

INHIBICIONES DEL ESCRIBANO. PARENTESCO. UNIÓN CONCUBINARIA

Informe: Notarial

Resumen

La situación de concubinato del escribano con uno de los otorgantes no está prevista de forma textual como causal de inhibición, no obstante lo cual, en una interpretación amplia de la expresión «miembros de la familia», resultaría comprendida en la prohibición del artículo 24 de la Ley Orgánica Notarial.

De interpretarse judicialmente que está incluida en la disposición legal, el documento se vería afectado de nulidad relativa.

Desde el punto de vista deontológico y del principio de imparcialidad, es de fundamental importancia para el prestigio ético del propio escribano y el de la profesión abstenerse de actuar en los casos que puedan ser objeto de dudas acerca de su transparencia, independencia y desinterés.

Consulta

Se solicita informar a la sede del juzgado si la escribana NZ, estando en concubinato con el señor AS, podía actuar como tal en las escrituras definitivas respecto de los padrones 111, 222 y 333, y qué validez tienen estas.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

LAS INHIBICIONES

El derecho notarial comparado asigna fundamental importancia al carácter de *imparcialidad*, como pilar de la función notarial.

Dicha característica, al decir de los maestros de la disciplina, asimilable al concepto de lo justo, de la equidad, del equilibrio, implica que la función debe prestarse de tal manera que, en cada acto en que el notario interviene, todos los interesados vean sus derechos garantizados y sus obligaciones expresadas de forma precisa, con la finalidad última de que los posibles conflictos de intereses puedan ser prevenidos o satisfactoriamente resueltos.

La imparcialidad notarial es fundamentalmente un deber ético,³⁶ no obstante lo cual, desde el ángulo del derecho positivo, todas las legislaciones han tratado de buscar mecanismos que puedan asegurarla.

Tal es el fundamento de las denominadas *inhibiciones*, que imponen al notario un deber de abstención en todo caso en que, por encontrarse en una situación de familia, de dependencia económica o jerárquica, o de poder jerárquico, pueda verse comprometida la confianza de los terceros hacia él.

Debe recordarse que la profesión se asienta en gran medida en esa confianza pública que, antes que la ley, le han reconocido históricamente las sociedades organizadas en torno al sistema latino al conferirle la función de fe pública. Se ha dicho que el notario es, más que un «depositario de la fe pública», un «depositario de la confianza pública», y, por tal razón, tan importante es su actuar imparcial como su imagen de imparcialidad. Como dice SANAHUJA y SOLER:

Se trata de apartar al notario de toda sospecha de parcialidad o temores de que no pueda atender debidamente al cumplimiento de sus deberes.

Esa transparencia que es dable exigir a la actuación notarial, desde el punto de vista legal se asegura entonces mediante prohibiciones de actuar en determinados casos, para evitar que el notario se encuentre en situación de conflicto: por un lado su deber de imparcialidad, por otro lado intereses, presiones o incluso sentimientos propios o de su entorno que humanamente demandan su simpatía. En definitiva, que su actuar solamente pueda ser guiado por su independencia y desinterés.

NUESTRO RÉGIMEN LEGAL

El régimen de inhibiciones en nuestro derecho comprende las disposiciones de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley 1421, de 31 de diciembre de 1878) en sus artículos 24 y 65.

El primero de ellos establece:

[...] el notario no puede autorizar ni permitir que se autorice en su protocolo acto o contrato alguno relativo al asunto o asuntos en que intervengan miembros de su familia o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El segundo de ellos reitera:

Es prohibido a los Escribanos autorizar escritura alguna en que intervengan sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo.

36 El Código de Ética que rige la profesión notarial en nuestro país impone que el escribano «debe ser siempre imparcial, guardando equidistancia en la oposición de las pretensiones, ejerciendo, respecto de ellas, el poder equilibrante de lo justo consentido».

El Reglamento Notarial, por su parte (acordada 7533, de 22 de octubre de 2004) es más explícito al reglamentar en su artículo 25, inciso b:

Por razón de familia y parentesco, los Escribanos no podrán intervenir en forma alguna en actos ni contratos en que sean otorgantes, por derecho propio o en representación de terceros, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia (v.g. hijos adoptivos, padres adoptantes). La inhibición de que trata este literal no alcanza a los actos en que intervengan personas casadas con el cuñado o cuñada del Escribano, salvo los actos en que estas personas estuvieren interesadas (v.g. adquisición de bienes a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal).

Y agrega en su inciso c:

Por razón del contenido, y con excepción de los actos referidos a la custodia de documentos confiados por las partes al Escribano y los actos secretos o reservados en que este desconoce la voluntad del otorgante, los Escribanos no podrán autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados, relacionados con ellos, sus cónyuges, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia.

APLICACIÓN AL CASO CONSULTADO

Como es dable concluir, en las disposiciones citadas no se encuentra expresamente prevista la situación de concubinato del escribano como causal de inhibición. Sin embargo, doctrinariamente existen dos interpretaciones de la norma de la ley orgánica cuando se refiere a los «miembros de su familia».

En efecto, el Reglamento Notarial realiza una interpretación amplia, aludiendo a la familia como una unidad biológica, moral y económica que ejemplifica con las situaciones de adopción y legitimación adoptiva, por lo que la relación de concubinato, ya sea de hecho o de unión concubinaria reconocida judicialmente de acuerdo al régimen actual, queda comprendida en la inhibición.

No obstante, otra parte de la doctrina no concuerda con esta solución considerando que la reglamentación excede el marco legal, y lo interpreta de forma restrictiva, incluyendo en la inhibición solamente los vínculos de sangre y de afinidad por legítimo matrimonio.

En definitiva, esta comisión se habrá de expedir en el sentido de que el escribano desde el punto de vista deontológico debe acatamiento a todas las normas que rigen la profesión, ya sean legales o reglamentarias, y debe proceder de tal manera que no pueda ser objeto de dudas acerca de su transparencia, independencia y desinterés, desmereciendo la confianza debida al carácter de la profesión.

EFFECTOS DE LA INHIBICIÓN SOBRE EL DOCUMENTO AUTORIZADO

Siguiendo informes y trabajos anteriormente expuestos,³⁷ es necesario referir que también existen diferentes opiniones doctrinarias acerca de los efectos de la inhibición del agente sobre el documento autorizado en tales condiciones, en cuanto se han sostenido tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa del documento y la validez plena.

La doctrina mayoritaria en principio sostenía, con base en el artículo 8 del Código Civil, que, siempre que la norma prohibitiva no disponga una sanción específica, los actos contrarios a ella deben ser objeto de la máxima sanción, es decir, la nulidad absoluta, que de acuerdo al artículo 1561 del mismo cuerpo legal puede y debe ser declarada de oficio, puede alegarse por cualquiera que tenga interés en ello y es insubsanable por ratificación de las partes así como por un lapso menor de 30 años.

Más recientemente, en cambio, se ha impuesto, contando con jurisprudencia favorable, la opinión de que se trata de nulidad relativa a la luz del artículo 1560 del Código Civil, que establece tal consecuencia cuando se trata de la omisión de requisitos o formalidades prescritos en virtud de la «calidad o estado de las personas que en ellos intervienen». En conclusión, como enseñó la profesora Julia SIRI, dado que la prohibición fue establecida como una garantía de defensa del principio de imparcialidad, son las personas que hayan sido perjudicadas en su interés legítimo quienes tienen derecho a hacer caer el acto.

En una tercera posición que ha expuesto la coordinadora alterna de esta comisión, profesora María Inés SAPRIZA, se entiende que, siendo una limitación subjetiva y relativa que afecta al escribano, no puede afectar a las partes en una medida tan grave como la de anular el acto otorgado; más aún siguiendo el principio de que no hay nulidad sin ley que la establezca, y sin que sea posible deducirla mediante analogías o presunciones. Por lo tanto, si la infracción a la norma prohibitiva ocasiona perjuicios a las partes, el escribano será pasible de responsabilidad civil, mientras que si no existe el daño solamente subsistirá la responsabilidad administrativa ante el órgano de superintendencia.

Las diferencias doctrinarias no podrán resolverse sin un texto legal que interprete de forma auténtica las normas actuales. No obstante, esta comisión informa que la doctrina actual mayoritaria pone énfasis en destacar que, dado que algunas inhibiciones surgen de la ley y otras son establecidas por normas de rango reglamentario, las sanciones máximas, tanto para el documento como para el agente, solo podrán aplicarse en el primer caso, es decir, cuando la prohibición es de origen legal. En los demás casos, es decir, cuando la limitación de actuar está prevista por normas de carác-

37 Ponencia del Notariado Uruguayo para el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, tema I: La imparcialidad del notario, garantía del orden contractual. Ciudad de México, 2004.

ter reglamentario, solamente podrá verse afectada la responsabilidad del agente, ya que no es posible enervar la eficacia y validez de los documentos expedidos en contravención reglamentaria.

CONCLUSIONES

La situación de concubinato del escribano con uno de los otorgantes del documento que se autoriza no está prevista de forma textual como causal de inhibición en las normas legales y reglamentarias, no obstante lo cual, en una interpretación amplia de la expresión «miembros de la familia», resultaría comprendida en la prohibición edictada por el artículo 24 de la Ley Orgánica Notarial.

En el caso particular de autos, de interpretarse judicialmente que la situación está incluida en la disposición legal por tratarse de un miembro de la familia, la Comisión de Derecho Notarial entiende que el documento se vería afectado de nulidad relativa.

De acuerdo al artículo 16 de la Ley Orgánica Notarial, el escribano debe respetar y cumplir la Constitución y las leyes. Sin embargo, desde el punto de vista deontológico, el escribano debe acatamiento a todas las normas que rigen la profesión, sean legales o reglamentarias, y es de fundamental importancia para su propio prestigio ético y el de la profesión que se abstenga de actuar en los casos en que pueda ser objeto de dudas acerca de su transparencia, independencia y desinterés, por estar en juego el principio rector de la profesión, que es la imparcialidad.

Esc. Susana Chao Peña
Redactora

El 13 de junio de 2014 la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales integrada por los escribanos Gabriela Bouvier, Gabriela Silva Pedragosa, Eduardo Sochaczewski y Susana Chao, aprueba el informe que antecede.

Esc. Susana Chao Peña
Coordinadora alterna

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU
el 5 de agosto de 2014, expediente 503/2014.*