

REFORMA AL SISTEMA DE NOTARIOS: UN PASO NECESARIO

- Resulta imperioso introducir cambios e innovaciones significativas a la regulación del sistema de notarios en Chile para corregir las falencias actuales, aumentar la competitividad de nuestro país y poner al Estado al servicio de la ciudadanía. Estos cambios pueden acometerse sin sacrificar la certeza jurídica.
- Una reforma al actual sistema debiera poner el foco en la reducción de trámites que hoy la normativa somete a la intervención notarial; dar cabida a más y nuevos actores; abrir y transparentar el mecanismo de designación de notarios; considerar portales electrónicos en que puedan pactarse contratos y otorgar actos, interconectados con otros servicios; y mejorar la fiscalización de la actividad y el cobro de las tarifas reguladas por la autoridad.

La certeza jurídica es uno de los elementos fundamentales de una sociedad democrática avanzada y de un Estado de Derecho. Ésta tiene diversas dimensiones, entre las que se cuentan la certeza que los contratos entre las partes serán cumplidos y que, de no cumplirse, están previstas las consecuencias jurídicas; se traduce en saber que quien incumple la ley será sancionado al efecto, etc. Así, la certeza jurídica se erige como un pilar fundamental de un país para continuar emprendiendo el camino al desarrollo. En parte, esta certeza la provee la fe pública. La función de los notarios y conservadoresⁱ corresponde al ejercicio de la fe pública, donde el Estado confiere a una persona la potestad para que, con sujeción a ciertas formalidades, dé fe de la verdad de ciertos hechos y actos jurídicos que le consten.

Teniendo presente lo anterior, y sin sacrificar la certeza jurídica que subyace a la actuación de los notarios en diversas transacciones comerciales, resulta que el marco normativo que regula la actividad notarial en nuestro país tiene más de 70 años de vigencia. En ese período hemos podido advertir diversas falencias regulatorias y en el funcionamiento del sistema, y, además, se han producido sendos avances tecnológicos que han terminado por mostrar lo poco dúctil que es la legislación en la materia para incorporar tales adelantos.

En el ámbito de la libre competencia, un reciente estudio -preliminar- de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)ⁱⁱ confirma que la actual regulación para este segmento

presenta problemas. En general, la evidencia empírica confirma el positivo impacto en el bienestar de la sociedad de la existencia de mercados competitivos. Esto, porque cuando el mercado funciona en condiciones competitivas, el oferente ofrece una variedad mayor de bienes o servicios a menor costo, pudiendo así el consumidor satisfacer más necesidades y a precios más baratos. Es la competencia la que genera el incentivo necesario para que los oferentes compitan en calidad, variedad y precio con el fin de atraer a una mayor cantidad de clientes. En el caso de un monopolio, aunque sea legal, estos incentivos no existen, generando claramente una menor satisfacción en el usuario. De acuerdo al informe preliminar de la FNE, relativo al mercado de los notarios, éste no es la excepción a esto último. En efecto, uno de los hallazgos es que en aquellas zonas con mayor densidad de notarios se observan diferencias significativas y sistemáticas en la calidad de los servicios, con su consecuente mejora en el bienestar del usuario.

La teoría económica presenta a la regulación -a través de los incentivos que esta genere- como la herramienta más eficiente para llevar un monopolio a operar competitivamente. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que toda regulación tiene costos para la sociedad, más aún una mala regulación, como al parecer sería el caso actual. La regulación eficiente es aquella que considera regulación de precios que por un lado permitan una renta adecuada al tipo de negocio y riesgos, y también que den espacio para la adopción de innovaciones y mejoras tecnológicas que beneficiarán posteriormente al usuario.

Así, resulta indudable que deben introducirse cambios a la regulación del sistema actual de notarios para corregir las falencias, aumentar la competitividad de nuestro país y poner al Estado al servicio de la ciudadanía. Los cambios a acometer debieran ser significativos y poner el foco en la reducción de trámites hoy sujetos a la intervención notarial, dar más cabida a nuevos actores, abrir y transparentar el mecanismo de designación de notarios y reformar la fiscalización de la actividad. Asimismo, y con mucha prioridad, debieran orientarse a mejorar el servicio para el público, velando por un mejor funcionamiento e incorporando los avances tecnológicos para modernizar la gestión y simplificar la vida a las personas.

EN CONCRETO: ¿QUÉ CAMBIOS INTRODUCIR?

- Revisión del listado de trámites que exigen la intervención notarial

Respecto del listado de materias (disgregadas en diversos cuerpos legales y en otros actos administrativos) en las que hoy se exige la intervención de un notario, hay mucho espacio para avanzar. Estos trámites han crecido a lo largo del tiempo sin

una adecuada ponderación de su real necesidad como tampoco de su impacto, en términos de costo y tiempo, en la vida cotidiana de las personas y empresas. Surge así la necesidad de desregular.

En esta materia, cabe reflexionar primeramente, sobre la real necesidad de exigir que ciertos actos o documentos cuenten con una determinada certificación y, en caso de ser necesaria, si dicha función puede eventualmente ser ejercida por otros actores en el mercado, dando paso a otras alternativas para liberalizar la oferta y las tarifas respecto de estas actuaciones, abriendo la competencia. Hoy, y tal como se indica en el estudio preliminar de la FNE, es posible advertir un número relevante de funciones notariales en las que la fe pública se ve involucrada con menor intensidad, y respecto de las cuales se realizan labores primordialmente de carácter “mecánicas” (como la certificación de una fotocopia). Como hemos sostenido en anteriores publicaciones, parece razonable, por ejemplo, dar mayor espacio en algunos ámbitos para que sean las propias organizaciones quienes constituyan mecanismos que den fe de ciertos actos, como sucede exitosamente con el registro de accionistas de las sociedades anónimas en que es la misma empresa quien registra y da fe de los traspasos y gravámenes de las acciones que forman el capital social. En otros casos, determinadas certificaciones podrían ser otorgadas por el Registro Civil sin que sea necesario otorgar declaraciones juradas ante notario para demostrar un determinado estado civil, por ejemplo.

A *contrario sensu*, sí se advierte otro tipo de gestiones en que ya sea por la naturaleza del asunto subyacente o por su complejidad jurídica, y dada la fe pública comprometida, sí sería deseable contar con la revisión y certificación jurídica de un ministro de fe abogado. Ello ocurre, por ejemplo, en la transferencia e inscripción de una propiedad raíz. Ahora bien, respecto de estas tareas en que para la certeza jurídica aparece como ventajosa la intervención del ministro de fe, se vislumbra de todas maneras la necesidad de perfeccionar la regulación -como se menciona más adelante-, al tiempo de aumentar la contribución a la seguridad jurídica y pública del notario en este tipo de actuaciones, para que agregue valor en cuestiones de fondo y como ministro de fe. En esta línea, debieran evaluarse posibles incrementos en la responsabilidad civil, penal e indemnizatoria de los ministros de fe involucrados (notarios y conservadores, en su caso) por los actos que autorizan y suscriben.

Para cerrar este punto, es conveniente mencionar que para llevar a cabo la revisión de materias actualmente sujetas al ámbito de intervención notarial, en algunos casos se requerirán cambios legales y en otros no. En efecto, diversas exigencias de actuación notarial están contenidas en resoluciones o actos administrativos de la

autoridad, como ocurre respecto de múltiples certificaciones notariales que se solicitan al participar en licitaciones públicas, cuestión cuya pertinencia pudiera evaluarse.

- Necesidad de introducir más actores

Ligado con el planteamiento anterior, es necesario analizar y reformar la regulación a fin de incorporar mayor competencia. En este sentido, respecto de aquellos trámites o certificaciones en que no se advierta la justificación de la actuación notarial bien podría plantearse que este servicio sea brindado por otros actores en el mercado, con determinadas exigencias y resguardos. En estos casos, tales actores podrían competir en precio y calidad de servicio que ofrecen.

Por su parte, respecto de aquellos casos en que se requiera necesariamente la intervención del notario, sería deseable de todas formas abrir la competencia territorial, aumentando la dotación. Respecto de este punto, la legislación no pareciera mostrar rigideces toda vez que señala que en cada comuna o agrupación de comunas que constituya territorio jurisdiccional de jueces de letra, deberá haber al menos un notario, pudiendo aumentarse dicho número por el Presidente de la República, habida consideración a las necesidades del servicio y previo informe de la respectiva Corte de Apelaciones. De esta forma actualmente podría haber cabida para criterios de mercado en cuanto al número de notarios, siendo objeto de una adecuada fiscalización por parte de la autoridad. No obstante, el sentido y alcance de las “necesidades del servicio”, hoy es indeterminado y discrecional lo que puede producir ineficiencias. Al respecto, se ha propuesto avanzar hacia factores más objetivos para adoptar la determinación (como los existentes sobre la materia con anterioridad a una modificación del año 1982 que disponía que el número de plazas de notarios se establecía en consideración a la población del territorio), lo que debiera ser objeto de actualizaciones permanentes por parte del fiscalizador, y constituir información pública. Ello contribuiría significativamente a evitar la discrecionalidad en la creación de nuevas plazas, facilitar el acceso a los usuarios - quienes deben ser debidamente informados de los servicios disponibles- y alinear los incentivos correctamente para entregar un servicio de calidad. En esta línea también pudiera también repensarse la necesidad de contar con restricciones geográficas, permitiendo eventualmente que los notarios puedan establecerse en cualquier lugar del territorio nacional. En este caso, se trataría de un mercado regulado por la autoridad, en que la normativa debiera disponer la regulación tarifaria como opera en otros mercados, previendo procesos periódicos de tarificación en base a estudios y costos que en parte pueden proporcionar los mismos actores.

- Requisitos para la designación y el ejercicio de la función notarial

En materia de nombramientos, debe rediseñarse la forma en que hoy son designados los notarios públicos, a fin de introducir mayores grados de transparencia, reduciendo los espacios de discrecionalidad y regulando que el acceso al cargo responda a estrictos criterios de mérito. En este sentido, incorporar requisitos tales como haber aprobado determinados cursos y exámenes obligatorios, previos al ejercicio de la función, así como también incluir capacitaciones y evaluaciones obligatorias durante la práctica misma -para reforzar su formación continua de cara a los cambios regulatorios e innovaciones tecnológicas- resulta esencial. En el evento que la reforma al sistema de notarios mantenga el mecanismo actual de designación por parte del Ejecutivo, a partir de nóminas que realiza el Poder Judicial (también podría evaluarse que el sistema de filtro lo efectúe el Sistema de Alta Dirección Pública), debiera ampliarse el número de postulantes de esas nóminas (por ejemplo pasar de ternas a quinas) y que para su confección sea requisito necesario la realización de concursos abiertos y públicos, de acceso general para quienes cumplan los requisitos. Tales nóminas debieran considerar los resultados de los cursos y evaluaciones, privilegiando a quienes obtuvieron los mejores puntajes, en un proceso abierto y transparente. Asimismo, la resolución de la Corte de Apelaciones respectiva que confecciona la nómina debiera ser fundada y pública.

Sin perjuicio de lo anterior, sería interesante evaluar la conveniencia de liberar la cantidad de notarios que hoy determina la autoridad. Para ello deben establecerse *a priori* un conjunto de requisitos y obligaciones que tienen que cumplir los potenciales notarios y luego de acreditar su cumplimiento por parte de la autoridad, pueden ejercer su labor de tal, quedando sometidos a la regulación y fiscalización establecida en la normativa.

- Funcionamiento, portales electrónicos y repositorio digital

En la actualidad el nivel de detalle legal constituye una traba para incorporar nuevas tecnologías y mejoras, en circunstancias que, a nivel legal, sólo debieran quedar establecidos los objetivos, parámetros y estándares básicos de la función y su responsabilidad, dejando espacios más flexibles a nivel regulatorio para aquellos aspectos relacionados con la organización interna, con la forma y formatos requeridos respecto del otorgamiento y certificaciones de determinados actos o transacciones, y así permitir la introducción de innovaciones y avances.

Respecto de la información y documentación que manejan estos ministros de fe, y sin perjuicio de los avances que los mismos notarios y conservadores han ido

introduciendo, resulta urgente continuar avanzando para que los instrumentos públicos puedan válidamente otorgarse por la vía electrónica mediante firma electrónica avanzada así como también los certificados que se emiten. Debe asimismo estandarizarse la forma de generar, almacenar y transmitir información, y generar portales electrónicos mandatorios, previamente licitados y operados bajo el sistema de la clave única u otro similar, permitiendo además la interconexión con otros servicios, por ejemplo, con los Conservadores de Bienes Raíces. Una plataforma electrónica integrada de notarios, conservadores y archiveros que permita efectuar transacciones y actos jurídicos en línea a través de la firma electrónica avanzada, que contemple un repositorio digital de instrumentos, con altos estándares de tecnología, constituiría un adelanto y disminuiría los costos de transacción de los involucrados. El archivo judicial (y nacional) también debiera ser incorporado en este análisis, avanzando hacia sistemas digitales y registros electrónicos de escrituras públicas e inscripciones conservatorias.

Aunque en este documento no se ahonda en la función de los Conservadores de Bienes Raíces, existe una evidente interconectividad con los notarios. De esta manera, y más allá de la interconexión, y así como existe un Registro de Vehículos Motorizados en el Registro Civil chileno, debiera existir un registro nacional de propiedades, bienes raíces o inmuebles. Lo más parecido a eso es el rol que la Tesorería General de la República asigna a cada bien raíz para recaudar el pago del impuesto territorial o también las llamadas contribuciones. Pero ese rol no permite construir información histórica de la propiedad y eso hace que, por ejemplo, para obtener una copia de los títulos de dominio de un inmueble por los últimos 10 años, se deba analizar el título actual y revisar el historial dispuesto en diversas carpetas. Por ello es preciso avanzar hacia un sistema de folio real, existente en otras jurisdicciones. Éste se construye con la información asociada al inmueble y no asociada a la persona que detenta el título de dominio. Un registro en línea, unificado y sistematizado en función de la propiedad permitiría consolidar todos los trámites legales en torno a la misma y tener información detallada al efecto.

- Fiscalización

En materia de fiscalización de sus funciones, es preciso recordar que la Corte Suprema ha señalado que las Cortes de Apelaciones no cuentan con recursos y medios adecuados para efectuar adecuadamente tal tarea y constituye una carga excesiva para las mismas en atención a sus múltiples tareas. En esta línea, debe sustraerse la fiscalización de las Cortes de Apelaciones, y plantearse una fiscalización por parte de un organismo independiente y técnico con jurisdicción nacional, que efectúe auditorías periódicas.

Dada la calidad de auxiliares de la administración de justicia que hoy tienen los notarios, y a fin de evitar la creación de nuevos organismos fiscalizadores, podría plantearse que asuma esa función alguna entidad ya existente en el Poder Judicial, sin perjuicio que parece razonable que las sanciones sean aplicadas por el Tribunal Pleno.

CONCLUSIÓN

Promover reformas que tengan por objeto fomentar la competencia, aumentar la productividad y permitir la incorporación de innovaciones, generando un impacto positivo en la vida de las personas y en el emprendimiento, constituye una tarea a la que el Estado debiera abocarse con mucha prioridad.

Una reforma significativa al sistema notarial se enmarca en este contexto y puede emprenderse (y debe hacerlo) sin sacrificar la certeza jurídica, que como señalábamos constituye un pilar fundamental de un país que emprende camino al desarrollo, para lo cual debe llevarse a cabo contemplando criterios de gradualidad en la implementación, al menos para los cambios más estructurales.

ⁱ Son auxiliares de la administración de justicia, que no se encuentran adscritos a la función jurisdiccional, encargados de dar fe de los actos en que intervienen.

ⁱⁱ El Estudio de Mercado sobre Notarios, (EM02-2017), División Estudios de Mercado, Borrador Preliminar, Junio de 2018, de Fiscalía Nacional Económica se encuentra actualmente en consulta pública.