

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES.
DIVERSOS ASPECTOS DE UNA PROBLEMÁTICA GENERAL (*) (535)***

MARGARITA E. VISCARRET

SUMARIO

I. Introducción. II. Generalidades. Instrumento público. Instrumento privado. III. Valoración de la escritura pública. Su fuerza probatoria. IV. Diversos problemas que afectan el principio de seguridad jurídica en la constitución y transmisión de derechos reales. Protocolización. Certificación de firmas. V. Intentos de penetración en los países organizados según el sistema latino por normas extraídas de otros sistemas. El seguro de título. VI. Reflexiones y conclusiones. VII. Ponencia.

I. INTRODUCCIÓN

Sabemos que el elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, voluntad exteriorizada o declarada para que pueda introducirse dentro del campo jurídico.

Ahora bien, esa exteriorización va variando con el tiempo, ya sea por nuevas exigencias para su encuadre dentro de determinados negocios jurídicos, ya sea por nuevas formas de contratación que van surgiendo en el avance de las épocas. Así, las formas evolucionan y readquieren importancia en su papel de defensoras del interés privado, el de la comunidad y el del tráfico jurídico.

El instrumento o documento es una cosa que cumple una función con relación a la forma o a la prueba de un acto o de un hecho. Por ello, los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarios, como hacedores de documentos, se han preocupado siempre para que ellos evolucionen con las circunstancias y conserven su calidad y jerarquía. Es producto de una actividad: instrumental.

No debemos olvidarnos de que ese instrumento existe con una corporicidad material que ha recibido y registrado un acto y que lo perpetúa en el tiempo. Nuevas formas, extrañas muchas de ellas a nuestro sentir, intentan introducirse cegando a aquellos pocos que, en las novedades o en análisis ligeros, ensayan su aplicación sin medir las riesgosas consecuencias, siendo uno de los casos más frecuentes y notorios el relacionado con la transmisión y constitución de derechos reales.

En doctrina existen sobre este tema estudios y obras de tal importancia y trascendencia, por todos reconocidas, después de las cuales poco o nada puede decirse, salvo referirse a ellas con admiración, consultarlas permanentemente o meramente transcribirlas.

Pero el objeto y fin de nuestro trabajo no es recopilar sino reafirmar y demostrar la función, alcance y valoración del documento notarial, a través de su "hacedor", el notario, en la transmisión y constitución de derechos reales, es decir la plena vigencia de nuestro sistema latino.

Trataremos de sintetizar nuestro sentir al respecto fundamentando nuestra posición y analizando algunos aspectos a la luz de comunes necesidades y tradiciones.

II. GENERALIDADES. INSTRUMENTO PÚBLICO. INSTRUMENTO PRIVADO

Documento es, en la concepción de Carnelutti, una cosa, en un sentido físico, corporal, que docet (enseña), que hace conocer. Como cosa corporal es un ente real, que pertenece a la esfera del ser y por ello tiene especialidad, temporalidad y causalidad.

Pero tiene también, en opinión de Siegel, un contenido intelectual que resulta de los signos de la escritura (grafía), los que permiten formarse una opinión sobre el contenido ideológico del autor.

Y cuando este contenido tiene a su vez significación jurídica, el documento adquiere una particular valoración para el Derecho.

Giménez Arnau sostiene que documento público es una expresión genérica, que dentro de las variedades que puede presentar nos ofrece la del instrumento público.

Según la autoría del documento, éste puede clasificarse en: a) Privado (cuando su autor es un particular) y b) Público (cuando su autor lo produce en ejercicio de una función pública) y, según sea la naturaleza de la función que tenga a su cargo (el autor), el documento público se clasifica en judicial, administrativo o notarial.

Ampliando los conceptos, diremos que instrumentos públicos son aquellos que provienen de un funcionario público o de persona autorizada por la ley para imprimir ese carácter de público a los actos que ante él se celebren.

Contrario sensu, el documento privado es aquel que las partes otorgan sin intervención de oficial público y respecto de los cuales impera en principio la libertad de formas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En materia de instrumentos públicos, es de general consenso en la doctrina y legislaciones ser requisito ineludible el haber llenado las formas prescriptas por las leyes bajo pena de nulidad.

Lo característico del instrumento público es que entraña: 1º Presunción de veracidad (autenticidad o fuerza probatoria); 2º Expresión formal interna (documental) de un negocio jurídico y 3º Presunción de validez de lo publicado o expresado (o representado), si se quiere seguir en terminología ya oficial del documento.

Coincidimos en afirmar que el documento notarial es aquel autorizado por notario, a requerimiento de los particulares, con el objeto de constituir o formalizar determinados actos o negocios jurídicos de derecho privado confiriendo titularidades, cierto grado especial de eficacia y legalidad que en parte resultan de la debida calificación, de la legitimación de los sujetos, de la comprobación auténtica del hecho de su otorgamiento y de las solemnidades que deben cumplirse en el momento de su formación.

El despacho del IV Encuentro Internacional del Notariado Americano realizado en Bogotá, Colombia, en el mes de octubre de 1968, se refiere al documento notarial y dice en su parte esencial y con relación al tema que nos ocupa: "Por tradición, autoridad y economía, en los países de origen latino, el Notariado, en ejercicio de su función específica es y debe ser el autor legal, intelectual y único del documento público que autoriza. De acuerdo al concepto actual de la doctrina especializada, el documento público notarial se distingue de los demás documentos: 1º) Por la especialidad de caracteres que lo integran, o sean: a) Los externos o extrínsecos (es decir la pieza escrituraria en sí, como cosa corporal o soporte físico de las relaciones jurídicas, entre ellas el papel con sus características particulares en cuanto a numeración, valor fiscal, foliatura, rúbrica, lugar y fecha de otorgamiento y su grafía, la que a su vez debe reunir los requisitos de legibilidad, indelebilidad, etc.) y b) los internos o intrínsecos como su tenor instrumental, la posibilidad de comunicación y fijación del pensamiento del autor de la declaración en el destinatario, el idioma, el lenguaje, etc.; 2º) Por los elementos que lo conforman: a) en su aspecto material (como el protocolo, documentos matrices y documentos originales, copias y certificaciones) y b) en su aspecto personal (como los referidos al propio notario: identificación, investidura, competencia en razón de objeto, lugar y parentesco, y los referidos a los comparecientes o intervinientes en el acto documentado, estableciendo la correspondiente distinción entre los que actúan en nombre propio o en nombre ajeno, etc.); 3º) por su tipicidad: I) originales, que a su vez se dividen en: a) protocolares (escrituras, actas y notas) y b) extraprotocolares (actas, testamentos cerrados y certificaciones), II) reproducciones, copias, certificados, copias simples y simples copias; 4º) por su contenido: negocios o actos jurídicos no litigiosos y constatación de hechos, estados o situaciones materiales de trascendencia jurídica, comprobados por el notario, 5º) por su eficacia: a) prueba legal en el proceso y fuera de él, b) forma jurídica del acto o negocio documentado, c) título de tráfico, d) fuerza constitutiva de relaciones jurídicas no litigiosas y e) acción ejecutiva en favor del sujeto titular del Derecho, 6º) por su autonomía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se basta a sí mismo, sin necesidad de otros documentos complementarios ni posterior reconocimiento o ratificación judicial ni extrajudicial, 7º) por su valoración jurídica: a) goza de fe pública (con sus notas de "exactitud" e "integridad"). Respecto de terceros, mientras no sea declarada en sede judicial su falsedad civil o penal, b) se le reputa auténtico, tanto respecto a los hechos, actos o declaraciones propias del notario y a los hechos y actos de los otorgantes que el notario declare haber percibido de visu en el acto de la audiencia. Todo esto también mientras no haya declaración judicial de falsedad, c) las declaraciones de los otorgantes sólo quedan autenticadas (pero no son auténticas puesto que el notario sólo puede percibir las de oído) y producen sus efectos legales, mientras en sede judicial no se pruebe o declare lo contrario (en este aspecto, sin necesidad de comprobar falsedad)." Hemos transcrita la ponencia por considerar que abarca todos los puntos de nuestro interés.

III. VALORACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Este tema ha sido motivo de numerosos estudios, ya que es piedra fundamental sobre la que descansa toda la teoría documental.

Sólo haremos referencia, dado ya lo mucho que han escrito los tratadistas sobre él, a dos o tres nociones básicas en las que creemos siempre se debe insistir. No nos extenderemos al hablar sobre la escritura en su valor instrumental, o sea el documento que contiene un acto o negocio jurídico y lo exterioriza, ni a la escritura como prueba por sí misma, como certeza sólo destructible por la querrela de falsedad, sino que apuntaremos más bien al presupuesto necesario de la escritura pública, que es la existencia del derecho que ella revela, derecho que ha sido ordenado, elaborado y encuadrado, de la escritura pública que contribuye a la producción de la verdad, lo que lleva al objeto común de todo derecho: la seguridad jurídica. La escritura pública posee el valor de la afirmación de la realidad de un acontecimiento hecho por una persona, respecto de la cual el ordenamiento jurídico establece una presunción de veracidad. Es la ley la que atribuye a la escritura el carácter de acumuladora de verdad acerca de los hechos que se dicen ejecutados por el notario y por las partes ante aquél. La verdad que surge del documento notarial, la verdad impuesta no es mero valor desinteresado, sino que aparece como una finalidad de la seguridad jurídica. La fe notarial es, además, un atributo de la propia calidad del escribano que reviste el funcionario, y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto cualquiera con su firma le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la fe notarial de que es depositario.

El Código Civil argentino, en el artículo 979, no da una definición de instrumento público, pero hace una enumeración de ellos, comenzando por las escrituras públicas hechas por escribanos públicos, en sus libros de protocolo y cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado. Sabemos que la escritura pública es una clase especial de instrumento público; éste es el género y la escritura es la especie.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tradicionalmente la doctrina ha clasificado los caracteres del documento escrito en: a) externos o extrínsecos: 1) Pieza escrituraria e instrumental, 2) escritura o grafía, 3) sellos, obleas, etc. y b) internos o intrínsecos: 1) tenor documental o contenido literal, 2) autoría.

Los caracteres son realidad física del documento, y, por lo tanto, pertenecen al original que constituyen, sin que puedan pasar a la reproducción, aunque fuere facsimilar. Le conciernen en cuanto a cosa.

El notario es el realizador del instrumento; lo hace de acuerdo con los principios de la legalidad, es decir, que en la escritura la misión del notario es dirigir y conformar legalmente la relación privada y dar fe del consentimiento de las partes.

De lo expuesto se desprende que el notario es el autor del instrumento notarial. Con la designación de autor debemos entender, no al amanuense, el que escribe el documento notarial, sino el que lo crea; el sujeto que lo piensa, quien lo hace intelectualmente, el que, en el plano jurídico, asume su paternidad. El documento notarial lleva en sí la manifestación de una autoría en la persona del notario. Por ello es posible decir con Larraud que el documento notarial tiene necesariamente dos partes auténticas: La autoría del documento, por un lado, y las menciones acerca de la propia actuación del funcionario, reflejada en su firma y sello al pie del documento, como corolario final, imprimiéndole el carácter auténtico que emana de la fe pública notarial. El reflejo documental de la autoría del documento notarial, que surge además del contexto, está representado por la firma y sello del notario, los que, según las leyes notariales, deben ser registrados ante los órganos de Superintendencia y del Colegio.

Por lo tanto, la superioridad de la forma pública, en general, y de la notarial, en particular, sobre la privada no deriva sólo de la autenticidad sino también de la competencia legal y técnica del funcionario y de la calificación de todos los elementos personales, reales, causales y formales que integran el acto.

Citando a Carnelutti, diremos que toda la teoría del documento está dominada por el problema de su paternidad, ya que el documento merece la fe del autor.

La eficacia jurídica y firmeza que se obtiene mediante el instrumento público notarial deviene de la forma en que las relaciones jurídicas se han reglado. La forma es la que da el valor que la sociedad requiere como expresión de voluntad de los otorgantes y la seguridad de que el acto o negocio jurídico ha sido otorgado ciñéndose a los preceptos y normas legales de Derecho.

La formación del acto jurídico dado con la intervención del notario, cumpliendo los requisitos formales que la ley exige, da origen a ese otro fin subsidiario del instrumento público, que es la prueba preconstituida.

Fuerza probatoria: Los instrumentos públicos gozan de autenticidad, vale decir que prueban su contenido por sí mismos o sin necesidad de reconocimiento previo y siguiente por la parte interesada, como es menester en los privados (artículo 993 del Código Civil argentino). Este privilegio, justificado plenamente por ser emanados de un oficial público y llevar su sello y su firma, sólo pueden ser argüidos de falsos por acción civil

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o criminal. Esto es comprensible, por cuanto es el propio oficial público quien da fe de lo que se ha hecho, visto u oído. Si el instrumento público ha de ser un factor de seguridad jurídica, no pueden destruirse estas afirmaciones por simple prueba en contrario. Por ello, la ley exige un procedimiento especial en el que se debate plenamente el asunto: la querrela de falsedad. Sólo declarada la falsedad del instrumento, queda desvirtuada la prueba de aquellos hechos. La fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a aquellas que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones (artículos 994/ 995 del Código Civil argentino).

Recordamos que habrá falsedad material: 1º Si el documento no emana del notario a quien se le atribuye su autoría. 2º Si crea condiciones inexistentes respecto de la autenticidad externa. 3º Cuando se adultere en todo o en parte un documento notarial auténtico.

Será impugnable por falsedad ideológica si el notario faltare a la verdad al narrar los hechos con fuerza probatoria ocurridos en su presencia o cumplidos por él y si las partes hicieren insertar declaraciones que, teniendo fuerza de probar, no fueren ciertas.

Repetimos que el instrumento público, en virtud de su estado de derecho, tiene la garantía de que su contenido se supone auténtico.

Su eficacia jurídica y firmeza devienen de la forma en que las relaciones jurídicas se han sellado y de los resultados de sus propios efectos, siendo los principales: a) efectos sustantivos, o sea los referidos a su constitución o a la formación del negocio jurídico que contiene; b) efectos formales, o sea los referidos a su carácter de título para el tráfico jurídico; c) efectos probatorios, o sea los producidos entre las partes y con relación a terceros dentro y fuera del proceso, y d) efectos ejecutivos.

Los documentos privados carecen de todo valor probatorio mientras la firma no haya sido reconocida por el firmante o declarada reconocida por el juez, siendo insuficiente casi siempre la prueba de testigos para tenerla por auténtica.

IV. DIVERSOS PROBLEMAS QUE AFECTAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES

Aspectos de especial relevancia son los referidos a la protocolización y certificación de firmas, ya que su aplicación generalizada o indebida, en la práctica, va distorsionando su naturaleza y sus fines.

La protocolización de instrumentos privados consiste en incorporar al protocolo un documento privado. La orden judicial o la comparecencia de todos los otorgantes, reconociendo que el negocio jurídico es requisito indispensable para que exista documento público y no privado. A simple pedido de las partes, el notario podrá agregar el instrumento privado a su protocolo, y con ello adquirirá fecha cierta, pero no se convierte en instrumento público, pues le falta autenticidad. Por lo demás, la protocolización sólo ofrece interés en el caso de que sea una de las partes la que desea darle al instrumento carácter público, pues si ambas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estuvieran de acuerdo, les bastaría con otorgar una escritura en la que reprodujérase el documento. Es decir que, para que el instrumento privado adquiriera fecha cierta en la forma prevista por la ley (en nuestro caso artículo 1035, inciso 2 del Código Civil), es necesario que se levante acta en el protocolo del notario, evitándose así las infracciones o incorrecciones que puedan perjudicar a terceros, además del prestigio notarial.

La certificación de firmas: Ante la introducción en forma incontrolada del instrumento privado con firmas certificadas por notario público para reemplazar la escritura pública o instrumento público notarial, debe hacerse comprender por todos los medios al alcance del notariado nacional e internacional de los peligros e inseguridades que ello importa.

Casi siempre se recurre a ella equivocadamente, como medio de obtener seguridad jurídica. Decimos equivocadamente pues el notario, al certificar una firma, no interpreta la voluntad de las partes ni examina su capacidad, sino simplemente realiza la función de certificar la autenticidad de la firma puesta en el documento. El negocio no ha sido otorgado ni concebido con la intervención notarial, y en consecuencia su valor jurídico o eficacia jurídica están limitados a lo que de él se obtenga.

El instrumento privado siempre se otorga buscando la posibilidad de que la formalidad le otorgue una prueba o pueda constituirlo respecto de la validez del instrumento (mas no de su valor jurídico, cosa distinta). En el caso del instrumento público, simplemente el hecho de su otorgamiento prueba plenamente que ese documento ha sido suscrito con todas esas características que estamos buscando dentro del instrumento privado, lo cual le otorga vigencia y valor jurídico que en algunos abarca ambos, es decir el negocio jurídico y el instrumento mismo.

En general se establece el principio de que quien no sabe firmar no puede otorgar documento privado; debe hacerlo por instrumento público, al efecto de que la intervención del funcionario público autorizado, o sea el notario, le dé la garantía suficiente, no tanto respecto de la validez de la firma, sino en cuanto al hecho de que el texto del instrumento que se va a suscribir represente la expresión fiel de voluntad de quien debería haberlo hecho.

Por lo tanto, cuando se dice que la certificación notarial de firmas convierte el documento que antecede en instrumento público, se trabaja en pro de un fin no querido, pues de aceptar tal posición ella producirá invisiblemente el desplazamiento, sin ventajas ni seguridad para el público, del notariado, de sus funciones específicas.

Cuando a un documento privado se le agrega la certificación notarial de las firmas, efectuada de acuerdo con las disposiciones en vigor, el resultado será obtener un instrumento que para algunos continúa siendo privado, para otros se convierte en instrumento público, y para los últimos, la certificación material de las firmas es un instrumento público sin comunicar por ello autenticidad al contenido antecedente. La doctrina ha adoptado al respecto distintas posiciones: a) aquella que sostiene que la autenticación de firmas en un documento privado no es un instrumento público, b) la que sostiene que la eficacia de la fe pública proviene de la certificación de firmas y se comunica a todo el instrumento privado, y c) la que considera que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certificación notarial de firmas es en sí un instrumento público, pero no confiere autenticidad al documento privado.

Sin entrar a considerar la validez de las argumentaciones que fundamentan a una u otra posición, ni al hecho de que una de ellas vuelque la mayoría de la opinión a su favor, es interesante consignar, aunque en forma muy general, las ventajas o desventajas que la imposición de cualquiera de las tendencias significaría para el notario. Transcribimos la conclusión de un muy interesante trabajo presentado por el doctor José A. Vidal Díaz, publicado en Revista Notarial, número 784, año 1969, página 1031, que dice: "a) Primera posición: si la certificación de firmas no fuera en sí instrumento público, ello significaría que el escribano para dar fe tendría que hacerlo en el protocolo, como dice Pelosi, produciría la bancarrota de sólidos principios notariales y esterilizaría el esfuerzo de tantos años para imponer la buena doctrina. Pero también es cierto que ello sería un freno para todos esos contratos que sólo requieren la certificación notarial de firmas como requisito para que se aprueben sus estipulaciones contenidas en formularios tipo. No es necesario abundar en razones para aceptar que el notariado, en bien de su prestigio y para seguridad de los contratantes, no puede ni debe aceptar que se hagan trabajos en base a formularios, por más que los protocolice. Ello va en demérito de nuestra profesión y es el principio del fin de ella. b) Segunda posición: Si la certificación notarial de firmas convierte un instrumento privado en público, es dable apreciar que sería solicitada nuestra intervención para la autenticación de firmas de una cantidad creciente. Paralelamente nos iríamos desplazando a pasos agigantados de la realización de los trabajos específicos propios del notariado, para convertirnos en nada más que certificadores de firmas en un futuro no lejano. Entonces sí que se derrumbarían todas las instituciones notariales, pues el uso y el abuso impondrían cambios en la legislación de fondo que terminarían con nuestro notariado de tipo latino, y c) Tercera posición: Esta posición doctrinaria, que considera instrumento público a la certificación notarial de firmas, sin conferir por ello tal carácter al contenido del documento que antecede, encuentra el apoyo de una parte de la doctrina y la jurisprudencia. Desde el punto de vista de las implicaciones notariales no presenta mayores inconvenientes, ya que no conferir autenticidad al instrumento en su totalidad no propende al uso abusivo de las certificaciones de firmas en ciertos tipos de contratos que no requieren obligatoriamente la escritura pública."

V. INTENTOS DE PENETRACIÓN EN LOS PAÍSES ORGANIZADOS SEGÚN EL SISTEMA LATINO POR NORMAS EXTRAÍDAS DE OTROS SISTEMAS

Debemos advertir, como profesionales de derecho de neta raigambre latina, que no deja alarmarnos, al igual que a todos nuestros colegas y en especial a los latinoamericanos, quizás por ser la zona de mayor influencia, los intentos de implantar en nuestros países, y en algunos casos ya llevados a la práctica (a veces en deficiente funcionamiento), normas jurídicas extraídas del derecho llamado "angloestadounidense" en el sistema de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmisión y constitución de derechos reales, llevando en casi todos ellos el propósito de eliminar la intervención notarial.

El motivo principal de nuestra inquietud es porque se pretende así implantar, en sistemas de tradición latina, normas jurídicas propias de substratos distintos y que nada tienen que ver con nuestra realidad política, económica, jurídica y social.

Tal vez, el aspecto más alarmante y notorio en este tema, y que constituye un verdadero llamado de alerta, es la implantación del llamado seguro de título. Y decimos esto ya que persigue un total y anormal desplazamiento y distorsión de la seguridad jurídica.

Trataremos de ver este tema de singular importancia (como lo es el seguro de título) con todas sus implicancias, analizándolo desde los diversos enfoques que él presenta, ya que no se trata de rechazarlo o aceptarlo en forma rotunda, sino de ver el porqué de nuestra posición, fundamentada en una tradición y una realidad legal vigente.

Las preguntas que nos formulamos son varias: ¿Por qué el seguro de título? ¿Es que responde a los fines perseguidos por nuestro ordenamiento legal? ¿Qué ventaja nos ofrece un sistema que ha sido denunciado como peligroso, avasallante e inseguro en las comunidades donde funciona? ¿De dónde surge esta problemática?

Día a día, vemos los notarios que por un medio o por otro se trata de implantar formas completamente extrañas a nuestro verdadero ser y a nuestra raigambre jurídica. Y, de manera especial, esto ocurre en el campo de la transmisión y constitución de derechos reales, donde es absolutamente necesaria y forzosa la intervención de un profesional de derecho, como medio para asegurar la validez de los negocios jurídicos inmobiliarios y su seguridad jurídica. Y, paradójicamente, todos estos sistemas que se pretende transplantar contienen el propósito de eliminar dicha intervención del funcionario público profesional del derecho, el notario, supliéndola por el sistema de transmisión y constitución de derechos reales estructurado en base al instrumento privado y el seguro de título.

El Código de Comercio argentino, en su artículo 492, define el seguro como "un contrato por el cual una de las partes se obliga, mediante cierta prima, a indemnizar a la otra de una pérdida, un daño, o de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto". El artículo 1º de la ley de seguros, sancionada el 30/8/67, dispone: "Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto." Esta nueva definición legal presenta la ventaja de su neutralidad con relación a la naturaleza del contrato y, a la vez, pese a lo conciso de sus términos, permite abarcar todas las especies de seguros (cosa que no fue prevista por el artículo 492 del Código de Comercio antes mencionado, que no incluye a los seguros mutuos y de vida). Esta amplitud de alcance es reafirmada como artículo 2º de la ley citada, que se refiere al objeto del seguro y dice: "El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existen intereses asegurables, salvo prohibición expresa de la ley." Queremos recordar que el artículo 4º de la ley define la naturaleza del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

seguro, al igual que el artículo 505 del Código de Comercio derogado, diciendo que "el contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención aun antes de emitirse la póliza". Además, diremos que para el derecho argentino, el contrato de seguro es bilateral y oneroso, y en general el seguro aparece como una manifestación de ayuda mutua mediante procedimientos empíricos, para ir luego poco a poco evolucionando hacia formas más adelantadas, basadas en principios científicos y en una intervención también creciente del Estado, que tiende a observar la función aseguradora y que, además, somete al seguro a un contralor riguroso. Las pólizas responden a modelos tipo preconfeccionados que varían de acuerdo con el riesgo motivo del seguro, o sea que el riesgo asegurable, en nuestro país, puede ser de cualquier tipo, mientras, por supuesto, no contraría el orden público, la moral o las buenas costumbres. Pese a la factibilidad legal que sabemos existe, en la práctica no ha ocurrido aún que se asegurara el título como tal. Nos preguntamos: ¿Por qué? Y sólo surge una respuesta: no existe interés asegurable. En nuestro sistema, como en todos aquellos de tradición latina, la intervención del notario anula, con la autenticidad del documento, la eficacia del seguro, y es así como en nuestro país no existe ni se ha difundido esta especie de seguro contra el posible vicio en el título del enajenante.

Esto ocurre así porque el seguro o la empresa del seguro es un comercio que por definición se ejerce con el fin de obtener ganancias. En el negocio del seguro, las primas son altas cuando el riesgo es mayor. En el caso de seguro de título, como el riesgo es tan pequeño, la prima tendría que ser sumamente baja, y de ese modo le resulta demasiado costoso a la compañía de seguros, pues debería contar con asesoramiento especial y elementos diferentes cuyo costo de instalación y mantenimiento no se vería compensado en nuestro país por lo antedicho.

Como ya dijimos, la intervención de un profesional de derecho, de formación jurídica, su nombramiento, sus funciones específicas, las condiciones para acceder a ellas, su intervención en los negocios jurídicos, su actuación en cuanto a asesoramiento y campo fiscal, la colegiación y además de la fe con que la ley y el Estado lo han investido, hacen de su función uno de los basamentos y pilares más sólidos de nuestra estructura jurídica, económica, política y social, siendo su aporte permanente e irremplazable.

Existen en esta materia trabajos fundamentales, como los del doctor Marcelo W. Miranda, "La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos, del año 1973, y su extraordinario estudio comparativo de la "Transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos, frente a sistemas que imponen la intervención del notariado de tipo latino", en los que da forma clara y concisa y podemos apreciar los fundamentos y diferencias de los dos sistemas. El doctor Miranda explica que "fundamentalmente la ausencia de funcionario público profesional del derecho (notario) en la configuración jurídica de la voluntad de las partes, determina el peligro de nulidades y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 el negocio inmobiliario".

"En este 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 necesaria transmisión de Derecho Real." Afirma además el doctor Miranda que es necesario un esclarecimiento para destruir el "mito jurídico" de que la intervención notarial de tipo latino podría ser suplida con ventajas, en materia de negocios jurídicos inmobiliarios, por el sistema estadounidense de transmisión y constitución de derechos reales estructurado en base a instrumento privado y seguro de título.

Pero lo que resulta sorprendente es que no sólo al notariado de tipo latino preocupa por destacar los vicios de aquél, sino que la propia comunidad jurídica estadounidense advierte alarmada los peligros de un sistema que no proporciona seguridad jurídica al adquirente de un derecho real inmobiliario. Así, la doctrina estadounidense se ha ocupado en los últimos años en destacar críticamente el contralor que las empresas de seguro de título han adquirido sobre los negocios jurídicos inmobiliarios, a punto tal que sus empleados no sólo cumplen sus tareas específicas, sino que también redactan y así controlan los contratos de compraventa y de constitución de mortgage, desplazando estos empleados legos la intervención del profesional de derecho. Tal es la magnitud del problema que la Asociación Americana del Foro (American Bar Association), entidad nacional que nuclea todos los abogados de Estados Unidos, enfoca esto a través de un comité especializado en combatir la práctica ilegal de la profesión legal.

Lo expuesto revela que también en Estados Unidos se ha advertido la crisis de un sistema que no impone la intervención forzosa de un profesional de derecho como medio para asegurar la validez de los negocios jurídicos inmobiliarios. Ello ha permitido el desplazamiento del abogado por el corredor inmobiliario (realtor) o la empresa aseguradora en la transmisión o constitución de un derecho real sin contar con el mínimo indispensable de asesoramiento legal.

VI. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

De todo lo expuesto vemos que los instrumentos públicos en la República Argentina, como en todos los países de sistema latino, reposan sobre la persona de su otorgante: el notario público (artículo 979 del Código Civil), que el mismo debe ser competente para otorgarlo (artículos 980 y 981 del mencionado Código) y capaz de otorgarlo (artículos 982, 983 y 985 de la obra citada) y debe observar y conocer profundamente las formas que la ley establece. Debemos considerar, además, que la palabra "notario", entre otras acepciones, designa fundamentalmente un oficio. Un oficio público

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se cumple en nombre de la autoridad y que en sí mismo importa ejercicio de un poder, poder de certificación basado en confianza, en autoridad. Un oficio que es cumplido por un profesional con título universitario y que dentro de nuestro país cuenta con carreras de especialización, que lo capacitan profundamente. El notario es un profesional libre con oficio propio e independiente, y que se ejerce en interés de los particulares, los que gozan del derecho de elección; actúa preventivamente, no recibe órdenes de los órganos administrativos que supervisan su actuación; tiene por única misión la de velar por la aplicación de la ley y debe merecer la confianza tanto del Estado como de los particulares.

En esta materia debemos poner énfasis en decir que la inamovilidad no sólo es una de las conquistas más necesarias, sino uno de los principios fundamentales del derecho notarial. Es la única garantía verdadera de la independencia en el desempeño de su cargo. Lo pone a cubierto de las coacciones extrañas, ya provengan de otros poderes, ya de las personas que, gozando de las influencias oficiales, pretendan ejercer presiones sobre su conciencia. Tanto más necesaria es esa inamovilidad si se piensa que no es concebible una correcta, real e imparcial actuación del notario cuando su cargo dependa de confirmación en cuanto a la permanencia en él, o cuando el desempeño de su función sea por un período determinado, adquiriendo la inamovilidad sólo cuando sea confirmado en su puesto.

Como ya dijimos, la intervención de un profesional de derecho de formación jurídica, su nombramiento, sus funciones específicas, las condiciones para acceder a ellas, su intervención en los negocios jurídicos, su actuación en cuanto a asesoramiento y campo fiscal la colegiación además de la fe con que la ley y el Estado lo han investido, hacen de su función los basamentos y pilares más sólidos de nuestra estructura jurídica, económica, política y social, siendo su aporte permanente e irremplazable.

La ausencia de funcionario público profesional del derecho (notario) en la configuración jurídica de la voluntad de las partes determina peligro de nulidades en los negocios jurídicos, que son instrumento, aportando todo el peso de la inseguridad jurídica al hacerse en documentos faltos de autenticidad, como son los privados.

De ello deducimos que ninguna ventaja se obtiene suprimiendo la intervención notarial, pues se caería en un sistema lento (por los recaudos que deberían tomar las partes en defensa de sus derechos) y costoso (por la doble intervención de intermediarios y abogados, pues genera multiplicidad de controversias jurídicas que se sustancian en juicio). Aun en Estados Unidos se ha advertido la crisis de un sistema que no impone la intervención forzosa de un profesional del derecho como medio para asegurar la validez de los negocios jurídicos inmobiliarios; ello ha permitido el desplazamiento del abogado por el corredor inmobiliario (realtor) o la empresa aseguradora en la transmisión o constitución de un derecho real, sin contar con el mínimo indispensable de asesoramiento legal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. PONENCIA

Por todo lo expuesto, proponemos:

1°) Declarar una vez más nuestra tradición de neta raigambre latina, en la que desempeña un papel fundamental e insustituible el notario, en lo que hace a la seguridad jurídica en la constitución y transmisión de derechos reales, como responsable del instrumento que contiene el negocio jurídico.

2°) Rechazar, por lo tanto, la implantación de cualquier otro sistema, ya que no tendría razón de existir por ser extraño a nuestra propia idiosincrasia y cultura, y sólo aportaría confusión, inseguridad e ineficacia y en nada nos beneficiaría por no responder a nuestras realidades jurídica, política, económica ni social.