

El notariado latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones.

Escribana Rosana A. Gimeno

NOTARIADO LATINO. DIFERENCIAS CON EL NOTARIO ANGLOSAJÓN

Cuando se aborda este tema, es siempre actual y positivo recordar la ya famosa definición que nos ha dado el *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino* celebrado en Buenos Aires en el año 1948, definiendo al notario latino como “el profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido”.

En el mismo Congreso se puso énfasis en sus aspectos caracterizantes, a saber:

1. inamovilidad,
2. limitación en el número,
3. competencia territorial,
4. derecho de elección,
5. obligatoriedad de la prestación,
6. secreto profesional,
7. honorarios regulados a través de aranceles establecidos por sus propias autoridades,
8. responsabilidad personal.

El notario latino identifica a las partes, es profesional de derecho, controla la capacidad y legalidad del negocio jurídico que instrumenta, deja preconstituida una prueba, genera un negocio jurídico válido e interviene en su redacción evitando ambigüedades y puntos oscuros, inscribiendo el documento y guardando el protocolo para su seguridad.

Su poder de dar fe conferido por el Estado y la fe pública que emana de los documentos que autoriza revisten un valor y eficacia de especial importancia trascendente en el ámbito negocial e inmobiliario, en la esfera de los hechos que pasan por ante sus

sentidos; su valor y eficacia sólo decaen cuando el hecho es impugnado de falso y triunfa la acción de redargución en juicio civil o penal, y se garantiza la existencia del consentimiento dándose autenticidad a las declaraciones de voluntad de los otorgantes tal como están expresadas en el documento, las que deben ser tenidas por válidas y eficaces mientras que en juicio no se pruebe lo contrario.

En contraposición, "el *Manual para Notarios de Nueva York* establece que las copias de los documentos certificadas por el notario no pueden ser usadas como prueba en las Cortes. Mayúscula es la diferencia tanto, que en la legislación de California se propuso cambiar su denominación por la de certificador público"¹.

El notario de tipo latino recepta la información registral referida a la situación de bienes y de personas, actualizada en los certificados administrativos, como paso anterior a la celebración del negocio jurídico; en cambio, en los Estados Unidos no existen tales certificaciones previas, y la información registral debe obtenerse por medio de una insegura búsqueda directa por cada interesado en los índices respectivos.

El notario latino sintetiza y sistematiza la información referida al negocio jurídico para su presentación y toma de razón en el registro, en cambio ello no acontece en el sistema estadounidense pues la técnica registral utilizada es la del enlegajamiento o transcripción, que evidencia muchísimas y graves deficiencias.

El llamado *fenómeno jurídico de penetración* de los sistemas legales de sustrato latino es el proceso que pretende, ante la inclusión de normas extraídas o inspiradas en el derecho estadounidense, suprimir o minimizar la función notarial de tipo latino.

En este trabajo debemos aclarar que, cuando se hace referencia al sistema estadounidense de transmisión y constitución de derechos reales, se está excluyendo al vigente en el Estado de Luisiana que se ha mantenido fiel a los principios jurídicos latinos. Desde ya, es fácil concluir, y este trabajo pretende dar luz sobre esta premisa, que un sistema de transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios fundamentado en un documento privado genera inseguridad jurídica y resulta un contrato de seguro impotente para conferirla; se presenta fácilmente el peligro de la falsedad de tales instrumentos o de que los mismos contengan indicaciones o referencias falsas o erróneas respecto de los presupuestos y elementos del negocio jurídico.

El instrumento privado, claro está, no puede considerarse una prueba preconstituida de la existencia, veracidad y/o validez del negocio jurídico, por lo cual es imposible determinar en los Estados Unidos la calidad de los títulos inmobiliarios.

(1) Dato extraído del trabajo presentado por los notarios Pérez Cosentino, Fusco, Rescia, Coedgoni, Insua y Noto a la *XXIX Jornada Notarial Bonaerense* celebrada en Necochea en 1993.

A diferencia del instrumento notarial, no requiere de la intervención de un profesional del Derecho en su redacción y proliferan los vicios que producen nulidades, lo cual genera una peligrosa inseguridad jurídica desde la fuente.

Desde otro aspecto, al no imponer dichas legislaciones la intervención obligatoria de un profesional del Derecho del tipo de los notarios latinos, se producen graves deficiencias en los registros inmobiliarios.

De más está decir que el derecho anglosajón tiene principios y normas muy diferentes al mundo jurídico latino. En razón del carácter local que constitucionalmente para cada estado tiene la legislación civil en los Estados Unidos, no existe identidad en el ordenamiento legal de los mismos, existiendo sí principios y normas fundamentales que en algunos casos son similares o idénticas.

El sistema estadounidense de constitución y transmisión de derechos reales tiene una estructura integrada por niveles, dos de ellos negociales y un tercero registral.

Comienza con la celebración, continúa con el otorgamiento del negocio jurídico unilateral de disposición y finaliza con la inscripción en los registros inmobiliarios de diversa naturaleza; ejemplos de la aplicación del sistema de inscripción declarativo lo observamos en New York y Massachusetts; del tipo constitutivo, en el Estado de Ohio; y la aplicación del sistema Torrens, si bien no ha alcanzado difusión, se han sancionado leyes, que lo receptan genéricamente, denominadas *Voluntary Torrens Acts* en ciudades como Chicago, Boston, etcétera.

La técnica registral más difundida en el citado país es la de transcripción en los libros registrales de los documentos que se presentan para su inscripción, impuesta esta modalidad ante la ausencia del notariado de tipo latino que implemente el principio de matricidad.

De tal forma los asientos se ordenan por índices personales y solamente de manera excepcional se han organizado registros en algunos condados con la técnica de folio real (*tract indexes*).

Marcelo W. Miranda, en su trabajo presentado en el *VIII Encuentro Panamericano del Notariado Latino* realizado en Acapulco, México en 1974, recuerda que:

El nexa existente entre los dos negocios jurídicos que integran el proceso puede calificarse, siguiendo a Betti de continuidad o ligamen, pues "...conservan cada uno su propia fisonomía y eficacia, más que converger sobre el mismo plano a un mismo resultado, se suceden uno a otro proyectados al mismo fin (...) están diri-

gidos a la misma finalidad y de los que cada uno presupone necesariamente el precedente y prepara o anuncia el subsiguiente”².

El negocio jurídico causal (contrato de compraventa o de préstamo con garantía *mortgage*) es bilateral y de obligación: “no produce una disminución actual e inmediata del patrimonio”*. Así, en el caso de compraventa, por ejemplo, el vendedor se obliga a otorgar el negocio jurídico unilateral de disposición y hacer tradición del instrumento que lo contiene al comprador quien, a su vez, se obliga a pagar el precio convenido al recibir dicho instrumento (denominado *deed*). Es solo con la tradición del *deed* al comprador que se opera la transmisión del dominio (salvo que sea menester también la inscripción registral constitutiva o rija el Sistema Torrens). El negocio jurídico unilateral de disposición genera una disminución del patrimonio del disponente que puede ser determinante de la transmisión de un derecho real (caso del *deed*) o de la constitución de un derecho real (caso del *mortgage*).

En ambos supuestos se producirá una adquisición derivativa de derechos** en el momento en que se haga tradición del instrumento que contiene el negocio unilateral de disposición al adquirente. Este negocio no ha sido individualizado por la doctrina y jurisprudencia estadounidense sino a través del instrumento que lo materializa y así se habla de *deed* y de *mortgage* cuando en realidad esas denominaciones corresponden a los instrumentos y no al negocio en sí.

En las etapas negociales, presupuestos y elementos esenciales son frecuentemente omitidos por las partes, generándose vicios en los títulos.

La ausencia del funcionario público de tipo latino en la configuración jurídica de la voluntad de las partes determina el peligro de nulidades sumado a la citada falta de autenticidad de los instrumentos privados que documentan los negocios todo aumenta la inseguridad jurídica.

Puede concluirse que es un sistema lento, por los recaudos que deben tomar las partes en defensa de sus derechos, y costoso, pues genera multiplicidad de controversias judiciales.

“El Derecho estadounidense considera que la propiedad de la tierra (*ownership*) consiste en un número de intereses (*estates*) bien definidos de variadas características pero todos ellos caracterizados por conferir a su titular la posesión del inmueble”³. Pero

(2) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 220.

(*) BETTI, Emilio. *Op. cit.* nota 2, p. 215.

(**) BETTI, Emilio. *Op. cit.* nota 2, p. 23.

(3) BOYER, Ralph E. “Intereses Inmobiliarios”. En: *El Derecho en los Estados Unidos*, vol. 1, 2da. parte, cap. 5, sec. 5.01.

además (no incluidos en aquella categoría de estatales) encontramos otros intereses que no confieren posesión y que son la servidumbre, *casement*, y el *mortgage*, garantía inmobiliaria. Los *estates*, que confieren posesión, constituyen verdaderos fraccionamientos del dominio.

Roca Sastre* expresa:

"un listado simplificado de los estates comprendería: a) estate in fee simple o freehold estate (la especie más amplia de propiedad del derecho estadounidense), b) leasehold estate (que reconoce su causa en su contrato de arrendamiento), y c) life estate (usufructo vitalicio).

En ciertos estados el *mortgage* opera una transmisión del dominio (sin posesión) al acreedor ya sea al constituirse el *mortgage* (en cuyo caso es revocable por vía de *redemption* al pagarse la deuda) o al caer el deudor en mora (*foreclosure*) en cuyo caso la transmisión de dominio queda sometida a esta condición suspensiva. En otro grupo de estados, el *mortgage* configura un derecho real en garantía (*lien*). *Lien* es el término técnico-jurídico que "se refiere a todo privilegio o garantía al servicio de un crédito contra bienes del deudor"^{**}.

Encuadrando los intereses jurídicos inmobiliarios respecto de los edificios de departamentos, encontramos por un lado el sistema de los *cooperative apartments* conforme el cual se constituye una *corporation* propietaria del edificio, cuyas acciones son adquiridas por los ocupantes del edificio, quienes al mismo tiempo celebran con la *corporation* un contrato de arrendamiento respecto de la unidad que ocupan (y así adquieren un *proprietary lease*).

De manera que se ingresa como socio a la *corporation* y se celebra contrato de arrendamiento obligándose a pagar un precio mensual de alquiler equivalente a la parte proporcional de la deuda contraída por construcción del edificio, impuestos y gastos de mantenimiento y reparación. El otro sistema es el de *condominium* que supone la transmisión de la unidad *fee simple* (dominio absoluto) y la adquisición de una parte indivisa de dominio en los bienes comunes.

El sistema de transmisión y constitución de dichos derechos reales se estructura en tres etapas: dos negociales a) negocio jurídico bilateral causal, por ejemplo compra-venta y b) negocio jurídico unilateral de disposición; y una tercera etapa registral c).

(*) ROCA SASTRE, s/ref.

(**) PUIG BRUTAU, s/ref., p. 96, nota 25.

El negocio jurídico causal es bilateral y de obligación. En el caso de la compraventa, el vendedor se obliga a otorgar el negocio jurídico unilateral de disposición y hacer tradición del instrumento del mismo al comprador (*delivery*). El comprador se obliga a pagar el precio y aceptar la *delivery* del instrumento (*deed*).

Es sólo con la tradición del *deed* que se transmite el *interest in land*. a) negocio jurídico unilateral de disposición: causalmente vinculado al anterior, es unilateral (lo otorga solo el transmitente) y debe hacerse tradición del mismo al adquirente.

El instrumento de este negocio se llama *deed* respecto de la compraventa (ya sea *fee simple* o *life estate*), *mortgage* respecto de dicha garantía inmobiliaria (se identifican con el mismo término el interés y el instrumento) y *grant* respecto de la servidumbre *casement*; c) inscripción registral.

La legislación estadounidense, siguiendo el antecedente legislativo inglés del siglo XVII, ha impuesto forma escrita; las normas de los diversos estados son denominadas *statute of frauds*. El instrumento privado admite la posibilidad de ser redactado por las partes mismas sin asesoramiento legal o por terceros que carezcan de conocimientos jurídicos, con lo que se abren las puertas a errores que producen dificultades de interpretación de las cláusulas o directamente la nulidad de los negocios jurídicos.

Al no imponer el ordenamiento legal la intervención de un profesional del Derecho, las partes, con el propósito de disminuir los gastos, prefieren prescindir del asesoramiento legal y permiten a los corredores inmobiliarios redactar los negocios. (El caso "*State Bar of Arizona vs. Arizona Land Title & Trust Co.*" [90 Ariz.76 ,366 p 2d. 1] y el referéndum del 6/11/62 por el que se reformó la Constitución de dicho estado para permitir a los corredores redactar los contratos inmobiliarios sin incurrir en el ejercicio ilegal de la profesión de abogado).

Mayor gravedad presenta aún el problema que significa la intervención de las aseguradoras de títulos en la redacción de los negocios jurídicos inmobiliarios. Dada la importancia que ha adquirido el seguro de título en Estados Unidos, estas empresas están absorbiendo gran parte de la tarea referida al asesoramiento de partes y redacción de los instrumentos. Lo expuesto ha generado un conflicto notable que ha llegado hasta los tribunales con demandas presentadas por abogados o sus asociaciones contra empresas aseguradoras. Existen fallos reiterados indicando que la redacción de un negocio jurídico inmobiliario requiere de conocimientos jurídicos y que el instrumento que lo contiene no puede ser calificado de "instrumento simple" que pueda ser redactado por legos o empleados de una empresa. (*Leading case. "People vs. Title Guarantee & Trust Co."* [125 N.E. 666])*.

(*) MIRANDA, Marcelo, s/ref.

En referencia al negocio causal, surgen dos órdenes de excepciones al *statute of frauds*; el primer orden de excepciones surge de la norma misma, en cuanto admite como forma escrita del contrato "cualquier nota o memorándum referido al negocio", la jurisprudencia ha resuelto que resulta válido como contrato un memorando que indique identidad de partes y contenga una descripción suficiente del inmueble, el término del pago y tan solo la firma de aquella parte en contra la que se invoca el contrato. ("Kohlbrecher vs. Guettermann" [329 III, 246, 160 ME 142]; "Stein vs. McKinney" [313 III 84, 144 N.E. 795]).

En cuanto a las referencias mínimas que el instrumento debe contener respecto del contenido del contrato, por ejemplo hay una corriente jurisprudencial que admite la prueba de testigos para completar las descripciones incompletas del inmueble (caso "Sawert vs. Lunt" [360 Pa 521,62 A 2d. 34]). Otros fallos deniegan que pueda aportarse tal prueba testimonial y sanciona con nulidad los contratos con deficiente descripción del inmueble, ("Herous vs. Romanowski" [336 III, 297 168, N.E. 305]). Fallos determinaron la nulidad de los contratos por falta de determinación clara del precio o del término para su pago ("Murphy vs. Koll Grocery Co." [311 Ky 771,225, S.W. ed 466], "Bentzen vs. H.N. Ranch" [78 Wyo 158, 320 P. 2d 440]). Respecto del tipo de *deed* que debe otorgar el enajenante, la jurisprudencia tiene resuelto que si se omite especificar la clase de *deed* que debe otorgarse el vendedor queda obligado a otorgar meramente un *quitclaim deed* (que es aquel por el cual no asume ninguna responsabilidad para el caso de que resulte no ser titular del derecho transmitido sin que pueda el adquirente siquiera recuperar el precio pagado) ("Morria vs. Goldthorp" [390 III 186, 60 NE 2d 857]).

Dada la frecuencia de errores y vicios, en aquellos estados en que aún se requiere de asesoramiento legal para la redacción de los instrumentos de los negocios jurídicos inmobiliarios, los profesionales han acordado *reglas de interpretación* de cláusulas oscuras o dudosas en cuanto a su validez.

Se denomina a estas normas *uniform title standards* y permiten, si bien no tienen fuerza legal obligatoria, mantener cierta uniformidad en cuanto a los dictámenes sobre la calidad del título.

Estos estados han debido sancionar lo que se ha dado en denominar "legislación curativa" con el propósito de convalidar negocios jurídicos nulos por errores u omisiones en su redacción (Illinois, Florida, etcétera).

Otro grupo de excepciones derivan de la elaboración jurisprudencial que ha creado la doctrina de la ejecución parcial; así probada la misma, se admite la existencia de contrato aunque no se haya redactado por escrito (*Leading case* "Burns vs. McCurmick"

[233 N.Y. 230, 135, N.E. 273], referido a compraventa, y "Sleeth vs. Sampson [237 N.Y. 69, 142, N.E. 355] referido a *mortgage*).

Los Tribunales han creado la figura de la garantía de equidad y se ha resuelto que existe un *mortgage* fundamentado en la equidad si se prueba con testimonio oral que existió acuerdo aunque verbal para constituirlo (*Leading case* "Cauco vs. Galante" [6 N.J. 128, 77 A, 2d 793]).

Con referencia al negocio jurídico unilateral de disposición, la jurisprudencia es más estricta y, para evitar vicios determinantes de nulidades, la legislación de cada estado contiene formularios de *deeds* o *mortgages* con espacios en blanco que deben ser completados por el otorgante; no obstante proliferan errores y vicios.

Finalmente encontramos, respecto del negocio jurídico unilateral de disposición, la intervención del notario pues se requiere una certificación notarial, en unos estados, como requisito de validez y en otros, para admitir la inscripción en el registro inmobiliario. Se trata de que el *grantor* o *mortgage* comparezcan ante un notario para declarar que el *deed* o *mortgage* fue otorgado voluntariamente por él mismo, procediendo entonces el notario a hacer constar en el instrumento que ya está redactado, un certificado. Vemos claramente sus diferencias de intervención con el de tipo latino: no asesora ni redacta ni autentica ni califica ni legitima, y no es responsable ni por la autenticidad del documento ni por el contenido.

Los registros inmobiliarios estadounidenses tiene carácter declarativo o adjetivo, ya que se requiere la inscripción para poder oponer la adquisición un *interest in land* a un adquirente posterior de buena fe. Los sistemas empleados son el de *notice*, RACE y RACE *notice*. Pero recordemos que al no intervenir forzosamente un profesional del Derecho en el *process of conveyancing*, así como existen contratos verbales, también existen contratos que no se presentan a inscribir en los registros inmobiliarios; la jurisprudencia admite entonces la existencia de "medios no registrables de publicidad inmobiliaria", v. gr. la posesión y las inscripciones registrales nulas.

En cuanto a las inscripciones registrales nulas o viciadas como *non record notice* un *leading case* "Hastigs vs. Cutler" (24 N.H. 481) y "Nordman vs. Rau" (86 Kan 19).

Jorge Bollini, Jorge Viacava y Luis Signorelli, en el trabajo presentado a la XVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Mendoza en agosto de 1976, han sostenido:

Brasil, Chile, Colombia y Ecuador receptan el principio de inscripción constitutiva. En Brasil, acorde al Código Civil, es indispensable el instrumento público –escritura pública– para la transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles. Sobre el mismo establece el carácter constitutivo de la inscripción, no acoge la teo-

ría del acuerdo abstracto y por lo tanto no es convalidante de los defectos del acto jurídico en virtud del cual se efectúa. La transcripción en el registro es modo de adquirir, pues vale como tradición solemne, pero como tal no protege al adquirente para el caso de evicción, la propiedad se adquiere por la transcripción pero dependiente de un título anterior cuyos requisitos influirán sobre la validez de la registración susceptible de prueba en contrario. Por sucesivas reformas al Código Civil para casos especiales, se ha dejado de lado el requisito del instrumento público admitiéndose la instrumentación de derechos reales por documento privado (leyes 649/49 y 5049/66).

En Chile su Código se funda en la tradición pero estableciendo que la misma no se tiene por cumplida sin la inscripción registral que el propio Código reglamenta. El notario extiende los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que las partes otorgantes le proporcionan, debiendo los contratos ser redactados obligatoriamente por abogados requisito que significa el desplazamiento de funciones, sin mayor fundamento, puesto que para ejercer la notaria es necesario el título de abogado.

En Colombia y Ecuador la inscripción registral está considerada como el "modo" de adquirir la propiedad y constituye un elemento necesario para la eficacia, no para la validez del acto transmisivo que de tal suerte queda perfeccionado. Antes de la inscripción no hay transmisión sino obligación de transmitir, ella es indispensable para que la tradición de la cosa se dé por realizada. Tampoco esta inscripción es convalidante, pues la validez del título depende del cumplimiento de las prescripciones legales tenidas en cuenta en los sucesivos actos escriturarios, según resulte del estudio de antecedentes dominiales. En Ecuador, mediante la ley de reforma agraria, se ha producido el desplazamiento de la escritura pública y minuta redactada por abogado, por el instrumento privado, siendo obligatoria su protocolización ante notario como requisito previo a la toma de razón. La obligatoriedad de la inscripción como perfeccionadora de la constitución de derechos reales, ha posibilitado en la práctica negocial inmobiliaria lo que se ha dado en denominar "dinero contra inscripción", impidiendo la celeridad y seguridad en el tráfico fundiario, supuestos que no se observan cuando los derechos nacen y mueren extraregistralmente, o sea, "dinero contra escritura".

Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú abandonan sus antecedentes –ley hipotecaria española–, adoptando sistemas eclécticos acentuando la convalidación de la inscripción.

La facultad calificadora del registrador se asimila a las funciones de un juez territorial, este puede admitir juicios sobre la validez de los actos y sobre la legalidad de los documentos que le son presentados; la amplitud de la facultad se infiere de

los efectos que la ley concede a la inscripción. La instrumentación de los negocios inmobiliarios en Perú se opera mediante la exigencia de minuta redactada por abogado como requisito previo a la escritura, su transcripción literal es obligatoria para el notario. La redacción no es lo fundamental, se mantiene por exigencia legal, la importancia de la intervención notarial radica en la función asesora de las partes, aunque limitada cuando este no es abogado. Es dable advertir que algunos organismos estatales, asociaciones de préstamo para la vivienda, cooperativas y entidades bancarias oficiales, utilizan formularios tipo para los contratos de compra-venta y préstamos hipotecarios. La ley ha suprimido para estos casos la minuta y la escritura pública, reemplazándola por el documento privado. No existe formalidad legal para la conservación de los títulos de propiedad extendidos en documento privado, cada entidad oficial aprueba el contenido y el formato del formulario. El original se remite al Registro Inmobiliario, una copia se entrega al adjudicatario, otra queda en poder del organismo adjudicante y las que se guardan en archivos sin encuadernar, pueden pasar de una repartición a otra. Estas deficiencias obedecen a la inobservancia del principio de matricidad, puesto que no existe un documento original emanado de funcionario público.

Bolivia, Haití, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela presentan como característica la uniformidad con que aceptan los principios registrables. En algunos de los países indicados el principio de legalidad y seguridad en el tráfico jurídico esta salvaguardado por la intervención de un notario altamente capacitado probo y consciente de su responsabilidad al servicio de los contratantes. Paraguay y Uruguay adoptan la clásica teoría del título y el modo de adquirir, representado este último por la tradición de la cosa, los otros países integrantes del grupo analizado otorgan valor absoluto al consentimiento, los derechos se constituyen o transmiten aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio abonado.

La IX Conferencia de Ahorro y Préstamo celebrada en Panamá trató el tema *Revisión de los procedimientos destinados a facilitar y uniformar las transferencias de inmuebles, la constitución de hipotecas y la existencia de garantía de título*; hubo unanimidad de criterio en cuanto a la necesidad de simplificar los procedimientos para la constitución de derechos reales y de los trámites de inscripción en los registros inmobiliarios.

Se aceptó la escritura pública para la constitución del dominio y no se innovó en cuanto al criterio de que en las hipotecas la seguridad jurídica la constituye el instrumento público. Se declaró la inconveniencia de adoptar el sistema Torrens y se descartó el seguro para garantizar la bondad de los títulos de dominio.

La Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda convocó a la *Primera Reunión Interamericana de Jurisperitos Vinculados al Sistema de Ahorro y Préstamo* que se celebró en la Ciudad de Buenos Aires, en diciembre de 1971.

Los acuerdos más destacados de esa reunión pueden resumirse así: a) declarar que es aceptable, como forma para celebrar contratos que deban generar derechos reales, tanto los instrumentos públicos como los privados; b) afirmar la necesidad del seguro de hipoteca, como medio para el desarrollo de los mercados secundarios de dichos créditos.

El VIII Encuentro Panamericano del Notariado Latino celebrado en Acapulco México en el año 1974 ha considerado:

I. Que en el curso de los últimos años se está produciendo una penetración en los sistemas de transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios de tradición hispánica por normas extraídas del Derecho anglosajón y en particular estadounidense, lo que implica una deformación de los sistemas jurídicos tradicionales en esta materia, con la sustitución de la seguridad jurídica que confiere la intervención notarial de tipo latino por un mero seguro de título.

II. Que los estudios realizados en base a doctrina y jurisprudencia estadounidense revelan el primitivismo técnico-jurídico del sistema de transmisión y constitución de derechos reales vigente en los Estados Unidos en que no interviene el notario de tipo latino lo que determina la frecuencia de vicios en los negocios jurídicos que estructuran el tráfico negocial inmobiliario.

III. Que el seguro de título no es adecuado para la intervención del notario de tipo latino en la instrumentación de negocios jurídicos inmobiliarios, ya que aquel confiere una seguridad meramente patrimonial por vía de un indemnización en dinero, pero no soluciona el problema de la inseguridad jurídica en cuanto no puede impedir que por vía de evicción el adquirente de un derecho real inmobiliario sea despojado del mismo.

IV. Que paralelamente el notariado de tipo latino existente en nuestros países de tradición jurídica hispánica debe tomar conciencia de la elevada función que ejerce y de la necesidad de una constante y adecuada preparación como profesionales del Derecho a fin de ejercerla ya que el factor caracterizante fundamental del notario de tipo latino es su tarea asesora y para desempeñarla es menester contar con profundos conocimientos técnicos-jurídicos.

V. Que la celeridad y aumento de volumen del tráfico negocial inmobiliario requieren del notariado de tipo latino una adaptación a nuevas circunstancias sin perder por ello sus notas características y manteniendo en especial su relación personal con los otorgantes en calidad de consejero legal de los mismo.

*VI. Que ni los órganos de gobierno ni la comunidad tienen un adecuado conocimiento del contenido y significación de la función notarial de tipo latino y que por ello se le achacan a la misma los vicios de lentitud y costo excesivo”**.

SEGURO DE TÍTULOS (*TITLE INSURANCE*)

Este seguro se ha definido como el contrato por el cual una de las partes, la aseguradora, se obliga mediante el pago de una prima a indemnizar al adquirente de un *interest in land*, en caso de resolverse en sede judicial que su título presenta vicios susceptibles de determinar la pérdida del derecho o la restricción del ejercicio de las facultades inherentes al mismo.

El vocablo no expresa felizmente el objeto de dicho contrato, no se asegura el título sino su falta de bondad, posibilitando una acción judicial que afecte o turbe el derecho real de un adquirente de bienes inmuebles.

En caso de evicción no puede tal contrato evitar que el adquirente de un derecho real inmobiliario sea despojado por un tercero reivindicante titular de mejor derecho.

La “seguridad patrimonial” que por este seguro se intentaría brindar es relativa y se hace necesario examinar la estructura jurídica de dicho seguro, en especial las obligaciones que del mismo surgen para las partes. Hay modelos uniformes de pólizas diseñados por la *American Land Title Association* (ALTA): para los adquirentes de *estates* se utiliza la *Owner’s Policy* 1970, y para los titulares de un crédito garantizado con *mortgage*, la *Loan Policy* 1970.

Las pólizas tienen referencias a exclusiones a la cobertura por convención de partes, y la empresa no está obligada a pagar indemnización en caso de privación del derecho o restricción a sus facultades cuando resulten de la ley, ordenanza o regulación gubernamental anteriores a la fecha de emisión de la póliza.

Las “condiciones y estipulaciones” que establecen las obligaciones asumidas por el asegurado además del pago de la prima frente a cuyo incumplimiento se determina la caducidad de la póliza, la resolución del contrato y el desamparo del adquirente que no podrá recuperar siquiera la prima abonada.

La aseguradora se reserva derechos en referencia a su intervención a los procesos judiciales relativos al título, el riesgo asegurado en este tipo de seguro es la evicción. Se conviene que la compañía de seguros asume la representación del asegurado en el jui-

■ (*) *La Gaceta del Notariado*, nº 64.

cio con facultades incluso interponer acciones judiciales tendientes a determinar la calidad del título, lo que usualmente prolonga las contiendas judiciales debiendo el asegurado esperar antes de percibir la indemnización.

La empresa también está facultada para apelar todas las resoluciones judiciales adversas hasta agotar las instancias y no es responsable por el pago de la indemnización hasta que no se hayan agotado las mismas. Un tipo de seguro de título que se podría denominar *tradicional* requiere de un previo estudio de la calidad del título para determinar los vicios existentes que deben ser excluidos como riesgos asegurables por lo que, según una postura, conferiría al asegurado la posibilidad de subsanar dichos vicios. Por oposición, se ha desarrollado otro tipo de seguro de título, que se llama seguro *casualty insurance*, fundamentado en cálculo de probabilidades que prescinde del previo estudio y determina la prima sobre la base de cálculos estadísticos del peligro de que tenga lugar el riesgo asegurado; con ello, se asimila por ejemplo al seguro de vida, se acelera la emisión de la póliza y disminuye el costo del seguro.

Los escribanos Bollini, Viacava y Signorelli han ejemplificado falencias del seguro de título en su trabajo presentado a *XVI Jornada Notarial Argentina* celebrada en Mendoza en agosto de 1976, de la siguiente forma:

a) Practicado el seguro de título, por la misma institución que concedió el préstamo con garantía hipotecaria supongamos que se produce el siniestro, o sea, la sentencia haciendo lugar a la reivindicación, tendríamos en apariencia dos damnificados: el propietario que se ve desposeído de su derecho de dominio y el acreedor (asegurador) que perdería el privilegio sobre su crédito en virtud de esa desposesión. Decimos en apariencia porque el asegurador entregará la cantidad pactada en la póliza al asegurado (deudor), previa cancelación de la deuda privilegiada, de manera tal que el acreedor satisface su crédito, pero el deudor pierde la propiedad, precisamente la propiedad cuyo acceso la institución pretendió posibilitar al deudor, que ahora recibe una indemnización. Se dijo entonces que el fin social al que debe apuntar la institución acreedora se ve comprometido por no haberse podido evitar la pérdida de la vivienda y que el estudio de títulos efectuado con anterioridad al otorgamiento del préstamo pone al deudor a cubierto de la demanda reivindicatoria, concluyendo que atendiendo a ese fin social no podría sustituir el estudio de título por la contratación de un seguro.

b) La supresión del estudio de título en este caso en particular y su reemplazo por un seguro nos llevaría a la siguiente conclusión: si bien el acreedor por lo general no realiza el mencionado estudio realizado como acreedor, no podría obviarse el que la institución debería efectuar como empresa aseguradora. En el seguro de título (que instrumenta la adquisición de un inmueble) observamos una diferencia fundamental respecto de otros tipos de seguros constitutivos sobre inmuebles (por

ejemplo, incendio), en este caso, si se produce el siniestro, disminuirá el valor económico del bien pero no perderá la propiedad aun destruida totalmente conservó el dominio sobre el terreno, hay lesión a un bien pero no pérdida de un derecho. En el seguro de título, en cambio, producido el siniestro (...) sentencia haciendo lugar a la reivindicación pierdo el bien y el derecho que ostentaba sobre él. En todos los seguros sobre inmuebles conocidos en nuestro país, producido el siniestro, hay lesión a un bien sin mengua de la propiedad en el de título producido el siniestro hay lesión al bien y pérdida del derecho.

Se debe bregar por mantener el sistema latino en materia de constitución y transmisión de derechos reales. En esta labor el escribano es partícipe y colaborador del Estado. Las instituciones deben procurar la seguridad y estabilidad de los derechos conforme a nuestra tradición y orden jurídico. Las estadísticas tribunalcias sobre acciones reivindicatorias son mínimas casi inexistentes.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga seguridad *ab initio* mediante el instrumento público, esta seguridad la confiere especialmente el previo estudio de títulos, aun por razones de economía en el tráfico inmobiliario, siendo un retroceso gravísimo y una contradicción sin fundamento la implantación del sistema del seguro.

Los notarios Raúl R. García Coni y Francisco I. J. Fontbona, en el trabajo: "El seguro de títulos no es la panacea", presentado en la XVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Mendoza en agosto de 1976 dicen:

*...si partimos de la premisa de que los títulos son buenos y no vale la pena estudiarlos pues basta un seguro de módica prima para cubrir los pocos casos de siniestro, estaríamos provocando la negligencia en la titulación y no pasará mucho tiempo para que se haga necesaria una revisión alcista de las primas. Recíprocamente, si los títulos son malos y queremos superar esa situación recurriendo al seguro, lo que estaremos asegurando no es la bondad del título ni el título mismo sino el riesgo consecuente con las deficiencias de tales títulos. Es curioso señalar que las empresas que explotan este rubro seleccionan su riesgo y para disminuir los quebrantos no encuentran nada mejor que organizar frondosos archivos de **antecedentes de títulos** permanentemente actualizados por sus especialistas. En el fondo la prima es una manera clara y paradójica de pagar el estudio de títulos. En Estados Unidos casi no hay más alternativa que el seguro, dado que el régimen prescriptivo obliga a que el estudio de títulos abarque largos periodos (a veces hasta de más de 100 años) allí el heredero preterido ejerce acción reipersecutoria, mientras que en nuestro medio (...) la acción prescribe a los 20 años (...) Por esa circunstancia y al no tener en su país la institución de la legítima el norteamericano utiliza tanto el testamento, pues quien no figure en la lista de herederos nada podrá reclamar (...). El desarrollo del seguro de títulos responde a las siguientes*

circunstancias que no se dan en nuestro país: a) documentación sin matricidad ni autenticidad originaria al no existir infraestructura notarial de tipo latino; b) estabilidad monetaria que posibilita con el recupero del precio, la compra del bien de reemplazo; c) no concurrencia de las primas con gravosos impuestos a la transferencia de dominio o a la constitución de hipotecas; d) indiferencia ante el eventual cambio de vivienda a la que los latinos le tienen apego.

Cuando la responsabilidad específica del registro se transfiere al seguro de títulos se produce una verdadera involución del derecho real que se degrada a la altura del derecho personal. Donde hay seguro de títulos los registros se desentienden de su función calificadora y hasta de la pedagógica, limitándose a la publicidad rudimentaria o si tiene carácter constitutivo a crear ex post ipso el derecho real, con la conocida secuela de esa clase de registros "dinero contra inscripción" en vez de dinero como contraprestación del negocio jurídico.*

El escribano Enrique E. Filippini, en su trabajo "El seguro de título: su insuficiencia como medio para acceder a la seguridad jurídica" presentado en el *IX Encuentro Internacional del Notariado Americano* celebrado en San José de Costa Rica en 1976, afirmó:

(...) de la existencia misma del seguro de título en Estados Unidos podemos deducir que el sistema de constitución y transmisión de derechos reales inmobiliarios en este país no constituye seguridad suficiente para los adquirentes de un inmueble o para un prestamista a favor de quien el prestatario –en garantía de lo percibido– constituye un mortgage.

Esto es confirmado por los mismos juristas estadounidenses que se encuentran bastante alarmados en punto a la inseguridad jurídica del sistema. En un sistema de transmisión de derechos reales de países de ascendencia latina, no existen riesgos para aquellos titulares de un derecho real inmobiliario. Lo cierto es que en Estados Unidos los mismos juristas de ese país han buscado las causas y los motivos que generan esa inseguridad jurídica, que ellos mismos admiten como reinante en su propio sistema.

John C. Payne, en su obra *In search of title*⁴, ha sostenido que "el seguro de título existe en virtud de los vicios del sistema y su vigencia tiende a mantener la permanencia de esos vicios y evitar la eliminación de los mismos". Muchos autores concluyen culpando de la inseguridad jurídica existente en este campo al sistema de organización y funcionamiento de los registros inmobiliarios.

(*) GARCÍA CONI y FONTBONA. s/ref.

(4) Payne, John C. "In search of title", *Alabama Law Review*, Alabama, s/nº, p. 51.

Continúa afirmando el escribano Filippini:

En nuestra opinión, las fallas no radican en los registros inmobiliarios, sino en el sistema mismo del conveyancing estadounidense, que descansa en pilares completamente opuestos a aquellos sobre los que se basa la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios de tradición latina, único capaz de brindar una seguridad jurídica integral y completa... El sistema latino requiere, para su funcionamiento de dos elementos fundamentales: a) intervención forzada de un profesional del Derecho –notario– en la instrumentación de los negocios jurídicos inmobiliarios, b) exigencia con respecto a la forma, en el sentido de que dicha instrumentación debe ser hecha en escritura pública (instrumento público). De estas dos características fundamentales se derivan luego todas las demás que son consecuencia de las mismas. El sistema estadounidense, en cambio, se basa en principios que podríamos considerar opuestos: a) no exige intervención forzada de un profesional del Derecho, b) exige la forma escrita, contentándose con su instrumentación en forma privada y no pública. Las diferencias entre ambos sistemas surgen claramente. El mero hecho de que intervenga un profesional en forma obligatoria y que cumpla las funciones de asesoramiento, legalización y calificación, redacción del instrumento y autenticación del mismo por último, hace que se logre una seguridad jurídica con la que no cuentan aquellos países que prescinden de su intervención. Esta función del notario ha sido expresamente invocada en las resoluciones del III Congreso Internacional del Notariado Latino de París de 1954, IV Congreso Internacional del Notariado Latino de Río de Janeiro 1956, II Encuentro Internacional del Notariado Americano de San Pablo y el IV Encuentro Internacional del Notariado Americano de Bogotá de 1968. Además de esta tarea asesora o directiva, desarrolla otra que podríamos llamar legalizadora y calificadora. Legalizadora pues se ocupa del enlace del acto con la norma de derecho que le resulta aplicable a efectos de que haya conformidad entre ambos. Y calificadora pues lo califica según la categoría jurídica que corresponda. En Estados Unidos existe la profesión de notario, pero en razón del sistema, el mismo se limita a certificar la autenticidad de su firma estampada en el instrumento privado portante del negocio jurídico unilateral de disposición (certificate of acknowledgement).

También es necesario destacar la importancia de la función de redacción o formulación del instrumento, el notario toma contacto directo con sus clientes, asesorándolos y adecuando sus voluntades a las normas legales, el documento o instrumento así redactado por él, refleja fielmente lo querido por los contratantes.

La tarea de autenticación que le cabe al notario latino, consiste en “invertir todos los actos en que interviene de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado”. En el sistema estadounidense, dado que

la exigencia legal en cuanto a la forma impuesta a los negocios jurídicos inmobiliarios solamente se dirige a su instrumentación en forma privada, no se puede ni pensar en la existencia de un profesional de derecho con facultad de autenticación.

En ambos sistemas se exige la forma instrumental escrita de modo obligatorio la gran diferencia radica en que mientras en el sistema estadounidense se contenta con la instrumentación de los negocios jurídicos en cuestión se efectúe en forma privada, el sistema exige el requisito de la escritura pública. El instrumento público, escritura, goza de la presunción de autenticidad que merece el oficial público interviniente (notario) Esa presunción de autenticidad consiste en reputar "veraz" la declaración del agente (notario). Hace plena fe y solo puede ser desvirtuada o enervada mediante la demostración en juicio de su falta de veracidad Carminio Castagno ha dicho: "cada 'hecho' que éste relata 'percibido' se considera histórico, carácter que reviste *erga omnes*. En efecto, ni los otros órganos del Estado –verbigracia, los 'jurisdiccionales'–, ni los 'intervinientes', ni los simples 'terceros' pueden desconocerlo"⁵.

La autenticidad alcanza a la intervención del autorizante, la presencia de las partes, las circunstancias de tiempo y lugar y las relativas al acto que motiva el otorgamiento, en cuanto presupongan no simples declaraciones de las partes sino manifestaciones de realidad presenciadas por el fedatario"^{*}.

El instrumento privado, en cambio, no prueba *per se* porque carece en sí mismo de autenticidad y no es dable de antemano si emana de la persona a quien se atribuye. Tampoco constituye prueba legal preconstituida acerca de la calidad del título del enajenante o del prestatario que constituye un *mortgage* en garantía de un contrato de mutuo. El instrumento público en nuestro sistema latino constituye una prueba legal preconstituida, y se habla de prueba completa pues ella sola basta sin necesidad que se la refuerce con otras comprobaciones. En cambio al descansar el sistema estadounidense en el instrumento privado se ven forzados a tener que probar la calidad del título (*evidence of title*). Los medios de probarlo son: a) *abstract and opinion* que consiste en una relación cronológicamente ordenada de los antecedentes dominiales hasta la primitiva adjudicación por la Corona Británica o el Gobierno de los Estados Unidos (*abstract*) que se complementa con el dictamen de un abogado sobre la calidad del título (*opinion*), y b) el *certificate of title* que se limita a una certificación de abogado sobre la calidad del título; ninguno de los dos métodos es capaz de proporcionar seguridad jurídica sino que se limitan a poner de manifiesto la existencia de vicios.

(5) CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. "Teoría general del acto notarial". *Revista del Notariado*. Buenos Aires, año 76, n° 727, p. 83.

(*) Castan Tobeñas, J. s/ref. p. 80.

El seguro de título, según opinión concordante de muchos autores que compartimos, sólo confiere una seguridad de tipo patrimonial y de manera relativa equivalente al monto estipulado en la póliza y, en el caso de resolución judicial que disponga la pérdida del derecho o restricción en sus facultades, todo sujeto a que el vicio no se vea encuadrado entre las excepciones.

Quintin Johnstone⁷ enumera los riesgos usualmente no cubiertos con la póliza de seguro de título; en tales casos la compañía aseguradora ni siquiera pagará el monto estipulado en la póliza por haber sido exceptuado ese riesgo de la cobertura al emitirla:

- 1.** Defectos descubiertos por el examen de títulos. Todos los vicios que se descubran en las búsquedas de los Registros Públicos son excluidos de la cobertura.
- 2.** Defectos que una inspección física y una mensura descubrirían. Estos defectos generalmente no se cubren en las pólizas en caso de venta (aunque sí en las referidas a *mortgages*). Por ejemplo, una locación o servidumbre no registradas que serían descubiertos por una inspección a los terrenos, como así también los defectos que una mensura pondría al descubierto (límites incorrectos, etc.).
- 3.** Defectos que se crearan con posterioridad a la fecha de emisión de la póliza. Esta excepción está expresamente incluida en la "Owner's Policy 1970" en el punto 3º d) del título referido a "Exclusiones a la cobertura" cuando dice: "...defectos, gravámenes, impedimentos, etc. (...) creados con posterioridad a la fecha de emisión de la póliza".
- 4.** Defectos o vicios de los que el asegurado estaba enterado o que él asumió antes de la fecha de la póliza. Lógicamente queda incluido el caso de ocultamiento malicioso por parte del asegurado (art. 3º a) y 3º d) "Owner's Policy 1970".
- 5.** Restricciones impuestas por cualquier reglamentación gubernamental en ejercicio del poder de policía con respecto al uso y goce de las propiedades así los puntos 1 y 2 del título "Exclusiones" de la misma norma citada dice "Cualquier ley, ordenanza o reglamentación (incluyendo edificaciones y ordenanzas zonales) que restrinjan, regulen o prohíban la ocupación, uso o goce de la propiedad, o que regulen el carácter, dimensiones o ubicación de cualquier mejora actual o futura (...) o derechos de dominio eminente o derechos gubernamentales de poder de policía, salvo que esos derechos consten en los Registros Públicos a la fecha de la póliza".
- 6.** Títulos referidos a bienes inmuebles por accesión.
- 7.** Algunos otros defectos ocultos no descubiertos por un examen competente en los Registros Públicos, inspección física de los terrenos o mensura. Por ejemplo: privilegios o gravámenes a favor de constructores y mecánicos, que sean válidos a la fecha de emisión de la póliza, derechos pendientes referidos a bienes gananciales en caso de viudez, etc." De este modo queda demostrado que existe una gran cantidad de casos en que el seguro de título, por vía de exclusión de defectos o vicios a la cobertura de la póliza no satisface ni siquiera los requerimientos de seguridad patrimonial del adquirente.

(7) Johnstone, Quintin. "Title Insurance". *The Yale Law Journal*, vol. 66, pp. 496/7.

José GUGLIETTI⁸, en su artículo "El notariado latino no está incluido en la categoría de *business service* del Gatt", que se ha publicado en adhesión al Día del Notariado Latino el 2/10/92 sostuvo:

*En el mundo de hoy grandes grupos económicos destinados a permitir el desarrollo de grandes mercados homogéneos de intercambio, de producción y de distribución de riquezas puestas en común. La Comunidad Europea constituye el ejemplo más antiguo y mejor integrado, que luego del acuerdo de Maastricht se orienta ahora hacia una unión política económica y monetaria. A esta comunidad se le superpone el Espacio Económico Europeo que reagrupa a los países de la CEE y los de la AELE o EFTA... En América se constituyen al norte la zona de libre intercambio entre Canadá, los Estados Unidos y México y al Sur el MERCOSUR, mientras países del Extremo Oriente se organizan en un objetivo similar y en África se está perfilando un movimiento en esa misma dirección. Todas esas nuevas entidades reposan en grados variables, sobre el principio de cuatro grandes libertades: la libertad de circulación de bienes y mercaderías la de circulación de capitales, la de circulación de personas y la libertad de establecimiento y prestación de servicios. Es aberrante calificar a los legal services dentro de la categoría de business services como lo hace el GATT. Los notarios están a cargo de una función pública por nombramiento del Estado el que les ha encargado un verdadero servicio público, que es el acto auténtico, siendo los registros y protocolos notariales de propiedad del Estado. El público espera del notario un servicio en el campo jurídico que tiene un triple contenido: 1) **SEGURIDAD**, que aporta el notario con la autenticidad, dándole al contrato un valor jurídico agregado. Esta seguridad no fue instituida para ventaja de la profesión notarial, sino como garantía de los usuarios en las operaciones que realizan (fecha cierta, veracidad del contenido, conservación, etc.) que así obtienen un instrumento jurídico superior que respaldado por la organización y contralor del funcionamiento del servicio notarial, constituye la máxima seguridad para el público. 2) **EFICACIA** brindada por la competencia profesional. 3) **ÉTICA** que el notario aplica permanentemente en sus actividades concretada con la imparcialidad, independencia, transparencia probidad, secreto, etc. que jamás son negociables. Para garantizar su intervención accede a la función luego de diversos exámenes, pasantías y cursos y la ejerce bajo reglas disciplinarias estrictas y control permanente de la autoridad pública en el marco de una implantación geográfica. Pero como los notarios ejercen su función más allá del estricto dominio del acto auténtico, tienen relaciones con el Estado y la colectividad en varios aspectos: 1) En el plano económico hay en nuestro país más de 8000 notarios que cuentan con alrededor de 20.000 colaboradores. Realizan 1.500.000 escrituras y 6.000.000 de actos extraprotocolares anualmente. Ello permite afirmar que*

(8) Guglietti, José. "El notariado latino no está incluido en la categoría de *business service* del GATT". *Revista del Notariado*. Buenos Aires, año 96, nº 831, octubre-noviembre 1992, pp.765 y ss.

el notariado es una profesión importante a pesar de no encontrarse utilizada en todas sus posibilidades. 2) En el plano jurídico aseguran el orden de la vida jurídica privada de con la autenticidad y el consejo, conservan los originales de sus actos, (...) y colaboran con los registros y archivos auxiliando a la justicia. 3) En el plano fiscal el notario actúa como liquidador y recaudador de los impuestos y tasas de los actos que autoriza además de controlador e informante de la DGI a título gratuito y con responsabilidad solidaria. 4) En el plano social mas de 12.000.000 de personas de todos los medios, edades nacionalidades y condiciones pasan anualmente por las notarias teniendo por tanto el notario un importante rol en la difusión y aplicación del Derecho. 5) (...) el notario contribuye eficazmente al orden público en el dominio jurídico privado solucionando amigablemente innumerables conflictos que de otra forma llegarían a la justicia (...) la función notarial previene el contencioso. (...) El notary public sajón es un ciudadano que certifica firmas previo pago de una patente, y que en nada se asemeja a nuestro notario, y el costo del contencioso y de las indemnizaciones supera el 2,6 por ciento del producto bruto nacional, mientras que en los países que cuentan con un notariado de tipo latino este porcentaje disminuye ente un 0,4 y 0,8 por ciento (Alemania, Francia, Italia, España, Bélgica, Japón, Países Bajos, Turquía, Portugal etc.) y en ellos solo el 3% de los actos notariales llegan al contencioso siendo el 1% en Francia. Surge claro que el notariado de tipo latino participa de un sistema que proporciona un mejor funcionamiento de las relaciones jurídicas de derecho privado, gracias precisamente al notario y a la institución notarial, que con estas características existe en 80 países y brinda servicios al 60% de la población mundial. NO sacrifiquemos todo esto por el "mito" anglosajón. El sistema anglosajón no se corresponde con nuestras prácticas ni con nuestro funcionamiento judicial ni con nuestra concepción del contrato. El sistema del notario latino tiene un conjunto de características fundamentales definitorias de las que no se puede prescindir (acceso, número, lugar de ejercicio, responsabilidad, etc.) sin destruir el sistema. La colegiación obligatoria de los notarios es un mecanismo de control del ejercicio profesional mediante el poder de policía y el juzgamiento ético que no representa una carga para la administración pública (...). La intervención del notario en el proceso económico les proporciona servicios altamente calificados con costos, garantías y plazos de ejecución ventajosamente comparables con aquellos que ofrecen otras profesiones (...) el notario ofrece (...) en el cuadro de libre circulación de bienes y de mercaderías este instrumento inestimable en seguridad y eficacia que constituye el acto auténtico provisto de fuerza probatoria y ejecutoria y exportable con todas estas ventajas como es el caso en el seno de la Comunidad Europea sobre la base de la Convención de Bruselas de 1968. Este acto notarial es ejecutorio en todo el territorio de dicha Comunidad incluyendo desde 1987 a Gran Bretaña e Irlanda sin que sea necesario realizar una verificación del acto mismo ni de su fundamento o de su contenido (...). Más allá de su función de oficial público el notario tiene igualmente un rol no despreciable para actuar en materia de jurisdicción no contencio-

sa como lo ha recalcado la Unión Internacional de Magistrados en su Congreso de 1989 realizado en Macao. (...) Un notariado privatizado de tipo latino es considerado como indispensable, acabamos de recibir a nuestros colegas húngaros y polacos en el seno de nuestra Unión Internacional del Notariado Latino. Entretanto las leyes notariales checas, eslovacas, eslovenas y croatas están siendo elaboradas para su votación, mientras que misiones de la Unión Internacional del Notariado Latino han sido enviadas a Bulgaria, Rumania y a Rusia (...). Constatamos un fenómeno análogo de resurgimiento del Notariado Latino en el continente africano. En la actualidad tenemos 11 países africanos que forman parte de la Unión Internacional del Notariado Latino y se puede hacer una prospección prometedora tanto en el África del Norte como en el África Negra. En Asia (...) la República Popular China ha decidido proceder a reformas progresivas de su sistema económico (...) y deposita (...) sus esperanzas sobre el notariado de tipo latino para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y de las inversiones sobre su territorio. Esta expansión general y el hecho de que colosos como China y Rusia hayan (...) elegido el sistema del notariado latino constituye el mejor estímulo para la prosecución de nuestros ideales y la mejor prueba del aporte que nuestra función proporciona a la paz social y a la seguridad jurídica.

CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIO EN LA DISMINUCIÓN DE LOS COSTOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

Extraídas de un estudio sobre los costos de la administración de justicia en Estados Unidos publicado en 1989 por la firma Tillinghast, emerge que los abogados de ese país han desarrollado a tal punto los mecanismos de responsabilidad y el litigio, que en Estados Unidos en la década del 80 el costo ha pasado de 40 mil millones de dólares en el año 1980 a 117 mil millones de dólares en el año 1987, es decir, se ha triplicado en siete años. De estos importes solo el 50% ha sido aplicado a indemnizaciones y el 50% restante a costos del sistema judicial. Es lo que se llama en ese país el *Tort System Cost**.

Mientras que el *Gross National Product* (G.N.P) se multiplicó en Estados Unidos por 50 desde el año 1930, el costo de la responsabilidad en el mismo periodo se multiplicó por 300, es decir, seis veces más, incrementándose más rápidamente en los últimos años. El estudio realiza una comparación de costos en función de porcentaje sobre el Producto Bruto Nacional y nos proporciona el siguiente cuadro: Países con sistema jurídico de derecho civil: Japón y España, 0,4%; Italia y Alemania Occidental, 0,5%; Canadá, Bélgica, Austria y Francia, 0,6%; Suiza, 0,8%. Países del *Common Law*, 2,6%.

(*) Del informe presentado por el presidente M. Gilles Demers al Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino en la reunión celebrada en Hull, Canadá, en mayo de 1991.

Estas estadísticas deberían darse a conocer mejor. Tres son fundamentalmente los aspectos de la actividad notarial que contribuyen a la disminución de costos del funcionamiento de la Justicia: 1. el consentimiento de las partes que obtiene el notario disminuye la intervención de los tribunales (solo el 3% de los documentos notariales llega a juicio); 2. la autenticidad y la fuerza probatoria de los actos notariales simplifican la prueba; y 3. la fuerza ejecutoria con que pueden ser revestidos los actos notariales en caso de ejecución forzosa, que sustrae a esa ejecución del Poder Judicial. La tarea del notariado en esta lucha contra el aumento creciente de los gastos de administración de la justicia es un arma prácticamente desconocida hasta el día de hoy para la defensa de los ciudadanos.

Nuestra profesión, que se consagra por entero a la solución armoniosa directa y humana de intercambios y relaciones a la prevención de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones, y a la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica, imparcial y adecuada, previene conflictos.

El notario es el jurista de lo no contencioso por excelencia. Su papel consiste en inducir a las dos partes a que se entiendan, respetando siempre las normas de la ley y las de su propia deontología profesional; en informarles hasta donde se extienden sus derechos respectivos y –en la tenue frontera que delimita sus derechos– invitarlas a firmar el contrato. Al prevenir conflictos, el notario participa, aunque no se dé cuenta siempre, en la administración de una justicia mucho más económica y en el mejoramiento de la vida social.

El segundo aspecto de la función notarial es su carácter eminentemente humano. Esta proximidad con la gente, con sus necesidades, los éxitos y desgracias de sus familias y con las dificultades de la empresa familiar otorga al rol de notario un carácter intimista que hace de este profesional el consejero más escuchado.

El tercer aspecto de la función notarial que quiero señalar es su flexibilidad. El hecho de que el contrato notarial sea un acto auténtico de ninguna manera lo inmoviliza.

Reafirmando el contexto mundial favorable para el notariado, es de particular importancia destacar que la Unión Internacional de Magistrados, organismo integrado por magistrados judiciales de numerosos países, en su Congreso llevado a cabo en la ciudad de Macao en 1989, adoptó por unanimidad la resolución referida al ejercicio del notariado en los países del Derecho romano-germánico que a continuación se transcribe: "El notario es un oficial público que, por medio de sus consejeros, informa con imparcialidad sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los actos que desean concertar y que por ese rol resulta un agente de prevención de litigios".

El acto notarial otorgado por el notario simplifica los procedimientos de prueba (extraído del trabajo del escribano José GUGLIETTI*, titulado "El notariado latino desregula y disminuye el costo del funcionamiento de la Justicia", quien magistralmente concluye:

Más allá de los efectos sustanciales de la dación de fe, la actuación notarial de tipo latino importa una operación jurídica altamente calificada. No solo se ha generalizado la exigencia del título académico máximo de la carrera de Derecho, más los ciclos de especialización, para su ejercicio sino que la preparación intelectual de los notarios se ha incrementado notablemente. Los institutos de estudios superiores son una realidad constante y efectiva. Si bien el notario mantiene el carácter público de su función, se privilegia su imparcialidad e independencia. No integra la administración pública, no incrementa los costos de contratación y está sujeto orgánicamente a un ejercicio disciplinado. Se ponderan los resultados en orden a la prevención de litigios y, frente a la saturación jurisdiccional por la mayor complejidad de la contratación, esta cualidad afianza su necesidad...

En un trabajo presentado en la IX Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Lima, Perú, en octubre de 2000 sobre el tema "La función notarial preventiva del litigio", la notaria Ciuro de Castello⁹, quien fuera su coordinadora nacional, y los escribanos L. Bresó, R. Casa, P. Grego y M. Pagni hacen un análisis. Bajo el concepto de *administración de justicia preventiva*, se debe entender la prevención estatal que, configurando y asegurando las relaciones jurídicas privadas, protege y fomenta los intereses legales individuales, previniendo cualquier eventual violación a los derechos de los mismos; contempla además los intereses colectivos y de terceros. El notariado coadyuva de esta forma a la justicia, proporcionando seguridad y paz a la sociedad formando una institución independiente sujeta al control estatal.

El Reglamento Federal de Notarios de la República de Alemania define la función al decir que el notario es nombrado para "la autenticación de negocios legales y otras tareas del campo de la administración preventiva de justicia". Al hablar de *justicia preventiva del litigio* debemos entender que ella es una obligación del Estado, en virtud de la cual debe mantener el orden y la seguridad civil.

El notario latino, por delegación de soberanía estatal, ejerce su función fedante y en ese carácter representa a un órgano de la administración de justicia preventiva desde el momento que con su intervención evita los litigios creando un marco genuino de relaciones legales, justas, seguras y pacíficas.

(*) GUGLIETTI, J. s/ref.

(9) Ciuro de Castello; Bresó, L.; Casa, R.; Grego, P. y Pagni, M. "La función notarial preventiva del litigio". IX Jornada Notarial Iberoamericana, 2000, Lima.

El notario comprende una faceta autenticadora y una actividad conformadora, como asesor y autor del documento; surge en esta última el llamado *arte notarial*; ambas actividades configuran la compleja labor del escribano, donde se entrelazan la función notarial de artesanía jurídica y la función pública de control de legalidad y autenticación. En la formación del documento se adoptan los medios legales a los fines lícitos queridos por las partes aplicando los conocimientos técnicos, principios jurídicos y valores éticos.

Definidos cabalmente en el artículo 148 del Reglamento Notarial Español: "Los instrumentos públicos deberán redactarse en (...) un estilo claro, puro sin frase ni término alguno oscuro ni ambiguo...".

El notario argentino, recepta la voluntad, les informa sobre el alcance y consecuencias de los actos deseados, los asesora de manera imparcial, traduciendo en un documento sus voluntades conforme a derecho, dotándolo de presunción de legalidad y de fe pública.

Bellver Cano* considera que la actividad notarial es cuádruple: formativa, formalista, fijativa y sancionadora.

Formativa: el notario escucha interpreta el sentir de las partes contratantes y asesora mostrándoles los posibles caminos a seguir conforme a derecho, advirtiéndoles las consecuencias de los compromisos que asumen y los peligros que pueden surgir. Existe una diferencia fundamental con el asesoramiento que brinda un abogado, este tiene una visión parcial, debe defender a su cliente, mientras que el notario, como tercero neutral, si bien puede asesorar a requerimiento de un cliente, asiste por igual a todas las partes que concurren al acto en un clima de imparcialidad, evitando el pleito, tratando de dar a cada uno lo suyo, defendiendo a todos contra lo injusto o ilegal.

Con un adecuado asesoramiento y posterior traducción jurídica de las voluntades de los otorgantes, se disminuyen los conflictos y evitan que muchos de ellos terminen en los estrados de la justicia. Y precisamente ésta es la llamada seguridad jurídica del sistema notarial latino, aplicando el conocido dicho de Alfonso El Sabio: "Notaría abierta, Juzgado cerrado".

La segunda etapa es la formalista, consiste en redactar el documento que regirá el negocio, radica en ella el rasgo fundamental y distintivo del Notariado Latino, inseparable de la función autenticadora, a diferencia de los notarios ingleses.

(*) BELLVER CANO, s/ref.

Una vez redactado el documento, la tercera etapa –que Carnelutti* denomina *fijativa*– en la que el notario constata la voluntad de las partes, realiza una lectura explicativa del documento; y la cuarta etapa, denominada *sancionadora*, se logra con la labor autenticadora en la que se realiza una función de legalidad y autenticación otorgando forma auténtica a los contratos y otros actos jurídicos no contenciosos asegurando y liberando a quien invoca un instrumento notarial de la pesada carga de la prueba en juicio, dado que: autoría, fecha y contenido del instrumento notarial constituyen prueba preconstituida y se presumen ciertos hasta que se demuestre lo contrario. Esta función finaliza con la inscripción del instrumento notarial en el registro público que corresponda para otorgarle la publicidad registral necesaria.

A las cuatro mencionadas, Carnelutti agrega la de ser custodio de los documentos que autorice en su protocolo y expedir copia que da fe de su contenido a requerimiento de parte interesada.

Por el desgaste de los procesos judiciales, generalmente lentos y engorrosos, los ciudadanos reclaman el concurso de nuevos factores que coadyuven a simplificarlos haciendo más ágiles y dinámicos los procedimientos.

José Manuel García Collantes¹⁰, presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL, en el tema Economía y Notariado, sostiene que:

El sistema del notariado latino desde un punto de vista estrictamente económico ofrece las siguientes ventajas:

a) La reunión de diferentes actividades en una sola y misma figura (lo que algunos economistas han llamado el "multiproducto notarial") supone necesariamente una reducción de costes. Pero además sus beneficios trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros en general (...) son las llamadas "externalidades positivas".

b) El asesoramiento por parte de juristas cualificados y, sobre todo, independientes e imparciales reduce la litigiosidad, y además los efectos atribuidos al documento facilitan la prueba en juicio lo cual es indudablemente un factor de reducción de costes.

c) La estructura en la que se ejerce la función notarial es especialmente eficiente. (...) aun siendo pública se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión

(*) CARNELUTTI, s/ref.

(10) García Collantes, J. M. Extraído de la publicación efectuada por Circular 3175, pp. 18 y ss., por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

liberal. (...) La función notarial requiere el ejercicio de unas actividades anteriores a la propia autenticación entre las cuales destacan la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento, y todas ellas son actividades privadas no solamente por su propia naturaleza sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirven (...) esta estructura reduce costes del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del coste de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura corporativa notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien recae exclusivamente el control la selección y la determinación del régimen general de organización del notariado.

d) Conectado a un sistema de registro de publicidad el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público notarial, proporciona una seguridad aun mayor puesto que la autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica.