

El documento notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad¹

Ponencia de la delegación argentina para el Tema I
en el **XXV Congreso Internacional del Notariado**.
Madrid, España, del 3 al 6 de octubre de 2007

PRIMERA PARTE: EL DOCUMENTO NOTARIAL

Esta primera parte tiene la finalidad de enmarcar la totalidad del trabajo al describir la verdadera función del notariado latino a través de la elaboración del documento notarial. Se trata de una suerte de introducción, en breves términos, para sentar las bases de los dos puntos siguientes, dando un perfil, partiendo del análisis de la realidad nacional.

El Derecho Notarial ha sido objeto de múltiples definiciones a lo largo del tiempo. Así, fue conceptualizado² como una gama de preceptos que ordenan y reglamentan el instrumento público y la función del Escribano, y el *III Congreso Internacional del Notariado Latino*³ lo definió como "el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas, que rigen la función y el instrumento público notarial". Aquí lo delimitamos como aquel conjunto de normas que regulan todo el documento notarial, la actividad del Escribano y la organización de la institución notarial en su conjunto, basado en las formas jurídicas y en la autenticación de los hechos y actos.

El anteproyecto de Ley Notarial Argentina, siguiendo los lineamientos del Código Civil, determina los rasgos distintivos del documento notarial de la siguiente manera: "Los documentos notariales son instrumentos públicos. Es notarial todo documento con las formalidades de ley, autorizado por el Notario en ejercicio de sus funciones, y dentro de los límites de su competencia"⁴. A modo de ejemplo, algunas leyes locales que han

(1) Versión castellana del resumen efectuado por el Coordinador Nacional Esc. Diego Maximiliano Martí, que se encuentra traducido al inglés y al francés. Tratándose de un resumen, y en función de lo abreviado del presente, no todas las conclusiones del trabajo tienen aquí su basamento, para lo cual sugerimos remitirse al trabajo completo presentado.

(2) Gattari, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho Notarial*, Editorial Lexis Nexis, 2º edición, 2004, p. 379.

(3) París, 1954.

(4) Anteproyecto de Ley Notarial, aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de Octubre de 1964, en San Salvador de Jujuy, citado por Carlos A. Pelosi en *El documento notarial*, Editorial Astrea, 3º reimpresión, 1997, p. 120.

receptado esta definición son la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 59, y la Ley 9020, de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 133⁵.

Recurrimos también a la definición brindada por el *XIV Congreso Internacional del Notariado Latino*⁶: "El documento notarial es todo escrito que goza de autoridad corporal, de autoría, fecha e ideología, y que presenta además la característica de su incorporación al protocolo, lo que asegura su preservación y la posibilidad de eventual reproducción".

El Escribano es el encargado de elaborar intelectualmente el documento, aunque pueda delegar su facción técnica o material en otra persona. Su responsabilidad en la redacción del Documento Notarial lo hace creador del mismo, asumiendo su paternidad autoral. Su misión consiste en moldear relaciones jurídicas de acuerdo a las formas impuestas por la ley.

La jurisprudencia del Tribunal de Superintendencia del Notariado de la Capital Federal tiene dicho al respecto⁷ que "El Escribano no es un sujeto pasivo de la redacción (...) sino que está obligado a preocuparse en todo lo que interese a la validez del acto que autoriza. La ley somete la habilitación para el ejercicio de la profesión notarial (...) a requerir del Escribano, más que la tarea mecánica de redactor de las voluntades que se le manifiestan, la de consejero o guía", y que "El Notario tiene como función, la de interpretar la voluntad de los comparecientes y redactar sus declaraciones, dándoles forma jurídica, incluso con expresiones técnicas indispensables a los fines de la brevedad y, sobre todo, de certeza de los efectos jurídicos".

Este juicio de valor que realiza el Escribano, sobre la legalidad de los actos y las legitimaciones dispositivas, otorgan seguridad jurídica al tráfico mercantil, en virtud de la inescindible responsabilidad profesional que trae aparejada su inobservancia. La Constitución Argentina no define en forma expresa a la seguridad jurídica, pero establece principios, valores y reglas que la presuponen, pudiendo decirse que se trata de la suma de "certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, e interdicción de la arbitrariedad", y se puede agregar que lo es de tal suerte que permitan promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

(5) Ambas normas rezan: "En el sentido de esta ley, es notarial todo documento que reúna las formalidades legales, autorizado por Notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia". Ver infra por citas legales.

(6) Guatemala, 1977. Citado por Adriana Abella en *Derecho Notarial (derecho documental -responsabilidad notarial)*, Editorial Zavalía, 2005, p. 9.

(7) Expedientes 574/96, 1520/96 y 1487/97 - "Selección de Fallos del Tribunal de Superintendencia del Notariado", publicación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de la República Argentina, años 1999 y 2000 (El Derecho, UCA).

Si bien, tanto en los países de notariado Latino como de sistema anglosajón, se utiliza el vocablo *Notario*, como expresara Eduardo Bautista Pondé refiriéndose al *Notary* británico: "De él, lo más notarial es lo fonético"⁸.

La utilización del mismo vocablo supone un gran perjuicio para el notariado de tipo latino cuando, tal como en el caso de los informes *Doing Business* del Banco mundial, se extraen conclusiones partiendo de una perspectiva anglosajona que no condice con la verdadera función del Notario latino, al que se presenta como un obstáculo burocrático e innecesario, perjudicial para la dinámica de los negocios.

El llamado *Seguro de Título* nace, y posiblemente tenga razón de ser, en una realidad donde el sujeto denominado *Notary* no es un profesional del derecho, no examina la legalidad del negocio ni es autor del documento, no posee protocolo ni conserva documentos matrices; donde el acceso a la función no reclama los requisitos que se exigen en el mundo latino y donde dicho *Notary* no lleva adelante una función que acarree las responsabilidades y sanciones de que es pasible el Notario Latino.

Desde el XXIV Congreso de la UINL, celebrado en México en el año 2004, han ocurrido cambios dentro del territorio de la República Argentina respecto de la firma digital y las nuevas tecnologías, regulándose lo que se ha denominado *Infraestructura de Firma Digital*. Los cambios se han dado tanto a nivel estatal (más lentamente) como en el ámbito privado (de modo vertiginoso), al punto de haber llegado hasta lo más profundo de nuestro país, en el campo y en toda la actividad agropecuaria que se desarrolla. No obstante ello, la brecha que revelaba la ponencia argentina en el XXIV Congreso, refiriéndose a la desigualdad entre los grandes centros urbanos y los pequeños pueblos de las zonas más inhóspitas de nuestras tierras, se mantiene.

Al día de hoy, el marco normativo de la firma digital y aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la República Argentina está dado básicamente por la Ley 25.506 (del año 2001), el Decreto 1028 (del año 2003) y el Decreto 724 (modificatorio del anterior, del año 2006), ambos Decretos emanados del Poder Ejecutivo Nacional. A ello se suma un conjunto de normas complementarias que tiene como fin fijar o modificar competencias, así como establecer procedimientos, incluidos aquellos referidos a estándares de seguridad, obligaciones legales, hardware, software, bases de datos, redes, y estándares tecnológicos.

(8) Pondé, Eduardo Bautista. *Origen e historia del Notariado*, Editorial Depalma, 1967.

CONCLUSIONES DE LA PARTE PRIMERA

I. El documento notarial debe producir los efectos propios de su naturaleza, conforme a las leyes de su país de origen, en todo el mundo, resultando así eficaz con plenitud. Propugnamos la búsqueda de una forma documental armonizada en la comunidad internacional, a efectos de facilitar la circulación de los documentos.

II. La elaboración del documento notarial como facultad funcional del Escribano, en concordancia con la deontología notarial y las normas éticas, es uno de los pilares de la seguridad jurídica. El control de legalidad que efectúa el Escribano, resulta una premisa fundamental para el logro de la paz social.

III. Destacamos, como muestra de la adaptabilidad de la función notarial, la reforma al sistema de la *fe de conocimiento clásica* del Código Civil argentino, plasmada a través de la identidad documental. Así, en base a la individualización previa que ha efectuado la autoridad pertinente (antes que el notario, alguien ha individualizado), el escribano identifica. El aggiornamiento de la ley acompañando al resto de la normativa notarial mundial, fortalece a la institución.

IV. El juicio de valor que realiza el Notario, sobre la legalidad de los actos y las legitimaciones dispositivas, otorgan seguridad jurídica al tráfico mercantil, en virtud de la inescindible responsabilidad profesional que trae aparejada su inobservancia.

V. La firma de las partes es la representación gráfica de su voluntad, y la firma del notario en ejercicio de sus funciones autentica el contrato y le confiere su autoría, con las amplias responsabilidades que ello implica, avalando así todo el proceso previo y atribuyendo certeza. Tal actividad, tecnología o no de por medio, puede ser transformada a los fines de adecuarla a las herramientas y realidades propias de cada época, pero no debe ser alterada en su esencia.

VI. Desde el XXIV Congreso de la UINL, celebrado en México, en el año 2004, han ocurrido cambios dentro del territorio de la República Argentina respecto de la firma digital y las nuevas tecnologías, regulándose lo que se ha denominado *Infraestructura de Firma Digital*. Los cambios se han dado tanto a nivel estatal (más lentamente) como en el ámbito privado (de modo vertiginoso), al punto de haber llegado hasta lo más profundo de nuestro país, en el campo y a toda la actividad agropecuaria que se desarrolla. No obstante ello, la brecha que revelaba la ponencia argentina en el XXIV Congreso, se mantiene.

SEGUNDA PARTE: LA CONTRIBUCIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL AL DESARROLLO EN LA SOCIEDAD

La actividad notarial de tipo latino es amplia y compleja. Entre las múltiples actividades que desarrolla, el Notario aconseja y asiste en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, siendo el documento notarial una de las más significativas expresiones del ejercicio de su función. En esta segunda parte del temario que nos convoca, a los fines de una posterior vinculación con la visión económica, que es el eje del tema, consideraremos la colaboración del documento notarial en las distintas facetas del desarrollo de la vida en sociedad.

DESARROLLO JURÍDICO:

LA CONFIGURACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA NOTARIAL

Respecto del desarrollo jurídico, sabido es que en los derechos positivos de los países integrantes del *Sistema Legal Continental Romanista o Romano-Germánico* (diferente desde su génesis al anglosajón), el hacedor del derecho positivo es el legislador, y el esqueleto del ordenamiento jurídico es la ley, mas la realidad demuestra que estos vienen a la zaga de los cambios que se producen en una sociedad. Las situaciones que ofrece la cotidianeidad son captadas por el legislador y transformadas en derecho positivo en forma diferida respecto del tiempo en que se producen.

Es indudable que la práctica notarial es un factor o elemento idóneo para el nacimiento, desarrollo y perfeccionamiento del derecho positivo. Prueba de esto son las figuras de las llamadas medidas de autoprotección, disposiciones para la propia incapacidad, o testamento vital, donde el quehacer notarial ha receptado y desarrollado soluciones que requieren de una rápida respuesta frente a situaciones trascendentes de la vida humana. En varias provincias, como Mendoza, Santa Fe (Rosario), y Buenos Aires, se ha impulsado la registración de este tipo de documentos por parte de los Colegios, bregando estos a su vez por que esas instituciones sean receptadas planificadamente por el legislador, frente al vacío legal.

DESARROLLO SOCIAL:

CONTRIBUCIÓN A LA PACIFICACIÓN. EL EFECTO ANTILITIGIOSO.

LA CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIO MEDIADOR

Resulta innegable que la actividad notarial reduce la litigiosidad. Sin perjuicio de la actividad pacificadora del Notario en la etapa precontractual, asesorando y mediando, esta se exterioriza a través del documento notarial, portador de seguridad jurídica y

certeza, indispensables para la convivencia y el desarrollo social, y tema central en esta parte de la ponencia.

El Doctor Santiago Sentis Melendo, en "El notario y la soledad", consideró que el Escribano se enfrenta absolutamente solo con su responsabilidad de asesor, de consejero jurídico, porque esta es su verdadera y auténtica función. Ver en el Notario única y estrictamente al funcionario encargado de la fe pública es disminuir su jerarquía, por mucha importancia que haya de atribuirse (y merezca) a la imparcialidad en el cumplimiento de su deber. Esta labor interpretativa se desarrolla en la primera audiencia con las partes. La actividad que desarrolla el Notario debe ser vista globalmente, en su totalidad. En cada una de sus facetas, aisladamente considerada, quizá pueda ser sustituido, pero lo verdaderamente difícil es hallar a alguien que las cumpla todas a la vez, reuniéndolas en una única persona capacitada a tal fin.

El Notario José Javier Cuevas Castaño⁹ hace un especial enfoque del asesoramiento: "Este momento es previo (o incluso independiente) de la labor de redacción y por supuesto de la dación de fe. Es posterior, al menos por hipótesis, a la tarea de oír y de indagar y formar la voluntad de quienes usan de nosotros. Es para mí un momento culminante, pleno, de nuestra actividad. Yo os confieso, aun a riesgo de excomunión corporativa, que me siento mucho más notario aconsejando que autorizando un documento". Y destaca, luego, que la labor de asesoramiento comprende distintos niveles e intensidades del asesoramiento genérico, a saber:

INFORMAR: dar noticias de posibles caminos, características y riesgo de cada uno;

ASESORAR: completar la información, con recomendaciones acerca de la mejor manera de hacer el camino;

ACONSEJAR: es ya recomendar un camino concreto; y

ASISTIR: es acompañar por el camino, ayudar a ir sorteando los peligros de la futura relación, comprometiéndose.

En la práctica es muy habitual que existan intereses contrapuestos que deban ser conciliados para lograr la concreción del acuerdo. Resulta sumamente importante la habilidad del profesional en aspectos negociales y mediadores para la eliminación de conflictos, y evitar futuros reclamos judiciales con base en aspectos propios de la etapa de formación. Veremos más adelante, concretamente en la parte tercera de este trabajo, que este punto es fundamental en lo que a *externalidades positivas* de la función se refiere.

Hemos entrado al tercer Milenio con una sociedad en permanente cambio y con un mundo eminentemente competitivo, con una economía de mercado globalizada, que

(9) *Revista Española de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre 1987.

genera incertidumbre. Donde presionan los grupos de mayor poder, los notarios actúan como amigables componedores y facilitadores, desarrollando una actividad preventiva de litigios, en cumplimiento de su natural función de mediadores, convirtiendo en realidad el adagio de Alfonso el Sabio "Notaría Abierta, Juzgado Cerrado".

DESARROLLO TECNOLÓGICO

El aporte de las nuevas tecnologías a la función notarial

Nuestra función, de antigua data, no se contrapone en modo alguno con las nuevas tecnologías que se han incorporado a la vida en el mundo globalizado. Muy por el contrario, las nuevas tecnologías se unen a nuestro quehacer diario, y nos permiten ahorrar tiempo y esfuerzo en cuestiones burocráticas, que podemos dedicar a temas de mayor importancia en nuestro desenvolvimiento profesional, directamente relacionados con nuestra función, incrementando así la relación de intermediación con su objeto, con el consecuente reflejo en la seguridad jurídica y en el valor económico que añadimos a las transacciones en las que de un modo u otro participamos, sin olvidarnos, por supuesto, de que el buen uso de la tecnología nos da la posibilidad de optimizar nuestra interminable tarea de capacitarnos en aras de prestar nuestro servicio cada día de una mejor manera.

Y el notariado, lejos de oponerse al avance de la tecnología, la ha recibido con los brazos abiertos. Mucho antes de que llegara la firma digital a nuestra legislación, el notariado ya bregaba por la incorporación de nuevas tecnologías al quehacer diario. El sistema notarial debe proporcionar los instrumentos necesarios para seguir cumpliendo su genuina función antes de que el mercado invente nuevos mecanismos externos, que sin duda lo hará; el desarrollo de estas técnicas no debe darse sin la presencia notarial.

La contribución de la función notarial a las nuevas tecnologías

El notariado siempre ha contribuido a la creación del derecho positivo, y ha intervenido en las relaciones humanas antes que el legislador, encuadrando jurídicamente situaciones y voluntades que la ley no había previsto hasta ese entonces. No puede escapar a esta actitud propia de la naturaleza del Escribano el avanzar brindando seguridad en un mundo más digitalizado aún que globalizado, cumpliendo la tarea de dar a las personas ese halo de seguridad que solo la fe pública brinda.

Queremos aplicar las nuevas tecnologías, y poder darles también el valor agregado de la seguridad jurídica propio de nuestra función. ¿No es necesaria, en lo que a la obtención de firma digital se refiere, la intervención de una institución imparcial y que socialmente sea sinónimo de seguridad jurídica? Un par de claves no tiene intrínseca aso-

ciación a una persona. Si una sociedad tramita en otra empresa, que actúa como autoridad certificante, su firma digital para contratar válidamente *on line*, ¿cómo sabemos que quien efectuó la solicitud está legalmente facultado para hacerlo? Si trasladamos el ámbito de contratación, basados en la utilización de la tecnología, a uno más ágil y cómodo, no debemos olvidar que, por un lado, la magnitud de los negocios, al menos no será inferior (y probablemente se incremente), y por el otro, que si disminuimos los estándares de seguridad, ante la posibilidad de eludir más fácilmente los controles, proliferarán las tentativas de hacerlo. Y en este interrogante estamos presuponiendo que una persona concurrió físicamente a la sede de la empresa que otorga la firma digital y le solicitaron que exhibiera su documento de identidad y la documentación habilitante, en caso de haber invocado alguna representación (todo esto se torna más grave en los casos de certificados digitales que se tramitan *on line*, sin necesidad de exhibir documento alguno, quedando solo vinculada una clave privada y una clave pública a una casilla de correo electrónico).

Nosotros ya contamos con los elementos que solucionan el problema (o los tenemos al alcance de la mano): somos terceros imparciales; tenemos los conocimientos jurídicos; contamos con la infraestructura; estamos organizados; los documentos que emanan de un Notario de tipo latino gozan de fuerza probatoria y ejecutiva internacionalmente, y de esa manera contribuimos a la creación de un *espacio de seguridad global*; y principalmente, gozamos de la confianza que en nosotros deposita la sociedad.

DESARROLLO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

- El papel de la UINL
- El Notariado, institución mundial.

En el plano internacional, el Notariado como institución mundial (tal el *leitmotiv* del Congreso) es una vía de comunicación e intercambio de las naciones, gozando el documento notarial de reconocimiento, aceptación y efectos que le son propios, en el mundo entero.

Con el impulso de José Adrián Negri, y por iniciativa del Colegio de Escribanos de la Capital Federal de la República Argentina, en el año 1948 se convoca por primera vez a los Notarios de los países de igual Sistema Jurídico, con el objetivo de estudiar los medios de perfeccionamiento y unificación de la Institución Notarial, y preparar su adecuación a la vida de los tiempos que se vivían a la salida de la Segunda Guerra Mundial. Negri, con el apoyo incondicional del ilustre Notario español Dr. Rafael Núñez Lagos, concreta el *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*, que se celebra a partir del 1° de Octubre de 1948 y hasta el 15 del mismo mes y año, en la Ciudad de

Buenos Aires “para promover, estudiar y crear organismos internacionales tendientes a la jerarquización de la Función Notarial”.

En ese Primer Congreso se establecieron las bases del primer intento de Organización Profesional Mundial, redactándose los Estatutos que fueron adoptados oficialmente el 29 de octubre de 1950, con motivo del Segundo Congreso Internacional, celebrado en Madrid bajo la Presidencia del Dr. Núñez Lagos, habiéndose adoptado la denominación de *Unión Internacional del Notariado Latino*, y creándose la *Revista Internacional del Notariado (RIN)*, voz de la *Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI)*. Quedaron entonces plasmados los Principios Fundamentales del Notariado Latino, que siguen absolutamente vigentes en nuestros días, como pilar fundamental de nuestra profesión, aggiornándose con el devenir de los tiempos, conforme las nuevas incumbencias y las necesidades de la sociedad; todo ello siempre dentro del marco del Derecho y teniendo en cuenta que conforman hoy la Unión más de setenta países, con ciertas variantes en el Sistema Jurídico, pero con un mismo y único principio rector, basado en el Sistema de Notariado Latino.

La Unión es una Organización No Gubernamental, constituida para promover, coordinar y desarrollar la actividad notarial en el orden internacional con la finalidad de asegurar, mediante la más estrecha colaboración entre los notariados, su dignidad e independencia para mejorar el servicio a las personas y a la comunidad. Conlleva reglas de convivencia y permanente interacción, creadoras de principios de coincidencia ideológica y formal de los respectivos notariados miembros. La Unión personifica en José A. Negri la promoción, dirección y ejecución de la concepción de este pensamiento unificador, adelantándose a los acontecimientos que, con el transcurso del tiempo, habrían de producirse¹⁰.

DESARROLLO DEL CRÉDITO TERRITORIAL:

LA PROPIEDAD INMUEBLE COMO GARANTÍA DEL CRÉDITO POR MEDIO DE UN REGISTRO PÚBLICO BASADO EN UN TÍTULO NOTARIALMENTE PRODUCIDO Y CONTROLADO

En cuanto al crédito, indudablemente las posibilidades de acceso al mismo se ven significativamente favorecidas contando con la garantía de una propiedad inmueble, con un título notarialmente producido e inscripto en un Registro de la Propiedad. Vemos aquí la doble importancia que cobra el documento notarialmente producido, como base segura para el fomento del crédito: por un lado en cuanto título de propiedad que goza de certeza, y por el otro como documento portante del derecho real de garantía a los efectos de una publicidad registral con bases sólidas.

(10) Unión Internacional del Notariado Latino - “Memorias del Cincuentenario 1948-1998”. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Septiembre de 1998, p. 55.

Un documento notarial, con todos los atributos que le son propios, y la información de un Registro de la Propiedad eficaz, completo y ágil, son una combinación que hace que una propiedad inmueble sea una garantía formidable para el acceso al crédito.

La titulación inmobiliaria como herramienta para obtener mayores y mejores créditos, al constituirse en garantía real, es objeto de amplio tratamiento en el Tema II de este XXV Congreso.

DESARROLLO ECONÓMICO:

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO ELEMENTO FAVORECEDOR DE LA ECONOMÍA

El documento notarial gravita favorablemente en la Economía en virtud de las garantías que brinda en aras al otorgamiento de seguridad jurídica, que otros documentos no ofrecen. En efecto, saber que se practicó el adecuado control de legalidad en lo concerniente al análisis de la capacidad de los contratantes, a su identificación, a la evaluación de los documentos que los habilitan, a su legitimación, a la licitud de la naturaleza y del objeto del acto, permite a los contratantes y a los terceros confiar en la legalidad y en la certidumbre que emanan de ese documento, y basarse plenamente en él.

Esto es, precisamente, lo que significamos cuando hablamos de seguridad jurídica, y es indudable que ello redundará en beneficio del mercado y de la economía, resultando en modo alguno dilatoria, sino más bien garante del contenido de un documento que no será atacado. En un mundo globalizado, en el cual se pretende la rápida circulación de los documentos y del capital, no puede ignorarse la ventaja que ofrece un documento público notarial.

La intervención del Notario tiene una función preventiva de litigios, lo que resulta de enorme importancia al evaluar económicamente una situación con la certeza de que no se verá amenazada por conflictos judiciales. En tal sentido es interesante destacar un dato proporcionado por Merrick Hoben acerca de que en los Estados Unidos de Norteamérica los procesos judiciales tienen un crecimiento del 10% anual dentro del sector de la construcción¹¹.

Entendemos que es imprescindible promover una difusión permanente de las ventajas que la intervención notarial brinda a los consumidores, de la función preventiva de litigios, del resguardo de la seguridad jurídica, consecuencias de esa intervención que

(11) Hoben, Merrick (del *Consensus Building Institute*) - Conferencia pronunciada como panelista en el *Primer Encuentro Internacional Multidisciplinario sobre seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria*, organizado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2006).

constituyen un verdadero valor económico agregado al documento, porque tornan innecesarios los seguros de títulos, mucho más riesgosos a la hora de hacer efectivo un resarcimiento, que no fue el objetivo principal tenido en cuenta al momento de la formalización de, por ejemplo, la compraventa de un inmueble.

DESARROLLO SOSTENIBLE:

LA COLABORACIÓN DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL CON LA SOSTENIBILIDAD

Mundialmente, el concepto de *desarrollo sustentable* (o *desarrollo sostenible*) se difundió en el año 1987, a partir del informe "Nuestro futuro Común", también conocido como informe *Brundtland* (por la ex-ministra noruega que presidiera la Comisión encargada de publicarlo), que fue elaborado con motivo de la preparación de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Se lo definió como el "desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin comprometer las capacidades que tienen las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades".

El crecimiento tradicional, basado solo en el desarrollo económico, ya no era viable; había que buscar una nueva forma de desarrollo. Así, la idea contenida en dicho informe contiene tres componentes esenciales que deben tenerse en cuenta y son igualmente importantes para alcanzar un futuro mejor: el medio ambiente, la sociedad y la economía. Según este enfoque, los cambios tienen que ser económicamente viables y socialmente justos.

En esta propuesta de crecimiento, el notariado y el documento notarial cumplen una función destinada a contribuir con el referido desarrollo sostenible, único modo de desarrollo que podemos considerar válido y significativo. La idea de desarrollo sostenible como modo de mejorar la calidad de vida y de preservar el medio ambiente, es una interesante posibilidad de mostrarle al mundo los alcances subyacentes del documento notarial.

Sirva como ejemplo, y siempre en el marco de la seguridad jurídica que aporta la intervención notarial en las transacciones comerciales, la publicidad cartular que brinda respecto de datos relativos a determinadas restricciones, beneficios, limitaciones o, en definitiva, condiciones de que son objeto ciertos inmuebles, los que gozan de la permanencia del documento notarial, y de la perdurabilidad basada en la matricidad propia del mismo (Patrimonio Histórico, Cinturón Digital, ordenamiento del suelo, gestión y ejecución urbanística, restricciones en la Propiedad Horizontal o en las urbanizaciones, por citar algunos casos).

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

I. La aplicación de nuevas tecnologías al sistema del notariado latino le suma un nuevo empuje y mayor valor a la función, ya que a través de su aplicación se facilitan y aceleran los tiempos de contratación, lo que coadyuva a desterrar definitivamente la equivocada idea que algunos aún sostienen de que la intervención notarial genera demoras.

II. Está en nosotros mismos, los notarios, incorporar estas nuevas tecnologías a medida que aparecen, adaptarlas a nuestras necesidades y adaptarnos a ellas, y así poder sumarles el valor agregado de la seguridad jurídica. Es *hoy* la oportunidad que tenemos y debemos aprovechar, ya que si nosotros no decidimos ocupar ese lugar no faltará quien lo ocupe por nosotros, sin dudarlo y, sobre todo, sin brindar la juridicidad y seguridad que solo un notario puede otorgar a los actos en los que interviene.

III. A la hora de contratar digitalmente, los países del sistema jurídico anglosajón, y en particular los Estados Unidos de Norteamérica, se encuentran con la necesidad de un tercero imparcial, con conocimientos jurídicos y técnicos para que intervenga a fin de otorgar legalidad y fuerza probatoria (ya no solo fuera de la frontera de los Estados Unidos, sino también entre los mismos estados que lo componen, y también respecto del resto de los países del *common law*), asegurando que el acto se ha realizado en concordancia con el ordenamiento jurídico vigente, y superando las dificultades de establecer relaciones de confianza entre las partes (es decir, mecanismos que le otorguen seguridad a las transacciones). Los notarios del sistema latino ya contamos con los elementos para solucionar el problema: a) somos terceros imparciales; b) tenemos conocimientos jurídicos; c) contamos con infraestructura, en cada una de las notarías, en cada uno de los Colegio Notariales, en el Consejo Federal y en la Unión Internacional; d) los documentos emanados de un notario de tipo latino gozan de fuerza probatoria y ejecutiva, y de esa manera contribuimos a la creación de un *espacio de seguridad global*; y e) principalmente gozamos de la confianza que en nosotros deposita la sociedad toda. Es decir, estamos en una situación privilegiada, solo nos resta trabajar efectivamente al respecto.

IV. Reafirmamos una vez más que, tal como lo proclamara su Primer Congreso, la Unión Internacional del Notariado, conformada hoy por más de setenta países, con ciertas variantes en el Sistema Jurídico pero con un mismo y único principio rector basado en el Sistema del Notariado Latino, es una Organización No Gubernamental, constituida para promover, coordinar y desarrollar la actividad notarial en el orden internacional con la finalidad de asegurar, mediante la más estrecha colaboración entre los notariados, su dignidad e independencia para mejorar el servicio a las personas y a la comunidad.

V. Es inútil que se pretenda introducir reglas que funcionan muy bien en otras partes, si no se adecúan a la realidad social, cultural y jurídica del lugar. Coincidimos con Tena Arregui cuando señala que “las personas encargadas de redactar las nuevas normas que han de impulsar el proceso, no advierten que la mayoría de los ciudadanos ya han establecido sus propias normas por consenso social”. No cabe duda de que la seguridad jurídica tiene un costo o valor económico. Y el valor económico de la seguridad jurídica tiene que ver con la costumbre y la cultura jurídica de cada sociedad, en un momento dado.

VI. La relación costo-beneficio debe ser tal que la opción de resignar el beneficio en función de lo elevado del costo ni siquiera se plantee como tal.

VII. El documento notarial gravita favorablemente en la Economía porque ofrece determinadas garantías que los otros documentos no ofrecen. En efecto, saber que se practicó el adecuado control de legalidad en lo concerniente al examen de la capacidad de los contratantes, a la evaluación de los documentos que los habilitan, acreditando su legitimación, a la identificación de quienes firman, a la licitud de la naturaleza y del objeto del acto, etc., permite a los contratantes y a los terceros confiar en la legalidad y la certidumbre que resultan de ese documento. Se trata precisamente de la seguridad jurídica que redundan en beneficio del mercado y, contra algunas opiniones, no es dilatoria, sino garante de un documento que no será atacado.

VIII. Resulta imprescindible continuar promoviendo cada vez más la difusión permanente de las ventajas que la intervención notarial brinda a los consumidores, de la función preventiva de litigios, del resguardo de la seguridad jurídica, consecuencias de la intervención notarial que constituyen precisamente el valor económico agregado al documento, porque tornan innecesarios los seguros de títulos, mucho más riesgosos a la hora de hacer efectivo un resarcimiento que no fue el objetivo principal tenido en cuenta al momento de la formalización del acto, momento en que, entre otros aspectos, se efectivizan generalmente las contraprestaciones económicas.

IX. El documento notarial es un verdadero *producto* que lleva incorporado el valor económico de la seguridad jurídica, y es apto para circular libremente en el mercado nacional e internacional. Debe tenerse presente que ese valor económico tiene que ver con la costumbre y la cultura jurídica de cada sociedad en un momento determinado.

X. El cumplimiento de la forma, en determinados casos, se requiere cuando la seguridad jurídica ha sido puesta por sobre cualquier otro interés y la exigencia legal de ese cumplimiento tiene carácter imperativo.

TERCERA PARTE: EL VALOR ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Tal como nos lo sugiere su título, "El Valor Económico de la Seguridad Jurídica", el objeto de esta Tercera Parte es analizar las consideraciones de tipo económico que puedan efectuarse en torno de la función notarial (y no decimos ya *de tipo latino*, en el entendimiento de que, a pesar de la similitud lingüística en su denominación, lo que desarrolla el *Notary Public*, del sistema anglosajón, no constituye el ejercicio de *función notarial*).

ESTUDIO, ANÁLISIS Y, EN SU CASO, CRÍTICA, DE LOS INFORMES *DOING BUSINESS* DEL BANCO MUNDIAL 2004, 2005, 2006 Y 2007 EN CUANTO AFECTA A LA PROFESIÓN NOTARIAL.

Corresponde entonces efectuar aquí análisis y crítica de los informes *Doing Business* [Haciendo Negocios] del Banco Mundial, sobre todo del año 2004 (*Understanding Regulation* [Análisis de las Regulaciones]), pero también los de los años 2005 (*Removing Obstacles to Growth* [Eliminando Obstáculos al Crecimiento]), 2006 (*Creating Jobs* [Creando Empleos]), y 2007 (*How to reform* [Cómo reformar]), en tanto efectúan serios ataques a la institución notarial. Sin perjuicio de que la actividad del notariado latino es perfectible, y así lo demuestra su constante evolución y su búsqueda permanente de actualización científica en aras de su perfeccionamiento, no podemos ignorar que los referidos informes del Banco Mundial contienen en su planteamiento algunos errores metodológicos, y parten de premisas equivocadas, por cuanto su base denota desconocimiento de la verdadera función del notariado latino, por haber sido elaborados desde una perspectiva más próxima al *Notary Public* anglosajón. So pretexto de alentar el progreso y el crecimiento, se tiende a abolir la diversidad en materia jurídica y económica¹².

Se trata, hasta la fecha, de cuatro informes anuales, publicados por el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, que –según los propios textos refieren– investigan las regulaciones sobre la actividad comercial (aquellas que la aumentan y aquellas que la restringen), presentando indicadores cuantitativos sobre regulaciones de empresas y protección de los derechos de propiedad de 175 economías.

(12) Tal situación ha sido advertida por la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, al afirmar: "Il ne s'agit en réalité que d'une entreprise visant à imposer la domination du système juridique qui est celui de la puissance économique dominante" ("Les Droits de la tradition civiliste en question" - Volume 1 - Société de Législation Comparée - p. 125) - [Se trata en realidad de una empresa, que aspira a imponer la dominación del sistema jurídico que es aquél de la potencia económica dominante]. En el mismo sentido: "la puissance économique dominante souhaite asseoir son influence en exportant de gré ou de force son modèle juridique, en l'occurrence la common law, fut-ce au moyen d'un dénigrement des autres modèles, dont la civil law" (*Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française - op. cit. - p. 126*) [La potencia económica dominante, desea fundar su influencia exportando de grado o por la fuerza su modelo jurídico, en este caso el *common law*, aún a costa de un denigramiento de otros modelos, como el *civil law*].

Decíamos más arriba *sugerencias o propuesta*, pero podríamos también decir *presiones*, ya que, como puede leerse en la versión 2007, el cumplir con ellas resulta condicionante por parte de la MCA [Cuenta del Desafío del Milenio] de los Estados Unidos “para la elegibilidad de subvenciones sobre la base de eficiencia en el tiempo y costo de apertura de una empresa”, o, lo que resulta más grave por tratarse en este caso de una de las dos Instituciones que forman la Organización Banco Mundial, por parte de los donantes a la IDA [Asociación Internacional de Fomento] “para la obtención adicional de dinero de subvenciones”¹³. Ello generó inmediatas respuestas, según dicho informe, por parte de algunos países que comenzaron las reformas destinadas a cumplir con esos criterios. Y refiere, unas líneas después, que algunos países tienen como objetivo “la lista de los 10 primeros” (una suerte de *Top Ten* del Banco Mundial), lo que, se deduce, los acercaría a los referidos beneficios económicos.

Los cuatro pasos para una reforma exitosa¹⁴ (que es lo que habilita a escalar posiciones en la tabla del Banco Mundial) son:

- Efectuar reformas administrativas que no requieran modificar la ley;
- Eliminar procedimientos burocráticos para los empresarios;
- Introducir formularios estándares y publicar información regulatoria; y
- Aplicar Internet a las regulaciones.

Pero aclara¹⁵ (a modo de defensa, entendemos) que las reformas no deben ser hechas con miras únicamente a beneficiar a los inversores extranjeros, porque ello reduciría la legitimidad del Gobierno.

No resulta serio el trabajo del Banco Mundial, no reviste rigor en la investigación (al menos en lo que podemos advertir sin necesidad de esforzarnos demasiado, que es en lo relativo a la intervención notarial y su teórica influencia en los problemas de las economías, en el entorpecimiento de los negocios y las inversiones, y en todo aquello que se le endilga al notariado de tipo latino –al notariado–). Pero no debería llamarnos la atención: comienzan los Informes con advertencias tales como que los resultados, interpretaciones y conclusiones presentados corresponden a los autores y no reflejan necesariamente las opiniones de los miembros del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial ni de los gobiernos que representan, o que el Banco Mundial no garantiza la exactitud de los datos incluidos en el trabajo. No obstante ello, en el Informe 2004¹⁶, al explicar la metodología y las características estándar de los diferentes tópicos, aclara que los datos, proporcionados por *expertos locales*, fueron sometidos a varias pruebas de solidez.

■ (13) Informe *Doing Business 2007. How to reform*, del Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, p. 5.

(14) *Ibid.*, p. 7.

(15) *Ibid.*, p. 8.

(16) Informe *Doing Business 2004*, p. 4.

Además, el Informe 2007 plantea que "En términos de un reformista: 'Reformar es como arreglar un auto con el motor encendido, no hay tiempo para concebir estrategias'". El análisis de la función notarial se ha efectuado evidentemente "en términos reformistas". No parece entonces que el notariado haya resultado ser objeto de ataques fundados (sin perjuicio de que la reflexión sobre ellos nos haga ver facetas a mejorar de nuestra profesión, en constante crecimiento y avance), aunque debemos estar alertas, pero dándoles sólo la importancia que merecen; no nos gusta que nos ataquen, y por ello reaccionamos, y ocupamos nuestro tiempo y esfuerzo en el tema.

Pero entendemos que recibimos los embates por ser parte de un mundo que le es ajeno a la política de las organizaciones responsables de los Informes (o de quien los procura), y que necesitan cambiar para transformarlo a su medida (recordemos asimismo que el Informe 2004¹⁷ propugna la *Talla Única* en la forma de reglamentar los negocios, trasladando lo que funciona bien en los países desarrollados a los países en desarrollo, sin distinción por su sistema legal, idiosincrasia, origen cultural, ubicación geográfica, o situación económica –al referirse a la reducción del número de trámites para inscribir una empresa, lo cual efectivamente consideramos necesario y oportuno, pero no de manera estandarizada–).

El mismo informe (2007) cuestiona a los títulos informales por no poder usarse como garantías para obtener préstamos, y generar que los valores de las propiedades sean más bajos y los propietarios inviertan menos en ellas¹⁸ (la "Regularización Dominial" es propia del Tema II de este XXV Congreso), luego de haber puesto como ejemplo de traba para la apertura de una empresa "la obtención de documentos y su respectiva certificación por parte de un Notario"¹⁹, para luego referir como virtud del procedimiento de registración de una propiedad en Nueva Zelanda que "Los abogados certifican los documentos de transferencia de la tierra para sus clientes y los presentan electrónicamente para el registro"²⁰. Es decir ¿está bien y es necesario lo que hacemos (vgr. dotar de formalidad a un título de propiedad para su inserción y circulación en el comercio, o la certificación de documentos con fines registrales), pero no está bien que lo hagamos nosotros, los Notarios?.

El primero de los Informes, del año 2004, fue el que más dura y claramente se refirió a la actividad notarial, fundamentalmente cuestionando la utilización de las notarías para la autenticación de documentos relacionado con la constitución de empresas, por entenderla como la parte más costosa del proceso y una carga innecesaria, propiciando directamente la eliminación de este paso. Se pregunta por qué algunos países aún utilizan servicios notariales para este proceso, considerando al notariado una institu-

(17) Informe *Doing Business 2004*, p. 23.

(18) *Ibid.*, p. 27.

(19) *Ibid.*, p. 13.

(20) *Ibid.*, p. 28.

ción que ha sobrevivido a su utilidad, y que su función (se refiere a constatar identidad) puede cumplirla un empleado público, tal como en otros casos²¹.

En el Informe anual de 2005²² se cita a la República Argentina como uno de los países que realizaron reformas significativas a la hora de la apertura de una empresa, pero la realidad indica que la intervención notarial al respecto no ha cambiado. Se insiste también aquí con que el servicio notarial no debería ser obligatorio, que está acotado a la simple verificación y que ello puede ser cumplido por funcionarios municipales u otros empleados públicos, evitándose así sus elevados costos. Agrega que al responderse la encuesta en Albania, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Estonia, Hungría, Latvia y Macedonia, se afirmó desde esos países que la intervención notarial no agregaba valor alguno en dicho proceso²³. Y resalta luego que, mediante el uso de formularios o solitudes estándar no se requiere de servicios legales o notariales, siendo además mucho más sencillo el proceso ante la oficina registral. Se incluye en este informe a los Registros de la Propiedad como elemento fundamental de acceso al crédito mediante la obtención de préstamos hipotecarios.

El informe del año 2006²⁴ resulta, desde ya, de la misma tesitura que los anteriores. Sobre el particular agrega como ejemplo que 15.000 empresas alemanas habrían ahorrado en gastos notariales y otros costos, registrándose en Londres, donde el capital mínimo requerido (un punto al que se refieren también los otros informes anuales) es de apenas 1 £. La Argentina, según el informe, se opuso a la tendencia generalizada en América Latina de eliminar la intervención notarial²⁵ (los términos en que se hace dicha apreciación nos dan nuevamente la pauta de que la información manejada por el Banco Mundial no es una base sólida para las afirmaciones que luego realizan). Y vuelve a la carga contra los notarios, propiciando que su intervención sea optativa como medio de facilitar el registro de propiedades²⁶, el que resultaría ser, según el informe, un 33% más elevado en los países que requieren intervención notarial que en aquellos en que no²⁷, dado que, invoca, si bien sus propósitos son útiles (preparación de acuerdos de compraventa, certificación de identidad, aspectos de legalidad de los documentos), resultan irrelevantes, ya que podrían ser cumplidos por funcionarios públicos.

Cabe aquí interpretar que, para el Banco Mundial, en la referencia al registro de las propiedades está incluida toda la operación de transferencia del dominio y no reviste valor alguno en cuanto a la seguridad jurídica el instrumento público (de no ser así, no

(21) Informe *Doing Business 2004*, p. 44.

(22) *Doing Business 2005* - Eliminando Obstáculos al Crecimiento, p. 20.

(23) *Ibid.*, p.24.

(24) *Doing Business 2006* - *Creating jobs*, p. 10.

(25) *Ibid.*, p. 11.

(26) *Ibid.*, p. 34.

(27) *Ibid.*, p. 36.

tendría sentido la referencia a la preparación de los acuerdos de compraventa por parte de Notario o funcionarios públicos).

Al Informe 2007 ya nos hemos referido unos pocos párrafos atrás. Ahora bien, no sólo el Banco Mundial se para frente al notariado en franca oposición a sus principios y raíces: no podemos ignorar el avance de organismos de Derecho Registral, que pretenden dar a los asientos entidad suficiente como para brindar la seguridad jurídica necesaria a efectos de que funcione el sistema. Plantear que el crédito territorial, fundamental para el desarrollo y el crecimiento económico, y vinculado esencialmente con el derecho real de hipoteca (nos hemos referido al punto en la Segunda Parte), debe buscar la clave de la seguridad jurídica a través de los Registros de la Propiedad, implica desconocer sus cualidades al documento portante del derecho, inclinándose hacia un Registro de derechos, y no de documentos. Se sostiene también que, ante el error registral, debería recurrirse al seguro. Esto tiene un basamento teórico y una finalidad práctica que nos resultan ya conocidos.

Los autores Michael Hardt y Antonio Negri en su obra titulada *Imperio* denominan así a una nueva forma de soberanía, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos por una única lógica forma de dominio, y justifican: "La declinante soberanía de los Estados-Nación y su creciente incapacidad para regular los intercambios económicos y culturales es en realidad uno de los síntomas primarios de este imperio que comienza a emerger". Y se preguntan: "¿Cómo podemos llamar 'derecho' a una serie de técnicas que, fundadas en un estado de excepción permanente y en un poder de policía, reducen el derecho y la ley a una cuestión de mera efectividad?".

El Banco Mundial se presenta a sí mismo como una fuente vital de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo de todo el mundo. Esta organización internacional es propiedad de 184 países miembros, y está formada por dos instituciones de desarrollo singulares: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). Cada institución tiene una función diferente pero fundamental para alcanzar la misión de reducir la pobreza en el mundo y mejorar los niveles de vida. El BIRF centra sus actividades en los países de ingreso mediano y los países pobres con capacidad crediticia, mientras que la AIF ayuda a los países más pobres del mundo, en ambos casos ofreciendo préstamos con intereses bajos, créditos sin intereses y efectuando donaciones a los países en desarrollo para proyectos de educación, salud, infraestructura, comunicaciones y otros.

En *El malestar en la globalización*²⁸, Joseph E. Stiglitz, quien fuera Vicepresidente del Banco Mundial en el período 1997-2000, y premio Nobel de Economía en el año 2001,

(28) Stiglitz, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Editorial Taurus, 2003.

confiesa: "Sabía que la tarea era ardua pero jamás imaginé que uno de los mayores obstáculos que afrontan los países en desarrollo se debía a seres humanos y estaba justo al otro lado de la calle, en mi institución hermana, el FMI". Stiglitz descubrió algo que nosotros también debemos ver: de dónde provienen los argumentos que nos atacan.

Stiglitz analiza el tema de la globalización, y dice: "A pesar de los repetidos compromisos sobre la mitigación de la pobreza, en la última década del siglo XX el número de pobres ha aumentado en casi 100 millones. Esto sucedió al mismo tiempo que la renta mundial total aumentaba en promedio un 2,5% anual"²⁹.

Nuestra cultura, que según los economistas debe ser revisada profundamente e insertada en el mundo de la competencia y la libertad de mercado, es lo que está aquí en juego, muy posiblemente una especie de "neocolonización, en las ideas", que debemos reconocer, y que no tiene sustento, proviniendo de donde proviene y en comparación con nuestros propios resultados. Intentar probar que existe el "costo innecesario del Notario" está ocultando la puerta que se abre a la industria del seguro, que también tiene su costo, pero que desvía los beneficios hacia el centro del poder.

LA NECESIDAD DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. DIFERENTES SISTEMAS PARA SU ORGANIZACIÓN

- Seguridad económica:* seguro del título;
- Seguridad privada:* participación de profesionales;
- Seguridad a posteriori:* el control judicial de la ilegalidad;
- Seguridad jurídica preventiva:* el sistema notarial latino-germánico.

En cuanto a la necesidad de seguridad jurídica, esta puede fundarse incluso en términos económicos: la incertidumbre tiene un alto costo; al crear certeza, creamos valor. De este modo, el sistema notarial latino, lejos de encarecerlas, reduce notablemente el costo de las operaciones. Nos referiremos en esta parte, sumariamente, a los diferentes sistemas para su organización.

Decía el Dr. José Manuel García Collantes, Notario de Madrid, en oportunidad de desarrollarse la Mesa Redonda con que se dio apertura a la *XXXIII Convención Notarial* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el día 14 de Septiembre de 2006: "Decimos siempre que los notarios somos agentes de seguridad jurídica; y es cierto. La seguridad jurídica es un derecho de todo ser humano, y precisamente por eso tiene una profunda dimensión axiológica. En tal sentido, creo que no cabe efectuar

■ (29) Stiglitz, op. cit., en nota 28 cit., p. 32.

ningún planteamiento acerca de su valoración económica. Pero seguridad jurídica tiene también otra acepción, en tanto tiene un sentido instrumental, referido a los mecanismos, a las instituciones establecidas para garantizar el estado de certeza y la ausencia de incertidumbre. En este sentido es perfectamente posible evaluar el grado de utilidad o el grado de aptitud de esos medios para cumplir con la finalidad para la que fueron creados. Esta valoración puede ser económica”.

El negocio jurídico celebrado entre particulares, y plasmado en un documento que conlleva el valor probatorio dado por la intervención notarial, que además garantiza que ha respetado las Normas Jurídicas vigentes, beneficia a toda la sociedad, y no sólo a los interesados directos en el negocio o a los terceros que podrían vincularse con él.

El pensar que sostener y fortalecer la seguridad jurídica no es tan efectivo como implementar un sistema basado en la reparación económica que ofrecen las aseguradoras, es no tener en cuenta el ahorro de dinero que representa la ausencia del conflicto legal. Ningún resarcimiento económico podrá reemplazar la correcta aplicación del derecho. Aun cuando el particular pueda sentirse debidamente indemnizado, no se sentirá seguro frente a una nueva contratación; basta pensar en que desde un principio asumirá la posibilidad de perder su derecho.

La vida de una transacción es siempre económicamente más útil que su quiebre o frustración. Los medios de protección *ex ante* son más eficientes que los *ex post*. El seguro de títulos (seguridad económica,) no tiene por objetivo prevenir la inseguridad. No genera medidas preventivas de cumplimiento de los contratos, ni apunta a consolidar validez o eficacia de los mismos. En el Derecho Anglosajón, el quebrantamiento de lo convenido sólo genera obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Pero el asegurador medirá sus costos en razón del cálculo de probabilidades de que la pérdida del bienestar se produzca. A mayor probabilidad de que el siniestro ocurra, mayor será su prima. El asegurador es adverso al riesgo, no lo asume. La consecuencia de esta aversión es que los títulos que presentan anomalías detectadas previamente quedan excluidos de la cobertura³⁰.

El notariado latino, lejos de ser un freno a la economía, la fomenta. En el sistema legal anglosajón las soluciones a los problemas se trasladan a la “administración de justicia posterior” con la instancia de indemnización por daños y perjuicios, a través de los seguros de títulos, que exigen, además, la contratación de otros profesionales, lo cual significa una carga económica desproporcionada con costos más elevados, mientras que en el sistema latino se resuelven en el marco legal de la administración de “justi-

(30) Highton, Elena I. (Directora); Vitale, Angélica G.E. (Codirectora). *La Función Notarial en la Comunidad Globalizada*. Editorial Rubinzal-Cuzzoni, 2005, p. 172.

cia preventiva”, se evita el incremento de litigios y en consecuencia un aumento en los costos del sistema legal, aliviándose la carga en los Tribunales³¹.

Benito Arruñaga, estudioso español, en su obra *Análisis económico del notariado*, exalta la calidad de la información notarial y que dicha calidad disminuye la litigiosidad, asimismo se refiere a la importancia de la función notarial para los terceros y dice que la imparcialidad notarial no sólo se proyecta a las partes, sino sobre los terceros y que de esta manera se protege a los clientes de los clientes, porque el cliente comprador de hoy, será mañana un vendedor que va a tener, a su vez, un comprador. Sabemos que los mecanismos de protección que existen en los Estados Unidos de Norteamérica y en menor medida en Gran Bretaña, se originan en la falta de certeza en los antecedentes de titulación inmobiliaria.

La figura del seguro de título –ni siquiera debería llamarse así en sentido estricto– en realidad no es tal, por cuanto para que exista riesgo asegurado debe existir justamente eso, riesgo (la existencia de un suceso aleatorio, que efectivamente puede llegar a producirse o no). Aquí, en realidad, el suceso del vicio ya está presente incluso antes de la contratación del seguro. Por ello, en el mejor de los casos, lo único que protege este seguro es *la indemnidad* del adquirente en caso de que efectivamente el problema o vicio sea el origen de un reclamo por parte de un tercero. Es lo que ha dado en llamarse *seguro de indemnización o de evicción*.

Quintin Johnstone³² enumera los casos en que la compañía ni siquiera pagará la suma acordada por la cobertura:

- Defectos descubiertos por el examen de títulos;
- Defectos descubiertos de la inspección física y/o de una mensura;
- Defectos que se crearan con posterioridad a la fecha de emisión de la póliza;
- Defectos o vicios de los que el asegurado estaba enterado o que asumió antes de la fecha de la póliza;
- Restricciones impuestas por cualquier reglamentación gubernamental en ejercicio del poder de policía con respecto al uso y goce de las propiedades;
- Títulos referidos a inmuebles por accesión;
- Algunos otros defectos ocultos no descubiertos por un examen competente.

Para hacer un parámetro completamente claro, tomemos como ejemplo lo que sucede con el seguro de vida. Si bien es un hecho que somos seres finitos, ello no tiene manera de prevenirse completamente. El seguro de vida intenta ser sólo un resarci-

(31) Ott, Wolfgang. *El Notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado*, Revista Notarial 2003, p. 453.

(32) Johnstone, Quintin. "Title Insurance", en *The Yale Law Journal*, Vol. 66, p. 495.

miento ante nuestra ausencia, aunque ello no nos hará regresar. Aunque parezca simplista la comparación, es claro que quien contrata un seguro de vida, por el solo hecho de contratarlo no deja de asistir a la visita médica para el control de su salud y prevención de enfermedades. En el ámbito jurídico-patrimonial, ¿podemos estar completamente seguros de que es preferible poder morirse económicamente tranquilo, que saberse *legalmente sano*?. Si es claro y natural que el resguardo para una salud física plena sea el mayor anhelo, ¿por qué no lo sería la salud jurídico-patrimonial? Es aquí, justamente, donde la intervención notarial hace las veces de control de sanidad jurídica preventiva.

LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN EN LOS DIFERENTES SISTEMAS

Toda transacción tiene un costo que se puede subdividir en: a) costo privado (el que las partes soportan para llevar a cabo el negocio); y b) costo social (el que soporta, además de las partes, toda la sociedad, en caso de que las transacciones deriven en un litigio). Para determinar cuál de los dos sistemas es más eficiente, debemos tener en cuenta algunos parámetros para lograr una medición confiable. Por un lado, debemos analizar los medios que el ordenamiento jurídico nos presenta para el fin que queremos lograr, cada uno con sus respectivos costos; y por el otro, el grado de certeza o incertidumbre al que están expuestos los contratantes en cada sistema. El mayor o menor costo transaccional está dado por las consecuencias derivadas de la forma de contratación por el que las partes optan, y por el valor que el ordenamiento jurídico le otorga a dicha forma. Así, la diferencia fundamental entre el sistema latino y el anglosajón está dada en una palabra: *certeza*, o, si se lo quiere ver a contrario, *incertidumbre*.

En las Naciones que adoptaron el sistema notarial de tipo latino, los costos de administración de justicia no superan el 0,6% del Producto Bruto Interno (en Japón y en España alcanza el 0,4%; en Bélgica, Francia, Canadá y Austria, el 0,6%; en Italia y Alemania el 0,5%). En cambio, en los Estados Unidos de Norteamérica, el costo de administración de justicia asciende al 2,6%, y en Inglaterra llega al 1,8%. Parece obvio señalar que lo más seguro resulta ser lo menos oneroso.

Revisando con cierto detalle los costos de transacción en los Estados Unidos de Norteamérica, y sin perjuicio de que cada operación tiene sus particularidades, tomando como base una compraventa en la Ciudad de Boston, Massachussets, por un importe de u\$s 352.000, e hipoteca por u\$s 281.600 (se tienen en cuenta los montos especialmente en función de los costos de los seguros), nos encontramos con los siguientes valores:

- Costo de solicitud, originación y procesamiento del crédito (en su caso): 1% del monto del préstamo, con gastos de entre u\$s 75 y u\$s 300;

- Costo de valuación del inmueble: hasta u\$s 500;
- Preparación de documentos (a cargo del *Attourney*): varían, pero rondan, como mínimo, los u\$s 120;
- Apertura de cuenta custodia (*escrow*): entre u\$s 30 y u\$s 100;
- Seguro de título, obligatorio en caso de hipoteca: (la cubre durante el plazo pactado, pudiendo el comprador extenderlo por todo el tiempo en que sea propietario): u\$s 673 por el valor del inmueble, y u\$s 705 por el monto de la hipoteca (esto es con referencia a los montos supra apuntados);
- Los honorarios que cobran los abogados por estudio de título rondan, como mínimo, los u\$s 350.
- Inspección del bien: no menos de u\$s 150;
- *Taxes* de registro: 1,1% sobre el valor de venta;
- Los costos de Registro: aproximadamente u\$s 26,50 por las primeras dos páginas y u\$s 7 por cada página adicional. Generalmente resulta un costo de aproximadamente u\$s 290;
- Impuesto al Estado: 5% sobre el valor de venta;
- *Taxes* de transferencia: 1,1% sobre el valor de venta;
- La Compañía que realiza el cierre cobra, al Comprador u\$s 300, y al Vendedor u\$s 200. Estos montos son ejemplificativos, y varían de acuerdo a la Compañía que se elija.
- Si interviene un *Notary Public* (certificador de firmas) su costo oscila entre u\$s 50 y u\$s 75;
- Se agregan además gastos varios de correo, fotocopias, mensajería, etc. (entre u\$s 50 y u\$s 75).

Más adelante hacemos una suerte de *vocabulario*, para una mejor comprensión de los términos utilizados).

Los gastos del cierre de la transacción generalmente se ubican en un promedio del 7% del costo de venta. Estos costos pueden variar entre el 3% y 10%, dependiendo del lugar donde se realice la transacción (Estado, localidad).

A menos que el convenio de compra establezca lo contrario, el comprador generalmente tiene a su cargo la mayoría de los costos.

El vendedor generalmente es responsable por la comisión de la inmobiliaria (que ronda el 6%), tasa de transferencia, su parte en los honorarios de la compañía de cierre, certificados de plagas, y de los costos que provoque la cancelación de una hipoteca que pese sobre la propiedad.

Si bien no pretendemos abarcar con esto la totalidad de los elementos, en general las

instituciones y personas intervinientes en una operación inmobiliaria en los Estados Unidos de Norteamérica son:

a) Real Estate Broker / Agent [Agente Inmobiliario, intermediario]

Es quien reúne al comprador y vendedor. El *Broker* prepara el acuerdo de venta, donde se fijan las condiciones de la venta y las consecuencias para el caso en que esta fracasara, y se establece la distribución de los costos que se originen por la transacción. El comprador entrega una suma de dinero (*Earnest money*) para demostrar la seriedad de la oferta realizada, y, si se concreta la transacción, será aplicada al momento del *closing*. Usualmente es una cifra de entre el 1% y 5% del valor de la compra.

b) Mortgage Company [Compañía de hipoteca o préstamo]

c) Attorney [Abogado]

Las partes pueden contratarlo para que revise la documentación, y su costo es variable; acostumbran cobrar por hora de trabajo, siendo el costo promedio de u\$s 150 la hora. Cada parte se hace cargo de abonar los honorarios del *Attorney* elegido como asesor particular, ya que no hay un profesional del derecho con intervención obligatoria.

d) Seller [Vendedor]

e) Buyer [Comprador]

f) Real Estate [Inmueble]

g) Appraisal [Tasación]

h) Loan [Préstamo]

Se puede realizar la búsqueda del préstamo directamente en los Bancos o instituciones diversas, o recurrir a una Compañía que se encarga de ello (*Mortgage Company*).

i) Lender [Prestador del dinero]

j) Pre-Approval Letter [Carta de pre-aprobación del préstamo]

k) Title Order [Orden de confección del contrato y demás documentación]

Ya sea por medio del agente inmobiliario, del oficial de préstamo o del comprador, para preparar la documentación en miras al cierre de la operación.

l) Agreement of sale [Acuerdo de venta o boleto]

m) Earnest money [Adelanto de dinero, que puede ser considerado seña]

n) Title Company

Compañía que estudia el título y provee la póliza para el prestador del dinero, que es obligatoria o requerida por parte de la beneficiaria (o sea prestadora), y optativa para el comparador.

ñ) Title search [Estudio de títulos]

Se examinan detalladamente los registros públicos que conciernen a la titularidad del bien, y los derechos y limitaciones en el uso del mismo. El período de búsqueda comienza por el actual dueño, y se extiende hacia atrás, por un período de 60 años (cadena de título). Todos los anteriores titulares serán examinados en cuanto a la capacidad contractual a los efectos de la transferencia del inmueble. Todos los instrumentos tienen que haber sido correctamente otorgados. Este examen lo realiza un *Attorney* con experiencia en estudio de títulos. Una vez que los Antecedentes del Título están completos, los recibe un *Oficial Examinador* de la misma Compañía de Títulos, quien va a dictaminar sobre su bondad y la posibilidad de asegurarlo. Asimismo se investigan las deudas que pesan sobre el inmueble.

Ejemplos de eventualidades cubiertas por la póliza:

- Escrituras y otros documentos falsificados;
- Escrituras otorgadas por personas incapaces;
- Escrituras otorgadas por personas supuestamente solteras pero que están casadas;
- Fraude;
- Servidumbres no inscriptas;
- Descendientes no declarados de antiguos dueños del inmueble;
- Reclamos por deuda de impuestos a la herencia contra dueños anteriores.

o) Hazard Insurance

Son seguros que protegen contra daños a la propiedad, como fuego, tormentas y desastres naturales. También en algunos Estados se exige contra las inundaciones o contra ciertas plagas, como las termitas.

p) Closing [Cierre de la operación]

Firma del instrumento, pago del precio y gastos. El Agente de Cierre generalmente cobra el depósito del prestador (si se hizo uno) y el cheque del comprador, y luego se encarga de hacer todos los cheques desde su cuenta de garantía o custodia, incluso el pago del precio.

q) Closing Agent [Agente de cierre de la operación]

Puede coincidir con la *Title Company*, y varía en cada Estado.

Actividades que realiza:

- Estudio del título;
- Solicita auditoría física del inmueble;
- Establece los montos de las deudas por *tax* [impuesto] si las hubiere;
- Organiza el cierre de la operación y se asegura de que la documentación esté en orden. Además, es generalmente en su oficina donde se concreta el cierre.

r) Deed [Instrumento de transmisión de dominio (será el título)]

Puede darse el *cash-sale contract*, que obliga al comprador al pago al contado contra la entrega del deed, y el *inc taliment contract*, por el cual el adquirente paga en cuotas, y se le hace entrega del deed una vez percibido por el vendedor un cierto número de cuotas.

s) Otra Documentación:

Deed of trust [transferencia fiduciaria en garantía]

Mortgage [Hipoteca]

Promissory Note [Documento de promesa de pago]

Relacionado con el *deed of trust* o con el *mortgage*, según el caso.

t) Land Survey

Auditoría física del inmueble (*General Home Inspection* y Control de plagas).

u) Escrow account [Cuenta de custodia, a nombre del Agente de Cierre]

Allí se van a girar, por parte de la institución prestadora o la compañía elegida para el *closing*, los fondos que deben estar disponibles para el prestador, como ser primas de seguro, *taxes*, y otros.

LAS EXTERNALIDADES ECONÓMICAS POSITIVAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

El resultado eficiente del documento con fe pública –su correcta producción y su eficacia– produce una externalidad positiva. Este acrecentamiento de beneficios para los terceros (nos referimos, por supuesto, a las externalidades positivas) se produce también en otros ámbitos como, por ejemplo, con los buenos fallos judiciales en los casos paradigmáticos. Sin perjuicio del costo que hubieren producido, provocan automáticamente, y además del beneficio del ganador, una externalidad positiva en orden a la aplicación del derecho: quedan claros los modos de asignación de derechos en circunstancias semejantes a la resuelta por el juez en el caso concreto. Esta externalidad positiva será un precedente en el derecho anglosajón y sentará jurisprudencia en el derecho continental.

Los costos de administración generados por la actividad notarial en razón del cumplimiento de obligaciones impuestas por el Estado (fiscales, impositivas, etc.) suelen ser consideradas externalidades negativas por los críticos del sistema; nosotros sostenemos que la comunidad obtiene de esta actividad del Notario, beneficios a menores costos.

ALGUNAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LOS PLANTEAMIENTOS ECONÓMICOS

- ¿Es posible un análisis costo-beneficio de la intervención notarial?;
- Modelos o métodos aplicables para ese análisis.

Ha dicho la asociación francesa *Henri Capitant*, analizando precisamente desde el punto de vista económico el valor de nuestro sistema jurídico, que el derecho civil, por oposición al *common law*, presenta cualidades positivas intrínsecas, de carácter eminentemente económicas, entre las que se destacan el ahorro de tiempo y dinero asociado a la seguridad jurídica, y prevención de ardidés procesales³³. Y en expresiones del Notario José Manuel García Collantes, el notariado no puede quedar al margen de una valoración económica que determine su eficiencia y justifique su existencia. Por el contrario, debe demostrar que su intervención es capaz de proporcionar seguridad a un costo mínimo, o en todo caso, inferior al de los sistemas alternativos. Una de las esenciales funciones notariales, consiste en dotar de certeza y seguridad al tráfico jurídico, valores en cuya observancia se encuentra interesada la comunidad entera. Creando (dando) certeza, el Notario crea valor económico, desempeñando al mismo tiempo, una función productiva. De ello se deduce que la ausencia del Notario, dentro del ámbito negocial, genera inseguridad, que se traduce en un costo añadido³⁴.

La labor notarial conlleva indiscutibles beneficios vinculados con economía de gastos, que se deriva de la reunión de múltiples funciones en cabeza del Notario, y el acotamiento de los índices de litigiosidad. Y no puede soslayarse la reducción en los costos del Estado cuando estructura el servicio de seguridad jurídica preventiva, puesto que todo el peso de la organización recae sobre la propia institución notarial, y no sobre el Estado directamente.

Respecto de los gastos que insume la intervención notarial dentro de la contratación, debemos destacar que resulta a todas luces más oneroso intervenir en justicia reparadora y seguro de títulos, que recurrir a la intervención notarial, integradora de diver-

(33) *Association Henri Capitant*, op. cit. en nota 12, p. 126.

(34) García Collantes, José Manuel. "Economía y Notariado", Circular 3175 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 17 de abril de 2006.

sas funciones, como ya hemos visto, y garante de la seguridad jurídica preventiva. En otro aspecto, el valor del seguro de títulos, por progresión anual, representa en la vida media de un individuo \$91,51 cada \$1000, mientras que el costo notarial es de \$20 cada \$1000 por cada oportunidad de compra³⁵. Al costo de seguro deben añadirse otros (examen de antecedentes, asesoramiento de Abogados -uno por cada parte-, etc.), que son desempeñadas por el Notario como parte integrante de las operaciones de ejercicio que desempeña. La falta de control de legitimidad y de licitud, acarrea a largo plazo un alto costo de litigiosidad, altos costos para la contratación y, finalmente, altos costos para el Estado, que presta, en definitiva, asistencia jurídica a los ciudadanos carentes de recursos³⁶.

Nuestro sistema jurídico no solamente garantiza de manera adecuada los derechos de los ciudadanos, sino que además ha demostrado estadísticamente que la seguridad resultó más protegida en nuestro país que en los Estados Unidos de Norteamérica en los últimos diez años³⁷. Estamos en condiciones de aseverar que el sistema del *civil law* es preferible, dado que reduce en mayor medida la inseguridad jurídica, a un menor costo relativo³⁸.

Fuera del ámbito de los derechos reales, y con respecto al resto de los contratos, se da también una realidad llamativa: los negocios jurídicos formalizados en el marco del sistema anglosajón, generan, a partir de las violaciones de lo acordado, una actividad jurisdiccional el 20% de los casos, contra un escaso 4% en los países europeos de rai-gambre latina³⁹.

Constituye un error pensar que, del sacrificio de la seguridad jurídica en el altar del economicismo, puedan obtenerse beneficios ciertos para la comunidad. Si el objetivo hacia el cual debe tender todo sistema jurídico es el de la seguridad, es obvio que dicho propósito no podrá ser satisfecho a través de este mecanismo. Los procesos fundados en cuestiones de titulación, generan un alto costo judicial, que debe soportar el usuario desprotegido. El sistema del *common law*, con las contrariedades apuntadas, genera una gran incertidumbre⁴⁰, lo que redonda, conforme venimos analizando, en costos

(35) Cachanosky, Juan, citado por Agustín Oscar Braschi, en Aporte al Tema I de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires: "El rol del Notario ante las nuevas formas de contratación. Su contribución a la prevención de litigiosidad civil. La función notarial desde el punto de vista económico. Análisis de la relación costo-eficiencia. Bondad instrumental y certeza registral".

(36) Braschi, Agustín Oscar; Orelle, José María Rodolfo; Pérez Lozano, Néstor Oscar - "La seguridad jurídica y el notariado", *Revista del Notariado* Nº 841 (Abril-Junio 1995), p. 332.

(37) Highton, Elena I.; Vitale, Angélica G.E. Op. cit. en nota 30, p. 197. El método utilizado en dicha obra, para el confronto de datos, es el del Test de Hipótesis, y se tomaron datos que se corresponden con 10 años en los casos de EE.UU. y Buenos Aires, y 6 años para la Provincia de Mendoza.

(38) XII Congreso Internacional de Derecho Registral, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, 19 al 23 de marzo de 2001, Conclusiones del Tema I: "Garantía de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro".

(39) Braschi, Agustín Oscar; Orelle, José María Rodolfo; Pérez Lozano, Néstor Oscar, op. cit. *ut supra*.

(40) Braschi, Agustín Oscar. "Acerca del seguro de títulos (¿Seguro de títulos seguro?)", *Revista del Notariado* Nº 876 (Abril-Junio 2004), p. 279.

aún más altos, que podemos denominar "externalidades económicas negativas" del sistema. La adopción del seguro no evita la producción del daño⁴¹, y no alcanza a cubrir todos los perjuicios; ello sin consideración a que las aludidas externalidades negativas serán aún mayores en países en los que las compañías aseguradoras se convierten en un escollo burocrático más en el momento de intentarse el cobro de la indemnización, desnaturalizándose su función, obligando al contratante a recurrir a la justicia.

El seguro de título no satisface las expectativas de seguridad y certeza jurídicas, dado que la misma reparación vulnera la garantía de los derechos que el Estado se obligó a tutelar⁴².

El notariado de tipo latino, cuyas funciones y estructura han evolucionado hasta revestir su forma actual, representa un factor esencial para el desarrollo económico, y coadyuva indiscutiblemente al mejor funcionamiento de la economía de mercado⁴³.

SEGURIDAD JURÍDICA Y MERCADO. LA APLICACIÓN A LA FUNCIÓN NOTARIAL DE LAS REGLAS DEL MERCADO. ASPECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS.

El mercado siempre opera bajo condiciones de incertidumbre; crear certeza es crear valor económico, y, al ejercer una función productiva en este contexto, el sistema notarial reduce el costo de las operaciones y aumenta sus beneficios. Vemos aquí la amplitud y complejidad de la actividad notarial: el notario asesora, aconseja, asiste a la formación de la voluntad y controla la legalidad. El Notario realiza todos los actos preparatorios y posteriores necesarios para obtener el resultado deseado por las partes; así, en el notariado italiano se dice que la función notarial es *sportello unico per il mercato immobiliare* [ventanilla única para el mercado inmobiliario], dando certeza jurídica, calificado asesoramiento legal, brindando un servicio al Estado, sin ninguna erogación para el mismo, aportando el máximo valor, identificando los peligros que pueden presentarse en el transcurso de las operaciones, valorando, reduciendo y eventualmente eliminando el riesgo.

Toda esta actividad compleja ha sido definida como el *multiproducto notarial*⁴⁴, por tratarse de distintas actividades, en el marco de una misma profesión, desarrolladas por una sola figura. Y sus beneficios trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros que no son parte en el mismo, pero que indirectamente se benefician de

(41) Braschi, loc. cit. en nota 40.

(42) Highton, Elena I.; Vitale, Angélica G.E. Op. cit. en nota 30, p. 199.

(43) Ott, Wolfgang. "El Notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado", Trabajo presentado como ponencia de la delegación alemana al XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires (1998), Publicado en Revista Notarial N° 945, p. 454.

(44) Mesa redonda de apertura de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2006).

una situación de seguridad, lo que los economistas llaman "externalidades positivas". El documento Notarial es un objeto cultural producto del proceso notarial⁴⁵ cuyo destino es satisfacer la necesidad de seguridad jurídica. La "predeterminación legal de una prueba preponderante" es un incentivo para disminuir los costos de administración y los costos de error de los procesos. Esto es lo que hace el sistema jurídico romano germánico al instituir el sistema de la prueba preconstituida y dotar al documento notarial de ese carácter.

Las reglas claras en cualquier mercado determinan una reducción de costos: si la probabilidad de ganar o perder un juicio es bien conocida por las partes, ello redundará en una menor demanda de juicios, a menor cantidad de juicios habrá menores costos administrativos. Los menores costos sumados dan por resultado un mayor valor al derecho no discutido. Esto aumenta el bienestar general.

Utilizando terminología mercantil, podemos afirmar que los notarios están, como todos los profesionales, enmarcados entre los prestadores de servicios. Y como tales, enfrentan todas las variables del mercado, exponiendo sus fortalezas y sus debilidades. Sería una fantasía imaginar a un notario preservado en una caja de cristal, alejado de toda competencia. Esto justamente por lo híbrido de su carácter de profesional liberal en ejercicio de una función pública. Su independencia profesional se caracteriza porque trabaja a riesgo propio, y tiene, económicamente, libre disposición de los honorarios que le corresponden⁴⁶.

Por ello, y para asegurar la imparcialidad de la función pública que ejerce, la actividad notarial se encuentra sujeta a aranceles fijados por ley. El sentido del arancel es evitar la competencia profesional entre notarios por cuestiones económicas o licitación de honorarios, centrándola exclusivamente en el ámbito de la excelencia y calidad de los servicios.

Los Notarios no están exentos de la competencia entre profesionales. Los clientes han incorporado los valores de la economía de mercado, y toman en cuenta dentro de su ponderación del servicio el valor del honorario profesional, sobre el que seguramente establecerán un parámetro de razonabilidad. Pero el desafío profesional de calidad debe basar su diferenciación entre colegas no por montos de honorario, sino por el servicio prestado y el prestigio profesional que cada quien ha logrado a lo largo de su carrera.

(45) Guestrin, Sergio. *Fundamentos para un nuevo análisis del derecho*. Editorial Abaco, 2004, p. 43

(46) *XXII Congreso Internacional del Notariado Latino*. Buenos Aires, 1998. Ponencia de la delegación alemana.

Otra cuestión representa el monto de los honorarios establecidos por arancel. Es allí donde debe tenerse presente cuál es el valor que representa la labor notarial en las distintas etapas, cuánto vale para las partes el asesoramiento preventivo y la tranquilidad, máxime teniendo en cuenta la responsabilidad que, en lo personal, asume el notario por su actuación profesional.

LA CALIDAD DEL PRODUCTO NOTARIAL COMO FACTOR BÁSICO EN LA EVOLUCIÓN FAVORABLE DE NUESTRA FUNCIÓN. PELIGROS Y DESAFÍOS.

Debemos enfrentarnos aquí a los peligros de la excesiva sistematización (dados por el trabajo en masa, que podría devenir en la pérdida de la capacidad de abarcar todo el espectro de la actividad notarial, o en alejar al notario del objeto de su función impidiendo su inmediata relación con el mismo, así como con sus requirentes –o clientes, como venimos viendo al analizar económicamente la función notarial–, redundando ello en una merma en cuanto a la calidad del servicio), o de la pérdida de equidad en favor del *cliente poderoso*, entre otros. Pero nos encontramos también con desafíos tales como la necesidad de capacitación permanente, y con la fuerte presencia de las instituciones colegiales marcando el camino, e impartiendo un profundo sentido ético y deontológico en el ejercicio de la función.

En el ámbito empresarial existen costumbres y normas tendientes a asegurar la calidad de los procesos y de los productos, fijando parámetros de estandarización. Se trata de las denominadas normas ISO (*International Organization for Standardization*) de calidad de servicio y de procesos. Complementariamente a todo lo expresado respecto de contenido del servicio notarial, el mismo se encuentra sometido a un exhaustivo control de calidad, no sólo del producto en sí en cuanto a la fe pública y perfección del documento, sino a los procesos que deben cumplimentarse para que adquiera tal calidad.

El control de calidad se efectúa en dos momentos: 1º) Cuando lo realiza el notario, en forma previa al otorgamiento del acto (ya nos hemos referido a las operaciones que efectúa); y 2º) El que realizan los Colegios Notariales, mediante la inspección (los inspectores que no ejercen su profesión de notarios, a fin de asegurar su imparcialidad), como organismos de control. Deriva de allí uno de los elementos reveladores de la necesidad de la existencia del *numerus clausus*, que es el facilitar una mejor supervisión.

EL NOTARIADO COMO INSTITUCIÓN DE EQUILIBRIO

Entre modernidad y tradición

En esta época en que en nombre de la economía de mercado se habla de rivalidad entre empresas, cuando la realidad es producto de la voluntad conjunta de las esferas de poder, en donde se busca el buen funcionamiento de mercado y no el bienestar y seguridad de los pueblos, sigue siendo el notariado un símbolo de garantía para la sociedad. El Notariado ha sido y es sinónimo de objetividad y equilibrio. Ha nacido para responder a las necesidades de la sociedad, coadyuva al nacimiento del contrato, custodia la propiedad, contribuye al equilibrio, a la solidaridad y a la paz social. Se encuentra pues, como actor principal dentro de una corriente de expresión del servicio a la comunidad y a sus integrantes⁴⁷.

La Sociedad produce cambios rápidos y profundos, que debemos interpretar desde la óptica notarial, y de esa manera estar preparados para actuar en situaciones novedosas, con los medios más actuales pero con los principios de siempre. Los notarios debemos tomar conciencia de la adaptación de la profesión, creciendo junto a los cambios y no permitiendo que estos nos determinen con el tiempo; tenemos que delinear y encarar nuestra función. Notarios con conciencia de lo social, que sirvan con dedicación a la comunidad es lo que determinará la permanencia de la función. Con estas bases el Notariado deberá consolidarse y proyectarse en el tiempo.

La garantía de seguridad como valor está en el imaginario colectivo; por ello al actuar en ese sentido, el Escribano rescata los valores culturales ancestrales que desde siempre lo han vinculado al consejo y a la confianza, a la ecuanimidad y a la justicia. Este rango particular, lo posiciona como una institución de equilibrio entre la modernidad y la tradición, porque si bien ha asumido una postura dinámica ante los desafíos que deparan el presente y la globalización, lleva en su piel y en su ser esos elementos constitutivos que se transforman en preciados valores. Esos que todos esperan, esos que todos asocian a su figura, porque hace justamente a su naturaleza.

Entre el Estado y el mercado

En el marco de la obligación de asesorar y proteger los intereses de los que concurren ante su presencia, redactando el contrato con imparcialidad, y velando porque exista equilibrio entre los intereses y garantías de los contratantes, el Notario debe, en caso

(47) Deimundo, Santiago Raúl. "Pensamiento y Sentimiento sobre el Notariado" (1989).

de que esto no ocurra, asesorar al menos favorecido otorgándole, de modo claro, la información necesaria. Su labor es conciliatoria de intereses, aconseja libremente a las partes sin inclinarse en favor de ninguna.

Se ha definido a la Globalización como la interacción entre las economías nacionales y la existencia de una economía internacional que las abarca. Nos encontramos con intereses transnacionales representados por empresas multinacionales, o corporaciones que fijan muchas veces las "reglas del juego". Gran parte del planeta considera al mundo como una *Sociedad Mundial de Mercado*, que pasa por alto circunstancias individualizantes vinculadas con lo jurídico, lo cultural, lo político, lo social, lo ecológico y todo lo atinente a la persona humana, ya sea considerada en sí misma o en sociedad.

Lamentablemente, son nuestros propios Gobiernos los que facilitan que ello suceda, mediante la ejecución de políticas económicas que se idean para atraer inversiones y aplican reglas de juego transnacionales, a fin de brindar "celeridad en las ganancias", para quienes prefieren sacrificar seguridad en pos de la rapidez. Estas inversiones deben ser bienvenidas en la medida que pasen por una valoración objetiva que contemple todos los intereses en juego, porque la seguridad del tráfico jurídico no tiene por qué confundirse, o reducirse a la conveniencia de las inversiones.

El Notariado, que se ocupa de la seguridad, de la certeza, de la protección de los intereses individuales, en fin, de los derechos de los ciudadanos, constituye un límite indiscutible para el poder económico, aún en los casos de la contratación en masa, en los que la labor individual es escasa, porque suele tratarse de contratos de adhesión o formas predispuestas. Recae entonces en el Notario, en mayor medida, la responsabilidad del control de legalidad y el deber de asesoramiento.

Entre la salvaguarda de los intereses públicos y la defensa de los derechos de los ciudadanos

Los llamados Derechos del Hombre, Derechos de la Persona Humana, Derechos de los Ciudadanos o Derechos Humanos, han sido reconocidos en numerosas declaraciones y legislaciones, y se han establecido muchas veces en las propias Constituciones Nacionales, pero debemos reparar: ¿Estos derechos existen y son respetados, o son una constante meta a alcanzar? Al respecto, hay dos concepciones jurídico-filosóficas opuestas: la de Savigny, con una postura pasiva y de espera, y la de Von Ihering, que invita a la lucha constante por el derecho, sosteniendo que todas las grandes conquistas que se obtuvieron en la historia del derecho (como la abolición de la esclavitud, la servidumbre, la libre disponibilidad de la propiedad territorial, la libertad de conciencia), no han sido alcanzadas sin luchar. Es una lucha o *estado de vigilancia permanente*.

El contrato es el medio a través del cual satisface el hombre sus necesidades económicas, lo cual coloca a los notarios en el centro de las relaciones económico jurídicas de una sociedad. La multidisciplinariedad en el ejercicio profesional garantiza un servicio de excelencia al consumidor, y debe estar muy bien regulado, respetar la deontología de cada profesión y no transformar a ellas en una empresa mercantil. Una nueva *visión del mundo* se impone para comprender los fenómenos sociales a través de un enfoque multidisciplinario, donde el ser humano, centro de imputación de normas, debe ser comprendido como un todo, o sea, desde el punto de vista físico, social y político.

Nuevos derechos han hecho irrupción en el mundo, y así se ha gestado un Derecho Comunitario, que cada vez tiene más predominio sobre el Derecho Nacional. Así los Derechos Personalísimos, el Derecho del Consumidor, el Derecho a la privacidad, al Medio Ambiente, el Derecho Informático. El papel del notario garantiza la seguridad, el cumplimiento de las obligaciones, y la protección de los derechos; en los contratos, la instrumentación llevada a cabo por el Notario no sólo facilita la circulación económica, sino que también se pone al frente de la defensa del consumidor, donde debido a las grandes concentraciones empresarias, este queda totalmente desprotegido, frente a los contratos de adhesión en que la autonomía de la voluntad queda cautiva de las cláusulas predispuestas abusivas que contienen.

La manera como se implementan las inversiones en cada país, y cómo estas se instrumentan, constituye para las empresas multinacionales un dogma inmodificable. Es ante este panorama que observamos cómo los "inversores globales", que cuentan con gran participación de inversores provenientes de países con sistemas jurídicos del *common law*, procuran instaurar sus modalidades negociales, financieras y hasta inmobiliarias en los países de destino. Todo lo que resulte un escollo "debe adecuarse, debe modificarse".

La costumbre de un lugar, aún dentro de cada país, crea su propia manera de ser y de hacer. Es inútil que se pretenda introducir reglas que funcionan muy bien en otras partes, porque no se adecúan a la realidad social, cultural y jurídica de la comunidad receptora. En este sentido, coincidimos con Tena Arregui cuando señala que "las personas encargadas de redactar las nuevas normas que han de impulsar el proceso, no advierten que la mayoría de los ciudadanos ya han establecido sus propias normas por consenso social". Destacamos en el más amplio sentido que pueda dársele, el debido respeto del derecho a la autodeterminación de los pueblos, en todos sus aspectos, quedando comprendido, por supuesto, el de la elección de su régimen jurídico.

Consideramos a la función notarial, desde el punto de vista económico, como una herramienta que emplaza al ser humano como centro del ordenamiento jurídico, un elemento del sistema jurídico que, respetando la autonomía de la voluntad, no se limi-

ta a la interpretación de voluntades, sino, y fundamentalmente, al mantenimiento o reestablecimiento de la equidad.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE

I. Los informes *Doing Business* del Banco Mundial deben ser tomados en cuenta sin perder de vista sus aspectos metodológicos, que los tornan endebles (al menos en lo que al notariado se refiere), por lo que sirven los mismos para agudizar aún más los sentidos y redoblar los esfuerzos en la búsqueda del continuo crecimiento y perfeccionamiento de nuestra función, pero en modo alguno debemos sentirnos disminuidos en virtud de sus afirmaciones.

II. No sólo el Banco Mundial se para frente al notariado en franca oposición a sus principios y raíces: no podemos ignorar el avance de organismos de Derecho Registral, que pretenden dar a los asientos entidad suficiente como para brindar la seguridad jurídica necesaria para que funcione el sistema. Plantear que el crédito territorial, fundamental para el desarrollo y el crecimiento económico, y vinculado esencialmente con el derecho real de hipoteca, debe buscar la clave de la seguridad jurídica a través de los Registros de la Propiedad, implica desconocer sus cualidades al documento portante del derecho, inclinándose hacia un Registro de derechos, y no de documentos. Se sostiene también que, ante el error registral, debería recurrirse al seguro. Esto tiene un basamento teórico y una finalidad práctica que nos resultan ya conocidos.

III. Nuestra cultura, que según los economistas debe ser revisada profundamente e insertada en el mundo de la competencia y la libertad de mercado, es lo que está aquí en juego. Posiblemente, una especie de "neocolonización, en las ideas", que debemos reconocer, y que no tiene sustento. Intentar probar que existe el "costo innecesario del notario" está ocultando la puerta que se abre a la industria del seguro, que también tiene su costo, pero diferentes beneficiarios, los que no son precisamente los consumidores, los ciudadanos, ni los *asegurados*.

IV. La gran diferencia entre el sistema latino y el sistema sajón aplicado en Estados Unidos de Norteamérica, en lo que hace al régimen inmobiliario, estriba en que el primero asegura al contratante un derecho sobre un inmueble, mientras que el segundo le asegura una indemnización. No obstante tener, como actores fundamentales del sistema notarial latino, una claramente definida postura adoptada a favor del mismo, en el estudio comparativo entre éste y el imperante en los Estados Unidos, imponemos el respeto de la autodeterminación de los pueblos en todos sus aspectos, estando comprendida, por supuesto, dentro de esa gama infinita de derechos que le son propios, la elección de su régimen jurídico.

V. Reconocemos que el contrato, cualquiera sea este, es el medio a través del cual satisface el hombre sus necesidades económicas, y sostenemos que esto coloca a los notarios en el centro de las relaciones económico-jurídicas de una sociedad, para lo cual el notariado se prepara sólidamente.

VI. No es acertado hablar de un enfrentamiento del sistema del notariado latino con las tendencias de la economía de mercado, ya que el notario, mediante su actividad, logra relaciones claras y estipulaciones contractuales económicas impregnadas de certeza. La economía de mercado nos plantea estos interrogantes: contratar o no contratar, elegir con quien contratar, seleccionar las cláusulas del contrato, buscar la tutela de la ley, para dar respuesta a los cuales, el notariado y la seguridad jurídica que brinda, deben constituirse como bienes económicos de la sociedad, dado que vienen a cubrir una necesidad de esta.

VII. Según nuestra concepción, el único modo de obtener la tan ansiada seguridad jurídica es a través de la instrumentación de los negocios jurídicos inmobiliarios mediante escritura pública con la intervención de este profesional del derecho, el notario, competente e indispensable para lograrlo. Desde una visión económica, el sistema notarial latino para la transferencia de inmuebles tiene un costo transaccional más bajo y una realización más rápida que el sistema de transferencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

VIII. La labor notarial conlleva beneficios directos, tales como la economía de gastos, derivadas de la reunión de múltiples funciones en cabeza del notario, y el acotamiento de los índices de litigiosidad. Asimismo, implica otros indirectos, que exceden la órbita del derecho privado, tales como la reducción en los costos del Estado, cuando estructura el servicio de seguridad jurídica preventiva, puesto que todo el peso de la organización recae sobre la propia entidad corporativa notarial, y no sobre el Estado directamente. El documento notarial es un medio de protección *ex ante* de la transacción, y económicamente más eficiente que los mecanismos *ex post*.

IX. Constituye un error pensar que, del sacrificio de la seguridad jurídica, en el altar del economicismo, puedan obtenerse beneficios ciertos para la comunidad. Si el objetivo hacia el cual debe tender todo sistema jurídico es el de la seguridad, es obvio que dicho propósito no podrá ser satisfecho a través del mecanismo del *Seguro de Título*. Los procesos fundados en cuestiones de titulación, generan un alto costo judicial, que debe soportar el usuario desprotegido. Además, la adopción del seguro no evita el daño: tales pólizas, no satisfacen las expectativas de seguridad y certeza jurídicas, dado que la misma reparación vulnera los dispositivos de prevención, e imposibilitan al Estado cumplir con la garantía de los derechos que se obligó a tutelar.

X. El documento notarial es un objeto cultural producto del proceso notarial, cuyo destino es satisfacer la necesidad de seguridad jurídica. En consecuencia, se pueden enunciar leyes del mercado de aplicación a la necesidad de seguridad jurídica, leyes que se aplican a la producción de los recursos destinados a satisfacerla.

XI. El carácter de *prueba preponderante* en juicio confiere valor económico al documento notarial; quien la utiliza internaliza los costos de su producción y hace que la producción de cualquier otra prueba tenga un costo añadido. Además, al internalizarse costos, se evitan externalidades negativas.

XII. La fe pública notarial es una *institución* que ha probado su eficiencia en orden a satisfacer la necesidad de seguridad, inclinando a los sujetos económicos a su elección.

XIII. Las reglas claras en cualquier mercado determinan una reducción de costos: si la probabilidad de ganar o perder un juicio es conocida por las partes, ello redundará en una menor demanda de juicios: menos juicios, menos costos administrativos. Los menores costos sumados dan por resultado un mayor valor al derecho no discutido, lo que aumenta el bienestar general; por el contrario, los costos asociados a juicios generan una merma en el bienestar general. Todo derecho no discutido se valoriza y genera riqueza.

XIV. Las externalidades negativas suelen estar relacionadas al error y a los mayores riesgos que los agentes (notarios) asumen en la prestación del servicio. Los costos de administración generados por la actividad notarial en razón del cumplimiento de obligaciones impuestas por el Estado suelen ser consideradas externalidades negativas por los críticos del sistema. Sostenemos que la comunidad obtiene de la actividad del notario beneficios superiores a los costos incurridos, por lo que no hay razón para considerarlos una externalidad negativa.

XV. Derecho y Economía coexisten, forman parte de un ordenamiento sistémico en el que el Notariado es la institución que garantiza eficiencia y moralidad al mercado, por su confiabilidad, certeza, imparcialidad, estabilidad, competencia y seriedad.

XVI. La función asesora del notario, especialmente en lo que respecta a la parte menos informada, ejercida dentro del marco de la imparcialidad que implica no tomar partido ni involucrarse con alguna de las partes, demostró darle seguridad a los contratos y una especial protección al consumidor no profesional.

XVII. Notarios con conciencia de lo social, que sirvan con dedicación a la comunidad, es lo que determinará la permanencia de la función, y aún su crecimiento. Con estas bases el Notariado continuará proyectándose a lo largo del tiempo.

XVIII. Consideramos a la función notarial, desde el punto de vista económico, una herramienta que emplaza al ser humano como centro del ordenamiento jurídico; un elemento del sistema que, respetando la autonomía de la voluntad, tiende a la celebración de contratos en los que no se limita a la interpretación de esas voluntades, sino que apunta a la contemplación de equidad en las cláusulas contractuales.

XIX. El que todos los usuarios tengan acceso a la función notarial en las mismas condiciones, depende en gran medida de los criterios con que se regule la función notarial en cada territorio, con una cobertura geográfica equilibrada, así como en cuanto a la remuneración de su prestación (por ejemplo mediante la fijación de tarifas -arancel fijo, de orden público-), contribuyendo así a su ejercicio imparcial.

XX. Como depositarios de la fe pública y garantes de la seguridad jurídica, los ciudadanos esperan que los notarios seamos protectores de la dignidad y del valor que tiene cada persona humana como tal. Convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, es nuestra obligación en el curso del trabajo cotidiano dar un sitio preponderante al *asesoramiento* a todos nuestros requirentes, con equidad y en forma imparcial, y prestar especial atención ante los contratos *predispuestos* o de *adhesión*.

Participantes de la ponencia:

Rosa Marta Axelrud de Lendner; Susana Marta Bonanno; Ezequiel Cabulli; Patricia Marcela Casal; Anahí Carrascosa; Elina Inés Carreira; Marcela Beatriz Chokaklian; Raquel Colomer; Águeda Luisa Crespo; Magdalena Noemí Damilano; Ana Lía Díaz Prandi; Gabriela Victoria Folcini Castaño; Miguel Ernesto Guinle; María Cecilia Herrero de Pratesi; Griselda Julia Jatib; Camilo Enrique López Bosch; Patricia Adriana Lanzon; Maria Rosa del Milagro Martin; María Evelina Massa; Rubén Gregorio Salaberren; Susana Violeta Sierz; Edda Enriqueta Sinelli; María Magdalena Tato; y Angélica Generosa Emilia Vitale.