

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino

Atenas (Grecia), Octubre 2001

Tema II

La función notarial creadora de Derecho

Coordinador internacional: Federico Guasti (Italia)

Informe de actividades de la Comisión para el Tema II

La comisión para el tema II se reunió lunes y martes por la mañana y por la tarde, dedicándose el jueves por la mañana a elaborar el informe sintético preparado por el Coordinador Internacional.

En total, contribuyeron a tratar este tema los representantes de 25 notariados miembros, 21 de los cuales presentaron ponencias escritas.

Al dar comienzo a los trabajos, la Comisión, a propuesta del Coordinador Internacional, nombró Vicepresidente de la misma a Néstor Pérez Lozano (Argentina), y Secretario a Pascal Chassaing (Francia).

Durante los dos primeros días de trabajo, todos los participantes tuvieron la oportunidad de exponer de viva voz sus consideraciones y el resumen de las ponencias presentadas, dándose la preferencia a quienes presentaron ponencias escritas.

Al final de la segunda jornada, para redactar el informe sintético, el buró de la Comisión, formado por el Coordinador Internacional, Federico Guasti, en calidad de Presidente, Néstor Pérez Lozano, Vicepresidente, y Pascal Chassaing, Secretario, contó con la asistencia de algunos ponentes que habían tomado parte en los trabajos de la Comisión, concretamente los Sres.: Gerd-Jurgen Richter (Alemania), Federico Magliulo (Italia), Nicole Pankert (Países Bajos), Lucila Ortiz de Di Martino (Paraguay), Roman Sowinski (Polonia) y Ana Fernández - Tresguerres García (España).

Al término de los trabajos de la Comisión, el Coordinador Internacional presentó el informe sintético al Congreso en la sesión plenaria del viernes 5 de octubre por la tarde.

En dicha ocasión destacó que, al tratarse de un tema que, a simple vista, podría parecer demasiado genérico, pero que si se examina más atentamente da pie a importantes profundizaciones, tanto bajo el perfil estrictamente jurídico como bajo el perfil de política del notariado, con el fin de no ampliar excesivamente el campo de la investigación y para orientar mejor el estudio a las finalidades del Congreso, el Coordinador Internacional había propuesto un plan de desarrollo del tema principalmente como reflexión acerca de las perspectivas para el futuro en un contexto jurídico y técnico en rápida evolución.

Las ponencias presentadas abordaron el tema fundamentalmente desde dos enfoques distintos:

- Uno bajo perfil (directo) del documento notarial como fuente de derechos y deberes, libremente negociados por las partes, y que resultan inderogables para ellas, que pueden oponerlas a terceros; nuevas normas contractuales elaboradas por los notarios para resolver situaciones no previstas en el derecho vigente.
- El otro bajo perfil (indirecto) de la participación más o menos explícita del notario y las instituciones notariales en el proceso de evolución de las normas de Derecho Privado y Mercantil, en lo tocante a los cambios en la sociedad civil, las relaciones económicas y las técnicas de contratación. Una participación que, en lo que al notario se refiere, tiene lugar también a causa de la "praxis", es decir, el uso reiterado y constante del mismo tipo de documento o cláusulas contractuales para regular situaciones de relevancia social y que, en lo que atañe a las instituciones notariales, se realiza con la colaboración que los organismos oficiales del notariado le prestan al legislador.

En las ponencias presentadas por algunos países de larga tradición en el notariado latino prevaleció el análisis del primer aspecto.

En las ponencias de los países en que el notariado se introdujo o reintrodujo recientemente, se hacía hincapié sobre todo en el segundo aspecto, ya que dichos países se muestran más sensibles y atentos a los cambios que está sufriendo en los últimos años el sistema del Derecho Privado, considerando sin embargo que, debido al poco tiempo que han tenido los notarios a disposición, no se ha podido crear una praxis.

Otros ponentes abordaron ambos aspectos, sin especificar en la amplia presentación del tema del Congreso en cuál de ellos había que concentrar la atención, dejando acaso voluntariamente que cada cual tomara lo que mejor se adaptara a la realidad jurídica de su país.

Finalmente, hubo un grupo de ponencias que no hallaban en la función notarial ninguna actividad creadora del Derecho o que la consideraban marginal.

En cualquier caso, de las ponencias presentadas y, sobre todo, del debate en el congreso, se desprende que la función creadora del Derecho es una característica específica del notariado de tipo latino, en el que la actividad de interpretar la ley y la voluntad de las partes pertenece por tradición al ejercicio de la profesión. Por el contrario, en los países de Common Law, la actuación del notario parece estar orientada más bien a la función certificadora, dejando para los demás juristas,

abogados y jueces, la adaptación de la autonomía particular al ordenamiento y la creación del Derecho en el sentido que planteaba el tema.

Informe sintético y conclusiones

1. Determinación de la función notarial creadora del Derecho

En general, se da por sentado el papel de creador del Derecho propio de la función del notario cuando se le solicita que regule las relaciones jurídicas de Derecho Privado mediante la redacción de documentos notariales auténticos, obligatorios para las partes y oponibles a terceros, algunos de ellos dotados de poder ejecutivo.

Se trata de una redacción de la que el notario asume la exclusiva paternidad y que tiene lugar tras adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento vigente, respetando los límites impuestos por éste a la libertad negociadora con respecto a la tipicidad, inderogabilidad e indisponibilidad de algunos derechos y deberes.

Esto se lleva a cabo a petición de las partes (tanto si se trata de personas físicas como jurídicas), que se enfrentan a la continua evolución de las situaciones y necesidades en el terreno económico, familiar y personal, así como en el de la organización de patrimonios hereditarios.

Por regla general, el notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho Privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas.

El notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y de coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, éstos son fruto de una interpretación creativa sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe decir que la actividad del notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aun cuando no dé lugar a la aparición de nuevas figuras negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable.

2. La Evolución de la función creadora del Derecho a lo largo del tiempo

En cuanto a la amplitud de este papel, se observa una evolución a lo largo del tiempo como consecuencia de varios factores: el legislador está cada vez más atento, no sólo a los intereses de los individuos, sino también a las necesidades e intereses de la colectividad. Además, en materia económica, se está pasando de la especialización a la estandarización de los contratos individuales a los contratos tipo, a contratos por adhesión o a modelos de contrato estandarizados. En pocas palabras, la atención pasa de unos supuestos que - aun refiriéndose a aspectos generales - protegen sobre todo los intereses del individuo en sí, a unos supuestos que afectan a los grupos (consumidores, ahorristas, usuarios de servicios, usuarios de estructuras, etc.) o que son fruto de la globalización de la economía, entre otras cosas como consecuencia de

la evolución técnica de los nuevos instrumentos informáticos y de comunicación y transmisión de datos en tiempo real.

Resulta emblemática la situación de la Unión Europea, donde las normas comunitarias atentas a dichos fenómenos parecen tener que limitar fuertemente el papel del notario como creador del Derecho.

Cabe suponer una ampliación de dicho sistema de normas comunes incluso fuera de Europa, como consecuencia de la globalización que se está produciendo. A dichos fenómenos cabría añadir también la facilitación y difusión del acceso por parte del público a fuentes de información especializadas u obligatorias y una normativa que tiende a ser cada vez más minuciosa en algunos sectores de actividad. Ello conlleva una reducción, pero no una limitación total, de los márgenes dentro de los que se recurre a la creatividad del notario y a su experiencia y capacidad profesionales como jurista para adaptar el negocio, caso por caso, a la voluntad contractual de las partes, en la justa composición de los intereses respectivos.

3. Características de la función creadora y papel de las organizaciones representativas del notariado

Pero, junto a los fenómenos que acabamos de enunciar, y que podríamos definir como de limitación de la libertad contractual, también evolucionan con el tiempo las relaciones económicas y sociales, y surge la necesidad de regular nuevas situaciones jurídicas fruto, a su vez, de la evolución de las necesidades, intereses y relaciones entre las personas, nuevas formas del derecho de propiedad, nuevos tipos de acuerdos y relaciones entre grupos económicos, consorcios de empresas, nuevas formas de uso y disfrute de bienes muebles e inmuebles, relaciones de carácter fiduciario, administración del patrimonio familiar, asociacionismo y sector no-profit, disposiciones para el caso en que se produzca incapacidad, tutela de la familia natural, disposiciones para órganos propios, regulación de la adopción hetero y homosexual, etc.

No obstante, parece que todas las ponencias presentadas concuerdan en que las inevitables situaciones no legisladas o no comprendidas en el régimen general del derecho común y los retrasos del legislador al adaptar la normativa a las nuevas necesidades y a una realidad en continuo movimiento, por lo que se ha dicho más arriba, siguen ofreciendo un amplio margen para una actividad creativa encomendada a un jurista con las características propias del notario de tipo latino, próximo a las necesidades del gran público e inmerso en la realidad económica y social de un territorio.

Es decir, un jurista que no sea un rígido guardián de la norma codificada, sino que sepa convertirse en intérprete de las aspiraciones más auténticas que afloran en el contexto en que se mueve, favoreciendo de esta forma la puesta en práctica de ese derecho natural que se identifica en el deseo de justicia y equitatividad que surge de forma espontánea, y a veces inconsciente, del cuerpo social. Un deseo que el notario podrá colmar en la formación del negocio jurídico, teniendo siempre como puntos de referencia los méritos de los intereses en juego y el respeto constante del bien común y de la sensibilidad moral de la sociedad de la que forma parte.

La fuente de derecho que nace de la actuación del notario tiene la peculiar característica de ser la expresión directa de las aspiraciones de los destinatarios de la misma, aspiraciones que se realizan y legitiman gracias a la actuación del notario. En una palabra, un derecho, pues, "sentido" y no "impuesto".

Pero parece ser que hay nuevos espacios a disposición de esta función notarial, no sólo y no tanto para la creatividad de cada profesional, sino más bien del notariado como categoría profesional estructurada y organizada.

La búsqueda del delicado punto de equilibrio entre las iniciativas del notariado como grupo profesional y las de cada notario en lo que respecta a la innovación en el Derecho supondrá uno de los retos más difíciles para el notariado en los próximos años, y requerirá la colaboración y el espíritu de autoresponsabilidad de cada uno de los miembros de la comunidad notarial.

Las organizaciones representativas de nuestra profesión ya están en condiciones en muchos países - y es de esperar que lo estén muy pronto en todos los países en los que el notariado es de tipo latino - de erigirse en intérpretes, a través de los notarios, de las necesidades del público, con la aportación de todos los notarios presentes en el territorio y elaborando las experiencias de cada uno de ellos, contribuyendo así a encontrar soluciones uniformes, las más adecuadas y coherentes con el ordenamiento. Y no sólo esto, sino que, en base a la autoridad adquirida como órgano representativo de la categoría profesional, en caso necesario pueden solicitarle todo tipo de aclaraciones al legislador, e incluso a veces pedir la intervención del mismo a nivel normativo para regular nuevos supuestos y responder a la demanda de nuevo derecho para regular situaciones personales o contractuales inéditas u originadas por costumbres importadas de otros ordenamientos como consecuencia de la internacionalización de las relaciones económicas y sociales.

En otras palabras, asistimos - y es probable que se trate de un fenómeno irreversible - al paso de la función creadora de cada notario al notariado como organización fuerte, tanto a nivel nacional como supranacional. Deberá tratarse de una organización dotada de su propia especialización, de la capacidad de proporcionar soluciones uniformes a problemas comunes a los usuarios del servicio notarial, y capaz de importar el ejemplo de elementos jurídicos instituidos y experimentados con éxito en el extranjero, fomentando así una praxis más sólida, al estar más difundida, y capaz de llamar la atención del juez o el legislador sobre los nuevos fenómenos en el Derecho Privado.

Una función, pues, que también puede justificar para el notariado una actividad de propuesta ante el poder legislativo, así como una legítima expectativa de ser consultado en la elaboración de normas en materias en las que el notariado va a tener que intervenir como autor de la relación jurídica particular entre las partes.

Pero, para poder reivindicar plenamente este papel, es preciso que las organizaciones representativas del notariado, tanto nacionales como supranacionales, carezcan de connotaciones exclusivamente ligadas a la tutela política del grupo. Antes al contrario, los vértices deben poseer unas competencias jurídicas y profesionales de alto nivel, por una parte, para poder dialogar al mismo nivel con los poderes y autoridades que promulgan las leyes y reglamentos, y por otra para transmitirle a

cada notario la información necesaria para lograr un comportamiento uniforme que, al convertirse en praxis, está destinado a obligar al legislador a tomar decisiones normativas.

4. Globalización de los fenómenos

El problema también se plantea en el terreno internacional. De hecho, recientemente hemos asistido a la promulgación de normas en un contexto jurídico supranacional, como el de la Unión Europea, que limitan la autonomía contractual y condicionan la eficacia del contrato estipulado por las partes. Es evidente que dicho fenómeno puede tener una considerable influencia de reducción de la función creadora del notario (ejemplo de ello es el derecho de receso previsto en algunos casos como cláusula inderogable, incluso para los contratos estipulados con la intervención del notario).

Por tanto, es importante que el legislador, en su obra de integración a nivel supranacional del Derecho Privado de cada uno de los estados, perciba la importancia de desarrollar asimismo el recurso a un sistema común de justicia preventiva, con respecto a la cual el notario tiene que jugar un papel relevante.

5. Consideraciones finales

En conclusión, como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, la Comisión para el tema II del Congreso considera que sería útil acentuar las características del modelo común de notariado latino que, incluso en sus aspectos deontológicos, constituya una garantía para el ordenamiento supranacional de un grado equivalente de fiabilidad, con arreglo a lo que se ha logrado en ciertas zonas geográficas en las que los ordenamientos notariales ya son homogéneos.

Por lo tanto, la Comisión les recomienda a los notariados miembros de la U.I.N.L. que adquieran mayor conciencia del delicado papel que le corresponde asumir al notario para contribuir a la formación del Derecho, tanto en su contexto nacional como en el contexto supranacional, en colaboración con los demás notariados, adecuando sus instrumentos de actuación tanto entre los notarios como entre las autoridades de su país.
