

XI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Conclusiones del Tema I

- A) En las legislaciones iberoamericanas existe similitud en las principales figuras de garantía, especialmente por lo que hace a las tradicionales garantías que regulan los Códigos Civiles como son: la fianza, la prenda y la hipoteca.
- B) Además de las tradicionales garantías ya mencionadas, en prácticamente todas las legislaciones se regulan algunas garantías especiales como la prenda sin transmisión de posesión o sin desplazamiento, la hipoteca marítima o naval y la hipoteca sobre aeronaves.
- C) En el derecho de los países iberoamericanos han surgido nuevas figuras de garantías, tanto personales como reales. Destacan como garantías importantes: el aval cambiario, las garantías a primera demanda, la carta de crédito stand by, el leasing o arrendamiento financiero y el lease back, la hipoteca sobre la unidad completa de una empresa o sobre la hacienda de una empresa y el fideicomiso de garantía.
- D) Hay una influencia de los negocios internacional en las nuevas garantías que están reconociendo los ordenamientos jurídicos, como la garantía a primera demanda, las cartas de crédito stand by o el leasing (arrendamiento financiero) y el fideicomiso de garantía.
- E) Las legislaciones iberoamericanas dan intervención notarial en la constitución, modificación, transferencia y extinción de las garantías que tienen por objeto bienes inmuebles y excepcionalmente en otras garantías que son objeto de inscripción registral, como la hipoteca sobre embarcaciones o sobre aeronaves o en algunos casos de prenda sin desplazamiento o sin transmisión de posesión.
- F) Existe concordancia en las diversas legislaciones nacionales, respecto a la prohibición de acordar, al momento de constitución de una garantía real, el llamado pacto comisorio.
- G) Se reconoce una tendencia importante en admitir algunas garantías cuya ejecución o realización proceda en forma extrajudicial. Deberá considerarse en tales casos, su coordinación con las normas generales y especiales vigentes en cada país.
- H) En materia de publicidad registral hay una tendencia clara a la creación de Registros especializados para ciertos bienes en los que se inscriben las garantías sobre dichos bienes. Por ejemplo: Registro Público Marítimo, el Registro Aeronáutico, Registros Prendarios y otros.

RECOMENDACIONES

- 1. Que la recepción de las nuevas formas de garantía, se haga bajo el criterio de la necesaria adaptación de estas figuras a los principios esenciales de cada ordenamiento nacional, con la consulta previa del poder legislativo a las entidades referentes en la materia.**
- 2. Dada la importancia que reviste el asesoramiento, la certeza y la seguridad jurídica, y lo complejo de las garantías que se reconocen y regulan en los países iberoamericanos y sus múltiples aplicaciones, que el notario sea asesor, consultor y en lo posible ante quien se otorguen los actos jurídicos que contienen garantías.**
- 3. Que en todas las garantías que recaigan sobre bienes inmuebles o registrables se utilice la escritura pública como medio idóneo y eficaz de documentación, y para efectos de su inscripción registral.**
- 4. Que se promueva en las legislaciones la intervención notarial para que, en lo posible, las garantías se otorguen ante notario por las ventajas que el instrumento público ofrece a las partes contratantes, como son: a) Proporcionar certeza en la fecha de celebración del acto; b) El notario asegura la identidad de las partes; c) El notario analiza la representación de las partes; d) La licitud del negocio es efecto natural de la actuación notarial; e) La intervención del notario dá al documento autenticidad que asegura su validez y la eficacia del acto; f) El documento notarial es, frecuentemente, título ejecutivo, y en algunos casos comparable a una sentencia judicial; g) El documento notarial es inscribible como documento auténtico en variados registros.**
- 5. Se recomienda que se impulsen las reformas necesarias para permitir al notario utilizar las nuevas técnicas informáticas de comunicación, para su acceso directo a los registros de publicidad para contribuir a la mas perfecta constitución y tráfico de las garantías reales.-**

XI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Buenos Aires, Argentina, marzo 2004

TEMA II: Responsabilidad del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título

CONCLUSIONES

Toda función que pretenda permanecer exitosamente tiene la obligación de repensarse permanentemente para adaptarse a los nuevos cambios y exigencias de la comunidad a la que sirve.

La sociedad elige lo que más le conviene por económico y eficiente, no por tradición o historia.

Lamentablemente algunos criterios meramente economicistas priorizan la reducción de costos, sin importarles si afectan con ello, la seguridad jurídica que nuestra labor genera.

No tenemos duda que la misma posibilita la disminución de la litigiosidad, la convivencia armónica y la realización de la justicia.

Pero la percepción que la sociedad tiene de cualquier profesión cambia permanentemente, lo trascendente es que la comunidad sienta que su intervención es absolutamente conveniente, que la deseen y la soliciten como útil y necesaria para garantizar el contenido de su voluntad cuando contratan.

Debemos concientizar a la sociedad del valor y utilidad que tiene la seguridad jurídica preventiva.

El costo de un sistema no pasa sólo por el honorario, sino las consecuencias que toda la sociedad sufre cuando confundimos eficacia con rapidez.

No se puede caer en el error de creer que sacrificando seguridad jurídica se podrá obtener una disminución de costos.

Preservando nuestra esencia, tenemos el deber de adaptarnos para dar cada vez más eficiente respuesta a los reclamos permanentes de la sociedad y a los nuevos requerimientos que plantea un mercado en continua evolución.

Precisamente este es el sentido de la convocatoria de estas Jornadas Iberoamericanas, meditar en conjunto, aportando nuestras distintas experiencias geográficas y culturales y viendo cómo podemos resultar más competitivos mejorando nuestra función.

Hoy existen dos sistemas netamente diferenciados para la constitución y transferencia de derechos reales sobre inmuebles, el notariado latino y el que concluye con el llamado seguro de títulos.

I.- NOTARIADO LATINO

En este sistema es obligatoria la intervención de un notario, que es un profesional del derecho al que el Estado inviste con una función pública fedante, en ejercicio de la cual **da autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran** y que perciba con sus sentidos.

En ejercicio de sus funciones alitigiosas el notario:

1-Asesora a los otorgantes, calificando, interpretando y traduciendo jurídicamente los hechos y la voluntad de los mismos.

2-Media en forma imparcial entre sus requirentes.

3-Configura el documento asumiendo la autoría bajo su responsabilidad

4-Identifica a los otorgantes y realiza el juicio sobre su capacidad.

5- Inscribe ese documento auténtico, que goza de presunción de legitimidad y validez, en el Registro correspondiente de la Propiedad a efectos de su oponibilidad a terceros.

6- El sistema **de matricidad**, complementado adecuadamente con el de guarda y archivo de protocolos, garantiza la seguridad de los documentos ante la posibilidad de alteración, pérdida o sustracción de los títulos de propiedad.

7- Genera certezas en las relaciones jurídicas, lo que **previene posteriores litigios.**

El hecho de centralizar la función asesora, instrumentadora y autenticante en la figura del notario, garantiza la economía de costos y la celeridad del proceso.

II. SEGURO DE TÍTULO

En los Estados Unidos de Norteamérica, por su régimen federal, cada Estado tiene su propio régimen, pero mayoritariamente tienen las siguientes características:

1-Las transmisiones de inmuebles se realizan por instrumento privado, sin la intervención de un funcionario público, consecuentemente, el documento carece de autenticidad.

2-El asesoramiento jurídico es optativo.

3-La inscripción en el Registro de la Propiedad no es obligatoria y se efectúa mediante el archivo de los documentos.

Las inseguridades originadas por estos sistemas hicieron que se recurriera al instituto comercial del seguro, para morigerar los daños que su empleo genera. Producida la pérdida total o parcial de su derecho por evicción debido a un vicio de los títulos, anteriores a la adquisición, el asegurado tiene derecho a la indemnización convenida.

El pago de la misma se realiza, si el hecho no se encuentra dentro de los casos excluidos de cobertura, una vez finalizado el proceso judicial.

La obligación de la compañía es pagar la compensación monetaria pactada, no el valor real del inmueble, no incluye el valor de las mejoras incorporadas, ni la desvalorización

monetaria, produciéndose lo que los economistas llaman pérdida de excedente del consumidor.

La situación se agrava si el seguro es contratado por la entidad financiera que otorga el crédito destinado a la adquisición del inmueble, por cuanto el monto asegurado va disminuyendo a medida que el mutuo se amortiza.

Esta seguridad económica, subsidiaria, satisface plenamente los intereses del acreedor hipotecario, no así los de los adquirentes

El seguro de ninguna manera evita que el daño se produzca.

Esta solución no busca perfeccionar el sistema de transmisión de derechos reales, asegurando que las partes no vean frustradas las expectativas que tuvieron al contratar, sino que solamente indemniza al perjudicado por el mal funcionamiento del sistema vigente.

Como bien dice Vallet de Goytisolo, es como si en medicina reemplazáramos las vacunas y medidas higiénicas y profilácticas por un seguro dinerario que indemnizara las invalideces y defunciones producidas por las enfermedades que hubiesen dejado de ser prevenidas.

Con la figura del seguro se socializan los riesgos, en lugar de tomar medidas preventivas con un sistema adecuado, se lo asume, como dice Angulo Rodríguez, como un castigo divino, y el daño en lugar de pagarlo quien lo produce, se reparte el costo entre toda la sociedad.

En este sistema las compañías aseguradoras terminan monopolizando la actividad inmobiliaria y la información sobre la calidad de los títulos, mediante los “title plant” que organizan. Estableciendo cual es “comerciable” y cual no denegando su cobertura. ¿Nuestras sociedades están dispuestas a delegar en estas compañías privadas la función pública calificadora de los títulos?

Creemos que el sistema notarial latino es eficiente y eficaz para garantizar la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria, haciendo innecesaria la incorporación del seguro de título.

En la actual sociedad globalizada, la confrontación entre los dos sistemas es inevitable.

En EEUU el seguro de título hoy constituye un importante negocio, que busca expandirse y buscar nuevos mercados.

La estrecha vinculación entre bancos y compañías de seguro, sumado a la importante concentración económica financiera en el mundo, nos debe hacer reflexionar, sobre los riesgos del intento de imposición de este tipo de seguros por parte de las entidades financieras como condición para el otorgamiento de sus créditos, como ha ocurrido en Québec, estableciendo un gasto innecesario que constituye un fraude al consumidor.

Se ha argumentado que los inversores institucionales estadounidenses, acostumbrados a las garantías económicas que brinda a los créditos hipotecarios el sistema de seguro de título, iban a ser reticentes a invertir en la securitización de hipotecas en aquellos países que no adoptaran ese sistema. En Argentina tal aseveración, en los hechos, quedó totalmente desvirtuada, habiéndose aceptado plenamente la seguridad jurídica que adecuadamente brinda nuestro sistema.

A nivel científico, jurídico, económico, sociológico y práctico, la superioridad de un sistema sobre el otro ha quedado absolutamente probada.-

Proponemos como cursos de acción a emprender:

1° reforzar la difusión de esta superioridad documental y registral y de los riesgos que sobrevendrían con el deterioro o pérdida de su vigencia para la sociedad.

Esta advertencia debe llegar a la opinión pública, a las asociaciones de consumidores y a los ámbitos universitarios, legislativos y gubernamentales para hacer notar que es claramente mas justo y mas eficiente para lograr la seguridad jurídica general.

La calidad de la prestación que brinda el notariado es universal y llega a todos los sectores económicos y sociales con igual calidad y en toda la extensión territorial, lo que no sucede cuando se pretende suplantar la seguridad jurídica por la meramente económica en mano de sociedades comerciales cuyo legítimo objetivo es únicamente el fin de lucro. por lo que obviamente atenderán sólo los sectores mas rentables.

2° ser sumamente estrictos en la búsqueda de la excelencia en el ejercicio de la función.

A tal efecto:

- a) el acceso a la misma sólo debe para de los más capacitados y mediante concurso.
- b) la capacitacion continua debe ser un requisito para la permanencia en la función.
- c) los controles funcionales deben ser constantes y estrictos y las eventuales faltas disciplinarias severamente sancionadas.
- d) la colegiación debe ser obligatoria en todos los paises.

3°) buscar una garantía económica complementaria para el usuario del sistema notarial, en los supuestos de eventual insolvencia del notario, cuando éste deba responder por hechos dañosos producidos en el ejercicio de su función.

4°) transmitir al presidente de la U.I.N.L. el sentido de estas conclusiones, a efectos de, por los medios y formas que estime más convenientes se conecte con autoridades de los gobiernos de los Estados Unidos de América y Canada, para transmitirle la conveniencia de que ellos adopten un sistema documental similar al de los paises del notariado latino, por lo menos para uso externo.-

Hacer extensiva esta recomendación a las autoridades que estan gestionando el convenio multilateral denominado "A.L.C.A." sin perjuicio de comunicar la misma intención a todos los delegados latinoamericanos ante dichos organismos.

III SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En el seno de la comisión se recomendó a los Colegios el estudio de la implementación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio, que cubra los daños ocasionados por los notarios en el ejercicio de su función, tal como ocurre en España, Alemania, Austria, Italia y Francia, entre otros.

Ello constituye una garantía para el usuario que acrecienta su confianza en el sistema.-

No se fundamenta tanto en la protección del asegurado, sino en la de los terceros.

Un diseño exitoso de la función debe fomentar un comportamiento correcto y el seguro de responsabilidad civil debe configurarse como residual.

Resulta imprescindible la participación de los Colegios en la redacción de la póliza y la fijación de la prima.

La imagen del notariado y la confianza pública en la profesión se ven seriamente dañadas cuando el notario se conduce en forma irregular y además su insolvencia frustra hacer efectiva su responsabilidad.

Es necesario establecer alguna garantía, colectiva o individual, complementaria al patrimonio personal del notario.

En opinión del Dr. Gabriel Ventura, el seguro de responsabilidad civil es incompatible con el carácter de funcionario público, por quien debe responder el Estado.

También surgió como propuesta, que los Colegios emprendan el estudio de la instrumentación de un seguro cooperativo o la creación de un fondo, que permita afrontar el pago de indemnizaciones a quien hubiere sufrido un daño.

Teniendo en cuenta que si lo que se plantea es un instrumento de seguridad económica residual en protección de los usuarios, la exclusión del dolo, pierde sentido.-

En la búsqueda de soluciones, debemos considerar que esta cobertura del dolo no debe funcionar como alentadora de conductas de este tipo.- El que se conduzca en forma dolosa debe ser excluido de sus funciones. Los notarios deberían prestar algún tipo de garantía efectiva, que posibilitara la recuperación de lo abonado por el fondo.

XI Jornada Notarial Iberoamericana

Tema III

El notario y los Registros. Registros Mercantiles. La función calificadora del Notario en la elaboración documental.

Conclusiones:

Para el mejor servicio en la seguridad jurídica preventiva y agilidad en el retiro de la documentación inscripta en beneficio de los usuarios y la comunidad toda,

El tema III de la XI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA RECOMIENDA:

Primero:

Son pilares de la seguridad jurídica preventiva, el título auténtico, que en las relaciones jurídicas privadas es la escritura pública, y los registros públicos.

Segundo:

La autenticidad del título está directamente relacionada con la bondad y calidad del mismo. Los controles que su autorización conlleva requieren la intervención notarial, su inmediatez, la cualificación del notario autorizante del documento y su continua capacitación. Estos requisitos serán de aplicación cualquiera que sea el soporte sobre el que esté plasmado el documento.

Tercero:

Permitir el acceso a los registros públicos de títulos de calidad inferior, supondría un fracaso del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Cuarto:

Los aspectos mínimos que deben ser calificados por el notario son la capacidad, la identificación, la legitimidad y representación de los otorgantes (orgánica, voluntaria y legal), así como la validez del negocio escriturado.

Quinto:

El notario debe controlar que el documento en su totalidad (fondo y forma) esté ajustado a derecho.

Sexto:

Todos los requisitos mínimos anteriores sólo pueden ser controlados por el notario por su inmediatividad con los otorgantes en la elaboración y autorización del documento.

Séptimo:

En las comunicaciones entre notarios y registros públicos debe tenderse a la aplicación de técnicas electrónicas, que impliquen agilidad en el tráfico y seguridad en la autoría del emitente, para:

- Información en tiempo real del contenido del registro (publicidad, noticia o certificaciones).
- Registración de medidas cautelares y sus levantamientos.
- Inmediata inscripción del documento.
- Comunicación de la constancia de inscripción al notario.

CALIFICACIÓN A CARGO DEL REGISTRADOR:

I.- DEBE CALIFICAR teniendo en cuenta exclusivamente los documentos presentados y los asientos registrales:

1º la competencia material y territorial del registro.

2º la rogación.

3º que exista identidad entre el objeto escriturado y el registrado.

4º la autenticidad y legalidad extrínseca del documento a registrar.

5º la inexistencia de nulidades absolutas y manifiestas.

6º legitimación registral.

7º consentimiento del titular registral.

8º tracto sucesivo.

9º El respeto de la reserva de prioridad.

Se recomienda la adopción de la reserva de prioridad, emanada de la información registral previa, en las legislaciones que no la tuvieren.

II.- NO DEBE CALIFICAR:

Todo aquello que ha sido motivo de calificación por el notario, por ejemplo la identificación de los comparecientes, la capacidad de las partes y la representación invocada, el contenido del negocio reflejado en la escritura pública aunque a su respecto haya discrepancia doctrinaria o jurisprudencial, en cuyo caso la revisión estará exclusivamente reservada al órgano jurisdiccional competente.

En aquellos aspectos que el notario hubiere omitido calificar, cuando por disposiciones legales debiera hacerlo, el registrador podrá observar el documento, solicitando al notario que efectúe la calificación pertinente.

La falta de certificación registral previa priva al documento de la protección legal pre-escrituraria (reserva de prioridad), mas no obsta a su inscripción, en la medida que no existan registrados derechos que se le opongan, gozando de la prioridad directa.

