

1. LA DEONTOLOGIA NOTARIAL UNA CUESTION MENOR?

1.- Concepto

Si deontología significa etimológicamente "la ciencia o el tratado de los deberes", al cualificarla con la palabra "notarial" pareciera que los vocablos se funden entre sí, ya que la conducta notarial debe ser -y tiene que ser- siempre un comportamiento consciente, científico y técnico, "un actuar" de contenido de diversas clases, de "verosidad" procedentes, primero, del que conjunto de deberes que personal e individualmente nos hemos formado (veracidad moral); segundo, de aquellos que el medio social nos ha impuesto un poco caprichosamente pero, de todas maneras, constituyen una parcela normativa también importante para la armonía entre los miembros del grupo social (veracidad social); tercero, de los cánones religiosos, si entendemos las religiones como cuerpos orgánicos e institucionalizados que establecen una serie de preceptos para dirigir las conductas de los hombres, en este caso, de sus fieles (veracidad religiosa) y, cuarto, de los preceptos que cada Estado da a sus ciudadanos (veracidad jurídica), según su política legislativa, sus necesidades sociopolíticas, su filosofía, sus conceptos de justicia, de armonía y de progreso social y, finalmente, según sus fines todo ello trazado en el marco normativo mayor que es la Constitución y desarrollo en las normas inferiores jerárquicamente que son propiamente las que establecen la serie de "deberes de conducta" de los asociados (la Constitución es un cuerpo normativo que no debe establecer esos "deberes de conducta"). Lo anterior nos muestra que el derecho es, desde cierto punto de vista, una deontología. Claro que vertida en unas "formas" llamadas leyes y lo que es la mayor importación- leyes con sanción (coercitivas) como "respuesta a la violación".

2. De "lo deontología notarial "

¿No es, acaso, de deontología notarial aquella ciencia y técnica constituida por conjunto de-normas que rigen la conducta especializada del notario como profesional que ha recibido del Estado la delegación de dar fe pública (la que es dada por el notario "fe notarial") para obtener los fines inherentes a esa función?

La pregunta seguramente es incompleta, pero nos permite a su vez, analizarla por partes, así:

- a. La deontología notarial es ciencia, porque es filosofía ética del comportamiento de una persona altamente calificada: el notario, como portador de una investidura que le permite precisamente "dar fe pública" y le impone una serie de responsabilidades frente a sí mismo, a cambio de que su actuar frente a la sociedad que cree en él y frene al Estado que lo ha ungido con la potestad fedante, se vuelva servicio y función pública, testimonio de verdad y prueba de declaraciones de voluntad, entre otras funciones. Todo esto

constituye un universo complejísimo en el que sobresale el comportamiento notarial como producto axiológico de un hombre formado, primero que todo, con principios y categorías morales que deben guardar siempre una conducta per se estrictamente buena.

- b. También es técnica porque está compuesta por un conjunto de conductas que desempeñan una función medial, según la relación teleológica de medio a fin.

Gran parte de lo que hace el notario en su actuar como "oficio" está constituido por unos comportamientos según costumbres antes y leyes hoy, que le regulan y le dicen cómo debe hacer este u otro acto notarial, es decir, que le describen y disciplinan la forma como él debe situar el acto. ¿Situarse? Sí, porque el acto notarial nace de la conducta de las partes y de la del notario, cada una de ellas en lo que le compete, pero se convierte en una forma documentaria para que así, ya objetivizado, quede en el mundo de la sociedad y del derecho con el destino y el mérito jurídico, probatorio y social que las normas le han conferido.

Por estas breves reflexiones, la conducta del notario es primero que todo una expresión de "su" deontología personal; luego resulta siendo de "su" deontología como miembro de una sociedad; acto seguido será también la manifestación de su forma de comportarse según la concepción religiosa que lo acompaña, si profesa alguna religión, como creemos que debe profesarla porque el hombre-notario debe ser una persona de "fe" (no obstante es punto discutible, porque, de otro lado, puede haber excelentes notarios no adscritos a religión alguna, pero extraordinarios súbditos de la moral y sobre todo, del derecho, lo que le permite que su comportamiento notarial sea correcto, legal, justo y bueno) y finalmente, la conducta del notario debe ser una expresión "del espíritu y la letra" de la normatividad jurídica que lo rige, es especial, de aquella propia de su quehacer cotidiano, esto es, de las leyes notariales, por ser una de esas disciplinas del derecho íntimamente comprometidas con el procedimiento y "la forma" (la forma notarial), a fin de que cumpla la función de medio probatorio que "fija y da certeza" jurídica a las partes en el presente y para el futuro. De ahí nuestro concepto sobre el aspecto "técnico" de la conducta del notario latino.

- c. "Como por un conjunto de normas". Si. La conducta notarial está -repítase- constituida por varias clases de normas a saber, las que hemos citado como integrantes de la "La Teoría General de Orden" (morales, sociales, religiosas y jurídicas), pues si el notario toma para realizar su comportamiento notarial como punto de referencia sólo las normas jurídicas que el Estado ha emitido para todos los ciudadanos, como puede ser la del Código Civil o de Comercio, en Penal y luego, el Código o Estatuto notarial, su conducta puede quedar adoleciendo de un vacío de corrección axiológica que hace parte de la esencia de la función y de la praxis notarial.
- d. Las diversas clases de normas "rigen la conducta especializada del notario" Bastaría lo brevemente expuesto para entender que existe una inmensa diferencia entre la conducta del hombre no notario y del que sí lo es. La razón de ser de su investidura, de su "papel" o

"misión" ante la sociedad y ante el Estado lo colocan necesariamente como súbdito, en el mejor de los sentidos (porque tiene que ser consciente de lo que es y lo que debe hacer), de diferentes mundos normativos, tal como lo hemos dicho precedentemente.

- e. Además, el notario es un hombre altamente cualificado, profesional y moralmente, que recibe del Estado la facultad de "dar fe pública". Con esto lo que queremos significar son dos cosas. La primera, que la fe pública es una facultad in se y per se del Estado y, segundo, que esa facultad la entrega éste no al ciudadano común y corriente, sino aquel que bien merece recibirla por sus calidades humanas, intelectuales, morales y jurídicas. Además, porque el Estado, al tener que hacer esta delegación, selecciona de la sociedad una de sus mejores clases de hombres, para que cuando ellos comiencen el ejercicio de la función notarial, no quepa duda alguna de que cumplirán satisfactoria y abundantemente, con el compromiso propio de la tarea que se les ha encomendado.

Así las cosas, la deontología notarial no puede ser "una cuestión menor" frente a las otras actividades del notario. El notario antes que notario es hombre de fe, que tiene que amar y llevar "lo bueno" consigo, que está acompañado de un claro concepto de la verdad, la equidad, la justicia y que, una vez que se de cuenta que es portador de esas virtudes y que es capaz de vivirlas cotidianamente, pasa a ser profesional-notario y comienza, entonces, a aplicar las normas técnicas que el ordenamiento jurídico le ha dado para el "correcto" (corrección legal) ejercicio de su función.

11. ¿QUÉ ES EL ACTO DE DACION DE FE NOTARIAL?

NOS LIMITAREMOS A LO QUE CREEMOS QUE, SEGÚN LO DICHO, PUEDE SER EL ACTO ANOTADO.

- a. Es una manifestación del Estado personificado en el notario;
- b. Es la materialización de un testimonio de fe notarial, emitido por una persona que escogió el Estado para que sea su mejor testigo de los hechos, actos, declaraciones de voluntad, contratos o negocios jurídicos y demás actos de la sociedad que no deben pasar desapercibidos de una relevancia probatoria y de la certeza y fijeza que contiene el documento notarial;
- c. Es el resultado de la "verificación" que hace el notario frente a los hechos que ocurren en su presencia, para establecer su relevancia jurídica, llevarlos luego a las normas del derecho idóneas y adecuadas, a fin de que produzcan los efectos que pretenden los usuarios y, finalmente, materializarlos al ser extendidos y escritos en un documento, según los preceptos de procedimiento notarial que para el acto en especie tenga la preceptiva de cada país.

Con lo anterior vemos que el notario trabaja primero, con una verdad fáctica, luego con una "verdad de conciencia y de razón" para verterla en el Acto-documento, mediante el cual objetiviza, hace palpable, visible, inteligible y analizable la secuencia fenomenológica realizada por las partes y depurada por él. Posteriormente, labora con las normas que rigen su conducta profesional, incluyendo las jurídicas, para culminar el proceso con el acto notarial definitivo. En esta última fase podríamos decir que su conducta, sin dejar de ser "valiosa axiológicamente" es también "técnica". En otras palabras, cuando nos referimos a la conducta técnica, lo hacemos para evocar todas las normas de derecho notarial que rigen la forma y los procedimientos necesarios para confeccionar el tantas veces citado acto notarial.

III. LAS DIVERSAS FUENTES NORMATIVAS QUE DEBEN REGIR LA CONDUCTA NOTARIAL:

Para procurar darle claridad, en lo posible, al tema de los diferentes "ordenes normativos" que se dan en la teoría que lleva su nombre, sobre todo, a lo expuesto en la parte inicial, afirmaremos en forma elemental y esquemática, que la "Teoría General de Orden" (ordine), desde el punto de vista de su estructura, está compuesta a) por un conjunto de objetos, unas veces las cosas -y se llamará entonces "orden personal"- . Este es el que nos interesa en el presente caso; b) por una pauta ordenadora, la que se determina fundamentalmente por la finalidad que persigue quien hace la norma; c) por la sujeción de la conducta a la pauta ordenadora, d) por el establecimiento de las relaciones que se derivan de tal sujeción y e) por la obtención de la finalidad perseguida por el sujeto ordinante, es decir, la realización de un fin axiológico, que pretende la persona o ente creador del precepto. De lo dicho surge que no puede haber orden sin normas y que ésta son -según la teoría clásica anotada- de diferentes clases: a) normas morales (autónomas, unilaterales, tienen el predicado de la interioridad son incoercibles); b) normas sociales (heterónomas, relativamente bilaterales, tienen el predicado de la exterioridad, pero difusa y son coercibles según la sicología, la cultura y "el humor sociales"); c) normas religiosas (heterónomas, bilaterales, parcialmente interiores y exteriores y son de una coercibilidad de naturaleza mixta y sui generis) y d) normas jurídicas (heterónomas, bilaterales, externas y coercibles con el auxilio de la autoridad y los jueces. y qué tiene que ver esto con la deontología notarial? Mucho, porque -como lo hemos sostenido-, la conducta del notario no está sujeta solamente al mundo de las normas del Estado. En otras palabras, el actuar del notario no es lícito solamente por estar ajustado a licitud jurídica, en cuanto haya obedecido las normas Constitucionales, sustanciales, procesales o de derecho notarial. Entonces, él o está a otras normas diferentes de la jurídicas? Indudablemente que sí, porque el notario no es ... mero técnico del derecho y su "ordenamiento normativo". Es además, ... testigo de excepción, un intérprete de la fenomenología que ve, oye y aliza, un jurista que depura las declaraciones emitidas por las futuras Artes de los contratos que él comparecen y un servidor público que tiene que dar fe de concreto, ante la imposibilidad del Estado para darle en abstracto. El notario es finalmente un operario de alta técnica jurídica que confecciona formalmente el acto notarial. Y para desempeñar bien todos estos deberes tiene que estar

acompañado de un cosmos preceptivo integrado por las normas de los diferentes órdenes ya anotados.

IV. HACIA UNA DEONTOLOGIA INTEGRAL

Al observar los cuatro órdenes precitados, afirmamos que si el notario sólo gobierna su conducta, obedeciendo las normas morales de su yo, por elaboradas que ellas hayan sido, tal conducta ha quedado seguramente incompleta, por cuanto estuvo y ha estado huérfana de las normas que hacen parte de los tres órdenes restantes, sobre todo el último (el normativo jurídico), constituido por las reglas y los preceptos del derecho. ¿De cuál derecho? Del que se encuentra en todas sus fuentes formales, esto es, del derecho positivo que integra con variedad de normas de diversa jerarquía, lo que se denomina el "ordenamiento jurídico".

Por lo anterior podemos afirmar sin pretensión dogmática alguna, lo siguiente:

- a. No obstante las normas morales de la persona como tal, claro que los preceptos morales del ciudadano no letrado jamás pueden ser iguales a los del profesional, y las normas morales del médico tampoco pueden ser iguales a las del abogado o el notario. Habrá siempre una zona común mínima entre todos ellos, que es precisamente lo que se llama el Mínimo Ético, pero cada actividad va tomando progresivamente una perspectiva especializada, mutable históricamente a medida que vayan sucediendo los cambios de la sociedad, de la cultura, de la profesión y de algunos de sus valores. De todas maneras la norma moral es necesaria para regir la conducta del notario, pero no es suficiente.
- b. Tampoco bastan las dos normas siguientes de orden personal ya enunciado (la sociales y las religiosas), a pesar de ser heterónomas (esto es, que existe un sujeto que da la orden o mandato -el grupo social o el grupo religioso, éste último más organizado que el primero- y otros sujetos que son sus destinatarios). Cuando se presenta la última relación procedente de la heteronomía, indiscutiblemente "el deber" tiene más posibilidades de ser obedecido y cumplido. ¿Qué pasa si se desobedecen? Sobrevendrán las sanciones respectivas, pues el grupo social "reaccionará" frente a la conducta incorrecta de uno de sus miembros y lo propio hará el grupo religioso. ¿Impondrá sanciones? ¿Quién será la persona o el ente que puede imponerlas? A la primera pregunta podríamos responder que será muy probable que el grupo social imponga sanción (la sanción social) al "coasociado - trasgresor", pero ésta adolecerá, primero, de un juez y segundo, de una justa medida y proporción. No sucederá lo mismo con la del grupo religioso, pues si se tiene en cuenta que esto constituye, además, una "Organización Jurídica", tendrá unas autoridades y unos estatutos o códigos, en cuyo caso su reacción contará con la persona del juez religioso y con una sanción preestablecida en el reglamento de la institución (evocamos aquí la teoría de "la organización" expuesta magistralmente por Santi

Romano). Por eso se dice en "la teoría del derecho" que la sanción social es externa, pero no institucionalizada y que la sanción religiosa es también externa, pero relativamente institucionalizada, según el grado organizativo e institucional de la respectiva religión.

Hasta este punto tenemos que la conducta del notario puede estar siendo vigilada y guiada por los "ordenes" anotados. En el supuesto de que el notario se someta a ellos, seguramente que su conducta "comienza" a estar ajustada a ética, pero adolecerá del sometimiento a las normas jurídicas que el Estado ha establecido, en forma general, para obtener el fin general del derecho que es la armonía social y, en forma especial, para alcanzar los fines concretos, como sucede con las normas del derecho notarial y con el capítulo que todo estatuto notarial debe contener en cuanto a "faltas" del notario por el ejercicio de su función.

- c. Una tercera afirmación es también la siguiente: Las normas jurídicas sobre ética notarial tienen que ser:

Heterónomas.

Descriptivas de una conducta externa que debe desplegar el notario. Y como son normas que, en principio "describen" pero también mandan, pasan a constituirse en "normas prescriptivas", en cuanto prescriben y tienden a modificar un I comportamiento (lo que Norberto Bobbio denomina en su "teoría general del derecho" "la función de 'hacer-hacer' de las proposiciones prescriptivas"); y

Finalmente la norma jurídica sobre la ética notarial tiene que ser coercitiva, situación ésta que exige la preexistencia de una sanción como respuesta a la violación.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA HETERONOMIA y DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS JURIDICAS SOBRE ETICA NOTARIAL.

Las normas sobre ética notarial tienen que ser heterónomas, porque deben provenir del Estado como "sujeto coordinante" con destino a los notarios, como sus destinatarios. Si nos detenemos en las situaciones y relaciones jurídicas del notario frente al Estado y frente a sus clientes, encontramos:

- a. Que siendo el Estado quien tiene el poder y el deber de vigilar a sus funcionarios, agentes, servidores públicos, etc., el medio más idóneo y adecuado para cumplir la tarea de vigilancia anotada es la "forma normativa";

b) Que siendo el notario un delegatorio del Estado para dar fe pública, sus potestades y facultades están regladas. Y la conducta que desarrolle en ejercicio de tales atribuciones, no debe ni puede desbordarse de los preceptos que ese Estado le ha impuesto a la función notarial y

c) Pero la heteronimia no explica, por lo visto en a) y b) precedentemente, la naturaleza y la dinámica de la función notarial, materializada en el documento

notarial. No nos podemos detener en " lo que es" la conducta del notario como oficio con arte, ciencia, lógica, técnica, juridicidad y honestidad. Lo cierto es que después de recorrido el proceso notarial, se obtiene un resultado: el documento como "producto valioso de la cultura socio-jurídica", con relevancia social, práctica y jurídica especial. Ese documento se sale, entonces, de un medio natural e ingresa a la sociedad y a la jurisdiccionalidad, esto último, si con base en él, surge una litis, punto que nos obliga a pensar, primero, en un posible juzgamiento que puede darse ante el juez competente, desde el punto de vista del contrato o negocio jurídico o del acto notarial mirado desde la perspectiva del derecho sustancial y, segundo, en un proceso disciplinario ante la autoridad notarial que la ley haya establecido como competente para ello, a fin de que revise toda la actuación del notario, establezca si incurrió desde el punto de vista notarial en falta ética o no y, si sucedió lo primero, lo sancione.

¿Quién debe ser esa autoridad o juez disciplinario? Parece que la regla general está dada por la mayoría de los Estados que acogen el notariado latino: El ente que colegia todos y cada uno de los notarios, destacándose en este punto la importancia y respetabilidad de la colegiatura notarial. Nada más indicado que quien juzgue la conducta estrictamente notarial

- 5) El empleo de propaganda de índole comercial o de incentivos de cualquier orden, para estimular al público a demandar sus servicios.
 - 6) Negarse a prestar el servicio sin causa justificada.
 - 7) Omitir el cumplimiento de los requisitos sustanciales en la prestación de sus servicios. (Ha debido decir: " ...de los requisitos de derecho sustancial y notarial ", agregamos).
- "Entiéndese por éstos los que acarrear la invalidez del instrumento o afecten en materia grave el ejercicio de la función notarial".
- 8) Dejar de asistir injustificadamente a la notaría o cerrarla sin motivo legal, o limitar indebidamente las horas del despacho al público.
 - 9) La afirmación de hechos o circunstancias inexactas dentro del ejercicio de sus funciones.
 - 10) El incumplimiento en el pago, restitución o entrega de valores, o efectos negociables que reciba en ejercicio de sus funciones.
 - 11) El cobro de derechos mayores o menores que los autorizados en las tarifas vigentes.
 - 12) El incumplimiento de las instrucciones que la Superintendencia de Notariado y Registro imparta dentro del ámbito de sus atribuciones legales en lo atinente a la eficiente prestación del servicio notarial. (Preguntamos: ¿Sí la instrucción administrativa "viola un derecho legal y , lo que puede ser más grave, un derecho constitucional" que hace el Notario? ¿A obedecerlo él].

- 13) El incumplimiento de sus obligaciones para con sus empleados, la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional del Notariado, la Administración de Impuestos Nacionales, los Colegios de Notarios a que pertenezcan las entidades de Seguridad o Previsión Social, y las demás a las cuales deba entregar sumas que reciba en su condición de responsable o recaudador. (El Fondo Nacional de Notariado fue suprimido D. L. 1672 de 1997).
- 14) No enviar a reparto una minuta de escritura pública que debe someterse a este trámite.
- 15) La trasgresión de las normas sobre prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades consagradas en el presente Estatuto y demás disposiciones legales.
- 16) La no expedición de recibos por valores percibidos en el ejercicio de sus funciones o no hacerlo en forma detallada, como lo señalan las normas legales.
- 17) Dar lugar por culpa a que se extravíen, pierdan o dañen los documentos, enseres o elementos del archivo u otros objetivos bajo su custodia, o relacionados con la prestación del servicio.
- 18) Celebrar convenios o contratos con los usuarios con miras a establecer privilegios o preferencias ilegales en la prestación de servicio.
- 19) Convenir o efectuar pagos o participaciones con usuarios, empleados o terceros, en forma directa o indirecta, de salarios, emolumentos o similares, con base en porcentajes, comisiones o equivalentes, sobre los ingresos del notario (destacamos).
- 20) Incurrir en conductas que atenten contra el cumplimiento de la función y la calidad del servicio notarial.

PARAGRAFO: Las faltas disciplinarias se calificarán como leves, graves y muy graves, en atención a su naturaleza y efectos, a las modalidades y circunstancias de hecho, a los motivos determinantes y a los antecedentes personales del notario".

VI. EL NOTARIO ACTUA y /1 LAS REALIDADES /1 DEL MUNDO MODERNO

1. ¿ La dación de fe del notario latino ha variado en el tiempo?

Refirámonos así sea tangencialmente a este punto. Nos parece que la "dación de fe notarial" en su contenido intrínseco, sus quilates filosóficos, morales, lógicos y jurídicos no ha cambiado en el tiempo. La verdad como categoría abstracta no cambia. Cambian la realidad social, los hechos de los hombres en sociedad, los sistemas de colaboración contractual de los mismos, las formas típicas negociables, tanto de derecho privado, de derecho civil,

comercial, económico e internacional, pero la verdad como postulado propio del notario, si ha cambiado, es que para que sea "más verdad", a fin de que la actividad notarial tenga presencia cierta ante la historia y ofrezca certeza, fijeza y seguridad jurídica de todos y cada uno de los hechos que deben pasar por las manos, la prudencia y la inteligencia del notario latino.

2. 11 La Buena Fe " y 11 La Fe Notarial" son valores supremos del notariado latino y como estos valores no se pueden quedar en el mundo abstracto de las categorías ideales, como sí en el mundo concreto de la realidad, el notario moderno debe aplicarlos cotidianamente, poniendo en práctica, además de la ética notarial jurídica, las otras tres clases de éticas ya mencionadas, para poder hablar de una verdadera deontología notarial integral.

El notario moderno hace "derecho vida" (como dijera Guido Fassó) cuando confecciona el acto notarial, sirve de testigo excepcional de los hechos que exigen de su presencia, según mandato legal, con consciente obediencia a las preceptivas éticas que lo tienen que guiar, con la velocidad, la precisión, la claridad y la concreción jurídica que impone la realidad moderna y siempre en espíritu vígil para que el acto del cual "da fe" nazca sano en lo jurídico.

VII. EL NOTARIO FRENTE A LOS COLEGAS, A LOS CLIENTES Y AL ESTADO.

1. El notario frente a los colegas

El coordinador internacional dice: " El formar parte de una profesión supone el nacimiento de un vínculo entre todos sus integrantes, del que nacen unos derechos y en correlación con los mismos, unas obligaciones". "Estas obligaciones se orientan a fortalecer la unión entre todos sus miembros, único medio de obtener los mismos fines, y a favorecer las buenas relaciones con los demás colegas, que eviten situaciones de deslealtad y hagan crecer un clima de mutua colaboración".

"Se trata de estudiar por tanto si en cada una de las legislaciones existen normas que sancionen determinadas conductas o favorezcan otras". Luego se pregunta: '(1) ¿Existen en su legislación supuestos de conductas, sancionables por falta de lealtad con los compañeros?

a) - Supuestos de competencia ilícita.

- Invasión de zonas territoriales de otros compañeros.

- Captación de cliente de manera reprobable.

- Cobrar honorarios por debajo de los oficiales.

b) - Por duplicidad no permitida.

- ¿Existen disposiciones que regulan la forma de dar publicidad a la profesión notarial?

- ¿Se sanciona su incumplimiento?

- ¿Qué supuestos existen de publicidad prohibida?

c) - Por capacitación de empleados.

-¿Está permitido la libre contratación de los empleados de otros notarios de la misma plaza?

- ¿Cual es la práctica habitual de esta materia?

2.- Cuando un notario recibe a un cliente que precisamente ha iniciado su trabajo con otro notario, ¿ se le advierte al cliente que debe continuar su trabajo con quien lo inició?

3.- ¿Existe la práctica habitual de comunicarse entre los compañeros las situaciones y formularios surgidos para la resolución de nuevos problemas jurídicos, así como de advertirse recíprocamente de los defectos observados en sus clientes?

4.- La aceptación de los cargos de dirección del notariado se considera obligatorio para los propuestos? ¿Existen normas deontológicas específicas para los mismos?" (hasta aquí el formulario del coordinador notario Juan Francisco Delgado De Miguel).

Creemos que más importantes que las respuestas mismas son las preguntas que ha presentado el coordinador sobre esta parte del tema del notario frente a los colegas.

COMENTARIOS ADICIONALES

a. Sobre competencia ilícita

El notario colombiano tiene una competencia circunscrita al "circulo territorial". El artículo 2º del Decreto-Ley 960/70 expresa: " La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo notarial". Si un notario de Santafé de Bogotá permite el otorgamiento de una escritura pública en Cartagena de Indias está incurriendo en la falta consagrada en el artículo 198 Ib numerales 8 y 10 que expresan: "Omitir el cumplimiento de los requisitos sustanciales en la prestación de sus servicios" y "la afirmación maliciosa de hechos o circunstancias inexactas dentro del ejercicio de sus funciones". ¿No es requisito sustancial en la prestación del servicio notarial de determinar previamente " la competencia" del notario? ¿No haría el notario una afirmación maliciosa si llegare a decir en la escritura pública que "ante él comparecieron los señores A) y B) ... , cuando esto no fue así, porque los citados señores, si comparecieron, lo hicieron en otra ciudad?

La norma colombiana no fue expresa en este punto, pero creemos que la causal en comentario ésta consagrada en los preceptos transcritos. Además, la

situación "se refuerza" con el mandato del artículo 99 sobre invalidez de los actos notariales, que dice en su parte inicial: "Desde el punto vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos: A) Cuando el notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo círculo notarial". En otras palabras, si el notario del ejemplo realiza la conducta anotada, la escritura pública puede ser demandada ante el juez civil competente, en solicitud de declaración de nulidad instrumental, la que si prospera, además de caer el instrumento como tal, decae implícitamente el negocio que él contiene, con graves y delicadas consecuencias para las partes, las que pueden enderezar acción de responsabilidad ante el notario por los perjuicios causados. ¿y cómo ha quedado ante la faz de la sociedad la conducta notarial? Paralelamente son posibles la acción penal por haber afirmado el notario una comparecencia que no se dio dentro de un círculo, y la acción disciplinaria por haber incurrido en las causales 8° y 10° del artículo 198 lb, explicadas.

b. Sobre la captación de clientes.

Indiscutiblemente que si el notario sale de su oficina, sea por sí mismo o por interpuesta persona, para visitar posibles clientes y "ofrecer sus servicios", está incurriendo en una inmensa falta de ética notarial elevada como tal a canon legal. En el caso colombiano viola el numeral 3, del Decreto-Ley 960, artículo 98 que dice: "Son conductas del notario : solicitar, recibir, ofrecer dádivas, agasajos, préstamos, regalos y cualquier clase de lucros, directa o indirectamente, en razón de su cargo o con ocasión de sus funciones". Y si en el diálogo de atracción del cliente el notario llega a ofrecer descuentos de los horarios establecidos por el arancel notarial, también incurre en conducta ilícita, al tenor del numeral 12 del artículo citado, el que ordena sanción disciplinaria y cuyo texto es el siguiente: " Por el cobro de derechos mayores o menores que los autorizados en el arancel vigente". Ni concesiones económicas, ni jurídicas por "vía interpretativa" son permisibles a la conducta notarial. La ineficiencia de este último precepto motivó a los miembros de la comisión redactora del primer proyecto de la Ley a introducir los numerales 16, 18 y 19 que aparecen en el elenco de las veinte faltas proyectadas contra la ética notarial.

c. Sobre la publicidad no permitida

En el Estatuto vigente encontraremos estas causales de sanción disciplinaria: "Solicitar o fomentar publicidad de cualquier clase, respecto de su persona o de sus actuaciones, sin perjuicio del derecho de rectificar o aclarar informaciones o comentarios relativos a ellas" y"5) El empleo de propaganda de índole comercial o de incentivos de cualquier orden para estimular al público a demandar sus servicios".

Sobre este punto de la publicidad vale la pena reflexionar en torno de una gran cantidad de medios que la técnica moderna viene creando, a través de mecanismos de información "persona a persona", quizá más eficaces que el anuncio abierto al público, frente a los cuales consideramos que son tan repudiados como los tradicionales y que, de "jure condendo", deben ser tenidos en cuenta como ilícitos, para unas legislaciones futuras (El problema de las

llamadas "lagunas ideológicas" del derecho).

d. Sobre contratación de empleados que labora en otras notarías.

El artículo 131 de la Constitución Política de Colombia, vigente desde 1991, ordena: "Compete a la ley la reglamentación del servicio público que presentan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados ... ". Como puede verse, desde el punto de vista constitucional, el notario colombiano es el patrono de "sus empleados. Después de muchos vaivenes doctrinarios y jurisprudencia le en torno de la naturaleza jurídica de los empleados de los notarios, I Carta política puso fin a ellos, en el sentido anotado. La contratación de empleados de otra notaría no está prohibida en la legislación colombiana y, consecuentemente, está permitida, pero desde el punto de vista legal ¿Será que hay una prohibición extra normativa, jurídicamente hablando, que prohíbe a un notario la conducta de contratar a un empleado de otra notaría, con el ofrecimiento de un mayor estipendio salarial? ¿No sería conveniente establecer unos "rangos funcionales", con sus respectivos sueldos, a fin de evitar los problemas de la oferta y la demanda de este campo, como si estuviéramos en el mundo de un mercado libre y de competencia entre empresas? Pero debemos hacernos una pregunta más que nos lleve a la reflexión de si puede el notario compartir, en cualquier grado, con algunos de sus empleados, los honorarios de su gestión? ¿Será que " la dación de fe " puede ser compartida y compatible?

Uno de los problemas más difíciles en el ejercicio notarial de los tiempos actuales es el que hace relación a la ejecución del trabajo notarial realizado, de un lado, por el notario y, del otro, por sus empleados o colaboradores. La praxis ha desdibujado el carácter intuitu personae del oficio notarial y la realidad ha conducido a la necesidad de rodear al notario de auxiliares que se convierten en "notarios colaterales", naturalmente sin investidura de la fe pública, queda inmensamente comprometida y amenazada, la credibilidad en torno del notario comienza a verse menguada; la función notarial se convierte en un ejercicio mecánico y cotidiano, inundado de sellos y de formularios preestablecidos que fabrican las imprentas y los computadores, en cantidad y velocidad admirables, frente a los cuales los ciudadanos se inclinan, así no interpreten sus declaraciones de voluntad, a cambio de la urgencia y la inmediatez temporal con que "el notario" responde a sus requerimientos. ¿Será este un verdadero notario? ¿Estará dando fe en forma fiel de las declaraciones de voluntad de sus clientes? Y si el cliente depone esas "declaraciones de voluntad" ante uno de sus empleados, ¿se podrá hablar de una actividad notarial en sentido estricto y prístino?

e. Sobre la rogación

En derecho colombiano el principio de la rogación está consagrado en el artículo 4° del Decreto-Ley 960 ya citado. Expresa: "Los notarios sólo procederán a ejercer sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegir libremente el notario ante quien deseen acudir".

Uno de los retos más grandes del notario moderno es el de poner en práctica real

y efectiva el principio en comentario. ¿Cómo puede hablarse de principio de rogación cuando -al parecer- unas de las prácticas más evidentes en la mayoría de los países del notario latino y de libertad contractual y económica es la que realizan algunos notarios decimos algunos porque no son todos, por fortuna-, quienes en vez de esperar que el cliente o usuario venga a él, en solicitud de servicio, éstos deciden ir al cliente, en oferta del mismo? La inversión funcional del principio de rogación quiere entronizarse en el notario latino, como si el servicio notarial fuese una mercancía susceptible de ofertas, rebajas, concesiones, unas económicas y otras hasta en requisitos jurídicos. Las reservas morales de todos los notarios tienen que reaccionar en su plenitud, así no haya posibilidad real de proceso disciplinario y de sanción alguna, por razón de las dificultades probatorias que se dan caso por caso.

EL NOTARIO FRENTE A LOS CLIENTES

Encontramos en el cuestionario cuatro interrogantes fundamentales, a saber: primero, el relativo a "la obligación del secreto profesional"; segundo, el de "la diligencia del notario en el cumplimiento del trabajo requerido"; tercero, el del "cobro de los honorarios justos" y cuarto, el vinculado a "la función informativa, veraz y completa del notario sobre las consecuencias vinculantes del instrumento, sobre todo cuando el cliente es una persona débil, intelectual o económicamente. En su orden responderemos:

a. Obligaciones del secreto profesional

En la legislación colombiana "el notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora" (art. 7° O.-L- 960/70), sin que se cuente con norma a nivel legal que haga relación directa al secreto profesional del notario. Por su parte la reciente Constitución Política preceptúa en su artículo 74: "Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los acosos que establezcan la ley.

"El secreto profesional es inviolable" y el artículo 15 lb, refiriéndose al habeas data preceptúa:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

"En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

"La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley".

"Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e

intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

No dudamos que en Colombia el secreto profesional del notario tenga tutela normativa expresa a nivel constitucional. Todo lo que las partes dicen o declaran ante el notario con el propósito de hacer un contrato o negocio jurídico, queda bajo el amparo del secreto notarial, mientras no se extienda lo dicho en el instrumento y siempre y cuando éste llegue a su final; esto es, "completo", debidamente autorizado con la firma del notario. Es entendible que lo declarado y escrito en la escritura pública, aflora a la sociedad y a la jurisdicción como documento público. En tema de derecho de familia y de trámite de sucesiones mortis-causa ante notario (Decretos Leyes 902 de 1988 y 1729 de 1989), el papel conciliador y asesor del notario es inmenso, y su prudencia para llevar a la escritura pública determinados aspectos que no deben lesionar a ninguna de las partes sustanciales del acto es absolutamente necesario. Todos los días crecen las razones para insistir en un ejercicio notarial precedido de la mediación del notario, de su prudencia y de la dirección tanto formal como real o material del acto que presencia y ritúa.

b. El cumplimiento diligente de la función notarial

Ya nos hemos referido al carácter *intuitu personae* del oficio notarial. También algo se dijo sobre el problema de los colaboradores del notario. En este punto reiterase la necesidad absoluta de que el notario latino no permita la despersonalización de la función. Si lo hace, si propende por el concepto de "la notaría-empresa" y si delega su tarea indelegable en cuanto testigo dador de fe y en cuanto conciliador y jurista del acto notarial, el futuro de la notaría se torna incierto y la sociedad y el Estado buscarán mecanismos sustitutivos, probablemente inidóneos e ineficaces, y más tarde, rectificará, pero en el entretanto las vicisitudes y perjuicios no podrán volarse jamás.

c. Sobre cobro de honorarios justos

En Colombia existen aranceles oficiales obligatorios para los notarios, y quien los incumple puede llegar a ser sancionado. Ya transcribimos la norma sobre este punto. Cierto, hay norma. Pero de que ésta exista a que tenga eficiencia hay una inmensa distancia. Creemos que ante la ocasional trasgresión del precepto, la dificultad de la prueba hace nugatorio el disciplinario con sus efectos sancionatorios, razón por la cual fuerza indagar en torno de mecanismos más ágiles y eficaces para establecer el ilícito e imponer la respectiva sanción. Los notarios no deberíamos necesitar de esta norma y de otras similares. De ahí la importancia de la deontología notarial integral, evocada al iniciar el presente trabajo.

Un aspecto digno de mencionar es el que se relaciona con "la mentalidad" de algunos grupos gubernamentales, económicos, bancarios y de determinados sectores de la comunidad" empeñados en reducir los honorarios notariales. Pero los culpables, ¿quiénes son? ¿Quiénes somos? Tal vez ellos tengan razón. La mecanización, el concepto de notario empresa, la ambición por honorarios obtenidos con celeridad y otras conductas aledañas están conduciendo a estas

personas y grupos a firmar que "tanto dinero por tan fácil actividad no es justo" y recalcan en la frase "tanto dinero", en olvido de los costes del servicio y en desconocimiento de las exigencias, la profesionalidad y las responsabilidades del notario.

Finalmente, en cuanto a este tema de honorarios, "otro talón de aquiles" es el que hace relación, por ejemplo, a las "viviendas de interés social". La presencia del notario latino para las actuaciones, contratos y negocios en los que interviene la gente de escasos recursos económicos es indispensable, así no reporte honorarios compensatorios.

Frente a esta realidad, actual debe ser la posición del notario de cada país? ¿Cual la posición del cuerpo oficial de cada notario frente al Estado? ¿No será importante entronizar en la función notarial el principio de solidaridad social? Dentro de estos postulados cada ente rector del notariado buscará el equilibrio según el cual la institución debe estar presente en estos actos, retribuida así sea mínimamente en forma tal que compense los gastos necesarios del servicio. Los notarios tenemos que ser co-gestores de la transformación de las sociedades pobres de cada país.

SOBRE LA IMPARCIALIDAD

Pregunta el cuestionario-marco de la ponencia si el notario, al ser titular de un poder ajeno (el de la fe pública), cumple a cabalidad su deber de imparcialidad sin tener en cuenta el status del cliente.

Al respecto reiteramos el texto del status Notario que expresa: "El notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora" (la subrayas son nuestras). En la práctica creemos que ha sido efectivamente cumplido y obedecido. En cuanto si existe sanción expresa por incumplimiento, anotamos que en el elenco de "faltas" según el artículo 198 lb no hay norma que le consagre.

No vemos con claridad la existencia de una imparcialidad frente al Estado, si no la relacionamos con el deber de imparcialidad frente a los clientes o usuarios. Ahora bien, nos preguntamos: Si el notario "\^" tiene especial predilección por el ciudadano "X" y -lo que es más grave ha hecho un convenio oculto para rebajar los honorarios por la presentación del servicio notarial, ¿podrá pensarse en que ante una situación de conflicto entre ese ciudadano y la otra parte del contrato, el notario se mantendrá incólume como fiel de la balanza, esto es, como funcionario imparcial del Estado? Es probable que algunos no serán imparciales, pero tenemos fe en que la mayoría sí, como portadores de riqueza espiritual, social y jurídica a que hemos hecho referencia, para que así él sea como un "juez de paz" y un "tercero entre las partes".

SOBRE LA VERACIDAD

Pregunta el cuestionario si el notario "admite bajo su fe pública la veracidad de hechos no presenciados personalmente por él, como sí por sus empleados". Y, ¿si se admite "bajo su fe pública la veracidad de hechos que sólo le consta por

manifestación de terceros" o si lo hace bajo la responsabilidad de ellos? Sucede con esta pregunta una situación similar a la anterior. Lo lógico, lo jurídico y lo ético es que el notario sólo de fe pública sobre los hechos que él presencia. La comparecencia de los otorgantes constituye el acto de presentarse personalmente el ciudadano ante el notario para hacer la rogación del servicio y exponerle el contrato o negocio que desea hacer con su co-contratante. Permitir a ese ciudadano su "comparecencia a distancia" ("comparecencia virtual") es, primero que todo, una contradicción terminológica, lógica y antológica; segundo, un acto generoso del notario que puede ocasionarle serios problemas de carácter jurídico, tanto civil como penal y, finalmente, una concesión permisiva de éste en contra de la institución notarial y de las leyes que la reglan. El artículo 24 del Estatuto Colombiano reza: "La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son éstos. Sin embargo, en caso de urgencia, a falta de documento especial de identificación, podrá el notario identificarlos con otros documentos auténticos, o mediante la fe de conocimiento por parte suya". Pero la brecha a este mandato se abre en la legislación colombiana con lo que ordena el artículo 12 del Decreto reglamentario 2148 de 1983, cuyo texto es: "Los representantes legales de las entidades oficiales y particulares que tengan registrada su firma en la notaría, podrán ser autorizados por el notario para suscribir los instrumentos fuera del despacho". En otros términos, la permisión que encontramos en el artículo 12 últimamente transcrito contraría el mandato del artículo 24 del Estatuto Notarial, en tema de comparecencia. Las dos normas están vigentes y por regla general se aplica el precepto a nivel de ley, pero por excepción también se aplica la norma a nivel de reglamento. Este es uno de los grandes peligros que tienen las excepciones, así llegue a ser establecidas por un artículo del mismo rango. Ahora bien, para el caso comentado y desde el punto de vista jurídico, á qué decir de una excepción ordenada por una norma reglamentaria, en contrariedad de la ley reglamentada?

El notariado latino permanecerá si todos los notarios nos ponemos de acuerdo en aplicar los principios generales que lo han inspirado y en obedecer las normas legales que lo disciplinan y rigen.

SOBRE EL EJERCICIO PERSONAL DE LA FE PUBLICA"

Plantea el cuestionario si el " notario" ejerce personalmente su función o delega en sus empleados la dación de fe. Además, si ésta se extiende al contenido íntegro del documento y de su conocimiento por partes, o solamente al hecho de la firma. Con las dos respuestas dadas precedentemente podríamos dar por absueltos estos últimos interrogantes. ¿Cómo puede un notario ejercer personal y directamente su función, si la misma normatividad -como sucede en el caso colombiano- le permite que alguna clase de otorgantes no comparezcan ante él y firmen fuera del despacho notarial? ¿Cómo puede ejercerse personalmente la función notarial en sistemas jurídicos que permiten la "notaría-empresa"?

Si el notario no se constituye en fiel guardián no sólo de las normas mayores del notario, sino también de las leyes que concretamente disciplinan el obrar notarial, la fe pública va perdiendo contenido de verdad y va quedando al

vacío como una forma que poco a poco la sociedad dejará de aplicar.

SOBRE LA "COLABORACION CON LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS"

Se preguntan: ¿Está obligado el notario a suministrar todos los datos que le solicite la Administración Tributaria? Respondemos que sí. El Estatuto Tributario no sólo obliga al notario colombiano a dar las informaciones que ocasionalmente pida la autoridad fiscal respectiva, sino también que le exige el envío anual de la relación de todos los actos o contratos de disposición y gravámenes sobre inmuebles, indicando el nombre de las partes, la cuantía del acto y su número de identificación tributaria.

Pregunta el cuestionario-marco del tema 111, si el notario puede negarse a suministrar los datos pedidos, amparándose en el secreto del protocolo, pese a que tenga conocimiento de la existencia de fraude fiscal. En Colombia, como en la mayoría de los países, el protocolo es público y a él tiene derecho de acceso y de consulta cualquier ciudadano, así no haya sido parte del contrato o negocio que contiene la escritura pública. Por lo tanto, la administración Tributaria puede pedirles las copias de la escritura pública a los notarios, cosa que sucede a menudo, con estricto cumplimiento por parte de ellos. Y también cualquier persona, previo pago de los derechos que genera la copia solicitada.

Unas cuestiones de carácter fiscal dignas de reflexión:

- a. El Estado colombiano ha gravado al notario doblemente, esto es, como persona natural y como notario. Lo primero es entendible, pues constituye tributo ordinario que todo ciudadano debe dar a su Estado, pero lo segundo es sui generis, por decir lo menos. En efecto, 10\ Constitución de 1991 en su artículo 131 estableció: "Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la Administración de Justicia... ". Un año después el legislador colombiano desarrolló la parte subrayada del precepto constitucional y ordenó que cada notario tenía la obligación de dar mensualmente el diez por ciento (10%) de sus ingresos brutos. No necesitamos hacer comentario alguno sobre esta injusticia e inequidad..
- b. El notario colombiano es, además de sujeto pasivo de tributos, un recaudador del IVA O (Impuesto del Valor Agregado a las Ventas). La ley tributaria con ansia de recaudación de impuesto colocó al servicio notarial en posición paralela al de las mercancías.
- c. Como si lo anterior fuera poco, el notario colombiano tiene la obligación de recaudar para el Estado, a título de retención en la fuente, un impuesto del un por ciento (1 %) sobre el valor de los contratos sea un "activo fijo". Esta medida no ha sido de fácil aplicación y sobre todo de buena aceptación para el ciudadano que vende, pues muy grande tiene que ser el esfuerzo

pedagógico del notario para explicarle que lo que está pagando comprende también la retención de la fuente ya anotada. Los derechos notariales u honorarios en Colombia no son altos. No obstante algún sector los califica como tal, sin lugar a dudas porque confunde, no entiende (o no quiere entender) los diferentes conceptos que contiene el monto pecuniario pagado por el usuario.

Lo ideal sería que los honorarios notariales no estuvieran acompañados de otros gastos e impuestos exigidos por el Estado. La realidad es otra. ¡El Estado ha encontrado un buen recaudador de impuestos en el Notario Colombiano!

Santafé de Bogotá, Septiembre de 1998.