

XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Cancún, México, Noviembre de 2017

Tema III «Derechos de los consumidores frente a la actividad notarial»

Coordinador internacional: D. Alfonso Cavallé Cruz, España.

Coordinador nacional: Esc. Gabriela Bouvier Zeballos.

Ponencias:

Esc. Gabriela Bouvier Zeballos

Esc. Susana Chao Peña

Esc. Carlos del Campo García

Escs. Aída Noblia De Lacuadra y María Paola Bagnoli Chioino

Ponencia de la Esc. Gabriela Bouvier Zeballos

El contratante débil y la función equilibradora del notario.

La esencial imparcialidad del notario.-

En la República Oriental del Uruguay el notario, denominado escribano público, como funcionario u oficial público, que actúa por delegación de la soberanía del estado en el ejercicio de una función pública, presta un servicio de interés general, garantizando la libre prestación de un consentimiento debidamente informado. Ejerce una función que controla y reglamenta la Suprema Corte de Justicia (que es el órgano máximo del Poder Judicial), la cual inviste al escribano por acto de admisión y lo habilita para ejercer la profesión en forma libre e independiente dentro de todo el territorio nacional, previo juramento de «desempeñar bien y fielmente el cargo, respetar y cumplir la Constitución y las leyes y jamás desmerecer la confianza debida al carácter de la profesión».

Apartándonos en cierta medida de nuestra raíz hispánica y de la mayoría de los notariados que conforman la UINL, en el Uruguay la matrícula es abierta y el ejercicio es libre en todo el territorio nacional. Los clientes tienen libertad absoluta para escoger al escribano de su confianza y, también, cambiarlo si lo desean. Por ello, en un país pequeño como el nuestro la referencia personal del profesional cobra mucha importancia. El escribano de cabecera ocupa un papel protagónico como asesor familiar, conoce perfectamente los antecedentes del cliente, la familia o la empresa y es un verdadero consejero de confianza.¹

La libre elección del escribano por los usuarios – requirentes o consumidores -contribuye a garantizar la imparcialidad notarial y es un medio eficaz para preservar la independencia, siendo básica la correcta concurrencia entre escribanos y evitando la competencia en laxitud.

¹ Ponencia presentada en el 28º Congreso Internacional del Notariado, París, octubre de 2016.-

Con el aporte de su consejo, el notario protege a los otorgantes que han depositado en él su confianza. Para garantizar los negocios o contratos que se celebren, armonizando los procedimientos y la técnica junto con la moral y los valores éticos, siendo otra de las virtudes del notario su rol de solucionador natural de los conflictos entre partes, ya que da forma legal a las voluntades de las personas y buscar prevenir disputas futuras.

Es un agente que aporta eslabones a la cadena social, para evitar que una parte pueda aprovecharse de otra más débil o menos experta, actúa como nivelador ante situaciones de desequilibrio o desigualdad, asesora con imparcialidad e informa qué alcance tiene el documento en busca de equilibrar derechos, intereses y obligaciones. Sin lugar a duda, es la figura que reúne las características idóneas para intervenir en el encauzamiento y la trazabilidad de los negocios privados.

Para ello el notario ha de prestar su función en régimen de absoluta independencia e imparcialidad de cualquier contratante, sin que puedan existir circunstancias que ni siquiera remotamente pongan en riesgo o dificulten esa nota tan esencial, como pueden ser aquellas vinculaciones económicas o acumulaciones de trabajo derivadas por un contratante. Las prácticas que circunscriben la elección del consumidor a un número limitado de notarios previamente seleccionados por la entidad o a aquellos que mantienen vinculaciones económicas con la entidad son abusivas, contrarias a la independencia del notario y al fundamental derecho del consumidor de elegir su notario.²

Teniendo la labor de interpretar como operador jurídico la voluntad manifestada por las partes y adecuar la misma a las leyes y reglamentos vigentes en el ordenamiento jurídico del Estado, los poderes públicos tienen el deber de garantizar la defensa de los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, así como promover su información y educación. Entre las instituciones de los Estados que han de promover estos derechos deben incluirse a los notarios, en orden a

² Conclusiones seminario internacional: “Función Notarial y Defensa de los Derechos del Consumidor”, Centro de Formación de la Cooperación Española en Montevideo (Uruguay), octubre de 2015.-

realizar una relevante función preventiva dando confianza y evitando patologías en la contratación con los consumidores y garantizando el correcto funcionamiento de esta contratación. En la contratación con consumidores la principal obligación del notario, tanto desde el punto de vista formal como material, es cuidar diligentemente por el respeto del ordenamiento jurídico y por la defensa de los derechos básicos de los consumidores.

Siendo varias las personas otorgantes, la voluntad de aquellas deberá coincidir en los puntos esenciales que contendrá el documento y consistirá acá la función del notario en adecuar dichas voluntades de forma objetiva e imparcial.

Pues bien, es el notario del negocio, de las partes y de ninguna en particular, preside las relaciones de los particulares, y de su sitial equidistancia de los diversos interesados deberá dotar de certeza jurídica al negocio para el que fue requerido, conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual.

Además de asesorar a las partes y recoger fielmente sus manifestaciones, debe buscar las soluciones que estime más justas y convenientes. Tal es así, que si los otorgantes insisten en una posición, aunque sea lícita pero injusta para alguno de ellos, el notario puede denegar su intervención, convirtiéndose así en juez de las relaciones jurídicas entre los particulares, no es descabellada si pensamos en el principio de buena fe y de justo equilibrio entre las partes a que hace permanente referencia la actual ley que regula las relaciones de consumo.³

La función de asesoramiento hoy se vuelve relevante, dada la gran asimetría existente en la mayoría de los negocios jurídicos, ya que una de las partes es lo que podríamos denominar “parte fuerte” de la relación, no sólo por sus mayores conocimientos en la materia objeto del negocio, si no por su poderío económico.

³ Ley de Relaciones de Consumo, N° 17.250, del 7 de agosto de 2000.-

Este hecho nos lleva a que en la mayoría de los casos estemos otorgando contratos de adhesión y es allí donde la función asesora cobra mayor trascendencia, ya que es la que permitirá acotar la brecha entre las partes, para lograr contratos más justos.

Un notario debe tener aptitud técnica y capacidad científica, y en forma equivalente la suficiente condición moral.

La cualidad de inmediatez de la relación del profesional escribano con el ciudadano – requirente, es la nota esencial de la relación cliente – notario.

El notario deberá procurar que el derecho y su aplicación sigan cumpliendo su función social, adaptando el mismo a las nuevas necesidades culturales de cada país. Se debe revalorizar la función notarial previsor (*volver a explicar*). El motor del crecimiento del consumo tiene que ir acompañado del adecuado asesoramiento al consumidor, para que sepa cuales son sus derechos, así como, donde y cuando están contemplados los mismos, ello es preparación, es educación, que deviene en **consumo consciente**.⁴ Los notarios debemos asistir al consumidor con información suficiente y adecuada. Ponderar la situación de hecho para quien contrata lo haga con la debida diligencia.

La actividad notarial esta en constante movimiento, ya que la misma va acompasando el tiempo y tiene que ir enriqueciéndose en forma permanente con los cambios sociales, económicos y tecnológicos.

El notario vela por los derechos fundamentales, derechos éstos a los que se les esta dada la función de crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad.

Es con el desarrollo de la sociedad que surgen los derechos de cuarta generación: la libertad de expresión en la red, la libre distribución de la

⁴ Conclusiones del curso: “Los derechos del consumidor en la adquisición de vivienda y su financiación” (CGN), a cargo del Consejo General del Notariado de España conjuntamente con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Centro de Formación en La Antigua, Guatemala, octubre de 2017.-

información, protección de datos personales, entre otros. Estos derechos le garantizan al ciudadano más democracia y transparencia.

Pero estos innumerables derechos legislados y reglamentados ***¿existen y son respetados o son una constante meta a alcanzar?***

En un mundo donde los más poderosos imponen sus reglas priorizando la rapidez en la contratación a la seguridad jurídica que brinda nuestro Notariado Latino, la función asesora del notario debe ser prioritaria al momento de realizar cualquier negocio jurídico.

La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, todo lo contrario, en la economía de mercado el notario es necesario como garante de la seguridad jurídica y como regulador de los intereses en juego.

El notario es gran regulador de las grandes asimetrías existentes en los negocios jurídicos existiendo en nuestro país legislación que nos permite potenciar nuestra función asesora y lograr así que las partes otorguen su consentimiento en los negocios jurídicos con libertad y plena información.

La ley de relaciones de consumo es de orden público, siendo su objeto las relaciones de consumo (art. 1). La ley cumple con su objetivo fundamental que es la prevención de daños del consumidor, considerado (según se expresa en la exposición de motivos) al consumidor la parte más débil en toda relación de consumo.

El Capítulo II de la Ley se refiere a los derechos básicos del consumidor procediendo a su enumeración en el artículo 6. Ellos son por ejemplo el Derecho de información y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

La información, así como el actuar de buena fe son pilares en esta relación de consumo para el legislador, por esa razón el art. 32 al hablar de incumplimiento por parte del proveedor les da categoría de obligación principal.

Otro derecho del consumidor es la protección ante las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, definido en el art. 28. El art. 30

establece el concepto de la cláusula abusiva, donde vemos referido nuevamente el principio de la buena fe, uno de los pilares de la ley, así como se hace referencia a los desequilibrios entre las partes y en perjuicio de los consumidores. El que no existan cláusulas abusivas es el objetivo principal de la ley.

Asimismo la ley otorga herramientas administrativas al consumidor para defender sus derechos. En el art. 42 inciso F) se establece la posibilidad de una audiencia administrativa ante la Dirección de Defensa del Consumidor en la cual como lo establece la Ley se citará al proveedor a solicitud del consumidor o consumidores afectados a una audiencia administrativa para procurar un acuerdo entre las partes. Luego los artículos siguientes y el Decreto 244/000 determinan en forma pormenorizada los pasos a seguir por la Dirección de Defensa del Consumidor.

El Notario puede concurrir a la audiencia administrativa con su cliente para lograr un acuerdo informado y transparente.

En caso de no prosperar la vía administrativa tenemos también la vía judicial y una ley la 18.507 (de 26/06/2009) la cual establece el procedimiento breve aplicable en pequeñas causas de relaciones de consumo comprendidas en la Ley 17.250.

Cabe destacar que dentro del mismo marco normativo de la ley nacional de consumo, en el Capítulo XIII, regula la responsabilidad por daños, el art. 35 establece: “la responsabilidad de los profesionales liberales será objetiva o subjetiva según su naturaleza de la prestación asumida”. El maestro Larraud aduce que la relación Escribano – Cliente tiene naturaleza contractual, sería un contrato de prestación de servicios notariales, sosteniendo que la relación del escribano tiene naturaleza mixta: sus obligaciones esenciales se fundamentan en la Ley y sus obligaciones secundarias surgen del contrato.

Los Escribanos tienen responsabilidad por el solo hecho del ejercicio de su profesión, ya sea que se considere que corresponda aplicarle el régimen jurídico de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Se debe de informar al consumidor, brindar información clara, verás, en idioma español, detallada, lo cual tiene como contracara el derecho del consumidor de ser informado. La ley a través de su decreto 244/000 permite al cliente exigir, previo perfeccionamiento del contrato, un presupuesto de los gastos y honorarios que producirá el trabajo efectuado por el Escribano.

Se adoptan medidas que aseguran al consumidor mayor información en materia de concesión de créditos al consumo.

Como ser la Tasa de interés efectiva aplicable y la forma de cálculo, la cantidad de pagos y su periodicidad, los gastos extras o adicionales si los hubiera, el monto total financiado a pagar, el de entregar al prestatario un ejemplar firmado del contrato de préstamo.

La ley nacional N° 18.122 (5/12/20074), establece entre otras cosas un cambio relevante, que parece ubicarse en una fractura conceptual como emanación de derecho de propiedad, el precio de las cosas se determinaba por la libre transacción del vendedor y el comprador.

En esta ley de *Tasas de Interés y Usura* no se confía su fijación por los contratantes ni por el mercado.

La Usura presupone un negocio, donde una de las partes presta dinero y la otra lo recibe, a merito de lo cual se establece la entrega de interese compensatorios en dinero.

Todo negocio en el cual se conceda plazo para su pago en dinero, queda comprendido con la potencialidad de generar Usura.

La novedad de la ley es la que la venta de bienes y servicios no financieros, realizadas por el proveedor, es pasible de generar usura, para lo cual se deberá comparar el precio de lista del bien o servicio en cuestión al momento de la transacción con el valor actual del flujo de pagos.

Es indiscutible que la promoción privada de la construcción se encuentra incluida en las disposiciones de la ley de usura. Puesto que:

- Generalmente el promotor se obliga a entregar unidades en construcción y recibirá como contraprestación dinero en distintas partidas, en momentos diferentes de aquel en que celebró su negocio de la venta (art. 1).
- Tiene carácter de proveedor (art. 10) definido por el art. 3 de la ley de Relaciones de Consumo (17.250).
- Posee naturalmente precios de lista de los inmuebles que ofrece a la venta.

Por lo tanto no será suficiente para no incurrir en usura que la tasa de interés compensatorio y moratorio pactada en el contrato sea inferior a la determinada por el Banco Central del Uruguay, sino que habrá necesidad de recurrir a la sofisticada fórmula de la Tasa de Interés Implícita a que se refiere el anexo Metodológico de la ley, donde resultará usuraria si la diferencia entre el precio de lista y todos los rubros correspondientes al flujo de pago del precio, intereses, compensaciones, comisiones, gastos, seguros u otros cargos por cualquier concepto incluidas las cláusulas penales, genera una tasa interna de retorno usuraria, en cuyo caso y como sanción el art. 21 de la ley establece que caducará el derecho de exigir el cobro de intereses.

Todo ello, sin perjuicio de las sanciones administrativas que en el caso de la promoción privada, serían aplicables por el Área de Defensa del Consumidor (art. 24 y 25 de la Ley).

En nuestro país la Asociación de Escribanos del Uruguay, organización privada no gubernamental de índole gremial, que reúne al casi 90% del colectivo notarial en actividad, ha logrado que los clientes particulares puedan en todo momento, incluso con inmuebles (edificios) con construcción proyectada (llamada en la jerga comercial como compraventa “en el pozo”), asistirse por su escribano de confianza, escribano éste quien será el que autorizará los contratos preliminares y definitivos para el perfeccionamiento del negocio y será asimismo a quien le corresponderá realizar el estudio completo

de la documentación, como también de los títulos antecedentes, planos, etcétera, calificando la bondad de los mismos.

Es decir que las empresas promotoras, sean las propias constructoras o por ejemplo empresas inmobiliarias, limitarán su trabajo a la intermediación en la venta y a proporcionar los documentos y antecedentes al escribano de confianza del futuro comprador, presentando si el promotor a dicho profesional un proyecto de contrato (una especie de contrato general), el que es redactado como contrato tipo por el área de asesoramiento notarial de dichas empresas, pero será el escribano particular quien tendrá la potestad de asesorar y aconsejar al cliente sobre el mismo (lo que habíamos dado en decir un consentimiento informado), así como interceder en la negociación de determinadas condiciones y las cláusulas sobre las que versará dicho contrato.

Similar situación sucede con los contratos de hipotecas (préstamos bancarios garantizados mediante hipoteca de inmuebles), a donde y también como un logro importantísimo que data ya de los años 80, y a través de nuestro colectivo notarial, se acordó con las Instituciones Bancarias, públicas y privadas, que los escribanos particulares de los solicitantes (clientes - requirentes) de las líneas de créditos, seamos quienes autoricemos los contratos de hipotecas con los prestadores bancarios, confiriendo de este modo una garantía importantísima para el cliente, con un estudio pormenorizado, una debida asistencia y un real y completo asesoramiento al deudor hipotecante. –

Entendemos aconsejable de que el notario deje constancia en el documento del modo en que se han dado cumplimiento a los requisitos que afecten a los requisitos de transparencia. A tal fin será conveniente consignar en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del notario, detallarse expresamente, especialmente las relativas al cumplimiento de los deberes de transparencia y respeto de los derechos de los consumidores. Con las constancias en el documento se patentiza el control notarial que se lleva a cabo al autorizar escrituras

relacionadas con consumidores, se evitan impugnaciones y se gana en seguridad jurídica.

Como corolario final entendemos que es esencial que sea el Estado quien dote a los notariados de herramientas adecuadas para poder ejercer con independencia e imparcialidad el control de legalidad que les corresponde, al objeto de que puedan colaborar de manera eficaz en la protección de los consumidores. –