

09 de febrero de 2009

Licenciada
Jéssica Margot Barboza Barrantes
Fax 22789132

Estimada Notaria:

Por medio de la presente me permito dar respuesta a su consulta sobre los grados de parentesco contenidos en la prohibición con el notario.

Ni la actual normativa del Código Notarial (artículo 7 inciso c.) ni la ley Orgánica del Notariado (art. 21) contenida relación al grado de parentesco, sino que lo prohibía mediante la enunciación de quienes se encontraban dentro de ésta.

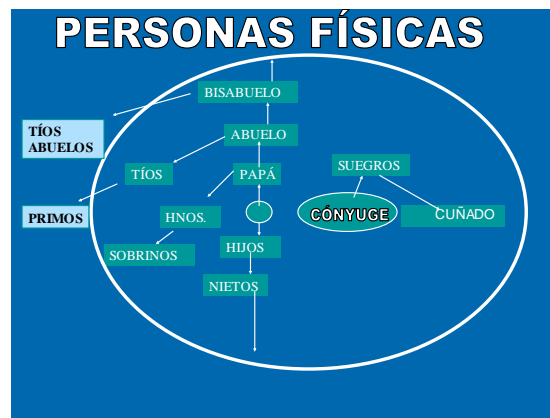
LEY ORGÁNICA DE NOTARIADO, vigente antes del Código Notarial, en su artículo 21, disponía:

“El Notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de **él o de alguno de los intérpretes o testigos instrumentales o de conocimiento, o de sus respectivos cónyuges, así como de sus ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos, por consanguinidad o afinidad**”.

Artículo 7°.- Prohibiciones

Prohíbese al notario público:

c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad.



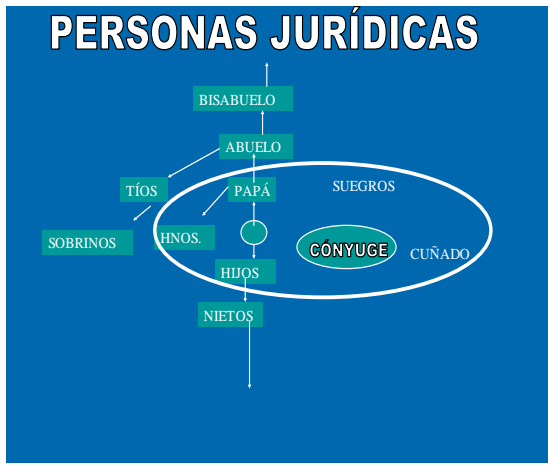
Artículo 7°.- Prohibiciones

Prohíbese al notario público:

c) ...

Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge

o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales.



Los alcances de la prohibición se pueden determinar mediante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Notarial, que en lo que interesa señaló:

Tribunal Notarial, voto número 0210-2003, de las 10:10 horas del 13 de noviembre de 2003

El Tribunal Notarial, con redacción, del Juez Rafael Sánchez Sánchez, al conocer en alzada precisamente de un proceso disciplinario en el que se acusó al notario por haber extendido una certificación de personería de una sociedad cuyo presidente era el padre del fedatario, indicó:

“V.- El quejoso le endilga al denunciado una conducta impropia, contraria a los deberes que le impone la función notarial, al haber expedido y autorizado a las diez horas del catorce de febrero del dos mil, una certificación de la personería de su padre, Enrique Vargas Peralta, como presidente de la sociedad domiciliada en Cartago, “Mavari S.A.” cédula jurídica 3-101-012900, propietaria de un local comercial que arrendaba el quejoso, la que fue utilizada para tramitar un juicio de desahucio en su contra, tramitado en el Juzgado Civil de Menor Cuantía de Cartago, bajo el expediente 282-2000,

contraviniendo las disposiciones del Código Notarial, que en su artículo 7 inciso c), establece: **“Prohibiciones ... c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad.**

Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el notario, sus padres, cónyuge o conviviente, hijos y hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales.”

En doctrina, esta norma guarda semejanza con lo estatuido en el artículo 139 del Reglamento Notarial Español, Decreto de 2 de junio de 1944, que también prohíbe al notario autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor o que contengan disposiciones a favor suyo o de su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aún cuando tales parientes o el propio notario intervengan en concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero.

En nuestro país, la discusión del proyecto de ley del Código Notarial generó no poca polémica sobre tal prohibición, aprobándose el texto final con la redacción arriba señalada, apreciándose un temor lógico de la Comisión Asesora sobre la intervención del notario en casos en que tuviera interés él o sus parientes,

como se desprende de lo manifestado por el Magistrado Orlando Aguirre, conforme consta en el expediente de dicho proyecto, según Acta # 5 de la sesión de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, celebrada el 30 de setiembre de 1996, cuando señaló: “... es saludable que los notarios se hagan a un lado con todo lo que tenga que ver con sus parientes.

Es preocupante ver cuando los notarios interfieren en asuntos de parientes, porque generan desconfianza.”, postura que es congruente con el análisis que hace el denunciado en su expresión de agravios, al indicar que la posibilidad de que un notario altere irregularmente la voluntad de un pariente, con el fin de favorecerle,

es precisamente la preocupación que llevó al legislador a redactar esta norma, **PERO ES EVIDENTE QUE NO PRETENDÍA PROHIBIR LA EXPEDICIÓN DE UNA CERTIFICACIÓN**, ya que si la reproducción de un asiento es alterada, es fácil comprobarlo, pero, si lo alterado es una manifestación de voluntad, no es posible hacerlo.

Sin embargo, esa eventualidad no se traduce en un caso como el que aquí nos ocupa, ya que debe decirse que le asiste razón al denunciado en sus agravios al expresar que **no contravino la norma citada al certificar la personería de su padre**, como representante de la sociedad que entabló un juicio de desahucio contra el demandante, en el Juzgado de Menor Cuantía de Cartago, quien a la postre perdió ese proceso y por eso fue desalojado del local que había instalado con el nombre de “La Cabaña”.

La prohibición anterior no se puede analizar en forma aislada, sino que la misma está en conjunción con otros deberes que le son prescritos al notario como son el **DEBER DE ABSTENCIÓN**, el deber de **IMPARCIALIDAD** y el **DEBER DE ASESORÍA**, contemplados en los artículos 6, 36, 34 inciso f), y 35 del citado cuerpo legal.

En cuanto a la **IMPARCIALIDAD**, ésta en sí procura preservar de todo vínculo de parcialidad al notario y constituye a la vez, uno de los pilares en que se apoya la función notarial, ya que las partes en un acto o contrato tienen derecho a un documento auténtico, legal y justo, lo que puede que no se dé cuando medien lazos de parentesco, que lo comprometan a actuar en una forma no objetiva.

En lo que corresponde al **DEBER DE ABSTENCIÓN**, porque, en todo acto o contrato en que medie la actuación de partes, en procura de esa objetividad, se requiere que el notario se inhíba de prestar sus servicios **cuando intervenga un pariente, ya que es lógico suponer que esa relación afectiva, vicia también la asesoría imparcial que el notario debe dispensar a las partes por igual**, pues éste debe estar convencido de que se conducirá imparcialmente protegiendo los intereses de las partes.

También debe analizarse esa prohibición **a la luz de actos y contratos contenidos en escrituras públicas EN QUE MEDIE EXPRESIÓN DE UN ACTO O VOLUNTAD NEGOCIAL DE LOS OTORGANTES, así como en otro tipo de ACTOS PROTOCOLARES O EXTRAPROTOCOLARES**, cuales son las actas notariales de protocolización y las certificaciones.

En actos y contratos en que medie la expresión de voluntad negocial de partes es obvio que el interés personal del notario o de las demás personas –sean personas físicas o representantes de personas jurídicas- a que alude el inciso c) del artículo 7 por lazos de parentesco con éste, **contrapone abiertamente el deber de imparcialidad y objetividad** que está obligado a dispensar el notario a quienes presta sus servicios, por lo que su obligación es abstenerse de brindar éstos, pues, de igual manera, el deber de asesoría que debe observar para con éstas viene a menos.

Además, menoscabaría la utilización de la fe pública en actos que involucren el interés personal del notario, en virtud de un principio de sana utilización de la habilitación que el Estado le ha conferido a este tipo de profesionales, quienes por su condición de fedatarios públicos están obligados a ajustar su actuación a la normativa vigente.

En los demás actos citados, como son las **ACTAS DE PROTOCOLIZACIÓN Y LAS CERTIFICACIONES NOTARIALES**, no interviene ningún otorgante o parte, por lo que es claro que este interés no desvirtúa la función notarial, toda vez que, en ambos casos, **el notario se limita a transcribir, anexar, incorporar o reproducir el contenido documental, parcial o totalmente, de la fuente documentaria**,

razón por la cual **DEBERES COMO LOS DE ASESORÍA E IMPARCIALIDAD**, no resultan vulnerados por el hecho de que uno de los sujetos que relaciona el documento protocolizado o certificado tenga un vínculo de parentesco con el notario, ya que, **asumir lo contrario, llevaría al absurdo de extender la prohibición a límites más allá de lo razonable y del bien jurídico protegible**.

En este último presupuesto, debe señalarse que el notario determina el contenido del documento a certificar, redactándolo y responsabilizándose de su contenido para dotarlo de fe pública, con carácter de instrumento público, con efecto probatorio pleno, y tal como lo expresa el notario en sus agravios, debido a que **lo que hace es una reproducción**, no mediando ningún interés suyo ni de la persona a que alude la certificación **por lo que se ve impedido de favorecer a parte alguna**.

Tiene razón entonces el denunciado, cuando en sus agravios, menciona que el artículo 80 del Código Notarial, establece la existencia de dos clases de documentos: los **protocolares**, como las escrituras



públicas, actas notariales o protocolizaciones, y extraprotocolares como las certificaciones, actas y otros, obedeciendo esa distinción a su naturaleza disímil, según las razones antes expuestas.

Así, congruente con la posición anterior, la doctrina ubica a la certificación como: **“el documento extraprotocolar en el que el notario logra la adveración jurídica de hechos ocurridos a su presencia mediante su evidencia funcional. La finalidad es que el instrumento tenga todos los caracteres que le atribuye la fe pública.”** Gatari, Carlos. Manual de Derecho Notarial. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 180.

Asimismo, se les define como **“documentos que contienen atestaciones de verdad o de conocimiento del autor, suficientes para demostrar la existencia de determinadas condiciones, hechos o situaciones.”** Caamaño Rosa, Antonio, “Delitos contra la fe pública en el derecho uruguayo”, en Revista de Derecho Español y Americano. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, octubre-diciembre, 1967 año XII págs. 61-96.

En el mismo sentido, se dice que: **“tiene por objeto hechos acaecidos respecto de los cuales no ha habido intermediación por parte del agente y cuya existencia éste ha verificado o comprobado a través de fuentes documentales o de otro tipo”** Siri, Julia.

Comprobación notarial de hechos; certificados notariales”, Trabajo presentado al X Congreso Internacional de Notariado Latino. Idéntica posición explica el tratadista **Rafael Núñez Lagos** al sostener que **“tiene como hechos a documentar la videncia por el notario de meros documentos. “Clasificación y efectos de los documentos”, en Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay, año 1957, pág. 96 y siguientes.**

En el presente asunto, se ha de concluir entonces, que la actuación del notario al emitir la certificación de personería de su padre como representante legal de Mavari S. A. el día 14 de febrero del dos mil no se contrapone a la prohibición contenida en el artículo 7 inciso c) del Código Notarial, **la que procura que el notario en todas y cada una de sus actuaciones observe, como antes se dijo, una actitud totalmente imparcial y objetiva, para que no venga a menos la certeza y seguridad jurídica que la colectividad espera encontrar en todos los actos emanados de esos profesionales.**

El notario, al emitir la certificación de marras lo que hizo fue transcribir en relación la personería del representante de la sociedad Mavari S. A., es decir, realizó su actividad funcional con respecto a la información contenida en un asiento registral que tuvo a la vista, sin que la voluntad comercial de éste, quien es su padre, se pueda ver favorecida por ese hecho o afecte a un tercero, ya que no media comparecencia ni expresión de voluntad de esa índole de parte alguna y, por otro lado, en ningún momento se ha cuestionado la veracidad e integridad de la información certificada por el notario, como bien lo afirma el notario en sus agravios, ya que la certificación es una reproducción conforme la ubica el artículo 112 (SIC) 110 del Código Notarial.

De ahí que no se estime que dicho profesional haya infringido la norma en cuestión, siendo de recibo los agravios expresados por éste, a la vez que se han de rechazar los esgrimidos por la parte actora, quien no se refiere a punto alguno en relación con la norma referida, salvo pedir que se agrave la sanción en contra del notario, debiendo en consecuencia revocarse el fallo de primera instancia en cuanto rechazó la excepción de falta de derecho y declaró con lugar el proceso disciplinario en contra del notario denunciado.” (Tribunal Notarial, voto número 0210-2003, de las 10:10 del 13 de noviembre de 2003).

El criterio anteriormente transcrito, es compartido en un todo por esta Dirección y en esos términos se evacua la consulta planteada.

Atentamente,

Lic. Roy Jiménez Oreamuno, Director
Dirección Nacional de Notariado

c. Archivo
Diligencia

Elisa*