

IX JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Lima, 18 de octubre de 2000

Lima, Perú, entre los días 11 y 14 de octubre del año 2000.

Tema I: **LA FUNCION NOTARIAL PREVENTIVA DE LITIGIO**

TEMA II: **LA SEGURIDAD JURIDICA NOTARIAL FRENTE A LA
TITULACION ADMINISTRATIVA**

TEMA III: **LA FUNCION NOTARIAL EN LA CONTRATACION Y ECONOMIA
DE MERCADO**

TEMA I

“FUNCION NOTARIAL PREVENTIVA DE LITIGIO”

CONCLUSIONES.-

Se considera que la función notarial, es nítidamente preventiva de litigio. Su intervención tiene lugar con anterioridad al conflicto, ya que mediante la adecuada instrumentación de los actos jurídicos y contratos, evita a las partes que se generen posteriores discrepancias. Por ende la intervención notarial brinda el ahorro –en disgustos y costos- de la instancia judicial. Se considera que el coste de la intervención notarial es muy inferior a los costos sociales y económicos que se generan cuando se prescinde de su intervención. Por ello, la actuación notarial da certeza a las reclamaciones judiciales.

Sin perjuicio de ello se considera que es imprescindible realizar estudios técnicos para obtener información y estadísticas que con fundamentos científicos, demuestren la precedente aserción.

Se encomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino la realización de un estudio de alto nivel técnico y científico que determine con la mayor precisión posible el costo primario y secundario para los requirientes y la sociedad en su conjunto del sistema notarial latino y del anglosajón. Deberá evaluar las ventajas comparativas de cada uno de ellos, la calidad y seguridad del documento que elaboran, su aceptación nacional y su eficacia internacional y el grado de litigiosidad que generan.

Entre las actividades funcionales del notario, se encuentra la de encuadrar los hechos a las normas jurídicas. Esta actividad es la que se da en llamar como de calificación. El notario determina la relación de derecho que corresponde a los hechos que se le presentan. Recepciona, interpreta, investiga y da forma legal a la voluntad de las partes. Así el notario es creador del derecho. Los documentos autorizados generan presunción de legalidad. La intervención notarial beneficia a los otorgantes –y la comunidad- al controlar la licitud del negocio instrumentado.

El asesoramiento notarial, constituye una de sus principales funciones. Permite que las partes otorgantes expresen adecuadamente su voluntad, mediante un correcto encuadre jurídico del negocio. El notario brinda asesoramiento en la llamada audiencia notarial que le permite a las partes comprender sus consecuencias jurídicas. Es por tanto función notarial instruir a los otorgantes sobre sus alcances, lo que genera paz y seguridad en las transacciones y por consecuencia en la comunidad.

El documento notarial es auténtico por sí mismo y lleva implícito su valor probatorio.

Bajo ciertas condiciones puede servir como título ejecutivo. Esta cualidad permite evitar gastos en procesos judiciales más extensos y onerosos. Se propone incorporar a las legislaciones, el carácter de título ejecutivo del documento notarial.

El protocolo notarial garantiza la conservación y seguridad de los hechos y actos jurídicos instrumentados.

La escritura notarial debe contener caracteres propios de redacción, tales como la imparcialidad; la correcta adecuación del negocio jurídico; lenguaje preciso y estilo adecuado.

El sentido actual de la fe de conocimiento e individualización presenta dos orientaciones. Algunos autores y legislaciones entienden que el notario asume la actividad y la responsabilidad de “conocer” a los comparecientes -responsabilizándolo por las consecuencias de la sustitución de personas aún ante su diligente actuación-, mientras que la mayoría sostiene que es suficiente que el escribano compruebe la identidad de los comparecientes mediante la exhibición de los documentos idóneos.

El notariado se encuentra abocado a adecuarse a los avances de la ciencia y la tecnología. El advenimiento del documento electrónico, como de la firma digital le permite ejercer la faz autenticadora de su función. En consecuencia se propone la creación e implementación de un programa de software de certificación de firmas electrónicas y digitales con intervención notarial. También se considera que la función fedante del notario posibilita ser autoridad de registro para la certificación de la solicitud de la clave pública del firmante.

Se considera que por su capacitación jurídica y por su formación alitigiosa, el notario puede cumplir adecuadamente la función de mediador. En general, en la mayoría de los casos, los Poderes Judiciales se han mostrado ineficientes y desbordados por el exceso de demandas judiciales. Además los jueces deben resolver dentro del marco del sistema legal de formas rígidas; en cambio el mediador puede incorporar otros métodos para brindar una justa solución al conflicto. El notario, también puede actuar en una primera instancia, como conciliador.

Se considera que la intervención notarial en los procesos no contenciosos alivia la sobrecarga judicial, ejemplos de ellos son los casos de divorcio, adopción de mayores, sucesiones, prescripciones adquisitivas, entre otros. En ese sentido se analizaron la actual legislación española, peruana, mexicana, entre otras.

No fue ajeno al trabajo de comisión la necesidad de la adecuación permanente de las legislaciones en todos los países del área para consolidar los principios rectores del Notariado Latino.

TEMA II

“LA SEGURIDAD JURIDICA NOTARIAL FRENTE A LA TITULACION ADMINISTRATIVA

CONCLUSIONES.-

El grupo de trabajo propone a esta IX Jornada Notarial Iberoamericana, las siguientes conclusiones:

- 1.- El documento público administrativo es el instrumento formal propio de la actividad unilateral de la Administración. Sin embargo, carece de los presupuestos materiales (asesoramiento, imparcialidad, control de legalidad de fondo) y formales (tipificación, protocolo) requeridos para producir, fuera de aquel ámbito, los efectos propios del documento notarial. Su aplicación a la sustitución del instrumento público, no encaja en el sistema institucional de seguridad jurídica preventiva.
- 2.- Resulta especialmente inadecuado para el acceso de tales actos al Registro de la Propiedad, pues a las menores garantías de esta forma documental, se une un menor rigor en la calificación registral, como consecuencia de una distinción entre los documentos notariales y los documentos administrativos, pensada sobre el modelo de los actos unilaterales de la Administración. Además no existe la necesaria coordinación normativa entre los requisitos formales del documento administrativo –apenas tipificados legalmente- y las exigencias de la publicidad registral.

La ausencia de reglas fijas y generales en materia de competencia de los órganos administrativos, y de una suficiente tipificación formal del documento administrativo, hacen de éste un vehículo poco apropiado para la circulación documental, especialmente la internacional, en las condiciones de rapidez y seguridad que el tráfico requiere.

- 3.- El notario, a través de sus funciones de asesoramiento y control de la legalidad, asegura la realización de las normas jurídicas y contribuye al cumplimiento de los fines de la acción administrativa, al proporcionar a los particulares conocimiento de las normas de un ordenamiento cada vez más complejo y saturado, al orientar su actividad comercial en el sentido que la Administración pretenda estimular con sus medidas de fomento y al evitar actos contrarios a las normas imperativas. Al hacerlo sin dependencia jerárquica de la Administración, mediante un vínculo profesional basado en la confianza, actúa con mayor eficacia social y menor coste que el Estado a través de sus funcionarios.

- 4.- La especial eficacia del instrumento público se basa en las garantías derivadas en las tareas de asesoramiento imparcial, control de legalidad, creación del documento y autenticación encomendadas al notario, así como en los requisitos exigidos a éste en orden a la forma, conservación y reproducción del documento.

La función notarial satisface las exigencias de la seguridad jurídica en las masificadas sociedades urbanas de hoy, en cuanto que, en la contratación en masa, a través de la información equilibradora a la parte débil y del control de legalidad respecto de las cláusulas abusivas, asegura la existencia misma del consentimiento contractual y en cuanto que el asesoramiento imparcial e institucionalizado del notario completa y equilibra eficazmente los asesoramientos privados de parte.

A tal es vital para el notariado preservar por todos los medios a su alcance, individuales y colectivos, el alto nivel de conocimiento jurídico y de imparcialidad que han constituido, desde sus inicios, las señas de identidad de la profesión.

La reducción de la función redactora en los contratos de adhesión puede ser suplida a través de la acción corporativa e institucional del notariado, capaz de proyectarse donde hoy, por la complejidad de las estructuras socio-económicas, no pueda ya llegar el notario individual.

TEMA III

“FUNCION NOTARIAL EN LA CONTRATACION Y ECONOMIA DE MERCADO”

CONCLUSIONES.-

- 1.- Ante la globalización de la economía de mercado, los extraordinarios avances tecnológicos de las comunicaciones y el incremento internacional de los movimientos migratorios de población humana, el Notariado Latino es consciente de su deber de ofrecer a la sociedad a la que sirve respuestas claras a los problemas que afectan a la función notarial, que el siglo XX deja planteados y que se decidirán durante los primeros años del que va a comenzar, participando para ello activamente en su solución con su espíritu tradicionalmente abierto al progreso y manteniendo vigente en el siglo XXI el principio *lex est quodcumque notamus*.
- 2.- En el mercado regido por la ley de la oferta y la demanda, los operadores económicos asumen el riesgo económico como inherente a la ganancia esperada, pero no desean asumir el riesgo jurídico derivado de la ineficacia sobrevenida de sus pactos o contratos, esto es, la falta de seguridad jurídica, entendida tal seguridad como la certeza de que lo pactado tendrá su debido cumplimiento. Para lograrla el Notario Latino es –y debe seguir siendo- la respuesta a dicha inquietud como eje del sistema, complementado por Registros que protejan al adquirente de buena fe. En definitiva, manteniendo y perfeccionando el sistema de seguridad jurídica preventiva demostradamente más eficaz y económico que el sistema del seguro de título.
- 3.- En virtud de la función desarrollada por el Notario Latino de comprobación de la identidad y capacidad de las partes, asesoramiento imparcial e independiente, control de la legalidad y redacción del documento y su guarda, los ordenamientos jurídicos de tradición romano germánica dotan al documento, fruto de dicha rigurosa actividad, de la cualidad de dar fe del acto o negocio que constituye su contenido y de su fecha, y con ello de la consideración de título de legitimación extrajudicial, de título ejecutivo y de prueba plena en el proceso.

Se consigue así agilidad del tráfico económico y ahorro de costes a la sociedad al actuar como sistema preventivo de litigios que, con la intervención del Notario Latino, disminuyen de forma extraordinaria.

Cumple además el Notario con la trascendental función de lograr, mediante su asesoramiento, un consentimiento informado de los consumidores para

que puedan contratar en situación de igualdad con los grandes operadores económicos, evitando además el error y el dolo.

- 4.- La internacionalización de los negocios postula la unificación de las normas que deben regir el comercio, para que la nueva *lex mercatoria* –basada en el principio de autonomía de la voluntad y creada por los operadores económicos en su beneficio- no perjudique a consumidores y usuarios y a las sociedades nacionales representadas por los Estados, en ausencia de convenios internacionales de derecho material. De ahí la importancia creciente que adquieren las normas de defensa de los consumidores y usuarios contra tal *lex* y del Notario Latino como medio de control del cumplimiento de la legalidad.
- 5.- La globalización del comercio, como la intensidad de los movimientos migratorios hace necesario, cada vez más:
 - a) Que el Notario, cuando en el negocio que documente intervengan elementos extranjeros, deba aconsejar a las partes la conveniencia de incluir cláusulas sobre el derecho aplicable y la jurisdicción competente como medio de asegurar la ejecución pacífica de dichos contratos. Deberá asimismo respetar las normas de aplicación inmediata de los Estados involucrados.
 - b) La necesidad de aplicar reiteradamente el derecho extranjero, por lo que se propone solicitar de los legisladores nacionales que reconozcan como atribución de los Notarios la facultad, inherente a su función, de certificación de la existencia, vigencia, contenido y modo en que se aplican sus leyes nacionales como medio de acreditarlas. Ello sin perjuicio de los demás mecanismos que existen en virtud de convenios internacionales que operan exclusivamente en el ámbito judicial o administrativo.
 - c) Que la vía notarial sea utilizada como forma más ágil y eficiente en materia de notificaciones y requerimientos internacionales.
 - d) Que se potencie la existencia de un Registro Internacional de Actos de Última Voluntad.
 - e) Que dadas las falsificaciones documentales que se están produciendo, incluso de la propia apostilla del Convenio de La Haya, recomendar se utilicen cuantos medios sean necesarios (papel especial, sellos indispensables) y especialmente la vía de los Colegios Notariales, u organismos públicos de que dependa el Notario cuando no existen, para comprobar, previamente a la utilización de los documentos que han de surtir efectos en país extranjero, que el Notario autorizante estaba en ejercicio y de la existencia y regularidad del documento.

- f) Que en los documentos relativos a la constitución de personas jurídicas u otorgados por sus representantes figure, amparado por la fe pública en la copia que se ha de utilizar en el extranjero, que dicha entidad está constituida con arreglo a la ley de dicho país e inscrita, en su caso, en el Registro correspondiente y goza de plena personalidad jurídica.
 - g) Evitar con la intervención del Notario el blanqueo o lavado de dinero procedente de la criminalidad organizada, colaborando con las autoridades competentes, en virtud de hechos objetivos determinados por la norma y no basados en la simple sospecha de aquél.
- 6) Dado el carácter de función pública delegada por el Estado de la función notarial, debe ser el documento público –que reúna los requisitos de: estar autorizado por Notario Latino o funcionario público, hacer prueba plena, y ser título ejecutivo y legitimador- el llamado a circular internacionalmente, y no los notarios en aplicación de los principios de libertad de establecimiento o prestación de servicios.
- 7) Con pleno respeto a la Declaración de la Asamblea de Notarios Miembros de la UINL dada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1998 sobre el Notariado y el comercio electrónico, se considera:
- a) Que el Notario no puede permanecer ajeno a los adelantos tecnológicos que puedan y deban ser aplicados en su actividad en la medida en que mejoren la prestación de la función e incrementen la seguridad jurídica.
 - b) Que el soporte informático en sustitución del soporte papel pueda ser utilizado en la prestación de la función notarial, siempre que los avances en la seguridad de su conservación y de la firma electrónica eliminen los actuales riesgos y que el contenido del documento, tras la intervención del Notario, sea asumido por las partes mediante su firma electrónica y autorizado por el Notario con la suya.
 - c) Las claves públicas y privadas del notario no pueden estar sujetas a límites temporales de caducidad. La caducidad de las claves de los otorgantes no deberá impedir la obtención de reproducciones del documento.
 - d) Debe regularse el documento público electrónico y su conservación (protocolo electrónico) y el sistema de traslado de su contenido a las partes o persona con derecho a conocerlo, sin que pueda accederse al mismo a través de la red sin intervención notarial.
 - e) Los sistemas de comunicación telemática deben servir para estrechar la colaboración entre los notarios de los países de tradición romano-germánica a fin de incrementar la seguridad jurídica en el tráfico internacional.

- f) Los avances informáticos deben servir para facilitar las relaciones entre las Notarías y los Registros.
- g) El documento público electrónico autorizado por Notario a de poder gozar de los mismos efectos legitimadores, ejecutivos y probatorios que el extendido sobre soporte papel.