

TÍTULO: EL NOTARIO COMO AUTOR Y RESPONSABLE DEL DOCUMENTO NOTARIAL

Por: Dr. Edgar Cárdenas, Notario Primero del Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Ensayo, presentado en la postulación para la Universidad Mundial del Notariado, Roma 2018.

Resumen

En los momentos actuales, resulta importante analizar y reflexionar en torno a la responsabilidad del Notario como autor del documento notarial, en la medida que el documento notarial sustenta, garantiza seguridad, respalda los negocios de los particulares y comerciantes, desde el cual se redacta y autorizan los hechos puesto a conocimiento del Notario, por ende, debe ser íntegro, apegado a la legalidad y en ello, cumple un rol esencial, el Notario, desde las funciones asignadas. En el presente ensayo, se realiza una valoración crítica en torno al notario como autor del documento notarial, las implicaciones y aspectos relevantes en cuanto a asumir este rol. De igual manera, se considera importante el análisis de las causas que dan origen a la responsabilidad civil, penal y administrativa del Notario, como autor del documento notarial, donde se considera la importancia en la identificación de otorgantes del documento notarial frente a la suplantación de identidad y adulteración de documentos, errores de forma y fondo en los instrumentos públicos, así como errores materiales y responsabilidad en la Dación de Fe. Se analizan también los deberes y principios notariales.

I. Introducción

Una de las valoraciones y definiciones más acertadas en América Latina, sobre la figura del Notario, es la que lo define como un profesional del Derecho ante todo, que ejerce una función pública desde la primera instancia, de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, concretando este hecho, en la redacción del documento notarial, instrumento que debe ser auténtico, respaldado en los originales de estos y con las respectivas copias, que resguardan la validez de su contenido. La autenticación de hechos es determinante para la definición de las funciones del Notario. (Unión Internacional del Notariado Latino, 1948).

La función notarial se extiende a las actividades determinadas en la ley, confiriéndoles a los usuarios, seguridad jurídica, la posibilidad de evitar posibles litigios, que pueden resolverse por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento

indispensable para la administración de la justicia. Desde estas perspectivas, la función notarial lleva implícito una actividad continua, impulsada por valores jurídicos y económicos, permitiendo la regulación de los derechos patrimoniales de los sujetos sociales, que exteriorizan su voluntad mediante convenios en el que participa el Notario, siendo necesario que los notarios adquieran conocimientos, aptitudes, cualidades de líder que les permita seguir los principios fundamentales del derecho notarial.

El derecho notarial tiene como finalidad, la seguridad jurídica, el valor y la permanencia de los documentos otorgados o autorizados por el Notario.

El Notario, ejerce una labor y función significativa a nivel social. Los usuarios depositan su confianza y seguridad en la figura del Notario, porque su intervención tiene un valor notable frente a las partes y terceros, en la medida que los documentos que autoriza están revestidos de eficacia jurídica y legal. Los documentos que emiten, otorgan seguridad a los usuarios al brindarles un valor real, eficiente y carácter de prueba plena al documento notarial. Permanencia, brindándole valor, fuerza en el tiempo, que posteriormente puedan obtener copias auténticas con igual validez de las entregadas originalmente.

El Notario se convierte en un asesor, consejero, que puede orientar a los usuarios requirentes de sus servicios, siendo imparciales, éticos, cuidando los derechos, deberes, garantías económicas de los usuarios, por lo que es importante reflexionar sobre su responsabilidad como autor del documento notarial así como identificar las problemáticas que pueden presentarse en torno a la conformación, redacción y aprobación del documento notarial (Solíz, 2014).

El Notario Público es un funcionario público investido de fe pública, por lo que sabe y tiene conocimiento cabal de sus deberes, obligaciones y responsabilidades que le asisten y demandan. El Estado le otorga la potestad legal de otorgar fe pública, para autorizar actos, contratos, en lo que actúa en razón de su cargo, para formalizar, redactar, autorizar, solemnizar, cuidar de la legalidad, veracidad e incluso asesorar (Núñez, 2013).

Como autor, que crea, conforma, da autenticidad y originalidad al documento notarial, a la escritura pública que realiza, genera acciones probatorias como parte de la emisión del instrumento público y en calidad de autor: la facultad de dirigir la realización del acto mediante el poder de percepción y deducción de las declaraciones formuladas para la consecución del fin jurídico; el deber de calificar y redactar el acto de conformidad con

las normas del derecho positivo y de las reglamentarias de la función; y la obligación de autorizar el instrumento apenas las partes lo hayan otorgado con la suscripción.

Las referencias al documento notarial, necesariamente se debe colocar dentro de la actividad propia de la función notarial. En la actual concepción, vigente desde hace muchos siglos, el notario es el autor de los documentos que redacta y a los que da autenticidad (Declaración de Madrid, de los Notariados de la Unión Europea, 1990); el autor único del documento notarial, que asume principios y deberes como muestra la Figura 1:

Figura 1. Deberes y principios notariales



Fuente: Syllabus. Curso de Formación Inicial de Notarias y Notarios. Escuela de la Función Judicial. Consejo de la Judicatura, 2016.

Elaboración propia

Los principios sustentan aspectos esenciales para las funciones del Notario. La legalidad establece que el Notario no puede actuar sino apegado a la ley, debe ser objetivo no tratar de beneficiar a uno de las contratantes en perjuicio del otro, amparado en el principio de Imparcialidad; así como teniendo como premisa fundamental, un requerimiento previo, no actúa de oficio ni por su voluntad, es decir, desde el principio de Requerimiento. De igual manera, el principio de Matricidad, sustenta que todo acto o contrato debe estar redactado en una escritura matriz, por lo que será único, autentico, específico, brindando Seguridad jurídica, a todas las partes que conciernen ante el Notario, para que el contrato sea válido, estableciendo las solemnidades que establece la ley. Publicidad, si se tiene en

cuenta que los requirentes deben tener acceso total a la información del documento notarial, no es reservada, las personas pueden acceder a la información de una manera abierta y sin condiciones que obstaculicen el acceso, que no sea la utilización del mismo con fines lícitos.

El principio de inmediación, por el hecho de la concurrencia de todas las partes al Notario en forma simultánea, para que conozcan, entiendan y comprendan sobre los efectos de las declaraciones de su voluntad; para dar vida a los actos y contratos constantes en las escrituras públicas. Igual es preciso que estén en presencia del Notario las personas o sus hechos o cosas que son objeto de algunas actas notariales.

El derecho notarial constituye actualmente una rama del Derecho Público que regula y organiza la actuación, los procedimientos y los instrumentos notariales, así como las relaciones de jurisdicción voluntaria o extrajudicial, a través de sus funcionarios investidos de fe pública llamados Notarios, a quienes les otorga certeza jurídica. Sin dudas, el Notario constituye una figura importante dentro del engranaje de la existencia en las relaciones de los seres humanos, si se tiene en cuenta que sus funciones están encaminadas a brindar seguridad jurídica en sus actos, aspecto determinante para el fortalecimiento del Estado de Derecho (Núñez, 2013).

Los actos y contratos aceptados por el Notario, pueden ser susceptibles de error, que implicaría el nacimiento de responsabilidades. En este sentido, es indispensable el análisis de las actividades preventivas y autenticadoras del Notario, donde se considera importante los principios de la actividad preventiva, que es cuando el Notario realiza una introspección y análisis del documento a celebrarse, tratando de prever que su funcionalidad futura sea la correcta, evitando conflictos posteriores, mientras que la actividad autenticadora, es cuando el Notario procede a hacer efectiva la fe pública de que se halla investido, a través de la legalización de los documentos puestos a su consideración, otorgándolos con su firma y sello, otorgándoles valor y autenticidad.

El notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial, y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública, realizada por los Notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Por ende, el trabajo y función notarial lleva implícito el

análisis y comprobación de la realidad de los hechos y la legitimación del negocio jurídico, acreditadas en el documento notarial. (Morales, 2015)

El Notario cumple una función de consultor, consejero, depositario de la confianza general de los sujetos sociales, asumiendo deberes y compromisos a nivel social, relacionados con la veracidad, lealtad y custodia del documento notarial, siendo sus respectivas antítesis, la falsedad, la violación del secreto profesional y la destrucción, ocultación del documento público. El Notario, sin duda alguna, es un documentador de hechos, derechos acaecidos en la normalidad, siendo la fe pública del notario, la capacidad para que lo que certifica sea creíble, contribuyendo al orden público. Un acto o contrato ante un Notario, sirve como prueba plena, ya que posee fuerza probatoria (Función de la Notaría, 2001).

En el presente ensayo se realiza una valoración en torno al Notario como autor del documento notarial, las implicaciones y aspectos relevantes en cuanto a asumir este rol. De igual manera, se considera importante el análisis de las causas que dan origen a la responsabilidad civil del Notario, como autor del documento notarial, donde se considera la negligencia en la identificación de otorgantes del documento notarial frente a la suplantación de identidad y adulteración de documentos, errores de forma y fondo en los instrumentos públicos, así como errores materiales y responsabilidad en la Dación de Fe. Se analiza también la responsabilidad penal y administrativa del notario así como los deberes y principios notariales.

II. Desarrollo

En la actualidad el Notario se enfrenta a muchas dificultades y problemas que afrontan a diario en el ejercicio de sus actividades. La calidad del instrumento público debe ser medida, por su valor jurídico, por su conformidad con los preceptos legales, siendo necesario que los notarios prevengan todo riesgo, que pueda atentar responsabilidades y sanciones. De ahí que el Notario deba siempre tener como punto de partida, el examen y diagnóstico directo del acto para la consiguiente calificación y formalización del documento notarial, con creatividad, originalidad y profesionalismo, con alta calidad académica, desde la escritura, lenguaje utilizado y principios de conformación del texto, que generen en el usuario, satisfacción y reconocimiento.

El Notario deberá ser imparcial por regla general, si se considera que también tendrá el deber de asesorar y orientar acerca de la legalidad de los actos en los que intervenga. Luis

Cancinos manifiesta sobre la responsabilidad que el Notario tiene en su actuar profesional que: “El Notario en su trabajo debe poner en juego constantemente toda su capacidad científica, su habilidad práctica y probidad; en determinado momento, en forma espontánea o inesperada debe actuar y tener que dar algún consejo, dirigir a sus clientes e informarles de sus pretensiones” (2014, p. 34). Ello sustenta la idea de que el Notario tiene una responsabilidad significativa desde su función pública.

El Notario debe considerar que su función pública, debe estar enfocada a escuchar a las partes, interpretar su voluntad, examinar la legalidad de los títulos y capacidad de las partes, redactar el instrumento, leerlo, lo explica, lo autoriza y reproduce; conserva la matriz en el protocolo primero, y después en el Archivo Notarial Nacional. En el cumplimiento, negligencia o ilicitud de estas actividades, puede incurrir en responsabilidad. (Morales, 2015)

Existen causas en torno a su responsabilidad como autor del documento notarial, que puede dar origen a la responsabilidad civil del Notario, siendo importante el análisis de las causas para lograr prevenir errores y negligencias, entre las cuales se consideran varias causas como muestra la Figura 1:

Figura 1. Causas que originan la responsabilidad civil del Notario



Fuente: Morales, M. (2015). La responsabilidad del Notario en el ejercicio de su profesión. Universidad Rafael Landívar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Quetzaltenango, Guatemala.

Elaboración propia

Los aspectos mencionados en la Figura 1, permiten afirmar que en torno a la responsabilidad del Notario como autor del documento notarial, existen factores determinantes e incidentes en la posibilidad de contraer responsabilidad civil el Notario. Se deben considerar las omisiones en la identificación de los otorgantes, donde el Notario tiene la obligación de identificar plenamente a los otorgantes si es que no son personas de su conocimiento. Si los conoce o no, debe hacer constar esa circunstancia en el acto, pero en caso negativo, está en la obligación de identificarlos de conformidad con lo preceptuado con las leyes correspondientes, como en el caso de Ecuador, que se tiene en cuenta la cédula de identidad y la papeleta de votación en físico y electrónico a través del Sistema Nacional de Identificación Ciudadana otorgada por el Registro Civil y que el Notario tiene acceso por un convenio previo con la autoridad de identidad nacional, además de obtener el consentimiento del titular de sus datos de identidad, de acceder a sus datos de identificación precautelando el derecho a la intimidad personal. Esta omisión genera que sea una vía que afecte a la validez del documento notarial, a través de acciones jurisdiccionales que han sancionado la misma con la nulidad de los actos y contratos, causando con ello, perjuicios al patrimonio, la honradez, la libertad de los comparecientes o de terceros, por lo que se debe siempre evitar este error.

Por otro lado, los errores de forma en los instrumentos públicos, se relaciona con la omisión de formalidades esenciales en los instrumentos públicos, en el caso de que el Notario no ponga la debida diligencia en la autorización del instrumento público, omitiendo algunos de los requisitos establecidos en el Artículo 27 la Ley Notarial donde se establecen formalidades esenciales. Ello podría generar la nulidad de forma del instrumento público. Al respecto Oscar Salas citado por Nery Muñoz (2015) menciona que “Desde el punto de vista notarial, la nulidad se puede definir como la incapacidad de un instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal”. (Muñoz, pág. 33)

En cuanto a los errores de fondo en los instrumentos públicos, se considera que la nulidad de fondo se produce cuando el instrumento público es ineficaz porque el acto o contrato que contiene está afectado por un vicio que lo invalida. Esta especie de nulidad se rige por las normas referentes a la nulidad de los actos jurídicos en Derecho Civil, la cual se

denomina nulidad contractual o negocial. En este aspecto, es importante considerar los elementos que determinan la validez de un negocio jurídico y que el Notario debe considerar la capacidad legal del sujeto, el consentimiento y el cumplimiento de las Solemnidades establecida en la ley.

Los errores materiales en los instrumentos públicos, vienen dados por las formalidades materiales contempladas en el inciso final de Artículo 29 de la Ley Notarial que se refieren a acciones físicas sobre la elaboración de los instrumentos públicos, donde el Notario es el que debe actuar y cumplir con lo prescrito por la ley.

La responsabilidad en la Dación de Fe, implica un conocimiento de la Fe Pública Notarial, significando como establece la legislación ecuatoriana, en lo referente a la fe pública notarial, que el Notario ejerce la potestad de dar fe pública de los actos y contratos celebrados por las personas naturales y jurídicas. (Solíz, 2014)

De la importancia que tiene pasar ante la presencia del Notario los actos jurídicos de la sociedad y las personas, habla la eficacia probatoria que los documentos y actos pasados ante su fe producen legitimidad, por eso es importante hacer notar que el Notario debe ser extremadamente cuidadoso de la forma que sus instrumentos revisten, de cuidar cada detalle, de corroborar que cumplan con todos los requisitos de ley. (Solíz, 2014)

La fe pública notarial se traduce en los actos autorizados por el Notario, en su carácter de funcionario público facultado por el Estado para dotarlo de autenticidad, legalidad y presunción de veracidad, ya sea por mandato legal y por tanto obligatorio, o porque los interesados la buscan para obtener una prueba plena o preconstituida.

A través de la fe pública notarial, el Estado atribuye al fedatario la posibilidad de proveer de un documento que no solamente tiene carácter probatorio, sino también lleva una nota profiláctica y preventiva, al servir como instrumento o medio para resolver y en ocasiones, impedir conflictos. Su titularidad es únicamente concedida al notario, al contar con las facultades otorgadas por el Estado y la Ley y con ella garantiza la seguridad y el tráfico jurídico. (Quevedo, 2015)

Es importante que el Notario cuide su integridad, cumpla a cabalidad con las normas legales establecidas y no incurra en errores que pueden ocasionar sanciones y responsabilidades civiles y penales. El acto notariado debe ser consecuente con las normas legislativas.

Con respecto a la responsabilidad administrativa, el notario incurre en ello en la medida que ocasione daños o perjuicios al solicitante de sus servicios, por una violación a la Ley de Notariado, mayormente en relación con los Registros de contratos o actos. (Quevedo, 2015)

El Notario, al igual que todas las personas que se encuentran en ejercicio de una potestad pública, está sujeto al resarcimiento de los daños ocurridos por su mala práctica profesional. En el ámbito administrativo, el error inexcusable, constituye un mecanismo de aplicación del régimen disciplinario por la deficiente actuación en términos generales en el ejercicio de sus funciones, y particularmente, por documentos ineficientes. Cabe señalar, que el Notario le corresponde asumir los costos económicos que genere cualquier equivocación o error en el otorgamiento de un acto, contrato o diligencia notarial, extendiéndose dicha responsabilidad a alguno de sus empleados, sin perjuicio de las responsabilidades que hubiere a lugar y las sanciones para cada caso concreto.

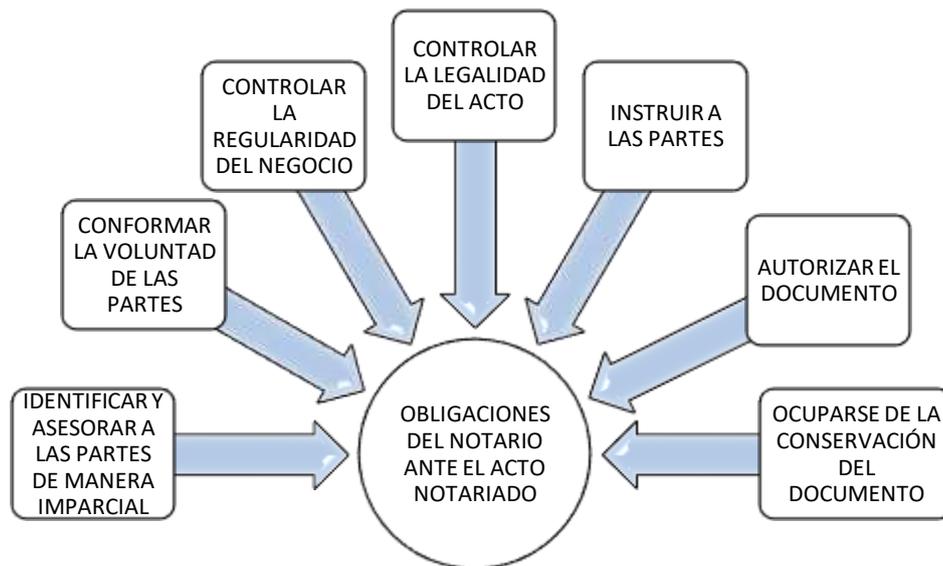
La responsabilidad penal, por otro lado, incurre cuando el notario comete delitos de orden común y delitos fiscales. Los delitos de orden común se relacionan con la revelación de secretos, falsificación de documentos, fraude por simulación en un contrato o acto jurídico y abuso de confianza.

La responsabilidad penal recae sobre el Notario, al fraccionar instrumentos públicos, falsedad, falta de ética al buscar desde su función, un beneficio propio, así como por supresión, ocultación o destrucción de documentos. (Quevedo, 2015)

Lo antes expuesto evidencia, que la actividad del Notario se regula desde el Derecho Notarial si se considera que el Notario tiene a su cargo, la redacción del documento notarial, cuidar y preservar la legalidad de los actos, así como mantener obligaciones y funciones en el acto notariado.

De manera general, en todo acto notariado, se debe considerar, ciertos aspectos como muestra la Figura 2:

Figura 2. Obligaciones del Notario ante el acto notariado



Elaboración propia.

De esta definición se desprende que el documento es el resultado de una elaboración, que lo dota de cierta corporalidad (soporte) que contiene una simbología especial que puede ser traducida y comprendida por el interlocutor con el efecto de reproducir un contenido, con el fin de rescatar y de que permanezca en el tiempo.

El documento notarial cumple con estos requisitos sumados a aquellos que específicos que refieren a la propia actividad jurídica que lleva el Notario y a la cual se debe ceñir. En su elaboración tiene mucha relación con la técnica notarial, en cómo se debe adaptar ese lenguaje común a un lenguaje jurídico para que produzca los efectos esperados, enlazado con el principio de legalidad. Muchas veces se ha instalado en el coloquio popular la figura del Notario como un simple “completador de formularios”, un burócrata de los papeles, ignorando que cada acto o negocio que se le presenta es diferente de otro y por lo tanto, hay una actividad creadora por parte del profesional que tiene mucho que ver con la técnica documentaria del negocio jurídico.

III. Conclusiones

En el quehacer de las operaciones previas el notario se destaca como jurista, asesor y profesional de derecho, precisamente por su rol de intérprete de las declaraciones de voluntad, de analista o examinador de los documentos que se le exhiben, y de redactor del instrumento rogado. En el quehacer de las operaciones concurrentes: de comparecencia, lectura, otorgamiento y sanción, el notario procede como funcionario autorizante.

Hablar, entonces, de una función pública notarial es hablar, a justo título, de una función de calificación y pronunciamiento, de predicción y de prevención, ejercida a prueba de mucho valor personal, pero también a base de virtudes superiores. Las cualidades sobresalientes de todo funcionario público han de ser, pues, la rectitud y la honestidad.

EL Notario no debe ser concebido y actuar como un mero documentador, transcriptor, supeditado a la voluntad de los solicitantes. Sus facultades, generan obligaciones regladas por la norma jurídica, por la moral y la ética que permiten que el acto jurídico unilateral, se constituya como voluntad de las partes, desde el protagonismo del notario, que protege y defiende la veracidad de los contratos, con la obligatoriedad de redactar los actos y contratos a los que fuera llamado a autorizar.

Lo antes expuesto evidencia aspectos de relevante importancia, como el hecho de que un Notario debe realizar un examen previo en torno a la capacidad de los otorgantes, la libertad con que proceden, el conocimiento con el que se obligan y el pago de los tributos. No es un hacedor instrumental que solo redacta documentaciones, se constituye en un funcionario que debe investigar, analizar la realidad y contexto del acto notarial, teniendo como punto de partida, el análisis de los requisitos de existencia: la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa y las solemnidades prescritas por la ley en consideración al acto o contrato y con las responsabilidades siguientes:

- Responsabilidad por asesoramiento: sus criterios, valoraciones, pueden servir de referente a los usuarios, así como las implicaciones totales del acto que se instrumentará.
- Responsabilidad por fe de conocimiento: juicio de notoriedad de los otorgantes de la escritura, verificando la identidad del otorgante.
- Responsabilidad por estudio de título: análisis, investigación y estudio de los antecedentes de dominio. Debe revisar minuciosamente los títulos y antecedentes de años anteriores, comunicando a las partes involucradas, algún defecto formal o material de los mismos.

El Notario debe poseer un amplio conocimiento de las normas jurídicas, principios legales para la conformación del documento notarial, así como la aplicación de procedimientos notariales, siempre al servicio de los usuarios y requirentes que requieran sus servicios. Por ende, una de las características importantes de un notario, es la imparcialidad, ya que el notario no tiene clientes sino requirentes. En él se busca una imagen de mediador y

consejero ante un conflicto de partes, es por ello que en su deber de asesorar de acuerdo al derecho también es intérprete de las voluntades para así llegar a un equilibrio, a una armonía en el mundo jurídico.

Bibliografía

Morales, M. (2015). La responsabilidad del Notario en el ejercicio de su profesión. Universidad Rafael Landívar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Quetzaltenango, Guatemala.

Núñez, R. (2013). Los esquemas conceptuales del instrumento público. Gaceta Notarial. Serie 3. Lima, Perú.

Quevedo, M. (2015). Tipificación de sanciones a las Notarias y Notarios Públicos en el Artículo 20 de la Ley Notarial. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ambato, Ecuador.

Solíz, B. (2014). La fe pública del Notario en la legislación ecuatoriana. Universidad Central del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Quito, Ecuador.

Ley Notarial. Decreto Supremo 1404. Última modificación, 30 de diciembre, 2016.

Resolución 2016-2017 del Consejo Nacional de la Judicatura.