado como contrato, tiene como requisito esencial la "consideration". Ella consiste en que el documento debe traducir un beneficio para el que formula la promesa o algún detrimento para el que la recibe(6)(1231).

Para ello no es absoluto, pues, un contrato sellado (contrat underseal); aunque carezca de "consideration" es válido, pero su eficacia queda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supeditada a la demanda por perjuicios en caso de incumplimiento. Así, pues, hay contratos cuya validez depende de la "consideration". Estos se refieren a los "sin forma" o con "forma escrita", a los solos efectos probatorios, como la cesión de propiedad intelectual, seguros marítimos, reconocimientos de deudas, y los contratos sellados cuya validez depende de la forma. Se caracterizan, según Sanahuja y Soler (ob. cit.), por tres elementos: a) La firma, que no siempre es necesaria, pudiendo suplirse con la prueba de la voluntad del obligado; b) el sello, elemento imprescindible; y e) la entrega del documento a la otra parte (delivery), que puede suplirse con la declaración de que el contrato ha de surtir efecto sin la entrega. Se otorgan en esta forma los contratos relativos a inmuebles, las transferencias de la propiedad naval, los arrendamientos por más de tres años y ciertos contratos relativos a las acciones y obligaciones de sociedades. Los contratos sellados se reputan de contenido definitivamente establecido; y de ellos deriva el "estoppel", en virtud del cual no se admite prueba en contrario de lo que el contratante ha alegado para que otras personas lo creyeran y obraran de acuerdo con ello. Además los acreedores en virtud de contratos sellados, gozan de privilegio.

"La razón de ser del sistema contractual inglés se comprende teniendo en cuenta que se trata de un país sin un instituto específico de autenticación y con una complejidad enorme de relaciones económicas". Como se ve, la autenticación es a posteriori. Todo lo contrario a lo que ocurre en países en donde existe un notariado de tipo latino.

El notario inglés sólo puede realizar, como de su exclusiva competencia, en asuntos nacionales, los protestos de letras, pero si por algún inconveniente no puede hacerse ante un notario, cualquier vecino de la localidad asistido por dos testigos puede certificar la falta de aceptación o de pago.

"En cambio, en asuntos extranjeros su competencia se extiende a la autenticación de toda clase de documentos. Y en correspondencia con este principio, la jurisprudencia inglesa da crédito a los documentos autorizados por notarios extranjeros, mediante la sola legalización de la firma; considera los actos de los notarios extranjeros como actos judiciales, es decir, los admite con una autoridad que niega a los de los nacionales" (Sanahuja y Soler, ob. cit.).

EL NOTARIADO EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

El notariado en este país se formó sobre la base del sistema jurídico inglés, de manera que no es de extrañar la similitud entre uno y otro notariado.

"Su función es una sola: dar fe. Es, pues, un funcionario público quizás el último, el más bajo en la obligada escala social; pero es preciso que esté dotado de moralidad, no de ciencia; que cuando da fe de que conoce a una persona y de que ésta ha firmado un documento ante él, aquello sea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

verdad.

Y esto se exige de manera inexorable.

Ahí comienza y ahí acaba su actuación; ni tiene protocolo ni lo necesita; ni es letrado, ni redacta contratos, ni testamentos ni conserva los originales, ni interviene como asesor de partes; es simplemente un ciudadano honrado que auténtica firma, que toma juramentos y declaraciones, que notifica y protesta y nada más"(7)(1232).

CONCLUSIONES

La diferencia sustancial entre uno y otro notariado o notario es de que en el tipo sajón, la profesión notarial, tal cual se concibe en los países de origen latino, no existe.

En Norteamérica, el notario no es un profesional del derecho; su cargo no es permanente sino eventual, y el ejercicio no requiere preparación alguna; todo ello hace al poco prestigio de que el notario goza en ese país.

Es tal el estado de cosas, que Milo Borges, abogado, delegado por Estados Unidos a la Academia Interamericana de Derecho Comparado, puso de manifiesto las dificultades que ofrece en algunos países la "fe notarial". Y explicaba que, en dicho país, se ha debido exigir que los documentos sólo se aprueben cuando el notario que actúa sea un abogado titular, pues se daba el caso de que lo fuera un simple barbero que, por cierto, poca o ninguna noción podía tener de lo que pasaba por sus manos(8)(1233).

En consecuencia, el notario da fe de las personas, del lugar y de la fecha. Pero no da fe de la capacidad de los otorgantes para realizar el acto.

No redacta el documento, de manera que no interviene y no sabe si está redactado conforme a las disposiciones legales y fiscales.

El protocolo no existe, no guarda ni archiva documentos originales, ni siquiera se queda con una copia del documento cuyas firmas certifica. Solamente lleva una especie de libro índice de todas las operaciones que ante él pasaron.

No interesa para su designación la capacidad jurídica, solamente se exige moralidad y buena conducta. Puede ser notario cualquier ciudadano, con una sola excepción, el Presidente de los Estados Unidos.

El notariado, a pesar de todo, no es libre, está reglamentado por cada Estado, que se vale de todos los medios a su alcance para que lo atestiguado por el notario sea la verdad, concediéndole un evidente valor probatorio, superior en categoría a todos los demás medios de prueba.

Así, pues, de las tres fases de la actuación del notario latino: asesor jurídico, autoría del documento, y fedatario, sólo ésta última corresponde al notario norteamericano. Y en este sentido es depositario de la fe pública, y su firma y sello al pie del documento tiene un valor probatorio y surte efectos mientras no se pruebe su falsedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Un interesante estudio ha realizado el Dr. Marcelo W. Miranda, que ha titulado "La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos", en base a su experiencia profesional y personal recogida durante su permanencia en ese país(9)(1234).

Si bien considera las diversas legislaciones entre Estados, y aun dentro de los condados de cada Estado, los principios jurídicos generales son similares y estima que "la ausencia del funcionario público profesional del derecho (notario) en la configuración jurídica de la voluntad de las partes determina el peligro de nulidades y, consiguientemente, de vicio en los títulos. Por otro lado, la falta de autenticidad de los documentos en que se instrumentan estos negocios jurídicos contribuye a aumentar la inseguridad jurídica de las partes en un negocio inmobiliario. Por todo ello, el procedimiento para la adquisición de un derecho real constituye en Estados Unidos un camino pródigo en trampas y peligros que pueden alcanzar hasta el contratante más prevenido. Es un sistema necesariamente lento (por los recaudos que deben tomar las partes en defensa de sus derechos) y costoso, pues genera multiplicidad de controversias jurídicas que se sustancian en juicio. Por todo ello, la inseguridad jurídica aumenta en forma geométrica en cada sucesiva transmisión de derecho real".

EL NOTARIADO EN EL ESTADO DE Luisiana

Una excepción, respecto al resto de los otros Estados que componen los Estados Unidos de Norteamérica, lo constituye el Estado de Luisiana.

Pues debido a que en una época este Estado fue Colonia de España y Francia, países que impusieron su legislación, no rige dentro del mismo el "common law".

Así, pues, no podía ser una excepción el sistema impuesto por esos países al notariado.

Su régimen fue netamente latino, y llama poderosamente la atención, tanto a sus habitantes como a extraños, que aún permanezca en vigencia.

Para acceder al cargo, el notario debe ser generalmente abogado, rendir previamente un examen ante la Corte Suprema del Estado, y para su nombramiento es necesario el acuerdo del Senado, siendo su cargo a perpetuidad.

Es el único notario dentro de los Estados Unidos que lleva protocolo y registra los mismos actos que autoriza cualquier otro notario de tipo latino, numera sus escrituras, con sus fechas sucesivas, lleva índice y encuaderna con los debidos índices su protocolo anualmente.

Tiene en su legislación un precepto sumamente sugestivo para nosotros, cual es el otorgamiento de las "actas (escrituras) de hipotecas", puesto que además de reconocer la suma adeudada y por la cual se otorga la hipoteca sobre la propiedad descrita, en el "acta" se extienden pagarés

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que corresponde a importe de la hipoteca. Dichos pagarés requieren la firma del notario y la anotación de "Ne Varietur", dando fe de que han sido otorgados al mismo tiempo en que se hizo la hipoteca y de conformidad con los términos de la misma"(10)(1235).

"Para cancelar la hipoteca lo único que se requiere es la presentación de los citados pagarés ante cualquier notario, quien entonces otorga la cancelación, enviando testimonio de dicha acta al Registro de Hipotecas, mientras que los pagarés debidamente cancelados y el acta original quedan en los archivos del notario".

"Las actas de traspaso (venta) o hipotecas no se pueden hacer sin la previa presentación ante el notario de los certificados del Registro de Inmuebles y de hipotecas, los que hacen constar el dominio de la propiedad y cualquier gravamen inscripto contra la misma. Igualmente debe exigir el certificado a la Oficina de Recaudación sobre libre deuda de la propiedad".

Decíamos que el precepto sobre hipotecas es sugestivo para nosotros, en virtud de que nuestro codificador al redactar el artículo 3202 del Código Civil, al referirse a los pagarés hipotecarios, tomó como fuente el artículo 3340 y siguientes del Código de Luisiana.

Sin embargo, no siguió la fuente en forma estricta, pues como dice Pelosi, debió exigir expresamente, siguiendo el artículo 3346 del Código de Luisiana, que el notario los firme y exprese el acto del cual proceden(11)(1236), tal como lo relata precedentemente Schaumburger.

Dejamos así expuesto un somero esbozo de las principales diferencias entre el notario latino y el sajón y los deseos de un acercamiento con el fin tan plausible que ha posibilitado la incorporación de los "solicitors" como "miembros correspondientes" dentro de la Sección del Mercado Común.