

Álvarez Díaz, Luis Eduardo
EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS INSTRUCCIONES
NOTARIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO POR SU
INCUMPLIMIENTO
Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 25, diciembre, 2015, pp. 77-114
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370843381003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS INSTRUCCIONES NOTARIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO POR SU INCUMPLIMIENTO

EXTENSION OF RESPONSIBILITIES DERIVED FROM NOTARY INSTRUCTIONS AND LIABILITY OF NOTARY CIVIL BREACH

*Luis Eduardo Álvarez Díaz**

RESUMEN

El presente artículo pretende demostrar que las instrucciones notariales obligan no solo al notario con quien se celebraron sino, también, a quien lo reemplace, y que el fundamento de ello es el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*. Asimismo, se intenta demostrar que, como consecuencia de esa extensión de obligaciones, ante un incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las instrucciones, se genera responsabilidad civil para el notario incumplidor, cualquiera sea su clase, la que se regirá en principio por el estatuto contractual. No obstante, atendidas las especiales características de la función notarial, se origina una concurrencia (cúmulo) de responsabilidades.

Palabras claves: Instrucciones notariales, incumplimiento, responsabilidad civil.

ABSTRACT

The present article pretends to demonstrate that the notarial instruction not only apply to the Notary where held, but also to his substitute, based

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Concepción. Actual alumno del programa de doctorado de la Universidad de Los Andes. Notario público de la 4^a notaría de Chillán. Dirección postal: El Roble N° 515, Chillán, Chile. Correo electrónico: notario@notariaalvarez.cl. Artículo recibido el 6 de abril de 2015 y aceptado para su publicación el 11 de septiembre de 2015.

on article 402 of the *Organic Code of Courts*. Therefore, as a result of the extension of responsibilities to non-compliance or default compliance of instructions, liability for defaulting notary is generated, regardless class ruled by contractual status. However, once special characteristics of the notarial function be attended, a concurrence (cluster) od responsibilities arise.

Key Words : Notary Instructions , Default , Notary Liability

I. INTRODUCCIÓN

En todo oficio notarial es muy común, y cada vez lo es más, el otorgamiento de ciertos actos jurídicos que se conocen con el nombre de instrucciones notariales. En estos actos intervienen, por una parte, el o los requirentes de dichas instrucciones y, por la otra, quien desempeña el cargo de notario en un momento determinado.

Mediante dichas instrucciones, por lo general, la parte instructora acuerda con el notario que ciertos documentos representativos de dinero queden en su custodia y se los entregue a determinada persona en cierto tiempo o cumplido los hechos previstos por las propias partes.

Así las cosas, ellas revisten un carácter esencialmente convencional en las que pareciera que el notario no actúa como funcionario que ejerce la fe pública, sino como un profesional del Derecho.

Pues bien, considerando el carácter convencional de esas instrucciones y, más específicamente su carácter contractual, ellas solo obligarían a la persona individual del notario que intervino en su celebración. No obstante, suele suceder en la práctica, y con bastante frecuencia, que el profesional de un determinado oficio es sustituido o reemplazado por otro, situación que puede presentarse cuando este, por ejemplo, cesa en su cargo o se encuentra impedido de ejercerlo temporalmente. En la primera situación se nombrará por la autoridad competente un notario interino, para, posteriormente, ser designado un nuevo titular. En la segunda, se nombrará uno nuevo, que tendrá la calidad de suplente.

Ante tales eventos surgen ciertas interrogantes. Por ejemplo, ¿quedan esos notarios sustitutos o reemplazantes obligados por esas instrucciones en las que no tuvieron ninguna intervención? En caso afirmativo, ¿cuál es el fundamento para sostener que esos sustitutos quedan obligados?

Responder esas interrogantes es de importancia. Su solución permitirá establecer la procedencia de una eventual responsabilidad civil del reemplazante por instrucciones que no fueron pactadas ante él, sino ante otro notario anterior.

Pretendemos demostrar que la obligación de cumplir las instrucciones se extiende a otros notarios que reemplazan a aquel con quien se celebraron, y que su fundamento es el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*. Que, consecuencialmente, el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de esas instrucciones genera responsabilidad civil para el incumplidor, cualquiera sea su clase, la que en principio será contractual, por el hecho propio o por el hecho ajeno, verificándose una concurrencia de responsabilidades, debido a las especiales características de la función notarial.

II. CUESTIONES PRELIMINARES ACERCA DEL NOTARIADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Dentro de estos asuntos preliminares y con el objetivo de comprender la extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones a otros notarios, aunque en el mismo oficio y la eventual responsabilidad civil por su incumplimiento, es necesario efectuar una breve referencia a ciertos aspectos de la función notarial.

1. Carácter complejo de la función notarial

79

En el notario concurren en forma simultánea dos características: es un profesional del Derecho y cumple una función pública autenticadora. De ello se deduce que ejerce una función de naturaleza compleja, lo que se debe a la presencia y actuación de componentes públicos y privados.

Lo anterior no solo ocurre en Chile sino en todos los países adherentes al sistema del notariado latino¹.

Sin embargo, debemos observar, como dice Antonio Rodríguez Adrados, que no se trata de una mera yuxtaposición o de una mezcla de elementos heterogéneos. No hay dos funciones, una pública y otra privada, unidas con mayor o menor consistencia, sino que hay una interacción de unos elementos en los otros. Los componentes privados penetran en los públicos y de la misma manera también los públicos penetran en los privados. Unos y otros se funden, dando lugar a una función nueva, distinta de sus componentes originarios, que es la función notarial integral².

¹ Acerca de las características del notario latino, véase DE LA CÁMARA (1972), p. 65 y ss. También DELGADO (1993), p. 227 y ss. Sobre una comparación de la función del notario latino y el anglosajón, véase Ross (2013), p. 29 y ss.

² RODRÍGUEZ (1998), p. 58. Puede verse en el mismo sentido RODRÍGUEZ (1980) p. 407 y RODRÍGUEZ (1997a), p. 161 y ss. en las que manifiesta que la inescindibilidad entre las funciones públicas y las actuaciones privadas del notario, es lo que verdaderamente caracteriza a la función notarial. Sostiene que la fe pública, sin dejar de ser una y la mis-

Desde esta perspectiva, debemos entender la esencia de esta función a través de una valoración unitaria de sus dos fundamentales componentes privados y públicos. El ministerio del notario es uno solo, y no es posible entender su función como dividida en dos funciones distintas, una pública y otra privada. Todas las actividades que realiza constituyen la función notarial.

2. *El notario no es funcionario público*

El notario, no obstante que ejerce una función pública, no es un funcionario público. Es solamente un profesional abogado nombrado por el Estado, en quien, además, como se ha dicho, ha delegado la función de ejercer la fe pública.

En el mismo sentido ha dicho Gian Franco Rosso: “el notario es un privado a quien el Estado le delega el ejercicio de la función de dar fe pública, con carácter personalísimo”³.

En nuestra legislación la concepción del funcionario público no está definida. Nada dice al respecto el DFL N° 29, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo⁴. Tampoco lo hace la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ley N° 18.575⁵.

En la doctrina nacional Germán Boloña Kelly, dice que los funcionarios públicos son un conjunto de personas que están a disposición de los poderes estatales y que aseguran la marcha de los servicios públicos y están incorporados a los cuadros jerárquicos permanentes de la administración⁶.

ma, tiene que modalizarse según la naturaleza de aquellas realidades a que se aplica. Las funciones públicas vienen, por tanto, modalizadas por sus actividades privadas de jurista, potenciándolas. Y lo mismo sucede al contrario; su actuación privada también resulta afectada por su función pública. Por ese íntimo entrecruzamiento no se pueden escindir dentro de la función notarial lo que teóricamente cabría considerar como funciones públicas o como actuaciones profesionales privadas; un notario de pura función pública dejaría desatendidos los intereses privados; y unos notarios privados, meramente profesionales, quedarían absorbidos por la abogacía, serían abogados. En el mismo sentido GATTARI (1998), p. 252. ROJAS (2003), p. 158. En especial puede verse GÓMEZ-MARTINHO (1999), p. 29 y ss., quien realiza un estudio de la legislación notarial de varios países de la Unión Europea, entre ellos Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Grecia, Holanda y Italia, concluyendo que en todos esos países las funciones se consideran inseparables, pues se funden en una función única, que es la notarial, por lo que todas las actividades que pueda realizar el profesional constituyen dicha función.

³ Rosso (2013), p. 90.

⁴ DFL N° 29, de 2005.

⁵ Ley N° 18.575, de 1986.

⁶ BOLOÑA (2008), p. 255.

En la doctrina extranjera, Antonio ROYO-VILLANOVA expresa que son funcionarios públicos todos los que ejercen funciones públicas y perciben directamente sus haberes (sueldos, sobresueldos, retribuciones, gratificaciones, premios, indemnizaciones, pensiones, gastos de representación y emolumentos de toda clase) del Estado, municipio o de una corporación administrativa de Derecho Público⁷.

Sobre la base de lo anterior, el notario no encuadra en la concepción de funcionario o empleado público, pues son múltiples las características que lo diferencian de este último. Entre ellas, podemos señalar las relativas a su responsabilidad personal por daños causados en el ejercicio de sus funciones, las referentes a su retribución, al personal que labora en la notaría y a los gastos de mantenimiento del local donde ejerce la función notarial⁸.

3. El notario es un profesional del Derecho

El notario es ante todo un jurista, que además ejerce una función pública. No obstante, el ejercicio de esta función pública y la profesional del Derecho, constituye un solo todo, y como lo manifestamos son inescindibles. Ello no significa que no pueda destacar un aspecto sobre el otro.

⁷ ROYO-VILLANOVA (1965), p. 147.

⁸ En relación con la responsabilidad personal de los notarios, es interesante destacar que la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su art. 42: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio no obstante el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Distinta es la situación en el notariado, en que la responsabilidad civil puede ser exigida directamente al notario, quien responde con su propio patrimonio. YZQUIERDO (1998), p. 145, señala que en ningún caso existen motivos suficientes para imputar a la administración el resultado de sus actos, por mucho que su posición se caracterice por la concurrencia de elementos de Derecho Público y Privado. También RODRÍGUEZ (1997b), p. 119. En cuanto a la retribución, es fundamental para excluir a los notarios de la cualidad de funcionarios públicos, el hecho de que no percibe un sueldo a cargo del presupuesto del Estado, sino que percibe honorarios pagados por quienes solicitan sus servicios. En relación con el personal que labora en la notaría, el art. 1º, inciso final, del *Código del Trabajo*, dispone: “los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código”. Si la naturaleza del notario fuese la de un funcionario público, sus empleados tendrían la misma calidad, y sus remuneraciones corresponderían a la administración. SAGARDOY (1996), p. 142, en lo referido a los empleados del registrador, que tienen igual naturaleza que los empleados de notaría, dice que “el hecho que el registrador tenga empleados a su cargo determina sin duda, la aproximación del registrador a una figura de carácter privado y no funcional”. En mismo sentido véase CHICO Y ORTIZ (2000), tomo II, p. 1187 y LACRUZ (1979), p. 167 y ss. Por último, en relación con el local, muebles e insumos indispensables para el funcionamiento de la notaría, también son de cargo del notario. Todas estas características, son suficientes para excluirlo de la calificación de empleado público.

En nuestro Derecho destaca la vertiente profesional, pues es un presupuesto de la función pública.

Como profesional del Derecho, el notario es apto para redactar y autorizar documentos públicos o privados, realizar el control de legalidad del contenido del mismo documento, asesorar a las partes y, sobre todo, aconsejarlas con el objetivo de que las estipulaciones de los actos y contratos que se celebren se acomoden jurídicamente a las pretensiones de ellas, a fin de lograr los fines que esas partes persiguen con la celebración de tales actos.

Con lo dicho se demuestra la especial y singular naturaleza que tiene esta función, en la que queda demostrado como se entrelazan la profesión privada y la función pública, dos funciones que constituyen la función notarial. No es posible para el notario en algunos casos actuar solo como jurista y en otros solo como ministro de fe pública. Esta inescindibilidad de lo público y lo privado concurrentes en él, será la base para orientar nuestro trabajo.

III. EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS INSTRUCCIONES AL NOTARIO SUPLENTE, INTERINO Y NUEVO PROPIETARIO

82

Es común en toda notaría que el titular se ausente o inhabilite temporalmente para el ejercicio de sus funciones. Asimismo, aunque ya menos común, este puede dejar el cargo, evento en el cual este queda vacante y se debe proceder al nombramiento de un interino a la espera de un nuevo titular⁹.

⁹ El notario puede ser de diferentes clases. Según la calidad de su nombramiento, el notario es propietario, interino o suplente. De conformidad con el art. 244 inc. 1º del *Código Orgánico de Tribunales*, aplicable según el 458 inc. 1º del mismo cuerpo legal, es propietario el que es nombrado para ocupar perpetuamente o por el periodo legal una plaza vacante. Es interino, el que es nombrado para que sirva una plaza vacante mientras se procede a nombrar el propietario. Es suplente el que es nombrado para que desempeñe una plaza que no está vacante, pero que no puede ser servida por el propietario en razón de hallarse suspendido o impedido. Según su relación con el titular original de la notaría, puede distinguirse dos clases: el notario subrogante y el sucesor legal del titular anterior. Al subrogante hacen mención expresa los arts. 421 y 478 del *Código Orgánico de Tribunales*, en relación con el art. 402 del mismo cuerpo legal. Podemos decir que subrogante es aquel que es designado en reemplazo de un notario titular que se ha ausentado o inhabilitado para el ejercicio de sus funciones, mientras dure el impedimento o estuviere sin proveerse el cargo. El sucesor legal aparece mencionado en el art. 421 del *Código Orgánico de Tribunales*. El *Código* no lo define, pero utilizando el mismo criterio anterior, podemos decir que es el notario que sobreviene a un titular anterior como continuador en su oficio. En otras palabras es el nuevo titular designado para ocupar el cargo dejado vacante por el anterior titular.

Así, cada vez que en un oficio se produzca un cambio de la persona del notario, existirá una infinidad de trámites que quien se ausenta o deja el cargo, no ha podido concluir por diversas razones. Entonces corresponde determinar si el que reemplaza al titular, sea suplente, interino o el nuevo propietario, está obligado a concluir las gestiones pendientes con las que se encuentra al asumir sus funciones.

Desde luego, entre esos trámites pendientes están las instrucciones.

Sostenemos que los notarios reemplazantes, cualquiera sea su clase están obligados a cumplir con las instrucciones pendientes en la notaría en que se desempeñan, aun cuando no hayan tenido participación alguna en su celebración. Sin embargo, debemos determinar el fundamento de dicha posición.

Alguna doctrina ha dicho que la extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones tiene su fundamento en que ellas serían un contrato por cuenta de quien corresponda.

1. Extensión fundada en la categoría de contrato por cuenta de quien corresponda

En la búsqueda de un fundamento para sostener la extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones a otros notarios, Gian Franco Rosso recurre a la figura del contrato por cuenta de quien corresponda. Al efecto, sostiene:

“si la parte instruida del contrato de instrucciones notariales puede cambiar (y de hecho en la práctica cambia), significa que a su respecto estamos en presencia de un acto jurídico calificable de contrato por cuenta de quien corresponda”¹⁰.

Luego agrega:

“se contrata con un notario (titular, suplente o interino), pero el encargo asumido será ejecutado por quien legalmente ejerza en la oportunidad que corresponda el cargo de notario en el mismo oficio notarial, sea en la misma calidad que el contratante original, sea en una distinta”¹¹.

Al respecto, pensamos que las instrucciones no pueden ser entendidas como un contrato por cuenta de quien corresponda, lo que intentaremos demostrar en lo que sigue.

¹⁰ Rosso (2013), p. 92.

¹¹ *Ibid.*

La doctrina italiana, basada en las situaciones previstas en los arts. 1513, 1690 y 1891 del *Código Civil* de ese país, en relación con la venta de cosas muebles por defectos, al transporte de cosas en caso de controversia entre varios destinatarios y con el seguro en nombre de terceros, respectivamente, ha elaborado la teoría del denominado contrato por cuenta de quien corresponda.

Explica Francesco Messineo, que en las tres situaciones mencionadas no está establecido el sujeto de interés. Este sujeto de interés no es definido por las partes al momento de contratar, sino que lo será con posterioridad por efecto de eventos objetivos. Ello tendrá lugar tratándose de la hipótesis del art. 1513, mediante el juicio de resolución de la venta, por defectos de la cosa, y será el vendedor, si la resolución es otorgada, o el comprador en el caso opuesto. En la hipótesis del art. 1690, el sujeto de interés se concretará cuando se defina entre varios pretendientes, quién tiene derecho a la entrega. Por último, en la tercera hipótesis, la del art. 1891, el sujeto de interés será determinado en el momento en que, una vez que se haya verificado el siniestro, el titular de dicho interés se presente a pedir el resarcimiento al asegurador¹².

En nuestra doctrina quien se ha referido a estos contratos es el profesor Jorge López Santa María, quien nos dice:

84

“se trata de un contrato en el cual una de las partes inicialmente queda indeterminada o en blanco, en la seguridad que después será individualizada. Al momento de celebrarse el contrato uno de los participantes tan sólo tiene formal o aparentemente el carácter de parte, puesto que necesaria y forzosamente será reemplazado más tarde por el verdadero contratante, ‘por quien corresponda’, es decir, por la parte sustancial o real”¹³.

Sobre la base de lo dicho, podemos apreciar que las instrucciones notariales no son un contrato por cuenta de quien corresponda, La diferencia entre ambas figuras es notoria.

En las instrucciones, las partes contratantes quedan definidas al momento de su celebración. Ninguna queda indeterminada o en blanco. Mientras que en el contrato por cuenta de quien corresponda es elemento de su esencia que una de las partes no quede determinada al momento de su celebración.

¹² MESSINEO (1986), p. 281.

¹³ LÓPEZ (2010), p. 186. En general, en el mismo sentido puede consultarse en la doctrina extranjera a BIANCA (2007), p. 144. DE LA PUENTE Y LAVALLE (2007), tomo III, p. 307 y MUÑIZ (1999), p. 1985.

Lo anterior implica que en el contrato por cuenta de quien corresponda necesariamente uno de los contratantes es solo formal, pues será reemplazado más tarde por la parte real o sustancial. Pero aún más, el sujeto que no está determinado, es el sujeto de interés o beneficiario.

En las instrucciones el sujeto de interés o beneficiario es el acreedor de estas, a favor de quien hay que cumplir lo estipulado en ellas, quien queda siempre designado en el momento mismo de celebrarse la instrucción.

Con lo dicho se excluye cualquier idea de considerar a las instrucciones notariales como un contrato por cuenta de quien corresponda.

En consecuencia, una posición en este sentido, no nos conduce a la solución del problema planteado. Pensamos que la solución está en el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*.

2. Extensión fundada en mandato legal

Nuestra posición es que el fundamento para sostener la extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales a otros notarios distintos a aquel ante quien se celebraron, está en el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*, especialmente en su inciso final que dispone:

85

“Durante el tiempo que dure la ausencia o inhabilidad del notario, el reemplazante designado podrá autorizar las escrituras públicas y dar término a aquellas actuaciones iniciadas por el titular que hayan quedado pendientes, debiendo dejar constancia de tal circunstancia en el respectivo instrumento...”.

Dicha disposición señala dos clases de actos susceptibles de encontrarse pendientes ante un cambio de la persona del notario: las escrituras públicas y otras actuaciones.

a) Escrituras públicas

Se refiere la norma al caso en que se otorgó una escritura pública ante un notario determinado, pero no estando aún terminada, es decir, no autorizada por falta de firma de otro compareciente o por no estar acreditado el pago de algún impuesto, se produce un cambio de la persona del escribano. Esa escritura se encontrará pendiente de término en el oficio notarial respectivo.

En tal caso, si antes de estar autorizada esa escritura pública tiene lugar un cambio de la persona del notario, quien lo subrogue o suceda deberá proceder a su autorización en la oportunidad que corresponda.

b) Otras actuaciones

Esta segunda situación es distinta de la anterior, aunque está sujeta a las mismas reglas. La escritura pública está definida en el art. 403 del *Código Orgánico de Tribunales* y también se refiere a ella el art. 1699 del *Código Civil*, por lo que no existe duda alguna en relación con su concepto.

Sin embargo, en este caso la situación es distinta, por cuanto la ley no ha definido la expresión ‘actuaciones’, por lo que debemos determinar el verdadero sentido y alcance de ella. Conforme al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la palabra ‘actuación’ significa ejercer funciones propias de su cargo. Aplicada a nuestro caso concreto implica todas y cualquier función que sea inherente al oficio de notario. De ello, puede entenderse por actuaciones, en materia de Derecho Notarial, todos aquellos actos o trámites en que pueden lícitamente intervenir en su calidad de ministros de fe pública.

3. Las instrucciones notariales pueden considerarse una actuación notarial

86

Gian Franco Rosso señala que el art. 402 inc. final del *Código Orgánico de Tribunales*, no puede aplicarse directamente a las instrucciones notariales, dado que no serían una actuación notarial¹⁴.

Nuestra posición es la contraria. Pensamos que ellas constituyen una actuación notarial en los términos a que se refiere la disposición legal referida, pues es lícito al notario aceptar o cumplir esas instrucciones.

Hemos visto que el DS que fija el arancel de los notarios reconoce la existencia de esas actuaciones. Aún más, esta norma es de bastante importancia para demostrar nuestro planteamiento.

En efecto, el artículo primero del decreto señalado dispone: “Los notarios podrán cobrar como máximo en el ejercicio de los actos de su ministerio, los derechos que a continuación se expresan”. Luego, efectúa una enumeración de esos actos en los números 1) al 23). Observemos que la disposición referida los considera como del ejercicio del *ministerio del notario*. Pues bien, sucede que el N° 16 consagra en forma expresa a las instrucciones al decir “16) Instrucciones: por cada instrucción en el Libro respectivo, el arancel será convencional”.

En consecuencia el DS, que fija el arancel, le da el carácter de un acto del ministerio de los notarios a las instrucciones. Aun cuando no es una ley en sentido estricto, es una norma, de un rango inferior, pero norma jurídica al fin, que emana de la potestad normativa del Estado, y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁴ Rosso (2013), p. 92.

Ahora bien, el Libro de Instrucciones necesariamente está comprendido en los documentos a que se refieren los arts. 435 y 436 del *Código Orgánico de Tribunales*, a cuya custodia y conservación el notario queda obligado. Lo mismo sucede con el objeto en que recae la instrucción, por ejemplo, los vales vistas que pudieren haberse dejado en custodia con ellas¹⁵.

Por cierto, ante un eventual traslado del notario a otra localidad, dicho Libro de Instrucciones no se lo llevará, pues no le pertenece. Queda en el oficio al igual que los protocolos, demás libros y documentos. Todo ello pertenece a la notaría, y así quien lo reemplace podrá dar cumplimiento a las instrucciones pendientes.

Tampoco se puede sostener que no son actuaciones del notario porque este no actúa como tal, sino como un abogado privado. Hemos demostrado que la función notarial es una sola, no se puede diferenciar entre función pública y privada. La actividad está absorbida por el concepto de unidad en razón de su contenido complejo, y no puede separarse las tareas profesionales y las ministeriales.

Desde esta perspectiva, cuando se celebra un contrato de instrucciones entre el notario y los requirentes de ellas, el primero lo hace porque está investido de la función de ejercer la fe pública. Por su parte, los segundos también lo hacen porque están actuando con un notario y en una notaría, no piensan –y no tendrían por qué hacerlo– si el escribano está actuando como ministro de fe o como un simple profesional abogado.

Los requirentes de las instrucciones pudieron haber elegido celebrarlas con cualquier otra persona, pero han optado por un notario, y ello es porque están actuando con un profesional que ejerce la fe pública, y este último carácter está implícito en todas sus actuaciones.

De acuerdo con lo expuesto, en nuestra opinión, no vemos inconveniente en considerar las instrucciones notariales como una actuación que cabe en el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*. Ellas constituyen una actuación que los requirentes han pactado con el notario en su calidad de ministro de fe. Es insostenible una posición contraria que pretenda sostener que los requirentes las han pactado con un profesional abogado. Ellas lo han hecho con un notario, quien al recibir las instrucciones implícitamente da fe que ha recibido el vale vista o lo que sea objeto de la instrucción. Llegado el momento de su cumplimiento, verificará si se han cumplido las condiciones impuestas por los instruyentes, y al hacerlo, implícitamente también, dará fe de ello.

¹⁵ El Libro de Instrucciones, incluso, es revisado en las visitas bimestrales que realiza a todo oficio notarial, el ministro visitador de la respectiva Corte de Apelaciones de conformidad al art. 553 del *Código Orgánico de Tribunales*. Aún más, en el acta correspondiente a dicha visita, en uno de sus puntos queda establecido el número de instrucciones otorgadas en el bimestre objeto de la visita.

Ahora bien, tampoco puede pretenderse que las instrucciones no quepan en el art. 402 señalado, en atención a que serían actuaciones ya concluidas y no pendientes. A ello replicamos que si están pendientes de cumplimiento no están concluidas, son contratos de ejecución postergada o diferida¹⁶, y estarán concluidas cuando se cumpla la prestación por el notario deudor. De esta forma, si se dejó un vale vista bancario en su poder, con la instrucción de proceder a su entrega a cierta persona, ella estará concluida, cuando entregue ese documento previa verificación del cumplimiento de las condiciones impuestas.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que las obligaciones emanadas para el notario de las instrucciones notariales, son una actuación en los términos del art. 402 señalado, y se extienden a quien lo reemplace, en cualquier calidad que sea.

Ello no puede ser de otra manera, piénsese que el nuevo notario se niega a cumplir con la instrucción pendiente en el oficio, basado en que es ajeno a ella, y que ella no le empece. ¿En qué situación quedaría el beneficiario de esa instrucción? Al respecto, Gian Franco Rosso, indica:

88

“desde luego que una conclusión como ésta perjudicaría incluso a los instructores, pues se llegaría a constituir una traba para el cumplimiento del acto principal y el logro del fin perseguido por las partes”¹⁷.

La razón de nuestra conclusión obedece a la naturaleza especial de la función notarial, que debe ser ejercida en forma continua, incluso si la persona del notario ha cambiado. El titular no puede estar continua, ni eternamente en una notaría. Puede ausentarse por un tiempo limitado anualmente, previo permiso de la autoridad correspondiente. También se puede trasladar a otra localidad si lo estima conveniente, puede renunciar a su cargo o jubilar. Sin embargo, el legislador ha previsto todas estas posibles situaciones y ha impedido que en una notaría falte un notario. Ante cualquiera de los eventos señalados, de inmediato habrá alguien en su reemplazo. A ello tiende el mismo art. 402 ya señalado.

Desde esa perspectiva, es un hecho innegable que al dejar un notario el cargo que desempeña, existirá, en general, una gran variedad de actuaciones pendientes, las que no pueden quedar abandonadas, y entre ellas están las instrucciones notariales.

¹⁶ Véase sobre las obligaciones de ejecución postergadas, PEÑAILILLO (2003), p. 347. En sentido similar, SPOTA (2009), tomo I, p. 405 y ss.

¹⁷ Rosso (2013), p. 91.

Establecido que el notario que se encuentra a cargo del oficio al momento de cumplirse las condiciones o plazo de las instrucciones, está obligado a cumplir con ellas y su fundamento, procede analizar la responsabilidad civil por su incumplimiento o cumplimiento imperfecto, para lo cual previamente haremos algunas consideraciones generales sobre el estatuto de responsabilidad que corresponde al notario.

IV. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO

En la primera parte de este trabajo hemos dicho que el notario no tiene la calidad de funcionario público, motivo por el cual no es imputable a la administración la responsabilidad por los daños que ocasione en su función, de manera tal que ante un mal cumplimiento de su función, surge la responsabilidad personal¹⁸.

Nuestro *Código Orgánico de Tribunales* no contiene una regulación especial en este ámbito. Tampoco puede construirse un régimen basado en la normativa de dicho *Código*, que más bien regula la función, organización y prohibiciones de esos auxiliares de la administración de justicia, y su responsabilidad administrativa o disciplinaria.

Por ello, tiene razón Carlos Pizarro Wilson cuando dice:

“En nuestro país la responsabilidad civil de los notarios es un misterio. No hay doctrina disponible que se ocupe del asunto, ni tampoco se ha presentado en la práctica jurisprudencial una inquietud al respecto. Como es evidente, no existe ninguna legislación particular sobre la materia. No existen artículos de doctrina, ni monografías, tampoco se encuentran sentencias específicas sobre esa problemática, y la ausencia de un estatuto especial de responsabilidad es clara”¹⁹.

Dada la ausencia de una reglamentación específica que regule la responsabilidad civil de los notarios, ella deberá necesariamente regirse por las reglas generales establecidas por nuestro *Código Ci-*

¹⁸ En este sentido han dicho PARRA y REGLERO (2014), tomo II, p. 511, que los notarios ejercen una función pública, pero como profesionales del Derecho que son, lo que significa fundamentalmente que no puede deducirse la responsabilidad patrimonial de la administración por los errores cometidos en el desempeño de su función, puesto que incurre en una personal y propia.

¹⁹ PIZARRO (2011), p. 137.

vil. En forma similar piensa Rafael Verdera en el Derecho español, cuando afirma:

“la responsabilidad civil del notario debe articularse a partir de los criterios generales de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual”²⁰.

Por su parte, María Ángeles Parra y Fernando Reglero, apuntan que en ausencia de un régimen específico que regule de una manera general la responsabilidad civil de los notarios, deberá fundarse en las reglas generales²¹.

Así las cosas, en esta materia los notarios están sujetos al Derecho Común de nuestro *Código Civil*, por lo que han de responder contractual o extracontractualmente, según sea el caso de que se trata. En nuestro medio, el mismo profesor Carlos Pizarro afirma, en principio, que en relación con el régimen aplicable: “no hay más que dos alternativas: o se aplica la responsabilidad contractual o aquella aquiliana o extracontractual”²².

Sin embargo, ha de observarse que el *Código Orgánico de Tribunales* contiene dos disposiciones que requieren análisis, pues pueden inducir a pensar que consagran un régimen especial de responsabilidad civil, especialmente por el hecho ajeno. Son los arts. 402 inc. 3º y 478 inc. final, a que nos referimos en el punto siguiente.

*1) Los arts. 402 y 478 del Código Orgánico de Tribunales
no constituyen un régimen especial de responsabilidad*

El art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales* nos dice que si el notario se ausentare o inhabilitare para el ejercicio de su funciones, se designará por el juez de letras respectivo de turno o por el presidente de la Corte, al abogado que haya de reemplazarlo y siempre que no se trate de la aplicación de medidas disciplinarias, el notario podrá proponer al juez, el abogado que deba reemplazarlo *bajo su responsabilidad*.

Por su parte, el art. 478 inc. final dispone que en los permisos hasta por dos meses, el notario podrá proponer al juez el abogado que deba subrogarlo *bajo su responsabilidad*.

²⁰ VERDERA (2008), p. 73. En contra PIÑAR (2001), p. 51, quien, refiriéndose al Derecho español, manifiesta: “Nuestro derecho no establece un régimen directo de la responsabilidad civil del notario, por lo que hay que inducirla de su naturaleza y de las pocas normas que hay para figuras concretas”.

²¹ PARRA y REGLERO (2014), tomo II, p. 515.

²² PIZARRO (2011), p. 142.

Ambas normas disponen lo mismo, la única diferencia es que el art. 402 se refiere a los notarios, mientras que el 478 se refiere, además, a los conservadores y archiveros. Todos estos funcionarios, en este sentido, están sujetos a un mismo régimen.

El *Código* ha sido escueto en esta materia; nada más agrega, no señala si se trata de una responsabilidad funcional o civil. Tampoco se refiere a si se requiere culpa alguna, o si existe solidaridad entre el suplente y el titular. Solo se limitó a establecer que actuará “bajo su responsabilidad”, lo que es por completo insuficiente como para concluir que el legislador pretendió establecer un régimen especial de responsabilidad civil.

Si el legislador, tratándose del notario suplente, hubiese querido imponer un régimen especial objetivo, sin culpa, lo habría señalado en forma expresa dada la importancia de la materia, y no habría optado por recurrir a una frase tan imprecisa, como es la empleada por dichas disposiciones. De ello deducimos que el legislador del *Código Orgánico de Tribunales*, solamente pretendió reafirmar la responsabilidad del titular por los actos de su suplente propuesto, pero debiendo regirse esta materia por las reglas generales establecidas en el *Código Civil*, que no son otras que aquellas consagradas por el hecho ajeno, sea contractual o extracontractual, según veremos más adelante.

En Argentina existe un tratamiento similar en la situación de los notarios adscriptos, y en España para los sustitutos de los registradores de la propiedad. Sin embargo, la doctrina de esos países, estima que se trata de verdaderos supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno regidos por el *Código Civil*²³.

91

²³ En la legislación argentina, el art. 23 de la ley N° 12.990, modificada por la ley N° 404, reguladora de la función notarial, dispone: “Los escribanos adscriptos... actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular... pero bajo su total dependencia y responsabilidad”. CAZEAUX y TRIGO REPRESAS (2010), tomo v, p. 665, sostienen que el notario adscripto se encuentra bajo la dependencia y responsabilidad del titular, por lo que sería aplicable lo previsto en el art. 1113 del *Código Civil* de Argentina. Agregan que lo por demás, dicha responsabilidad indirecta del titular resulta lógica, si se tiene en cuenta que es quién, además, propuso la designación de su adscripto, actuando este último en la misma oficina de aquel. En España, la situación de los registradores de la propiedad sustitutos, es parecida a la de nuestros notarios suplentes, se encuentra regulada por la Ley Hipotecaria, art. 292 que dispone: “El sustituto desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del Registrador...”. Por su parte, el art. 299 expresa: “El Registrador será responsable con su fianza y con sus bienes de las indemnizaciones y multas a que pueda dar lugar la actuación de su sustituto en el Registro mientras esté a su cargo”. LLAMAS (2013), pp. 1318 y 1319, comentando estas disposiciones, indica que ellas consagran un claro supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno, pues los daños deben ser indemnizados por el registrador titular. Agrega este autor que dicha obligación del titular no exime al sustituto, quien responderá frente al titular por vía de regreso. Por último, sostiene que lo anterior es el funcionamiento normal de todo supuesto de responsabilidad

Aclarado lo anterior, procede entrar a analizar la naturaleza de la responsabilidad civil del notario.

2) *Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil del notario*

En la actuación del notario es posible que se occasionen perjuicios a aquellos que han requerido sus servicios, pero también a quienes no tienen ningún vínculo con dicho funcionario²⁴. Así, dependiendo a quien se occasionen los perjuicios, puede generarse un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, según resulte de la violación de una obligación emanada de una relación jurídica pre establecida por contrato o de un hecho ilícito²⁵.

Creemos que ese solo hecho basta para determinar el régimen resarcitorio aplicable. No parece procedente intento alguno por trazar una

por el hecho ajeno, sea contractual o extracontractual. En el mismo sentido ESTRUCH (2014), pp. 128 y 129, afirma que dado que es el propio registrador el que elige al sustituto entre las personas de su confianza, es evidente que deberá responder de los daños y perjuicios que pueda producir la actuación culposa o negligente de este y ello con independencia de que luego, si el registrador hubiera tenido que pagar los daños y perjuicios producidos, pueda repetir contra el sustituto conforme las reglas generales del *Código Civil*. Agrega que parece razonable que de dichos daños y perjuicios deba responder el registrador, pues lo continúa siendo, con independencia de que eventualmente y en caso de ausencia o enfermedad pueda ser sustituido y, por tanto, como titular del registro también parece razonable que sea responsable de los daños por una actuación culposa de la persona, que aun cuando fuera de modo eventual, hubiera sido puesta a cargo del registro de que es único responsable el registrador. No obstante, la situación del notario sustituto es distinta, pues conforme al art. 49 y ss. del Reglamento notarial existe un cuadro de sustituciones, entre los profesionales de un mismo distrito.

²⁴ PARRA (2007), pp. 835 y 826 señala que esto sucede por cuanto la función del notario no solo se dirige a lograr los intereses de los otorgantes o, al menos, no en forma exclusiva, pues muchas veces su intervención es una garantía de la legitimidad de cierto procedimiento, y justifica, bien la confianza del público, bien los efectos que tiene reconocido en el ordenamiento jurídico el documento notarial. Por ello agrega que los supuestos que puedan dar lugar a responsabilidad frente a los terceros no pueden ser los mismos que los que den lugar frente a la persona que otorgó el instrumento. Su alcance vendrá fijado en cada caso por el ámbito de protección del deber incumplido por el notario. Por su parte, SÁNCHEZ (2000), p. 261 expresa que la responsabilidad civil del notario persigue la reparación del daño producido al perjudicado, la que puede ser contractual o extracontractual, es decir, basarse en una relación jurídica previamente establecida con su cliente, o provenir de un acto realizado por el notario que ha ocasionado un daño a un tercero.

²⁵ En este sentido apunta VERDERA (2008), p. 115, que en el curso de su actuación, el notario puede generar perjuicios no solo a las personas que han requerido su intervención sino, también, a quienes carecen de cualquier tipo de vinculación previa con el mismo. Agrega que esta dualidad propicia, como es fácil de imaginar, que a la hora de calificar su responsabilidad civil se deba plantear si ha de reputarse como un supuesto contractual o como un supuesto extracontractual.

línea divisoria entre las funciones fedatarias y profesionales del notario para la aplicación de uno u otro régimen resarcitorio. Así, estimamos que no puede sostenerse que cuando actúa como fedatario se genera una responsabilidad extracontractual y cuando lo hace como profesional una contractual²⁶.

Lo anterior por lo ya dicho, al referirnos al carácter complejo de la función notarial: no hay dos funciones, una pública y otra privada, sino una interacción de ambas que da lugar a una función única.

Por ello, sostenemos que el único antecedente válido para determinar el estatuto indemnizatorio es la naturaleza de la obligación infringida.

a) Responsabilidad civil contractual del notario

Pensamos que frente a su cliente esta es siempre contractual, puesto que en tal caso existe una previa relación de esa índole entre ambos. De esta forma, ante un incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las obligaciones emanadas de dicha relación, el régimen indemnizatorio que deberá aplicarse es el de la responsabilidad contractual, establecido en el título XII del libro IV del *Código Civil*.

Jaime Santos Briz ha dicho que cuando el notario se halla frente al particular en una relación contractual que puede calificarse de arrendamiento de servicios, la responsabilidad frente al cliente es de naturaleza contractual. Agrega que esto es así, aunque falte del lado del notario la autonomía que presupone la libertad de contratar cuando quiera, ya que está obligado *ex lege* a ello²⁷.

Por su parte, Pedro Cazeaux y Félix Trigo Represas, sostienen que está fuera de toda discusión que entre el notario y su cliente se celebra un contrato, que, en principio, es de locación de obra, y más concretamente de locación de obra intelectual, por lo que concuerdan que la responsabilidad del escribano frente a su cliente es siempre contractual, ya que si

²⁶ LÓPEZ y TRIGO REPRESAS (2005), p. 288, expresan de la misma forma que no parece compatible con la unidad de actuación a cargo del notario, el intento de trazar una línea demarcatoria entre sus misiones como fedatario y como simple contratante, puesto que establecer una separación para aplicar el régimen de la responsabilidad contractual en algunos casos y aquiliana en otros, significa admitir que el notario está ejerciendo dos profesiones, lo que inadmisible, pues la separación es sólo artificial. El requirente contratante no distingue entre unos y otros deberes y no olvida que solicitó los servicios de un profesional universitario.

²⁷ SANTOS (1993), tomo II, p. 880. En el mismo sentido véase PARRA (2007), p. 832, quien expresa que frente a los otorgantes, la responsabilidad del notario es siempre contractual, bien por concebir que nace de un contrato (mandato, arrendamiento de servicios), bien por juzgar que existe entre las partes una relación jurídica que nace del deber de prestar sus servicios.

existe una relación de esa índole entre ambos, de su violación solo puede derivarse una responsabilidad por incumplimiento de contrato²⁸.

Siguiendo este planteamiento, para el sistema chileno concluimos que entre el notario y su cliente hay un vínculo que ellos mismos establecen, aun más, un vínculo contractual, al cual deben atenerse para el cumplimiento de las obligaciones que de esa relación emanen.

No obstante, no podemos ignorar que la relación contractual con su cliente tiene algunas características especiales como, por ejemplo, que los honorarios del notario son fijados mediante un arancel que determina el Estado. Además, este no puede negarse a la prestación del servicio, sin una justificación legal. Empero, ello no le quita el carácter contractual a la relación con su cliente²⁹.

En la misma forma piensa Carlos Pizarro, al afirmar que, si bien el notario no puede rechazar la prestación del servicio, eso tampoco nubla la naturaleza contractual de la relación con el cliente. Agrega que a lo más, estaríamos en presencia de un contrato de naturaleza forzosa en cuanto al sujeto con quien corresponde contratar³⁰.

Creemos que tampoco opaca la naturaleza contractual, el hecho de que el notario en la escritura relativa al contrato que se le encomendó haya infringido una obligación inherente a su función como fedatario y, por ende, de carácter legal, como si no acredita la identidad de uno de los comparecientes, faltando al deber de ejercer el control de legalidad del acto. La relación con su cliente siempre será contractual y generará una responsabilidad de ese carácter.

b) Responsabilidad civil extracontractual del notario

Por otro lado, cuando entre el notario y el cliente no existe ningún tipo de relación contractual, la responsabilidad no puede ser sino de carácter extracontractual, caso en el cual el régimen resarcitorio será el establecido en el título XXXV del libro IV del *Código Civil*.

²⁸ CAZEAX Y TRIGO REPRESAS (2010), tomo v, p. 650. En igual sentido LÓPEZ Y TRIGO REPRESAS (2005), p. 288.

²⁹ En este sentido SÁNCHEZ (2000), p. 272, expresa que la relación del notario con aquel que requiere su actuación es calificable de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquel, al dar fe de los que se recoge en las escrituras o actas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomienda.

³⁰ PIZARRO (2011), p. 145. Aun más, concluye que, aunque existen hipótesis no conflictivas en que corresponde aplicar el estatuto extracontractual, al ser clara la relación contractual para la prestación de un servicio requerido, el incumplimiento en sus funciones debiera desencadenar la aplicación del régimen contractual.

Tal será el caso, por ejemplo, de un protesto de un documento mercantil que un determinado banco solicita al notario, y este al informar esa gestión al *Boletín de Informaciones Comerciales*, incurre en un error al indicar el rol único tributario del deudor y como consecuencia de ello causa un daño a un tercero, quien sería el titular del rol único tributario informado.

Jaime Santos Briz dice que si se trata de un tercero que recibió un daño a consecuencia de la actuación notarial, la responsabilidad será de carácter extracontractual y se regirá por las normas legales que conforman dicho estatuto³¹.

En este último caso es la conducta negligente del notario lo que origina su responsabilidad.

Por su parte, Marcelo López y Félix Trigo Represas, sostienen que en esta situación la víctima del daño es un tercero extraño, es decir, alguien que no era cliente del escribano y que no había requerido sus servicios. Al no mediar entre ambos ningún vínculo contractual, la responsabilidad no puede ser sino extracontractual³².

En las actuaciones del notario parece indiscutible que no solo el cliente puede verse afectado por su negligencia. Los terceros que no entran en la relación también pueden ser menoscabados en sus derechos, respecto de los cuales cabe descartar la hipótesis de la responsabilidad contractual.

3) Responsabilidad del notario por el hecho propio y por el hecho ajeno

En materia civil, es responsable de un daño el deudor incumplidor de una obligación contractual, y también el autor de un hecho ilícito que ha causado un daño a otro. Es la responsabilidad occasionada por el hecho propio (responsabilidad directa). Pero junto a ella existe la responsabilidad por el incumplimiento de un con-

³¹ SANTOS (1993), p. 880. En el mismo sentido, véase PARRA (2007), p. 832, quien manifiesta que frente a terceros diferentes de los otorgantes, la responsabilidad del notario es extracontractual.

³² LÓPEZ y TRIGO REPRESAS (1995), p. 290. En el mismo sentido CAZEAUX y TRIGO REPRESAS (2010), tomo v, p. 653. En esta misma idea véase SAVRANSKY (1962), pp. 117-118, quien expresa: “cuando el particular recurre al escribano para solicitarle los servicios profesionales y este acepta, surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. A la prestación de los servicios profesionales, habrá de corresponder una contraprestación que se traducirá en el pago de los honorarios. Ellos nos hace apreciar que existe una suerte de relación entre el notario y su cliente, cristalizada en un vínculo contractual”. Este mismo autor agrega en la p. 122, que para el caso de incumplimiento de lo pactado, surge para el notario una responsabilidad contractual, por lo que resultan inaplicables las normas aquilianas.

trato debido a un hecho de un tercero ajeno al deudor, y también aquella por daños causados por hechos ilícitos de un tercero que tiene cierta relación con el civilmente responsable (responsabilidad indirecta).

Aplicando este criterio a la responsabilidad civil del notario, este también responde por el hecho propio y por el hecho ajeno. Será del primer tipo cuando por un hecho personal suyo incurre en el incumplimiento de una obligación de origen contractual o en un hecho ilícito que causa un daño a otro. Por el contrario, será del segundo caso, cuando por un hecho de las personas por quienes fuere responsable –el suplente propuesto o funcionarios de la notaría– ha incumplido una obligación contractual o cuando sea responsable por hechos ilícitos cometidos por esas mismas personas.

a) Responsabilidad del notario
por el hecho propio

Lo habitual en el notario, es que la responsabilidad civil sea por su hecho personal. Sin embargo, hay que distinguir la calidad de este. Así, tratándose del titular, el suplente no propuesto, el interino y, desde luego, el sucesor o nuevo notario que ha sido designado para reemplazar a otro anterior, todos son responsables de sus propios hechos.

Cuando el notario responde por el hecho propio o personal, el factor de atribución de la responsabilidad es de carácter subjetivo, y la imputabilidad será por su propia culpa o dolo³³.

b) Responsabilidad del notario por el hecho
de su suplente

Distinta es la situación cuando quien incumple una relación contractual o simplemente comete un hecho ilícito que causa un daño a un tercero, es el notario suplente propuesto por el titular. En estas eventualidades, el suplente, por disposición de la ley, actúa bajo la responsabilidad del notario que lo propuso. Así lo dispone el art. 402 inc, 3º y 478 inc. final del *Código Orgánico de Tribunales*.

³³ LÓPEZ y TRIGO REPRESAS (1995), p. 310, explican que lo corriente habrá de ser que el notario haya obrado solo con culpa, sea esta lata o leve, y dicha culpa se tipifica en esta hipótesis de responsabilidad profesional como “impericia”, es decir, el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes; ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma, y obrar con la previsión y diligencia necesarias con ajustes a aquellos. En sentido similar MAZEAUD y TUNC (1962), tomo I, vol. I, p. 291.

Pero, como hemos visto, esas normas no constituyen un sistema especial de responsabilidad, por lo que han de aplicarse las normas que el *Código Civil* establece, sea en el ámbito contractual como en el extra-contractual.

b.1) Responsabilidad contractual del notario por hechos de su suplente

En el ámbito contractual, aunque nuestro *Código Civil* no contempla de modo expreso la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares, hay consenso en la doctrina al aceptar que la norma del art. 1679 del *Código Civil* permite establecer una regla de carácter general³⁴.

Así, Enrique Barros señala respecto de dicha norma:

“a pesar de su ubicación en el título sobre la pérdida de la especie o cuerpo cierto debida, la generalidad de los términos de esta disposición permite concluir que el deudor responde por el hecho de sus representantes y de quienes haya encargado la ejecución de lo debido”³⁵.

De igual forma piensan otros autores nacionales³⁶.

97

La doctrina colombiana tampoco ha dudado en reconocer un carácter general a la norma del art. 1748 del *Código Civil* de ese país, que es idéntico a nuestro art. 1679. En España no existe una norma como nuestro art. 1679 del *Código Civil*, pero la doctrina concluye, como principio general, que

³⁴ Diversa es la situación en los Derechos modernos, en que la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de las obligaciones causado por sus auxiliares se halla reconocido expresamente en los códigos civiles. Así sucede con el *Código Civil* de Italia de 1942, que en su art. 1228 señala: “Responsabilidad por el hecho de los auxiliares. Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos”. El *BGB*, en el parágrafo 278 dice: “El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia, de la culpa de un representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación”. En términos similares, el art. 1313 del *Código Civil* de Austria, el art. 334 del *Código Civil* de Grecia y el *Código Civil de las Obligaciones* de Suiza, en su art. 101.

³⁵ BARROS (2006), p. 985.

³⁶ FUENZALIDA (2009), tomo I, p. 578 expresa que basado en el art. 1679 del *Código Civil* procedería enunciar una regla general de la responsabilidad del deudor por los auxiliares. RODRÍGUEZ (1999), p. 29, afirma que la regla del art. 1679 establece una norma general en materia contractual. La misma doctrina puede verse en: CLARO (2013), tomo XI, vol. V, N° 1082, p. 475 y ABELIUK (2014), tomo II, p. 982.

el deudor es responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares³⁷.

Desde esa perspectiva, y por aplicación del art. 1679 del *Código Civil*, los notarios responden por los actos de su suplente, que ocasionen un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, como si se tratara de un acto suyo.

³⁷ Así, en Colombia, PÉREZ (1954), tomo II, p. 37, reconoce el carácter general de la norma del art. 1748 del *Código Civil* de ese país, que es idéntico a nuestro art. 1679, y al respecto indica que dicha disposición sobraría si solo fuese un resumen anticipado de las normas especiales que establecen una responsabilidad del deudor por hecho o culpa de sus dependientes o personas que le sirven. Agrega que si Andrés Bello introdujo última hora esta disposición que no estaba en el proyecto original y fue incorporado en el proyecto inédito de 1853, no lo hizo únicamente para referirse a casos concretos ya contemplados, sino para establecer un principio más comprensivo, de un alcance general. En sentido similar TAMAYO (2008), tomo I, p. 958. Sobre la situación en España puede verse a TORRALBA (1971), p. 1155, quien señala que puede llegarse a la conclusión de que el deudor es responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Agrega que el deudor debe realizar la prestación a favor del acreedor en todo caso, salvo los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Que es evidente que si la prestación no se ha realizado a causa de los auxiliares, y no constituyendo la intervención de estos un caso fortuito, el deudor continuará obligado a realizar la prestación a favor del acreedor; MONTES (1989), p. 13, por su parte, sostiene que es del todo natural que el deudor asuma plenamente la responsabilidad del incumplimiento derivado del acto del auxiliar de aquél, y, en definitiva, es el deudor el que aparece como causa original del daño, en tanto es él quien pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo; YZQUIERDO (2001), p. 275 expresamente afirma: “el deudor de igual manera que responde por el hecho propio, responde por el hecho del auxiliar. La intervención del auxiliar por sí sola, no constituye una circunstancia exoneratoria, no pudiendo alegar el deudor que el daño ha sido causado por un tercero a quien él mismo introdujo en la actividad debitoria”; PANTALEÓN (1991), p. 1058, por su parte afirma: “El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia en la elección, dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos”. JORDANO (1971), p. 70 expresa: “La idea fundamental que subyace en la responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, puede expresarse por tanto así: la utilización por el deudor de terceros auxiliares para cumplir su obligación, nunca significa menoscabo del contenido de la posición creditoria que el acreedor (y, correlativamente de la posición debitoria del deudor) tendría, de haber actuado personalmente en su cumplimiento”; LACRUZ (2003), p. 172, expresa que el deudor, en definitiva, responde aun sin culpa o dolo propios, siempre que este reproche pueda hacerse a los auxiliares; por último citamos a DIEZ-PICAZO (2008), vol. II, p. 730, quien sostiene que el deudor es responsable del incumplimiento debido a sus auxiliares, pues el primero debe realizar la prestación a favor del acreedor en todo caso, salvo los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Solo la prueba de un caso fortuito le liberaría y la intervención de un auxiliar de estos por el propio deudor no lo es.

b.2) Responsabilidad extracontractual del notario por hechos de su suplente

En el ámbito extracontractual, en el Derecho Común la responsabilidad del deudor por el hecho de sus dependientes está regulada en los arts. 2320 y 2322 del *Código Civil*.

Sobre la base de dichas disposiciones, nuestra doctrina sostiene que su fundamento es la culpa *in eligendo o in vigilando* del empresario, la que se presume *iuris tantum*, pues puede siempre exonerarse de responsabilidad probando diligencia³⁸.

Nuestro *Código Civil*, a diferencia de su símil francés, no establece un régimen de responsabilidad vicaria³⁹, sino que consagra un régimen subjetivo como en el hecho propio, con la diferencia que la culpa del principal

³⁸ ALESSANDRI (1983), tomo II, p. 361, expresa que el fundamento de esta responsabilidad es la culpa del empresario, la falta de vigilancia en que se presume ha ocurrido, la que cesa si el empresario prueba que no hubo culpa de su parte en el delito o cuasidelito ejecutado por el dependiente mientras le prestaba sus servicios, esto es, si prueba que no pudo impedir el hecho, pese a haber ejercido la debida vigilancia valiéndose de su autoridad y empleando el cuidado de un hombre prudente de conformidad al inc. final del 2320. En el mismo sentido, BARROS (2006), pp. 189-190, expresa que la víctima deberá acreditar la existencia del hecho culpable, del daño y de la relación causal, y la culpa del empresario se presume, quien para desvirtuar esa presunción deberá probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho, según lo dispone el art. 2320 inc. 5º y 2322 inc. 2º. La descarga de la presunción supone hacerse cargo de todos los aspectos de la diligencia. ABELIUK (2014), tomo I., p. 307, expresa que en términos generales la responsabilidad por el hecho ajeno se funda en la culpa que la ley presume en la persona que tiene a otra a su cuidado y abandona su vigilancia. Agrega que no se trata de responsabilidad objetiva, sin culpa; esta existe y por ella se responde y la negligencia es haber faltado al deber de cuidado. CORRAL (2013), p. 228, dice que la atribución se fundamenta en el deber de vigilancia o en el deber de correcta selección que tienen ciertas personas respecto de otras. Por tanto, no se responde solo por la culpa ajena, sino, también, por la propia, que consiste en la falta de esos deberes y que permiten el desplazamiento de la culpa desde el agente directo al tercero responsable. La vulneración de este deber se presume. ZELAYA (1995), p. 112, expresa que el fundamento de esta responsabilidad es la culpa *in eligendo o in vigilando* del mismo. Que en armonía con este fundamento, el empresario demandado puede siempre exonerarse probando su plena diligencia. No obstante, se reconoce en la actualidad una paulatina objetivación en esta responsabilidad del empresario, la que se manifiesta restringiendo la prueba liberatoria; la extensión con que se ha interpretado el vínculo de subordinación y la interpretación restrictiva de la pretensión del principal de que el dependiente obró fuera del ámbito de sus funciones.

³⁹ Este modelo de responsabilidad vicaria impone al principal una responsabilidad objetiva desde la perspectiva del acreedor, por los daños que causan negligentemente sus auxiliares. Se trata de un régimen puro de responsabilidad por “hecho de otro”, en la medida en que el principal responde simplemente por la actuación culposa del auxiliar, sin necesidad de que su propia conducta haya sido negligente. A pesar de que en su origen este modelo se asocia a los ordenamientos del *Common Law*, en la actualidad constituye el régimen dominante en los principales sistemas jurídicos. SOLÉ (2012), pp. 21-22. En el mismo sentido BARROS (2006), p. 183.

no necesita ser probada por quien pretende obtener una indemnización. Es el principal quien debe probar su diligencia si pretende liberarse. Así las cosas, solamente se produce una inversión de la carga de la prueba, presumiéndose la culpa del empresario.

Igual cosa, ocurre en el *Código Civil* español, en el art. 1903. Miquel Martín y Josep Solé, sostienen que se responde por no haber adoptado las medidas necesarias dirigidas a evitar que los dependientes causen daño. Se trata de un régimen de culpa presunta (presunción *iuris tantum*)⁴⁰.

Las normas señaladas de los arts. 2320 y 2322, resultan plenamente aplicables a la situación del notario suplente.

Desde luego, para que pueda responsabilizarse al notario titular, es preciso que en el agente productor inmediato del daño (suplente) pueda detectarse una actuación a lo menos culposa, un comportamiento imprudente y reprochable. El precepto del art. 2320 complementa la norma del art. 2314, dando por supuesta esa acción u omisión culposa causante del daño.

c) Presupuestos de la responsabilidad del notario por los hechos de suplente

En consecuencia, para que el notario sea responsable por los actos de su suplente, sea contractual o extracontractualmente, debe tenerse presente las siguientes observaciones: el suplente debe haber sido propuesto por el titular, en caso contrario, sería un tercero ajeno al notario titular, pudiendo liberarse de responsabilidad, aduciendo un caso fortuito (hecho de un tercero). En realidad, este es el presupuesto esencial para que pueda desencadenarse este tipo de responsabilidad. Luego, se requiere que el suplente haya incurrido en culpa o dolo; y que el hecho sea realizado por él en el ejercicio de sus funciones.

4) Concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en las actuaciones del notario

Los notarios tienen la peculiaridad que ejercen la actividad profesional de asesorar y ofrecer los medios jurídicos más adecuados para quienes soliciten sus servicios, a fin de que lleven a cabo sus actos y contratos en forma lícita y válida, pero también, y esto es lo importante, al mismo tiempo cumplen la actuación de fe pública conforme a las leyes, en los actos y contratos en que intervienen en el cumplimiento de sus funciones.

El ejercicio de la fe notarial, en los actos en que interviene el notario por atribución legal directa, resulta trascendental, pues por ella quedan

⁴⁰ MARTÍN-CASALS y SOLÉ (2010), p. 2054. En igual forma PEÑA (2013), tomo IX, pp. 13003-13004.

fijados los sujetos intervenientes en el acto, sea que actúen personalmente o representados, su capacidad, la fecha del mismo y el contenido de sus estipulaciones. En otras palabras, el notario le da autenticidad al acto o contrato en que interviene, todo de conformidad a las leyes que regulan su función establecidas en el *Código Orgánico de Tribunales*.

Sin embargo, como lo hemos reiterado, estos dos aspectos de la labor del notario están unidos inescindiblemente. Existiendo un contrato, dado este entrecruzamiento de funciones, es posible que la responsabilidad civil de los notarios derive tanto por actuaciones que puedan encuadrarse en las relaciones netamente contractuales, como en infracciones negligentes de origen extracontractual. Pero ello no implica una separación de dichas actuaciones y, aunque la relación entre las partes y el notario no pierde su carácter contractual, pues sigue existiendo un contrato, sí puede hacer concurrir en el notario las dos clases de responsabilidades.

Un ejemplo nos puede aclarar la situación. Supongamos que determinadas personas requieren los servicios del notario para la confección de una escritura de compraventa de un bien raíz. Se genera entre él y sus clientes una relación de carácter contractual, que podrá ser de prestación de servicios o ejecución de obras. Pues bien, el notario, cumpliendo con esa relación, revisa los títulos de dominio y considera que se puede celebrar el contrato de compraventa, puesto que no aprecia nada anómalo y todo parece correcto legalmente. Mas, al confeccionar la compraventa, yerra en la parte relativa a la comparecencia y no acredita la identidad de uno de los otorgantes en la forma establecida en la ley. La escritura no se inscribe en el conservador de bienes raíces y es declarada nula (art. 412 N° 2 del *Código Orgánico de Tribunales*). El comprador podrá demandar la responsabilidad contractual del notario, sin considerar que la causa de nulidad del contrato de compraventa encomendado tiene relación con su función fedataria. En consecuencia, lo que determina la responsabilidad contractual es el contrato que liga a los clientes con el notario. No obstante, nada impide que pueda haber una concurrencia de responsabilidades, al haber infringido el notario negligentemente también una obligación de carácter legal.

En nuestro medio, Carlos Pizarro, ha dicho que en los notarios se verifica un típico caso de concurrencia de responsabilidad civil, terreno privilegiado de la actividad profesional. Agrega que uno podría inclinarse a favor de la opción del cliente o, por el contrario, ratificar el principio de la fuerza obligatoria del contrato⁴¹.

Enrique Barros sostiene que aun restan diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que pueden justificar la preferencia

⁴¹ PIZARRO (2011), p. 145.

del actor por hacer valer su pretensión con fundamento extracontractual⁴². Hernán Corral, también argumenta que ante estas situaciones es posible desplazar el estatuto contractual para aplicar el extracontractual, donde el derecho de opción del acreedor es el que produce una mayor protección de la víctima del daño o, más bien, impide el perjuicio que le infiere la tesis de la primacía contractual⁴³. Este es el planteamiento que nos parece más apropiado para favorecer a la víctima.

Aceptada esta posición, es posible abandonar la fórmula de la rigurosa órbita de lo pactado, otorgándose al perjudicado la opción de elegir la vía que más le convenga, dándose lugar a acciones que pueden ejecutarse alternativa o subsidiariamente, todo ello a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Ello no significa que estamos separando las funciones del notario en públicas y privadas, el contratante afectado perfectamente puede demandar la responsabilidad contractual si así lo considera conveniente para sus intereses, y nadie le podrá negar este derecho, pues, en definitiva, se ha infringido una obligación de ese carácter, ya que el contrato no logró el objetivo que los clientes pretendían.

Sin embargo, en ciertas situaciones habrá simplemente responsabilidad extracontractual por infracción de un deber funcionario establecido legalmente, en los que no se dará la concurrencia. Una de estas situaciones podría ser la de un testamento abierto en que el notario omite su lectura en alta voz como lo ordena el art. 1017 inc. 2º del *Código Civil*, circunstancia que por no encontrarse en las excepciones del art. 1026 inc. 2º, implica que el acto testamentario no tendrá valor alguno. Así, si ese testamento contemplaba un legado de una cuantiosa suma en favor de un asignatario a título singular, que, por supuesto, pierde la asignación, podrá hacer efectiva solamente la responsabilidad extracontractual del notario que infringió el deber funcionario señalado.

102

V. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO POR INCUMPLIMIENTO O MAL CUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES NOTARIALES

Parece razonable efectuar la distinción entre las diferentes clases de notarios, y en forma previa una referencia a la situación de las instrucciones confusas y contradictorias, como un eventual forma de incumplimiento de las mismas.

⁴² BARROS (2006), p. 1057. Agrega que la reparación de daños morales suele ser más amplia en materia extracontractual, porque no está sujeta en la misma forma que en sede contractual, al requisito de previsibilidad.

⁴³ CORRAL (2010), p. 648.

1) ¿Cuándo hay incumplimiento de las instrucciones?

Desde luego, hay incumplimiento de las instrucciones notariales cuando no se cumplan de acuerdo con lo pactado. Para ello, el notario debe ceñirse estrictamente a las cláusulas, condiciones y plazos que en ellas se contenga, todo como consta en el libro respectivo en el que se encuentran agregadas dichas actuaciones.

Pero podría darse también una forma de inejecución si el notario para proceder a su cumplimiento efectúa una interpretación de ellas para determinar si se han cumplido las condiciones previstas para ello, función que le está vedada por cuanto no es atribución de los escribanos interpretar los actos y contratos.

Interpretar los contratos es una función que solo compete a los Tribunales de Justicia. Como señala Eugenio Gaete, el notario debe abstenerse, en el cumplimiento de las instrucciones, de hacer calificaciones o interpretaciones de sus cláusulas, materia que corresponde a un tribunal y no a él⁴⁴.

Los interesados en estas situaciones deberán recurrir a la justicia para que se ordene la forma del cumplimiento.

Sobre esto, la Corte Suprema ha dicho:

“...con ello el [notario] demandado procedió a efectuar una interpretación en cuanto al sentido y alcance de las instrucciones que le fueron impartidas como ministro de fe, labor que no le asigna nuestra legislación. Con su conducta el demandado ocasionó un serio gravamen y perjuicio a la demandante desde el momento que, desatendiendo lo acordado y convenido y actuando con negligencia en su ministerio, procedió a entregar dicho documento a su giradora...”⁴⁵.

103

Siguiendo este planteamiento, concluimos que el notario debe cumplir las instrucciones que sean claras y precisas, no confusas ni contradictorias para evitar incurrir en responsabilidad.

2) Responsabilidad del notario titular, interino o nuevo propietario

Todos estos notarios están obligados a cumplir con las instrucciones que se encuentren pendientes en el oficio en el cual se desempeñan, aun cuando

⁴⁴ GAETE (1993), p. 122. En un mismo sentido VIDAL (2015), p. 299, expresa que no corresponde al notario entrar a la interpretación de la voluntad de las partes, pues esta es una materia que la Constitución y la ley entregan en forma exclusiva a los Tribunales de Justicia.

⁴⁵ Valencia Cataldo con Pizarro Maggio (2011): Corte Suprema, 11 de noviembre de 2011 (acción de perjuicios), vlex N° 333039326.

no hayan tenido intervención alguna en su celebración. El fundamento de esta extensión de los efectos de las instrucciones está en el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*.

Estimamos que, por naturaleza, la responsabilidad de todos estos notarios es de carácter contractual, pues emana de un incumplimiento de una obligación emanada de una relación convencional. Sin embargo, como lo hicimos presente, dadas las peculiaridades especiales de los notarios dicho incumplimiento podría también constituir una violación de un deber que como profesional que ejerce la fe pública le impone la ley, y siendo la responsabilidad extracontractual la regla general, puede ocurrir un caso de concurrencia como ya lo hemos señalado.

En definitiva, esta situación no ofrece dificultades, todos responden por un hecho propio, imputable a su propia culpa o dolo.

3) *Responsabilidad del notario suplente*

Si el notario suplente es propuesto por el titular, actúa bajo la responsabilidad de quien lo propuso. En consecuencia, estaremos ante un caso de responsabilidad por el hecho ajeno, en que el notario deudor responde por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las instrucciones incurrido por el suplente, siempre que este haya incumplido con culpa o dolo.

Se aplicará a esta situación el art. 1679 del *Código Civil*, de modo que en la culpa del notario titular se comprende la culpa de su suplente propuesto⁴⁶.

Distinta es la situación del notario suplente no propuesto por el titular. En este evento no hay vínculo alguno entre el titular y el suplente, por lo que se asemeja en cuanto a su responsabilidad por el incumplimiento de las instrucciones a la situación del notario interino o sucesor legal. Responderá este suplente por su hecho propio.

Por otro lado, tratándose de la responsabilidad extracontractual, si se opta por este estatuto, se aplicarán los arts. 2320 y 2322 del *Código Civil*, puesto que el notario en esta situación es responsable por los actos de sus dependientes, debiendo el acreedor acreditar que el suplente incurrió en un hecho culposo o doloso que le ocasionó un daño.

⁴⁶ Con acierto afirma BARROS (2006), p. 168, que el deudor es responsable por el hecho del tercero que participa en la ejecución de la obligación como si fuera un acto propio, sin que le resulte admisible excusar su incumplimiento probando que personalmente actuó con diligencia. En similares términos en la doctrina colombiana TAMAYO (2008), tomo I, p. 660, afirma que la culpa del auxiliar compromete de manera automática al deudor sobre la base del art. 1738 del *Código Civil* de ese país, que dispone lo mismo que nuestro art. 1679.

El notario titular en este evento se presume culpable por el incumplimiento de su suplente, pudiendo liberarse de dicha presunción y responsabilidad, probando su diligencia en la elección, control y vigilancia de su suplente, conforme al inciso final del art. 2320 señalado. Si no logra probar su diligencia, entonces la responsabilidad del notario titular será por el hecho ajeno con culpa presunta.

En este caso habría dos responsabilidades concurrentes, del suplente en la ejecución del hecho dañoso, y del titular por la culpa que se presume ya sea *in eligendo* o *in vigilando*.

4) El derecho de repetición del notario titular que paga una indemnización por el hecho de su suplente

a) El derecho de repetición
en el ámbito contractual

Cuando el que incumple es el suplente propuesto en la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, esta recae sobre el notario titular. El acreedor de las instrucciones no tiene ninguna relación con el suplente y podrá ejercer su pretensión de resarcimiento del daño en contra del notario deudor, que es el titular de la obligación.

Si bien el deudor y su auxiliar (notario titular y suplente) aparecen identificados en una sola persona ante el acreedor, en sus relaciones internas el hecho de uno no se confunde con el del otro. Por tanto, cuando el titular resulte responsable ante su acreedor, por causa del hecho de su suplente, le asistirá el derecho de repetir de éste lo que hubiera indemnizado por tal motivo.

En este evento, esta acción de regreso encuentra su fundamento en la relación jurídica interna que une al deudor con su auxiliar, que en el caso del notario titular y suplente será un contrato de prestación de servicios. Desde esta perspectiva, el suplente además de incumplir la instrucción, incumple las obligaciones del contrato celebrado con el notario que lo propuso.

A pesar de que nuestro *Código Civil*, en materia de responsabilidad contractual por el hecho de otro nada dice, a diferencia del art. 2325 en materia extracontractual, pensamos que el notario que paga una indemnización por un hecho culposo de su suplente propuesto, tiene acción en su contra derivada de esa relación jurídica interna existente entre ambos. La repetición será por el total de lo pagado, pues en las actuaciones derivadas de dicho vínculo, la responsabilidad efectiva recaerá solo en el suplente, salvo que este cumpla por orden expresa del titular, en que no habrá derecho a repetición.

Concordamos con Javier Tamayo cuando señala:

“el deudor contractual que paga la indemnización al acreedor por daños causados por un tercero podrá repetir contra éste de acuerdo con el vínculo jurídico que unía al deudor y al causante del daño”⁴⁷.

Siguiendo esta línea de pensamiento, pensamos que en este caso no es aplicable el art. 2325 del *Código Civil*, pues se refiere a la responsabilidad extracontractual, y no al ámbito contractual, salvo que el auxiliar haya transgredido los límites del encargo que se le confirió, incurriendo en un hecho ilícito.

La doctrina nacional, concuerda que el sistema de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno no es aplicable a la contractual por el hecho de los auxiliares del deudor, pues constituyen dos categorías o especies de responsabilidad civil indirecta que son absolutamente distintas⁴⁸.

b) El derecho de repetición
en el ámbito extracontractual

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el art. 2325 del *Código Civil* reconoce expresamente la facultad de repetir de la persona obligada a la reparación de los daños causados por las que de ella depende.

Así, conforme a esa disposición, el notario interino o sucesor legal (nuevo titular) que paga una indemnización al acreedor de las instrucciones

⁴⁷ TAMAYO (2008), tomo I, p. 663. Concluyente en este aspecto es también VON TUHR (1999), tomo II, p. 106 quien sostiene: “el regreso del deudor contra su auxiliar o sustituto se derivará de la relación jurídica interna que los une y que normalmente tendrá su base en un contrato de servicios o de mandato. Cuando el auxiliar no cumpla los deberes del deudor a él transferidos, faltarán a las obligaciones que el contrato de servicio o de mandato le impone y la indemnización que haya de satisfacer consistirá en eximir al deudor de la responsabilidad que le impone el artículo 101”.

⁴⁸ CLARO (2013), tomo XI, vol. V., Nº 1083, p. 476, señala que el principio de la responsabilidad cuasidelictual es absolutamente especial y no puede ser transportado a la teoría de las obligaciones. BARROS (2006), p. 984 expresa que la doctrina chilena por lo general ha descuidado la sustancial diferencia existente entre ambos régimenes en materia de responsabilidad por el hecho ajeno, y dicha omisión parece tener su antecedente en el Derecho francés, donde por largo tiempo se tendió a aplicar la presunción de culpa extracontractual por el hecho ajeno a la relación contractual. FUENZALIDA (2009), tomo I., p. 575, afirma que las normas de la responsabilidad por el hecho ajeno en sede extracontractual no puede ser aplicada al ámbito contractual, ni siquiera por analogía, pues se fundan en principios muy diversos. PIZARRO (2003), pp. 187-188 expresa que doctrina y jurisprudencia suelen aplicar o hacer extensiva la responsabilidad por el hecho ajeno al ámbito contractual. Sin embargo, esta última debe regirse por reglas propias y que el elemento esencial para que estemos en presencia de ella es que la voluntad del deudor haya intervenido para introducir en el cumplimiento de la obligación a un tercero ajeno al acreedor.

por un hecho culpable o doloso de su suplente, tendrá derecho a repetir de este último lo pagado a la víctima.

Empero, el derecho de repetición que consagra al empresario el art. 2325 nos genera algunas dudas. Por ejemplo, no parece lógico que si este debe responder por culpa presunta, se le permita después demandar el regreso de lo pagado al auxiliar, de manera que si el regreso resulta exitoso, el único responsable será el auxiliar.

En nuestro medio, Pedro Zelaya, sostiene que en estricta lógica y de acuerdo con el régimen de responsabilidad por culpa propia, el deudor que pagó (notario titular) solo podría repetir contra su dependiente culpable en la cuota o parte que le corresponde a este en la obligación indemnizatoria pagada, siempre que se haya acreditado la culpa personal del auxiliar⁴⁹.

En la doctrina española, en cuyo país en la materia rigen los arts. 1903 y 1904, de contenido similar a nuestros arts. 2320 y 2325, Encarna Roca manifiesta que lo único que cabe alegar es que cada uno debe responder por la parte que le corresponde en las relaciones internas, como si de obligaciones solidarias se tratara⁵⁰.

De igual opinión son los autores españoles Miquel Martín y Josep Solé, cuando comentando el art. 1904 del *Código Civil* de España, dicen que hay que entender que el principal se encuentra legitimado para repetir aquella parte de la indemnización que sea imputable a la culpa del dependiente⁵¹.

Andreas von Tur, en el Derecho español, señala que el art. 1904 es un obstáculo para afirmar lo que parece ser una premisa del art. 1903 (que el empresario responde por culpa), y que para salvarlo, hay dos interpretaciones posibles: o entender que el art. 1904 constituye una prueba inequívoca de que el empresario responde, aunque no mediara culpa de por su parte o, bien, que lo que puede reclamar este último no es todo lo que hubiera desembolsado a favor de la víctima, sino solamente la parte

⁴⁹ ZELAYA (1999), p. 116. En mismo sentido BARROS (2006), p. 178, expresa que si el daño se debe a la culpa del dependiente y del guardián, nada justifica que la repetición sea por el total de lo pagado como parece seguirse de la norma del art. 2325.

⁵⁰ ROCA (1998), p. 24.

⁵¹ MARTÍN-CASALS Y SOLÉ FELIU (2010), p. 2062. Agregan que si repite por entero todo lo que pagó, ello significa que no es responsable y por consiguiente su responsabilidad frente a la víctima no sería por culpa –*in vigilando* o *in eligendo*– presunta sino objetiva (vicaria). El empresario, entonces, no haría frente a una deuda propia sino ajena, la del dependiente. En el mismo sentido PEÑA (2013), tomo IX, p. 13201 señala que la regla de la repetición que consagra el art. 1904 del *Código Civil* español, similar a nuestro 2325, parece pensada para su utilización en un régimen de responsabilidad vicaria pura, pues en un régimen de este tipo el principal responde de forma automática del acto culpable del dependiente frente a la víctima y que consecuencia lógica de esta automaticidad es que posteriormente el principal puede recuperar todo lo pagado por concepto de reparación, ejercitando una acción de regreso contra el dependiente verdadero responsable del daño.

que le corresponda, previa ponderación o estimación de culpa atribuible al dependiente causante del delito⁵².

Por nuestra parte, pensamos que son bastante razonables los argumentos de los autores referidos. Y en las interpretaciones que señala Andreas von Tur, parece correcta la última. No puede el principal repetir por el total de lo pagado, toda vez que en este caso el notario titular ha actuado con culpa presunta, *in eligendo* o *in vigilando*. Desde esta perspectiva, en la fase de contribución a la deuda o repetición, solamente podemos considerar que lo que puede reclamar este último no es todo lo que hubiera desembolsado a favor de la víctima, sino aquella parte que le corresponda, previa estimación de la porción de culpa atribuirle al dependiente causante del daño.

Sin embargo, como sostiene Enrique Barros, puede haber casos en que el principal tenga acción de restitución por el total de lo pagado en contra del autor del daño, lo que ocurrirá cuando la culpa del dependiente excluya causalmente la del empresario. Este será el caso, por ejemplo, si el dependiente defrauda a un tercero en el ejercicio de su función. El empresario que debe responder frente a la víctima, tendrá en tal caso una acción de restitución total de lo pagado en contra del dependiente⁵³.

108

De esta manera, hay que distinguir, por un lado, la relación externa entre el responsable por hecho ajeno (notario titular) y la víctima y, por otro lado, la relación interna entre el notario titular y el suplente auxiliar. En la primera, el titular es responsable ante la víctima por culpa presumida. En cambio, la segunda, implica la distribución entre el principal y el auxiliar, de las responsabilidades entre ambos. Así, el principal, en este caso el notario titular debe poder repetir solo por aquella parte de la indemnización que se corresponda con la cuota de responsabilidad imputable a la conducta del suplente, debiendo soportar la cuota correspondiente a su propia culpa. Salvo el caso de excepción señalado cuando la culpa del dependiente excluya causalmente la del empresario.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones en relación con la extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales a otros notarios que no intervinieron en su celebración y la responsabilidad civil por su incumplimiento:

⁵² Von TUR (1996), p. 159.

⁵³ BARROS (2006), p. 193.

- 1) El notario tiene un doble carácter, es un profesional del Derecho y ejerce una función pública, no obstante, ambos constituyen la función notarial integral, no pudiendo separarse uno del otro. En todos los actos en que interviene, están presentes ambos aspectos.
- 2) Las instrucciones notariales generan obligaciones para las partes que intervinieron en su celebración, esto es para los instructores y para el notario. Para este último se genera la obligación de cumplir fielmente con lo acordado en dichas instrucciones.
- 3) Si la persona del notario cambia, por cualquier causa que sea, se nombrará de inmediato un reemplazante, que podrá ser un suplente, interino si fuese el caso, y luego un nuevo notario o sucesor legal en el evento que el anterior haya cesado en su cargo.
- 4) Ante un cambio de la persona del notario, quien lo reemplace, cualquiera sea su clase, es obligado a cumplir con la obligación emanada de las instrucciones que se encuentre pendiente en el oficio, a pesar de que en su celebración no tuvo ninguna intervención.
- 5) El fundamento por el cual se extiende dichas obligaciones a esos otros notarios no es propiamente contractual sino legal, en vista de lo dispuesto por el art. 402 del *Código Orgánico de Tribunales*, ya que las instrucciones notariales deben considerarse actuaciones pendientes a que se refiere dicha disposición.
- 6) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las instrucciones genera responsabilidad civil para el notario incumplidor cualquiera que sea su clase y, aunque no haya sido parte originaria de ellas. Pero el *Código Orgánico de Tribunales* no establece un régimen especial de responsabilidad civil de los notarios, por lo que necesariamente se deberán aplicar las normas generales establecidas en el *Código Civil*.
- 7) El régimen resarcitorio en materia de responsabilidad civil del notario por incumplimiento de las instrucciones notariales, será en principio contractual. No obstante, debido al doble carácter de su función, en la responsabilidad civil de los notarios hay situaciones que pueden hacer surgir también la extracontractual, por ejemplo, cuando incumple deberes impuestos legalmente. Ante una eventual concurrencia de responsabilidades, la víctima podrá elegir el régimen que más le acomode al presentar su demanda.
- 8) Si el incumplidor es un notario suplente, el titular que lo propuso responderá por el hecho ajeno, tanto si se invoca la responsabilidad contractual como si se demanda la extracontractual.
- 9) Si el titular ha pagado una indemnización por incumplimiento del suplente propuesto por él, habrá que distinguir si la indemnización pagada fue decretada en virtud de la responsabilidad contractual

o extracontractual. En el primer caso, le asistirá el derecho de repetir lo pagado, y el reembolso lo hará sobre la base del vínculo jurídico existente entre ambos (contrato). En cambio, si la responsabilidad es extracontractual, el titular tendrá derecho a repetir en contra de su suplente, haciendo uso del derecho establecido en el art. 2325 del *Código Civil*, solamente por la parte o cuota que le corresponda, previa estimación de la porción de culpa atribuible al suplente causante del daño, mas no la totalidad de lo pagado, salvo el caso que la culpa del dependiente excluya causalmente la del empresario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014). *Las obligaciones*. Santiago: Legal Publishing.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Ediar Editores.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BIANCA, C. Massimo (2007). *Derecho Civil. 3 El contrato*. (trad.) Fernando Inestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOLOÑA KELLY, Germán (2008). *Organización Administrativa*. Santiago: Legal Publishing.
- CAZEAX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS (2010). *Derecho de las Obligaciones*. 4^a ed. Buenos Aires: La Ley.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Legal Publishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). “El concurso de responsabilidades en el Derecho de daños chileno: Defensa y delimitación de la teoría de la opción”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.) *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas nacionales de Derecho Civil Concepción 2009*. Santiago: Legal Publishing.
- CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CHICO Y ORTIZ, José María (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (1972). “El notario latino y su función”. *Revista Jurídica del Notariado*, N° LXXVI. Madrid: Consejo General del Notariado.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2007). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (1993). “La función notarial”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° 9. Madrid.

- DIEZ-PICAZO, Luis (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Aranzadi.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús (2014). *La responsabilidad civil del Registrador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- FUENZALIDA PUELMA, Sergio (2009). “Los terceros en la responsabilidad contractual”, en Raúl TAVOLARI OLIVEROS (director). *Doctrinas esenciales Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters Punto Lex.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio (1993). *Actas notariales. Parte General*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley.
- GATTARI, Carlos Nicolás (1988). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. (1999). *La función del notario en la Unión Europea*. Madrid: Consejo General del Notariado.
- JORDANO FRAGA, Francisco (1994). *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Madrid: Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, (1979). “Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 530. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, (2003). *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*. Madrid: Dykinson.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2013). “Carácter general y/o especial de la responsabilidad civil del Registrador”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (director). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos. Parte general*. Actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago: Legal Publishing.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. y Félix A. TRIGO REPRESAS, (2005). *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2007). “La responsabilidad por hecho ajeno en los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL), en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson.
- MARTÍN-CASALS, Miguel y Josep SOLÉ FELIU (2010). “La responsabilidad por el hecho ajeno”, en Andrés RODRÍGUEZ LUELMO (director). *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova.
- MARTÍN-CASALS, Miguel y Josep SOLÉ FELIU (2010). “La acción de repetición del artículo 1904”, en Andrés RODRÍGUEZ LUELMO (director). *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.
- MAZEAUD, Henri y León, André Tunc (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. (trad.) Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América.

- MESSINEO, Francesco (1986). *Doctrina General del Contrato*. (trad.) R.O. Fontarranosa, Sentis Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MONTES, Ángel Cristóbal (1989). “La responsabilidad del deudor por sus auxiliares”. *Anuario de Derecho Civil*. Año 1989. Madrid
- MUÑIZ ESPADA, Esther (1999). “Naturaleza jurídica del llamado contrato por persona a designar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 654. Madrid.
- PANTALEÓN, Fernando (1991). “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”. *Anuario de Derecho Civil*. Fascículo iv. Madrid.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (2007). “La responsabilidad civil de notarios y registradores. Estudio jurisprudencial”, en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2014). “La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho”, en L. Fernando Reglero Campos y José Bustos Lagos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5^a edición. Pamplona: Thomson Reuters.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2013). “Características generales del artículo 1.903 CC y de la responsabilidad por hecho ajeno que regula”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando (2013). “La acción de regreso del empresario contra sus dependientes”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones, La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ VIVES, Álvaro (1954). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- PIÑAR GUTIÉRREZ, José María (2001). “Estructura de la responsabilidad de los notarios”, en Alfonso MURILLO MILLAR (coord.). *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*. Burgos: Publicaciones Universidad de Burgos.
- PIZARRO WILSON, Carlos. (2011). “La responsabilidad civil de los notarios en Chile”. *Revista de Derecho*. Año 18 N° 2. Coquimbo.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2003). “La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno”. *Revista chilena de Derecho Privado*. N° 1, diciembre. Santiago.
- ROCA TRIAS, Encarna (1998). “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. li. N° 1. Madrid.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio (1980). “El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° cvii. Madrid.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio (1997a). “De nuevo sobre la inescindibilidad notarial”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° 21. Madrid.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. (1997b). “La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° 24. Madrid.

- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio (1998). “Los componentes públicos de la función notarial”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° 25. Madrid.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, María del Pilar (2003). *El ejercicio privado de la fe pública notarial*. Madrid: Marcial Pons.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, María del Pilar (2003). *El ejercicio privado de la fe pública notarial*. Madrid: Marcial Pons.
- ROSS, Alexander (2013). *La función del notariado en los sistemas del civil law y common law en la era de la globalización*. (trad.) Miriam Anderson. Barcelona: Bosch.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, “Instrucciones notariales como comisiones de confianza”, en Ian HENRÍQUEZ HERRERA (coord). *El mandato, ensayos doctrinarios y comentarios de jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.
- ROYO-VILLANOVA, Antonio (1964). *Elementos de derecho administrativo*. Valladolid: Editorial Santarén.
- SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo (1996). *La relación de trabajo de los empleados de los registros*. Madrid: Civitas.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2000). “Responsabilidad civil notarial”. *Revista Jurídica del Notariado*. N° xx. Madrid.
- SANTOS BRIZ, Jaime (1993). *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*. Madrid: Montercorvo.
- SAVRANSKY, Moisés Jorge (1962) *Función y responsabilidad notarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SOLÉ FELIU, Josep (2012). *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Reus.
- SPOTA, Alberto G. (2009). *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2008). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- TORRALBA SORIANO, Orcencio 1971). “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. xxiv. N° 4. Madrid.
- TUR FAÚNDEZ, María (1996). *El derecho de reembolso*. Valencia: Editorial General de Derecho S.L.
- VERDERA SERVER, Rafael (2008). *La responsabilidad civil del notario*. Navarra: Civitas.
- VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio (2015). *Derecho notarial chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- VON TUHR, Andreas (1999). *Tratado de las obligaciones*. (trad.) W. Roces. Madrid: Reus.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1998). *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1995). “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 197. Concepción: enero-junio.

Normas citadas

BGB. Código Orgánico de Tribunales de Chile.

Código Civil de Chile.

Código Civil de Austria.

Código Civil de Grecia.

Código Civil de España.

Código Civil de Francia

Código Suizo de las Obligaciones.

Código del Trabajo de Chile.

114 DFL N° 29, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, 16 de marzo de 2005, Chile.

DS N° 587, del Ministerio de Justicia, que fija el arancel de los notarios públicos, 3 de diciembre de 1998, Chile.

Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, España.

Ley N° 404, Reguladora de la función notarial de la ciudad autónoma de Buenos Aires, publicada en el *Boletín Oficial* el 24 de julio de 2000, Argentina.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986, Chile.

Ley Notarial de España, 28 de mayo de 1862.

RD N° 173, 9 de febrero de 2007, España.

Jurisprudencia citada

Valencia Cataldo, Ingrid Mabel con Pizarro Maggio, Julio (2011): Corte Suprema, 11 de noviembre de 2011 (acción de perjuicios), rol N° 3016/2009, Vlex N° 333039326.