

X JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

TEMA I: FIDUCIA Y TRUST

Componentes de la mesa:

Presidente: Doctora Eleonora Casabé.

Secretario: Doctor José Manuel Sánchez Tapia.

Comisión redactora:

República Argentina: Doctora María T. Acquarone y Doctora Eleonora Casabé. Ecuador: Doctor José Javier Cabrera Román.

España: Doctor José María de la Peña Cadenato.

México: Doctor Francisco Javier Arce Gargollo y D. Hugo Salgado Castañeda.

Relator:

Doctora Eleonora Casabé

CONCLUSIONES

1º El Convenio sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento suscrito en La Haya el 1º de julio de 1985, por el que los países signatarios desean establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable al trust y resolver los problemas relativos a su reconocimiento, determina en su art. 2º que a los efectos de dicho convenio el término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas por actos *inter vivos* o *mortis causa* por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado. Dicho trust posee, entre otras, la característica de que los bienes constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee; el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta de ésta, y el trustee tiene la facultad o la obligación, de la que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las obligaciones particulares que la ley le imponga.

2º Sobre la base de esta caracterización, las legislaciones fundamentalmente latinoamericanas que han receptado o regulado la figu-

ra, adaptaron la terminología a sus respectivas normativas, siendo prácticamente uniforme la denominación de los sujetos intervinientes como fiduciante o fideicomitente el constituyente, fiduciario el sujeto receptor, y fideicomisario y/o beneficiario el destinatario.

3º Se considera entonces importante que la figura, en aquellos supuestos en los que no hay regulación específica, se encuadre dentro del ámbito de los derechos reales adaptándose a las peculiaridades de cada sistema.

4º Sobre la base de la caracterización de la figura del fiduciario cada legislación ha entendido conveniente restringirlo al ámbito de las instituciones controladas y vigiladas por órganos públicos o de gobierno o, por el contrario, permitir la intervención de sujetos, personas físicas o jurídicas, no controladas ni vigiladas, pero que deben adecuar su actuación a las previsiones específicas legales y contractuales.

5º Por la importancia que reviste la correcta actuación del fiduciario, es necesario evitar el conflicto de intereses entre los intervinientes y encuadrar el desempeño de dicho sujeto dentro de normas éticas, morales y sociales que universalmente han sido definidas como la actuación de un buen *pater familiae*.

6º El patrimonio fideicomitado constituye un patrimonio independiente que no es susceptible de ser atacado por las acciones de los acreedores del fiduciario, del fiduciante o fideicomitente, ni del fideicomisario.

7º La afectación de los bienes deberá estar temporalmente limitada en función de los fines para los cuales se ha constituido.

8º Como garantía de transparencia y oponibilidad frente a terceros, se hace conveniente la publicidad adaptada a cada legislación y a la naturaleza de los bienes.

9º Un adecuado tratamiento fiscal acorde con la naturaleza jurídica de la institución, facilitará el desarrollo de sus aplicaciones y permitirá utilizarlo como herramienta que fomente la competitividad, proteja al sector financiero, estimule nuevos negocios jurídicos e impulse el desarrollo de la economía en general.

10º La institución ha demostrado tanto en el ámbito del derecho angloamericano como en las naciones latinoamericanas, una gran versatilidad que permite una aplicación práctica jurídicamente eficaz en múltiples ámbitos.

11º El fideicomiso de garantía ha demostrado ser una herramienta que sirve para garantizar obligaciones de cualquier naturaleza, propias o de terceros, ofreciendo a los acreedores la seguridad de la aceptación de bienes de diversa índole.

La utilidad económica que representa la posibilidad de realización extrajudicial del bien en caso de incumplimiento, deberá ser evaluada por aquellas legislaciones que aún no tienen incorporada la figura.

12º El fideicomiso en materia inmobiliaria ha servido para el desenvolvimiento de grandes proyectos o desarrollos y para cumplir, entre otros, fines sociales, así como para promover la inversión conjunta y los denominados tiempos compartidos.

13º Bajo la modalidad de fideicomiso testamentario, actúa como elemento de protección para los intereses de los incapaces, colabora a cumplir con la voluntad del testador respecto de la administración, aplicación y destino de su patrimonio, y permite además garantizar proyectos educativos, asistenciales y sociales.

En su regulación y aplicación deberá ponerse especial cuidado de respetar el orden público del derecho sucesorio.

14º El fideicomiso podrá ser utilizado también en el ámbito de los negocios societarios, como mecanismo de administración o garantía de acuerdo a las posibilidades que permitan con su regulación las diversas legislaciones.

15º El fideicomiso de administración permite una gestión adecuada que tiende a la conservación, custodia, guarda y eficaz explotación de recursos y bienes.

16º En el ámbito financiero o de inversión el fideicomiso permite el desarrollo de las economías locales facilitando la inversión, la expansión del mercado de capitales, la atracción de inversores extranjeros y nacionales, y una mayor eficiencia en la gestión de los recursos.

RECOMENDACIONES

En virtud de todo lo expuesto, la X Jornada Notarial Iberoamericana recomienda:

1º Dada la importancia que reviste el asesoramiento, la certeza y la seguridad jurídica, y lo complejo de la institución del fideicomiso y sus múltiples aplicaciones, que se utilice la escritura pública como medio idóneo y eficaz de documentación, aun en aquellas legislaciones en donde la contratación fiduciaria admite libertad de formas.

2º Que se promueva la ratificación del Convenio de La Haya de 1º de julio de 1985 en aquellos países que no tienen regulada en forma expresa esta institución, teniendo en cuenta la flexibilidad y amplitud con la que este tratado permite la incorporación de la figura a las respectivas normativas.

Valencia, 25 de octubre de 2002

TEMA II: ESTUDIO PRÁCTICO Y COMPARADO DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN ESPAÑA E IBEROAMERICA

Componentes de la mesa:

Coordinador Internacional: Doctor Juan Carlos Martín Romero.
Secretario: Doctor Fernando Antonio Cárdenas González.

Comisión redactora:

Doctor Juan Carlos Martín Romero (España).
Doctor Fernando Antonio Cárdenas González (México).
Doctor Manuel Ángel Martínez García (España).
Doctor Roberto Ortiz-Dietz (México).

La Comisión propone a la X Jornada Notarial Iberoamericana las siguientes:

CONCLUSIONES

I.—Esta X Jornada hace suya la indicación de la Primera Directiva Comunitaria en materia de sociedades del año 1968, adoptada con éxito por el Derecho italiano, que proclama el principio de que en la fisiología societaria no debe haber ningún control de legalidad más, si ya existe un control notarial. Y ello sin perjuicio de la inscripción y publicación a efectos de oponibilidad, publicidad y previa verificación de la legitimidad formal de los títulos públicos presentados y de la actuación de Jueces y Tribunales en los supuestos de patología societaria.

El título público (escritura) como fe pública originaria dotado de las presunciones de validez e integridad es elemento esencial para generar la inscripción (fe pública derivada) basada en el complejo "título incrito".

II.—Se proclama que el valor constitutivo de la escritura pública se fundamenta en los principios básicos del Notariado Latino: el juicio notarial de capacidad y de la representación, el asesoramiento imparcial, la adecuación de la voluntad a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, la autoría del documento y en suma el control notarial de la legalidad.

Como consecuencia de dicho valor constitutivo:

– Las sociedades de capital en formación e irregular tienen personalidad jurídica, patrimonio propio y órganos sociales.

– Se posibilita la transmisión de participaciones sociales o posiciones de socio antes de la inscripción sea a título inter vivos, *mortis causa* o forzoso.

– El consejero delegado ejerce sus facultades desde su aceptación, sin perjuicio de los efectos de la inscripción.

III.—Se asume la importancia de las nuevas tecnologías en la convocatoria, celebración, acreditación de la representación y formación de la voluntad social de los órganos colegiados (junta general y consejo de administración), para lo cual se propugna la necesaria adaptación de los estatutos sociales y se recomienda la incorporación de las medidas y los medios técnicos más adecuados para garantizar la seguridad jurídica.

IV.—La facultad representativa de los administradores se extiende a los actos comprendidos en el objeto social, así como a los conexos y a los neutros, es decir, a todo lo necesario para el desarrollo de la actividad social.

V.—Es necesario adecuar el ordenamiento jurídico societario, en sede de estructura del órgano de administración, a las nuevas fórmulas jurídicas que exige la entrada en vigor de la sociedad europea.

VI.—Se propone que la autoridad competente para certificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación nacional en procesos transfronterizos de fusión u otros, sea el Notariado como órgano de control de la legalidad.

VII.—Se recomienda la implantación de la sociedad unipersonal en aquellas legislaciones que no la contemplan, bajo el prisma de un concepto formal de unipersonalidad y el mantenimiento del organicismo de terceros.

VIII.—La polivalencia funcional de los tipos sociales permite al Notariado adecuarlos a las necesidades de las sociedades agrarias, familiares y profesionales, por el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad. Se propugna el reconocimiento e institucionalización del protocolo familiar y del consejo de familia como sistema de supervisión.

IX.—Esta Jornada destaca la necesidad de la intervención notarial en el contrato de formación del grupo de sociedades, en las sociedades conjuntas y en las demás modalidades de colaboración inter societaria.

X.—El Notariado asume las nuevas tecnologías como medio de agilización de los trámites de constitución de las sociedades, y resalta que el despacho notarial es el centro natural de conexión con todas las administraciones públicas en su creación y funcionamiento.

Se destaca la importancia de la nueva empresa, de la sociedad privada europea y en general de los tipos sociales simplificados como

medida de impulso en el desarrollo de la pequeña y mediana empresa.

XI.—Los Notariados nacionales deben coadyuvar en la certificación de los requisitos legales exigidos por las distintas legislaciones en materia societaria. El medio más adecuado es el certificado notarial internacional, por lo que se recomienda su regulación, y todo ello en orden a la libre circulación del documento notarial.

XII.—La fe pública notarial es el mejor sistema de control de legalidad en la constitución y funcionamiento de las sociedades, por los valores jurídicos esenciales del Notariado Latino.

Valencia, 25 de octubre de 2002

TEMA III: EFICACIA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL.

Componentes de la mesa:

Coordinador internacional: Doctor Raúl Anido Bonilla (Uruguay).
Secretarios: Doctor Jorge Machado Cevallos (Ecuador) y Doctor Freddy Cruzado Ríos (Perú).

Comisión redactora:

Doctora Cristina N. Armella (Argentina).
Doctora María Cristina Palacios (Argentina).
Doctor Paulo Roberto Gaiger Ferreira (Brasil).
Doctora Ana Fernández Tresguerres García (España).
Doctor Manuel Sagardía Navarro (España).
Doctor Víctor Rafael Aguilar Molina (México).

CONCLUSIONES

La Comisión propone a la X Jornada Notarial Iberoamericana la siguiente declaración:

La función notarial en los setenta países que conforman la Unión Internacional del Notariado Latino y especialmente en el área hispanoamericana, reconoce su fundamento en el servicio a la sociedad y evoluciona con las demandas de ésta, a fin de obtener el mayor grado de seguridad jurídica tanto en el ámbito de las relaciones personales como económicas, reduciendo la litigiosidad y minimizando los costes de transacción.

La eficacia del documento notarial se funda en las siguientes características de fuente legal:

- a) La cualidad del notario como oficial investido del ejercicio de la fe pública;
- b) El ejercicio funcional de los principios de intermediación, veracidad, control de legalidad e imparcialidad, entre otros.
- c) La cualificación de profesional del derecho del notario que se manifiesta en el asesoramiento desde la recepción de la voluntad de las partes, hasta la celebración del negocio y el otorgamiento y autorización de la escritura pública.

Por lo tanto RECOMIENDA:

1. *Seguridad jurídica*

El principio constitucional de seguridad jurídica, común a todos los países iberoamericanos, tiene una de sus manifestaciones en la fe pública notarial, potestad legalmente conferida, que atribuye al documento autorizado por el notario eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva. En consecuencia el documento notarial constituye un medio adecuado para garantizar la aludida seguridad en las relaciones del tráfico jurídico.

2. *Eficacia internacional*

a) El reconocimiento en el país de recepción de los efectos sustanciales, probatorios y ejecutivos de que gozan en el país de origen, sin necesidad de trámite jurisdiccional o administrativo alguno.

En este sentido se apoya expresamente iniciativas, como el Reglamento Comunitario Bruselas I, que reconoce eficacia internacional al documento notarial.

Por la misma razón se valora positivamente la iniciativa sobre el título ejecutivo europeo actualmente en estudio.

b) La ratificación de la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de legalizaciones en documentos notariales, por aquellos países que aun no lo hayan efectuado, con los alcances formales de la autenticidad y con delegación de la facultad de apostillar en organismos notariales.

La continuación de los trabajos en el ámbito de la misma conferencia internacional de La Haya en orden a la supresión del *exequatur* para las resoluciones judiciales y documentos extrajudiciales en el ámbito del derecho civil y mercantil.

3. *Jurisdicción voluntaria*

La aplicación de los principios de certeza y seguridad jurídica que resulta del ejercicio de la fe pública notarial, justifica atribuir al no-

tario aquellas actuaciones comprendidas en el concepto de “jurisdicción voluntaria”, que al no implicar contienda o conflicto entre las partes, proceden ser resueltas notarialmente, contribuyendo a la desjudicialización.

4. *Documento electrónico*

El Notariado debe actuar en las nuevas áreas de la sociedad de la información aportando a éstas el efecto añadido de la eficacia de la intervención notarial y dotando a los servicios de dicha sociedad, específicamente al comercio electrónico, del principio de seguridad jurídica. Esto es esencial para crear confianza en el ciudadano en la utilización de las nuevas tecnologías, concretamente en el tráfico jurídico civil y mercantil.

Para ello, se hace necesario obtener infraestructuras de claves públicas integradas por Notarios, de manera que ellos mismos a través de sus órganos se constituyan en prestadores de servicios de certificación.

El documento público autorizado por Notario en soporte electrónico, al igual que el autorizado en papel, deberá gozar de fe pública y su contenido se presumirá íntegro y auténtico.