



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

ANÁLISIS FUNCIONAL DE LA NOTARÍA CHILENA

Tesis para postular al grado de
licenciada en ciencias jurídicas y sociales

XIMENA PERALTA FIERRO

Profesor guía: Raúl Letelier Wartenberg

Santiago, Chile

2019

Resumen

El notario es un profesional que el Estado inviste como ministro de fe pública, cuya labor consiste en autenticar actos jurídicos, generando y resguardando la certeza jurídica.

El propósito de este trabajo es realizar un análisis crítico del diseño institucional de la notaría chilena. Nos preguntamos en qué medida su caracterización es adecuada y eficiente para la provisión de certeza jurídica que tiene como propósito.

Para eso, primero describimos en detalle su marco jurídico: las notarías son una actividad económica privada regulada y fiscalizada, por su significación pública; el notario es un profesional independiente pero nombrado y vigilado por el Estado, el cual también determina el mercado en que opera.

En segundo lugar y en base a ello, desarrollamos los objetivos que el legislador persigue. Identificamos los beneficios y costos que integra este diseño, formando una inequación que representa su cálculo ponderado. Esta inequación señala, a grandes rasgos, que la notaría chilena descansa en la siguiente ponderación: por medio de la provisión por un privado de esta función pública, ganamos en una cobertura adecuada, beneficio social directo, ahorro fiscal y la elección de sujetos idóneos para desempeñar el oficio, mientras que soportamos los costos respectivos de gasto en fiscalización, un sistema desintegrado y el riesgo de arbitrariedades.

En tercer lugar, nos preguntamos críticamente por lo correcta que sea tal ponderación de beneficios y costos: ¿puede afirmarse que los supuestos del legislador se despliegan en la realidad?

Mediante un análisis funcional, notamos que hay beneficios sobrevalorados y perjuicios subvalorados. Así, concluimos que el modelo de la notaría chilena carga con un importante déficit de diseño.

Palabras clave: *Notarios, fe pública, certeza jurídica, diseño institucional, naturaleza pública o privada, beneficios, costos*

Número de palabras: 48.000

Esta tesis ha sido desarrollada en el marco del FONDECYT número 1161037 del profesor Raúl Letelier Wartenberg, académico de la Universidad de Chile.

SIN EMBARGO SERÍA DELICIOSO
ASUSTAR A UN NOTARIO CON UN LIRIO CORTADO

Walking Around, Pablo Neruda

Índice

I.	Introducción	7
	1. Sentido, propósito y metodología de esta investigación y análisis	8
	2. Marco normativo del sistema notarial	9
	3. Antecedentes históricos y legislativos	10
II.	Cuerpo	21
	1. Descripción de nuestro sistema notarial. ¿Notarías “públicas”?	22
	A. Labor del notario	22
	B. Mecanismo de distribución: creación, fusión, separación y supresión de notarías	25
	C. Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para ser nombrado notario	28
	D. Mecanismo de nombramiento de los notarios	29
	E. Juramento y rendición de fianza	34
	F. Vigilancia: disciplina y calificación	36
	G. Régimen de responsabilidad al que están sujetos los notarios	38
	H. Aranceles y emolumentos de los notarios	39
	I. La notaría como “oficina privada”. Su organización y empleados	41
	J. Desempeño en el cargo hasta los 75 años	46
	K. Naturaleza jurídica de la notaría. ¿Es el notario un funcionario público?	47

2.	Racionalidad del diseño institucional	65
	A. Fe pública y certeza jurídica- la prueba preconstituida, la evitación del litigio innecesario, la agilidad del litigio necesario	65
	B. Cobertura. Mínimo legal, adicional prudencial.	66
	C. Modelo privado: Las notarías como oficinas privadas. Regulación mínima.	73
	D. Sujetos idóneos –requisitos para postular, el mecanismo de selección, la duración en el cargo hasta los 75 años	81
	E. La inecuación de la notaría chilena	87
3.	Análisis crítico a la ponderación del legislador: corrigiendo la inecuación	91
	A. Cobertura	93
	B. Modelo privado	104
	C. “Sujetos idóneos”	126
III.	Conclusiones	139
IV.	Fuentes	144

I. Introducción

1. Sentido, propósito y metodología de esta investigación y análisis

El notario es un profesional que, investido por la autoridad estatal como ministro de fe pública, autentifica actos jurídicos, generando y resguardando la certeza jurídica. Muchas operaciones de importancia exigen, para su validez, que se realicen por o ante un notario público y queden registradas en su protocolo.

Las notarías, como institución, no han sido objeto de un estudio demasiado detallado en nuestro país. La mayor parte de las obras al respecto son meramente descriptivas y han sido escritas por notarios. La innovación legislativa ha sido muy escasa. Lo anterior contrasta con las importantes críticas que se le hacen a la institución, tanto entre la comunidad jurídica como en la opinión pública en general. En los últimos meses, las notarías han sido objeto de un informe de la Cámara de Diputados y de un estudio de mercado de la Fiscalía Nacional Económica (F.N.E.), dos documentos a los que haremos referencia en esta investigación. Además, las notarías han sido un asunto de importancia legislativa para los gobiernos y legislaturas de las últimas décadas.

El sentido de esta investigación es analizar críticamente el diseño del sistema notarial vigente. El propósito es responder a la pregunta: ¿cuáles son los beneficios y costos del modelo notarial vigente, implícitos en el diseño del legislador?, ¿están bien ponderados esos beneficios y costos?

Para eso, proponemos el esquema que sigue, dividido en tres partes. En esta primera parte introductoria, en primer lugar, nos referiremos al marco normativo vigente, describiendo la regulación del derecho positivo en cuanto a las notarías. En segundo lugar, haremos un repaso somero de los antecedentes históricos y legislativos de nuestra regulación, antecedentes que luego servirán de herramienta de análisis. Hecho eso, entraremos en el cuerpo de este trabajo. Allí, en primer lugar describiremos en detalle las características de la notaría. Luego buscaremos dilucidar la racionalidad jurídica tras estas características, esto es, los valores que el legislador dice sostener en el diseño institucional. En tercer lugar, formularemos una inecuación que refleje los valores y perjuicios (o beneficios y costos) de nuestro modelo notarial, inecuación que desagregue los elementos en juego a la hora de elegir el diseño normativo vigente. Luego, nos preguntaremos si las consideraciones y ponderaciones de tal inecuación son adecuadas,

sometidas a un análisis funcional de la institución notarial chilena. Por último, trazaremos conclusiones sobre lo eficiente y adecuado que resulta ser el modelo notarial vigente.

2. Marco normativo del sistema notarial

El sistema notarial chileno está regulado en torno al sujeto del notario y no la función notarial. En el desarrollo de este estudio volveremos sobre ese punto. Los notarios tienen como norma fundamental el Código Orgánico de Tribunales (ley número 7421, con sus respectivas reformas, en adelante, C.O.T.). A los “Auxiliares de la Administración de Justicia”, el C.O.T. dedica en general su Título XI, mientras que dedica en particular el párrafo 7° a Los Notarios (artículos 399 a 445), quienes son una especie de estos auxiliares (también lo son los conservadores, archiveros y otros, a quienes no nos referiremos en este trabajo). El texto vigente de este párrafo lo fijó la ley número 18181, del año 1982, con algunas reformas parciales posteriores.

El Código llama al legislador, al ejecutivo y a las Cortes a regular aspectos complementarios al llamado “orgánico”, que está cubierto por el párrafo 7° referido. Estos complementos normativos se refieren, por un lado, a los aranceles de los notarios públicos, decreto cuya versión vigente es el decreto exento número 587 de 1998, del Ministerio de Justicia (llamado por la ley número 16250, que en su artículo 54 faculta al ejecutivo a fijar aranceles y revisarlos anualmente, por los cambios en el valor adquisitivo de la moneda) y por otro lado, a la creación, separación, fusión y numeración de los cargos de notarios, hecha también por decreto.

Adicionalmente, el Código Civil se refiere en diversas ocasiones al “instrumento público” y a la “escritura pública” en particular, que es el documento que está paradigmáticamente encargado al Notario. La referencia más importante es aquella sobre su valor probatorio, contenida en el artículo 1700, que, como otras disposiciones del Código Civil, no es propia de su ámbito en términos estrictos (es una norma procesal y no civil), pero se ubica ahí:

Art. 1700. El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.

Adicionalmente, y por la especial intervención que tienen las Cortes en la labor notarial, los auto acordados también son una fuente normativa relevante (en particular, respecto de los mecanismos de nombramiento de notarios).

A nivel nacional, los trabajos que han abordado el notariado en general son los siguientes: las dos memorias de prueba publicadas por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile al respecto, a saber, la de Enrique Baeza Bandera¹ en el año 1924, y la de Aníbal Henríquez Marino² en el año 1976. También, la obra de abogado y notario Díaz Mieres³ y del también abogado y notario Norman Cruz⁴. Por último, el más reciente trabajo que se refiere en forma general a la materia es el manual de Ignacio Vidal Domínguez⁵, también notario, cuya segunda edición es del año 2015.

3. Antecedentes históricos y legislativos

En términos históricos y normativos, es posible rastrear la institución notarial hasta muy temprano en la historia documentada. La doctrina extranjera ha hecho importantes recopilaciones al respecto. Como lectura principal para este aspecto de nuestro estudio, hemos revisado el manual del jurista argentino Eduardo Bautista Pondé⁶, escrito hacia fines del siglo XX y que recorre los “ancestros” jurídicos del notariado hasta la época egipcia.

Los antecedentes legislativos directos de la notaría chilena como la conocemos hoy, se remontan a la legislación española colonial. Este modelo pervivió el cambio de

¹ Baeza Banderas, Enrique (1924). El Notariado. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias políticas en la Universidad. Santiago: Universidad de Chile.

² Henríquez Marino, Aníbal (1976). Nociones Generales del notariado en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Universidad de Chile.

³ Díaz Mieres, Luis (1971, 2° edición). Derecho notarial chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

⁴ Cruz, Norman (1973). Derecho notarial chileno: la función notarial y el instrumento público, en especial la escritura pública: teoría, doctrina, legislación y jurisprudencia. Santiago: López Vivancos.

⁵ Vidal Domínguez, Ignacio (2015, 2° edición). Derecho Notarial Chileno. Santiago: Legal Publishing.

⁶ Pondé, Eduardo Bautista (1977). Origen e historia del notariado. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

régimen y siguió vigente, en lo medular, en la República independiente. Primero enunciaremos y luego intentaremos ubicar estas normas en un relato común.

Se aplicaron directamente en nuestro país las Leyes de Indias, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. En la época colonial, la figura análoga al actual notario es el “escribano público”.

Sólo a partir de 1823 una ley propiamente chilena y republicana se refiere a las notarías, con la dictación del Senadoconsulto de 9 de mayo de 1823, que prohíbe la subasta del oficio y reglamenta el nombramiento de los escribanos, entregando la decisión del nombramiento primero a manos de la Cámara de Justicia y luego de las Cortes de Apelaciones. Hacia 1865 se modificó la legislación en materia de remuneraciones de notarios, conservadores, archiveros y receptores.

En el año 1875 se dicta la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (ley sin número). Esta ley es el antecedente directo de nuestro Código Orgánico de Tribunales. La Ley orgánica dedica su Título XVIII a los notarios, separando dicha labor de la de los conservadores, receptores y secretarios. También, en esta ley se regulan las atribuciones, el número y el territorio que deben servir los notarios. Esta regulación es bastante similar al texto original y actual del C.O.T., con la salvedad que la ley de 1875 no se refiere en suficiente detalle a la forma y las solemnidades de la escritura pública.

Para hacerse cargo de esa carencia, entre otras, se dicta el Decreto Ley 407 del año 1925 del Ministerio de Justicia, que recibió el nombre común de “Código del Notariado”. Este texto es el que luego se incorpora al Código Orgánico de Tribunales. Hasta nuestros días, en lo tocante a las notarías, el texto no ha cambiado sustantivamente.

El profesor Bernardino Bravo Lira⁷, plantea una tesis de continuidad entre la institución de “escribanía” de la Colonia, y la notaría actual:

⁷ Bravo Lira, Bernardino (1978). La Institución notarial en Chile notas sobre su origen y configuración jurídica. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

“...la naturaleza jurídica de la institución no ha variado desde que se erigieron las primeras escribanías chilenas en el siglo XVI. Lo único que en el decurso de cuatro siglos se ha hecho es nombrar nuevos titulares para el oficio cada vez que se produce una vacante y aumentar el número...”⁸

Tomamos esta opinión de Bernardino Bravo como otra más entre el conjunto de argumentos que sostienen su tesis historiográfica general de continuismo colonial-republicano (probablemente el ejemplo más conocido sea la continuidad que sostiene que existe entre la Real Universidad de San Felipe y la Universidad de Chile). En ese sentido, si bien es cierto que entre el antiguo escribano y el actual notario hay fuertes similitudes, parece que el autor fuera muy lejos cuando plantea que la naturaleza jurídica del notariado se mantiene la misma en todo término. Lo que nos interesa más allá de determinar el grado de similitud o identidad entre ambas figuras, es la actualidad de un modelo como el vigente en Chile.

Para estos efectos, quisiéramos detenernos sobre la relación entre el Estado y el notario, asunto que pudiera parecer meramente anecdótico a primera vista, pero cuyo estudio provee, a nuestro juicio, de un gran potencial explicativo sobre la racionalidad interna de la institución notarial. Para estos efectos, hacemos presente que si bien no es simple hablar de “Estado” sin más cuando hacemos alusión a épocas históricas pasadas, utilizaremos el concepto para referirnos a la autoridad pública de cada tiempo y lugar.

En la antigua Roma, las funciones de escrituración y custodia de documentos privados y oficiales estaban en manos del *tabularii*⁹. El *tabularii* (lo mismo que el *scriba* y el *notarii* (que era más bien un taquígrafo)), eran funcionarios estatales. Eran miembros de la Administración del Estado. Distinto era el caso del *tabellión*, quien tenía conocimientos técnicos en Derecho, redactando escritos y documentos tales como testamentos, contratos y demandas. La doctrina ha debatido respecto de cuál es el auténtico antecesor del notario. Al respecto, Pondé señala:

“Tanto el *scriba* como el *notarii* y como el *tabularii*, tenían una condición especial de funcionarios que componían el aparato estatal entre los romanos. Es una significación importante de destacar, porque en

⁸ Bravo (1978), p. 69.

⁹ Henríquez Marino (1976), p. 4. En el mismo sentido, Pondé (1977), p. 33.

ella encontraremos la diferenciación sustantiva con respecto a la esencia notarial que, en cambio, encontraremos en el *tabelión*.

[...]

La especial condición [del *tabelión*] de actuar en los negocios privados, de tener una intervención netamente particular, completada por su aptitud redactora; el conocimiento del derecho que les permitía actuar a manera de asesor jurídico y la posibilidad de que procurara la eficaz conservación de los documentos, hacen que sea el *tabelión* quien, con más legítimos derechos, pudiera considerarse un auténtico antecesor del notario dentro de la interpretación caracterizante del notariado de tipo latino.”¹⁰

Cabe notar, en todo caso, que el *tabelión* carecía de la función de fe pública que identifica al notario de hoy, pues en aquella época

“los medios probatorios eran los testigos, el cotejo de letras y el juramento, aparentemente el documento emanado del *tabelión* era insuficiente. [... El *tabelion*] atestiguaba bajo juramento su propia intervención, [entonces] el documento era considerado fidedigno. En el fondo el *tabelion* tenía la condición de testigo calificado o *abanodado*...”¹¹.

En este sentido, faltándole al *tabelión* la función autenticadora y la confección de una prueba preconstituida, parece fallar la tesis de Pondé, que prefiere al *tabelión* frente al *tabularii* como antecesor auténtico del notario. Se deja ver que, antes de atender las similitudes funcionales entre los sujetos, es más fuerte la inclinación del autor a asimilar al notario al *tabelión* dada su naturaleza de técnico-profesional privado e independiente, frente al *tabularii*, que era un funcionario estatal.

Más adelante, en lo tocante a la tradición jurídica ibérica durante la Edad Media, este sigue siendo un tópico relevante. Durante esta época, es el monarca quien designa a los escribanos. La ley tercera, título 19 de la partida tercera de las Siete Partidas señala:

“Poner escribanos es cosa que pertenece a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del señorío del reyno. Ca en ellos es puesta la guarda, e lealtad de las cartas que se fazen en la corte del Rey e en las cibdades e en las villas. E son como testigos públicos en los pleytos, e en las posturas que los omes fazen entre sí” (sic).

¹⁰ Pondé (1977), p. 35.

¹¹ Henríquez Marino (1976), p. 7.

En el reino de Aragón¹², España, existe la particularidad de que muy temprano, hacia 1280, se mandó que el nombramiento de los notarios fuera hecho por los jurados de la Universidad de Zaragoza, lo anterior para poder apreciar y juzgar si sus condiciones técnico-jurídicas eran idóneas para el cargo (y que no quedara tal decisión al mero arbitrio del Monarca). Se identifica en esta seña la preocupación por el nombramiento de una persona idónea en el cargo, preocupación que constantemente buscará ser atendida institucionalmente –con más o menos éxito- en el desarrollo de los modelos notariales.

A esta altura, ya estaba asentada la noción de que el nombramiento del oficio de notario era una decisión de la autoridad. Este nombramiento, sin embargo, no necesariamente respondía a un concurso de mérito (como es el caso de la ley aragonesa). Diversas legislaciones diseñaban mecanismos que el tiempo ha llevado a juzgar como poco aptos para los propósitos de la función notarial. Pondé se detiene en la “venta de oficio” de la función notarial por parte de la monarquía¹³, en el contexto de sus necesidades financieras, producto de su lucha por la preeminencia del poder por sobre los señores feudales. Así, la monarquía “enajena[ba] la facultad de realizar, autenticar, homologar o autorizar actos convalidados con la fuerza de la fe pública estatal”¹⁴.

Esto importó, a juicio del autor, una “influencia perturbadora del Estado”, en el sentido que

“representaba hacer entrega [del oficio] al mejor postor [lo cual] en modo alguno implicaba la seguridad de que fuera persona idónea y de contextura moral acorde con lo que pretendían las leyes”¹⁵.

Hacia los siglos XVII y XVIII, en Europa y Francia en particular, esta venta y arriendo del oficio llevó al notariado a caer en un profundo desprestigio y en un muy mal funcionamiento. A poco andar de la Revolución Francesa, el legislador francés se ocupó de reformar estructuralmente el notariado, pues era un pilar fundamental del nuevo modelo de propiedad que consagró la codificación civil llevada adelante por Napoleón.

¹² *Íbid.*

¹³ Pondé (1977), p. 243.

¹⁴ *Íbid.*

¹⁵ *Íbid.*

Así, en 1791 una ley suspende a quienes hasta entonces tenían el cargo de notarios reales, apostólicos y señoriales¹⁶. Los reemplaza por “notarios públicos” electos en atención a sus méritos. Sobre esta base, ya en 1803 se dicta la Ley del 25 ventoso del año XI de la Revolución Francesa, con fecha 16 de marzo. Esta es un estatuto por completo nuevo para el notariado y su dictación a menudo es considerada por la doctrina como el hito que da comienzo al “notariado latino moderno” como lo entendemos hoy. Esta ley se refiere a los notarios en relación a los jueces: mientras que los jueces tienen encargada una función de resolución de conflictos, una vez que estos han estallado, los notarios tienen un rol de prevención, de evitación del litigio ante los tribunales. Dice su preámbulo:

“les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombres de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestatario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios. Esta Institución es el Notariado”.

La “ley de ventoso” comenzó a hablar de “notarios públicos”. Esto desplaza la idea de un notario simplemente nombrado por el rey y que obedece a este como su subordinado. Pero tampoco esta denominación de “notarios públicos” hace de ellos funcionarios; se limita a reconocer la significación pública que hay en la tarea que realizan, y al nombramiento que se hará de ellos de acuerdo a su mérito (y ya no a la subasta del oficio).

Tal fue la ley francesa, que si bien no llegó a Chile como antecedente legislativo directo, se considera la inspiradora de la nuestra y otras numerosas leyes notariales en países de la misma tradición jurídica continental. Así es como la venta de oficios o subasta de notariado fue prohibida en Chile por el Senadoconsulto de 1823, a poco andar la República. Cuando ya el oficio de notario no se vendía ni subastaba, permaneció la exigencia de pagar una fianza, esto es, una garantía en dinero para poder ser nombrado

¹⁶ Íbid, p. 265.

notario. Esta fianza proviene de la antigua *fiat* del derecho romano, que más que una garantía, era en realidad un precio: “[Fiat] era el pago indispensable para conseguir la posesión del oficio y para ello la iniciación de la labor”¹⁷. Esta fianza tiene una naturaleza jurídica interesante y propósitos declarados e implícitos también. Retomaremos este punto más adelante.

La tendencia a poner de relieve el carácter independiente del notario por encima su calidad de sujeto sobre el cual pesa el cumplimiento de una labor pública, es frecuente en la doctrina. La función notarial es pública: es exigida por la ley como requisito de validez de ciertos actos, protectora de la certeza jurídica, constitutiva de prueba, mecanismo de custodia, entre otros. La tensión entre una labor pública y su colocación en manos privadas provoca contradicciones conceptuales en lo jurídico que obligan a la doctrina a construir explicaciones algo extravagantes. En ese sentido, nuevamente Bernardino Bravo:

“En otros países ha podido discutirse si los notarios son funcionarios o profesionales o si, en fin, ocupan alguna categoría sui generis. En Chile, al menos si se considera la cuestión, desde un punto de vista histórico-jurídico, no cabe tal discusión. En cuanto sucesores de los antiguos escribanos, los actuales notarios son titulares de un oficio público”¹⁸.

El rechazo a la consideración de funcionario público del notario es expresado por Bravo en los siguientes términos, que hacen eco de la mala opinión que el recién citado Pondé también tiene sobre la participación estatal en la función notarial, que sugiere que esta es de algún modo “contaminante” y nociva (el subrayado es nuestro):

“En cuanto el escribano o notario nunca ha sido un funcionario público, se ha evitado que las escribanías o notarías fueran absorbidas por el Estado y transformadas en oficinas estatales, con la cual habría corrido serio peligro la independencia de los ministros de fe pública respecto del gobierno. Basta pensar lo que habría significado una subordinación administrativa de los escribanos o notarios a un ministerio, para comprender que la fe pública se habría visto en tal caso seriamente amargada.

¹⁷ Íbid, p. 245.

¹⁸ Bravo (1978), pp. 69 y ss.

...Tampoco los jueces podrían convertirse en funcionarios. [...] Ni la jurisdicción ni la fe pública están seguras en manos de funcionarios, cuya naturaleza consiste precisamente en obrar bajo dependencia disciplinaria de un superior jerárquico.”¹⁹

Así, trazando los antecedentes legislativos e históricos de la notaría y permite concluir que la institución no ha sido objeto de reformas estructurales que alteren su carácter en lo esencial. En las diversas épocas y regulaciones, se advierte una tensión en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la labor notarial en relación al poder estatal. Sin duda que hay un valor público comprometido en la labor notarial, valor que no basta para implicar que por ello el notario sea un funcionario público, pero que tampoco puede pasarse por alto para decir que el notario es un mero profesional independiente.

En este sentido, y en un intento de síntesis de las posturas doctrinarias que existen respecto de la naturaleza jurídica del notariado, la memoria de prueba de Henríquez Marino²⁰ distingue cuatro teorías sobre la naturaleza jurídica del notario. La primera es la teoría funcionalista, según la cual el notario es un funcionario público del Estado que interviene, al autenticar y legitimar, en nombre del Estado. En segundo lugar, la teoría profesionalista, conforme a la cual “el notario es exclusivamente un profesional libre”, pues carece de sueldo, y porque la fe notarial no es pública sino que el notario sólo entrega una presunción de autenticidad. En tercer lugar, teorías eclécticas, según las cuales el notario es una suerte de funcionario público, o bien parte de la jurisdicción voluntaria, o bien un profesional del Derecho. Por último, la teoría autonomista, según la cual el notario es un “documentador”. El autor de la memoria hace suya esta última postura sin una argumentación a nuestro juicio satisfactoria. Concluye:

“Pues, bien los notarios chilenos ejercen sus funciones con cierto grado de independencia, en la medida que no están subordinados, en el ejercicio de la función, a ningún órgano estatal.

Sostenemos esta opinión sin perjuicio de tener muy presente que dentro de la estructuración del notariado chileno, estos pertenecen a la categoría de auxiliares de la Administración de Justicia y por lo tanto están en el Poder Judicial, bajo la potestad y supervigilancia de los Tribunales de Justicia.”²¹

¹⁹ Bravo (1978), p. 72.

²⁰ Henríquez Marino (1976), pp. 18 y ss.

²¹ *Ibid*, p. 24.

Más adelante, al detallar las características del sistema notarial chileno estaremos en condiciones de responder con propiedad la pregunta por la naturaleza jurídica de la función notarial.

La notaría chilena es parte del sistema notarial llamado “notaría latina”, que agrupa a aquellas que tienen esa raíz y características comunes. Naturalmente, este no es el único sistema notarial. A grandes rasgos, podemos identificar al menos dos otros modelos existentes en el Derecho comparado. Son el notariado anglosajón y el sistema notarial estatal (llamado despectivamente “de la burocratización”).

El *notariado anglosajón* está inscrito en la subfamilia del *Commonlaw* en el Derecho occidental. Este sistema tiene el principio de facilitar y dinamizar cuanto sea posible el flujo de bienes y derechos en el ámbito privado. Así, no existen “notarios” propiamente tales, sino sujetos encargados de autenticar firmas. Lo cierto es que no hay un único sistema anglosajón sino, por el contrario, una amplia variedad entre las muchas legislaciones que lo regulan. Por tanto, nos referimos a este sistema sólo en términos generales. En él, en realidad, no existen instrumentos públicos, sino instrumentos privados cuyo peso en juicio dependerá de la prueba que se rinda²². Así, los “notarios” no son custodios de la fe pública. No requieren ser abogados, ni hay impedimentos para que desarrollen otras actividades, ni tampoco son “notarios” para toda la vida. Su nombramiento no involucra un concurso. Es un oficio de libre ejercicio, con algunas pocas regulaciones dependiendo de la legislación, tales como el reconocimiento de la habilitación para ejercer como “notario”. Esto ha provocado, según los críticos de este modelo, el desprestigio de la autenticación documental y de la actividad en general. Incluso, en algunos países –entre ellos los Estados Unidos de América- existen los “seguros de título”, que cautelan las pérdidas de dinero en el evento que un título resulte falso. Lo anterior aumenta los costos generales de los negocios jurídicos.

En segundo lugar, el Derecho comparado conoce el sistema notarial estatal. En este modelo, la actividad notarial es provista por un servicio público estatal en que

²² Vidal Domínguez (2015), p. 41.

trabajan funcionarios públicos. Vidal Domínguez se refiere a este sistema de forma poco prolija y muy prejuiciada, diciendo:

“Es un sistema imperante en aquellos países con gobiernos normalmente absolutistas o con una fuerte presencia del Estado sobre la actividad particular.

El notario está convertido en un agente burócrata del Estado. Es un empleado público más.

El notario es una rueda más del aparato estatal.

Tuvo aplicación en la Rusia zarista y regímenes de la Unión Soviética.

Nunca han tenido el carácter de verdaderos notarios.

La “función notarial” está desvirtuada.”²³

En el año 2018, la Biblioteca del Congreso Nacional elaboró un informe de asesoría parlamentaria²⁴ en que estudia modelos notariales comparados, en particular los de Alemania, Costa Rica, España y el Distrito Federal de México. Todas estas legislaciones pertenecen, con sus particularidades, a la familia del Derecho continental. En estos países, salvo algunas zonas de Alemania, la función es llevada adelante no por funcionarios públicos sino que por profesionales independientes, que tienen estudios en Derecho o son abogados. Todos son designados por la autoridad. Están asimismo supervisados por autoridades administrativas o judiciales. Los aranceles que pueden cobrar están regulados. Las diversas legislaciones consideran al notario un funcionario público, guardando distintos matices. Tal denominación se relaciona con el hecho de que son nombrados por la autoridad. Asimismo, a nivel comparado, tal como en Chile donde los notarios ejercen su oficio hasta un límite de edad, no hay temporalidad en sus cargos.

En opinión de ciertos autores, entre ellos desde luego Vidal Domínguez, el único sistema que es auténticamente uno de notariado es el “latino”, al cual pertenece nuestra legislación. El sistema sajón diluye la significación pública de la fe pública, y el sistema estatal desvirtúa la institución notarial al entregarla al Estado. Así, las características fundamentales del notariado latino son: ser un asesor de las partes; interpretar sus voluntades; redactar, leer y explicar el documento que se realiza; ser abogado; autorizar

²³ *Íbid*, p. 46.

²⁴ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional. Notarios, legislación comparada. Enero 2018.

el documento (dándole así la calidad de auténtico); conservarlo; reproducirlo y otorgar copias fieles; que el cargo sea de permanencia indefinida²⁵.

²⁵ Vidal Domínguez (2015), p. 48.

II. Cuerpo

1. Descripción de nuestro sistema notarial: ¿Notarías “públicas”?

A. Labor del notario

Decíamos antes que en nuestra legislación, lo notarial se aborda poniendo en el centro al sujeto (“el notario”) y no la institucionalidad diseñada (“la notaría”, “la función notarial”). Esta característica es heredada de la tradición jurídica española. Dice el artículo 399 del C.O.T.:

Artículo 399. Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.²⁶

La doctrina ha definido al notario del siguiente modo:

“Es un profesional del Derecho revestido por la autoridad de la facultad de dar fe pública, autenticando las relaciones jurídicas interpersonas dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia”²⁷

La Unión Internacional del Notariado, a la cual la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile es miembro, y que agrupa a las asociaciones gremiales de los países que siguen un modelo de notaría “latina”, señala que el notario es

“un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.”²⁸

Las funciones del notario se detallan en el artículo 401 del mismo código (el subrayado es nuestro):

Artículo 401. Son funciones de los notarios:

²⁶ La ley número 18.181, que fijó el texto definitivo de este párrafo del C.O.T., eliminó la palabra “redactar” de este primer artículo, pues si bien el notario puede ser redactor de documentos, pero no recae sobre él exclusivamente esta tarea.

²⁷ Vidal Domínguez (2015), p. 76.

²⁸ Principios de la Unión Internacional del Notariado. Folleto, p. 7. Disponible en: https://www.uinl.org/c/document_library/get_file?uuid=a297bc59-e5c1-4e1b-b807-8220670305ff&groupId=20181 (última consulta 21/10/2018).

- 1.- Extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieran las partes otorgantes;
- 2.- Levantar inventarios solemnes;
- 3.- Efectuar protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles;
- 4.- Notificar los traspasos de acciones y constituciones y notificaciones de prenda que se les solicitaren.
- 5.- Asistir a las juntas generales de accionistas de sociedades anónimas, para los efectos que la ley o reglamento de ellas lo exigieren;
- 6.- En general, dar fe de los hechos para que fueren requeridos y que no estuvieren encomendados a otros funcionarios;
- 7.- Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen;
- 8.- Otorgar certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos o protocolizados en sus registros;
- 9.- Facilitar, a cualquiera persona que lo solicite, el examen de los instrumentos públicos que ante ellos se otorguen y documentos que protocolicen;
- 10.- Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad conste;
- 11.- Las demás que les encomienden las leyes.

Son muchas las leyes que, dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, ordenan que algún trámite o diligencia se realicen ante un notario o por un notario. Este último numeral del artículo 401 C.O.T. es el que habilita aquello. El Estudio de la Fiscalía Nacional Económica hizo el trabajo de barrer toda la legislación identificando estas exigencias legales. Concluyó que 205 trámites se deben realizar ante o por notario²⁹. Detalló la fuente normativa de cada uno de estos 205 trámites. Los que con más frecuencia se realizan, y que concentran el 90% de la demanda total de trámites, y el 85% de los ingresos totales de los notarios, son tan sólo 17 servicios del total de 205 totales³⁰. Estos son, en orden de demanda³¹: finiquito laboral, fotocopia autorizada, autorización de firma, poder general, declaración jurada, compraventa de bien raíz, mandato especial, arriendo, salida de menor de edad del país, promesa de compraventa, transferencia de vehículos, contrato de trabajo, escritura pública, carta de renuncia, constitución de sociedad, impuestos de timbres, protesto de letra de cambio o pagaré.

²⁹ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017). Santiago, julio de 2018, pp. 240 y ss.

³⁰ *Ibid*, p. 8.

³¹ *Ibid*, Anexo E, pp. 239 y ss.

Las obligaciones y prohibiciones del notario son: residir constantemente en el territorio correspondiente (474 C.O.T.), asistir a su despacho y mantenerlo abierto al público, en las horas que la ley y los reglamentos señalen (475 C.O.T.), solicitar permiso para ausentarse (478 C.O.T.), no ejercer la profesión de abogacía al margen de su labor de notario (479 C.O.T.) y no desempeñarse en arbitrajes y particiones (480 C.O.T.).

Cabe mencionar que la obligación de residir se refiere a que el notario viva en la ciudad de su despacho al ejercer como notario. No es un requisito previo, considerado al momento de la postulación. Así, por ejemplo, perfectamente puede ser nombrado en Santiago un notario de Antofagasta (que hasta entonces vivía allá).

Las horas de funcionamiento de la notaría del artículo 475 refieren al decreto 5122, el cual señala que

“Las notarías y el Archivo de Santiago permanecerán abiertos al público, por lo menos desde las 9 hasta las 13 horas y desde las 15 hasta las 17 horas, todos los días hábiles, con excepción de los sábados, en que funcionarán de 9 a 12 horas.

En las notarías, Conservadores y Archivos del resto del país las horas de atención al público serán fijadas por las Cortes de Apelaciones³² de cada jurisdicción previo informe de los funcionarios respectivos.”

Adicionalmente, en virtud del Decreto 2 de 2016 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que es el reglamento de la ley número 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, en particular en su artículo segundo, numeral 14, los notarios son sujetos obligados a efectuar declaración de intereses y patrimonio.

La autenticidad que los notarios otorgan a los documentos suscritos por y ante ellos es fundamental. Resguarda la certeza jurídica. Evita litigios innecesarios (pues otorgan certeza), hace más ágiles los juicios necesarios (títulos ejecutivos permiten ir directo a juicios ejecutivos, por ejemplo), cumpliendo así una labor complementaria a la del juez. Esta labor de certeza también es útil en el ámbito que no se refiere a los juicios, colaborando con la marcha de negocios, constituciones comerciales, entre otras.

³² Esta remisión a las Cortes parece estar fuera del ámbito de lo permitido por el legislador en el Código Orgánico de Tribunales.

Vidal Domínguez sostiene que el notario tiene entonces, al menos, cinco funciones³³: una función calificadora (¿qué desea el solicitante?, ¿es posible y lícito?); una función de admisión a la legitimación (¿qué forma jurídica es la adecuada?); una función de redacción o formulación del documento; una función de autenticación, que es la autorización notarial; y, por último, una función final de custodia del documento.

Cuando es requerido para un trámite, el notario no puede negarse a atender al solicitante, salvo excepciones (fuerza mayor o ilicitud de lo solicitado). Es lo que se conoce como *inexcusabilidad*, término que no tiene idéntica acepción a la que conocemos por regla general respecto a la función jurisdiccional de los tribunales de justicia. En virtud de esta inexcusabilidad se norma la apertura de las notarías.

Adicional a su rol fundamental de otorgamiento de instrumentos a los solicitantes, los notarios cumplen otras funciones que la ley les encomienda, relativas también a la fe pública. Colaboran con la recaudación tributaria del Fisco, participan de los procesos de elección popular, de la constitución de partidos políticos, de algunos asuntos no contenciosos, pueden notificar resoluciones judiciales bajo ciertos supuestos excepcionales. Estas funciones son adicionales a la principal y no son las de más relevancia (podrían estar encargadas a otras instituciones). Aun teniéndolas presentes, este estudio se centrará en la función esencial del notario, relativa a la fe pública.

B. Mecanismo de distribución: creación, fusión, separación y supresión de notarías

La autoridad distribuye las notarías, mediante la facultad de crearlas, suprimirlas, fusionarlas o separarlas.

El C.O.T. contempla que haya al menos un notario en cada comuna o agrupación de comunas que constituya un territorio jurisdiccional de juez de letras (artículo 400). Esta es la cobertura mínima de notarías. Adicional a ello, y en consideración de las necesidades del servicio, el Presidente de la República puede decretar la creación de

³³ Vidal Domínguez (2015), p. 34.

nuevas notarías, previo informe favorable de la respectiva Corte de Apelaciones. Estas notarías serán numeradas.

Entonces, los poderes judicial y ejecutivo se encuentran en el mecanismo de distribución de notarías. Las Cortes de Apelaciones estudian e informan sobre la necesidad de creación de nuevas notarías, o bien su supresión, fusión o división. El ejecutivo decreta esta distribución. Esta facultad presidencial está delegada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, "Ministerio de Justicia"), cuyo titular firma los respectivos decretos bajo la fórmula "*por orden del Presidente de la República*", conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo número 924 de 1981 del Ministerio de Justicia³⁴.

En definitiva, el mecanismo de distribución de notarías se juega entre el poder judicial (ponderación de necesidades del servicio) y el ejecutivo (distribución). Hasta el año 2008, la Contraloría General de la República tomaba razón de estos actos, pero en virtud de la Resolución 1600 de 2008 de la Contraloría General de la República, estos decretos quedaron exentos de tal trámite, no obstante que pueden ser impugnados en su legalidad ante la Contraloría.

En efecto, en 2017, el entonces Ministro de Justicia, Jaime Campos (ministro de la Presidenta Michelle Bachelet), decretó la creación de cerca de 100 notarías, en el Decreto Exento número 1515 de 2017 del Ministerio de Justicia. Este decreto fue representado por la Contraloría, y luego subsanado por el ejecutivo ya durante el ministerio de Hernán Larraín (ministro del Presidente Sebastián Piñera), controversia que se consigna en los sucesivos dictámenes 3177 de 2018, 6945 de 2018 y 24786 de 2018 (este último toma razón).

Este decreto presenta interés para esta investigación porque a propósito de él se suscitó gran debate público sobre la distribución de las notarías. En esa discusión, los

³⁴ Su artículo 1°, punto I.1.6, otorga facultades al Ministro de Justicia y Derechos Humanos respecto de la "Creación de nuevas plazas de Notario, Conservador, Archivero Judicial, Defensor Público, Receptor y Procurador del Número, fusión y separación de los cargos de Secretario y Notario y de Conservador y Archivero Judicial, en conformidad a la ley".

diversos actores involucrados tuvieron oportunidad de opinar respecto al particular y al diseño notarial en general.

Este decreto surge de una evaluación general del estado de las notarías. Señala que antes de él existían un total de 431 cargos de notario (cerca de 100 de los cuales sirven también como conservador o archivero pues son labores que se pueden acumular en una misma persona). Más adelante nos referiremos a este debate mediático.

Crear, fusionar, separar y suprimir notarías, por sobre el mínimo legal del C.O.T. es una decisión de la autoridad. Las razones que toman en cuenta las Cortes de Apelaciones para emitir los informes al respecto son la cantidad de personas que corresponde atender en el territorio definido. Esta consideración es demostrativa del carácter público de la labor notarial: el Estado sopesa razones para la creación de cargos de notario (y no lo hace respecto de la necesidad de instalación de tiendas de automóviles, por ejemplo).

En el pasado, sin embargo, este mecanismo estaba reglado más estrictamente y comprendía cánones numéricos. Así fue en el Decreto Ley 407 del año 1925 (“el Código del notariado”) y por tanto también en el C.O.T., texto original. Si bien esta norma ya no está vigente, consideramos que detenerse en ella es provechoso. La antigua ley consideraba que la creación de notarías adicionales sólo podía hacerse en departamentos que superaran la población de 40 mil personas, y que en tales territorios no podía haber más de un notario por cada 40 mil habitantes³⁵:

Artículo 2, inciso 2°. Para la creación de nuevas notarías, será preciso que el departamento correspondiente tenga una población superior a cuarenta mil habitantes, no pudiendo haber mas de un notario por cada porción de dicho número de habitantes.

Que la norma haya considerado un “techo” (máximo tantos notarios por tantos habitantes) y no un “piso” (al menos tantos notarios por cada tantos habitantes) es demostrativo, nuevamente, de su racionalidad interna. Antes que atender la satisfacción

35 A este respecto, Casarino (Casarino Viterbo, Mario (2006, 6° edición). Derecho procesal orgánico, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 107) se equivoca en la lectura de la norma: un notario por cada 40 mil habitantes no es el “piso” sino el “techo” de la norma.

de una necesidad pública, lo que la regulación intentaba era no designar notarios excesivamente. Podemos especular que las razones para ello estaban el aseguramiento del oficio para los notarios ya existentes. Da luces en el mismo sentido la opinión de Baeza Banderas, cuando dice

“la ley ha querido evitar excesos a que se había llegado en otros países en que, por más razones de interés político que de buen servicio público, el Gobierno efectuaba nombramientos de notarios en forma que se hacían unos a otros una competencia profesional incompatible con la corrección y el decoro que deben presidir siempre en el ejercicio de esta función.”³⁶

En todo caso, que la ley actual haya desistido de atender a números exactos para la decisión de crear nuevas notarías, no debe ser tenido necesariamente como algo negativo, pues permite dar flexibilidad a las Cortes para ponderar criterios, más allá de cifras que a veces no reflejan especificidades territoriales (como densidad poblacional, actividades económicas que se realizan, distancias geográficas entre notarías, entre otros). La necesidad de una notaría pasa por un ejercicio puramente aritmético.

En aquellas comunas que no son sean asiento de un notario, los oficiales del Registro Civil (que son sin duda funcionarios públicos de un servicio público) pueden desempeñar ciertas funciones notariales. Esto en virtud de la ley número 19477, orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, en particular en sus artículos 35 y 36. Es similar la situación de los Cónsules chilenos en el extranjero, que tienen facultades para intervenir como ministros de fe en actos notariales y de estado civil que vayan a tener efecto en tierra chilena (Decreto Supremo número 172, Reglamento Consular, de 29 de junio de 1977). Esto, que podríamos llamar “competencia notarial residual”, es coherente con la naturaleza pública de la función notarial. A falta de un notario, será el Estado mismo quien proveerá un ministro de fe.

C. Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para ser nombrado notario

Los requisitos para ser nombrado notario son los mismos que para ser nombrado juez de letras (artículo 463 C.O.T.). La lectura conjunta de los artículos 252, 269 y 284

³⁶ Baeza Banderas (1924), p. 23

del mismo cuerpo normativo, concluyen que para ser notario es requisito: ser chileno; tener el título de abogado; haber ejercido como tal por lo menos durante 1 año; y no caer bajo las inhabilidades e incapacidades legales pertinentes.

Tales inhabilidades son, conforme al artículo 465: la interdicción por causa de demencia o prodigalidad; estar siendo procesado por crimen o simple delito; estar cumpliendo pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos³⁷.

Según el artículo 251 C.O.T., no puede ser juez, ni por tanto notario, quien tuviera dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales.

El ser notario es incompatible, conforme al artículo 470 del C.O.T., con toda otra remuneración con fondos fiscales o municipales (salvo que sean cargos docentes, de hasta 12 horas semanales).

Adicionalmente, conforme al artículo 260, no pueden ingresar al Escalafón secundario del Poder judicial quienes tengan ciertos estrechos parentescos o vínculos en los términos el artículo 259 con algún ministro o fiscal judicial de la Corte Suprema o de una Corte de Apelaciones, o con algún miembro del Escalafón Primario que se desempeñe en el territorio jurisdiccional del cargo que se trata de proveer. Los postulantes a notario tendrán que confirmar que tales vínculos no concurren mediante una declaración jurada y la documentación correspondiente.

En el caso de que quien postule a una notaría pertenezca ya al Escalafón Secundario (un postulante “interno”), deberá figurar en las listas Sobresaliente, Muy Buena, Satisfactoria o Regular.

D. Mecanismo de nombramiento de los notarios

Los notarios pertenecen, conforme a la ley, al Segundo Escalafón del Poder Judicial. La propia Constitución Política de la República contiene los principios relativos a los nombramientos en el Poder Judicial. Señala en sus artículos 77 y 78 que estos

³⁷ Cabe destacar que el año 2016 se derogó el numeral 2° de este artículo, que inhabilitaba a las personas sordas, ciegas y mudas para desempeñarse como notarios.

deberán responder a la antigüedad y el mérito de quienes aspiren ocupar los cargos. El C.O.T. desarrolla legalmente estos principios y crea mecanismos de nombramiento de diversos sujetos, entre ellos los notarios. Para ello, contempla la formación de listas en los que se ordenan a los funcionarios del Poder Judicial, y que son la pauta para preferirlos en los nombramientos. Los notarios son nombrados por la Presidencia de la República en base a la terna que le hace llegar la Corte de Apelaciones correspondiente. El nombramiento de un notario se hace necesario cuando un determinado cargo entra en vacancia, lo cual ocurre por una de dos razones: por la creación de un nuevo oficio (mediante decreto) o por la terminación del cargo de quien se desempeñaba hasta entonces como notario (por su renuncia, traslado, fallecimiento, jubilación o remoción).

Dijimos antes que esta facultad presidencial de nombramiento (lo mismo que la de distribución de notarías) está delegada al Ministerio de Justicia. De estos decretos de nombramiento debe tomar razón la Contraloría General de la República, la cual hace un control de juridicidad. A diferencia de los de creación, supresión, fusión y separación de notarías, estos decretos de nombramiento no están exentos de toma de razón.

Conforme al artículo 269 C.O.T., los notarios pertenecen al Segundo Escalafón del Poder Judicial, en particular a su segunda serie, que comparten con conservadores de bienes raíces y archiveros. Esta segunda serie se divide, a su vez, en categorías primera, segunda y tercera, en razón de los tipos de territorios jurisdiccionales a las que corresponden. Así, la primera categoría corresponde a asiento de Corte; la segunda, a capital provincial; y, la tercera, a la(s) comuna(s) correspondientes a un juzgado de letras.

El artículo 287 C.O.T. norma la formación de ternas para proveer el cargo de notario, ternas que serán hechas llegar al ejecutivo para que nombre en base a ellas. Las reglas contenidas en el artículo 287 son, en términos simples, normas de prelación que indican las preferencias legales para el nombramiento de notarios. En el marco de esa norma los tribunales forman las ternas, en sesiones que requieren la asistencia de la mayoría absoluta de quienes los conforman. En ellas, los ministros expresan su preferencia por determinados candidatos mediante votación secreta.

En ejercicio de sus facultades directivas y económicas, la Corte Suprema ha dictado auto acordados que desarrollan los principios legales sobre el nombramiento de notarios (y también de miembros del Segundo Escalafón y del Poder Judicial en general). Es de especial importancia el acta n°184-2014, que añade la exigencia de realizar un *examen de conocimientos* a los postulantes. El propio Poder Judicial ha elaborado un temario de estudio para este examen³⁸:

DÉCIMOSEXTO. Examen de conocimientos. El examen de conocimientos se exigirá a todos quienes postulen a cargos de los Escalafones Secundario y del Personal de Empleados.

Algunas Cortes de Apelaciones han comenzado a celebrar audiencias públicas para oír a los postulantes a notario en sus respectivos concursos, en virtud del Auto Acordado de la Corte Suprema consignado en el acta n°133-2015, sobre audiencias públicas para las propuestas de provisión de cargos. Ésta se refiere, estrictamente, a los cargos del Escalafón Primario que cuyas propuestas de provisión forme la Corte Suprema, pero indica también que cada Corte de Apelaciones debe hacer operativo este sistema de audiencias públicas, desarrollando así los principios de igualdad de oportunidades y publicidad, en el modo que resulte más conveniente para sus jurisdicciones.

La ley promueve que haya una “carrera interna”, es decir que los notarios asciendan en las categorías, en relación con su buen desempeño en las categorías más bajas. Por eso, conforme a la letra (a) del artículo 287 C.O.T., para ser notario en la primera categoría (asiento de Corte), necesariamente se debe provenir de una notaría de la misma primera categoría o de la segunda. Es decir, todos los integrantes de esta terna serán ya notarios. Un espacio de esa terna está reservado para quien postule por “derecho propio” (artículo 284 inciso final), que es el notario mejor calificado y más antiguo de la categoría inferior (la segunda, en este caso). Los otros dos nombres corresponderán a notarios de la misma categoría o la inferior (de la primera y segunda, en este caso), evaluados conforme al criterio de mérito del artículo 281, que es una regla de prelación

³⁸ Disponible en línea:

<http://www.pjud.cl/documents/10179/6198274/2.+Temario+de+Estudio+Notario%2C%20Conservador%2C%20Archivero/f51877d6-a523-4352-90ea-51ce20b59f91?version=1.3> (Última consulta el 22/01/2019)

que atiende a las calificaciones obtenidas, además de la antigüedad y otros antecedentes relativos a la capacidad profesional, que los jueces tienen a la vista a la hora de votar.

Esta exigencia legal de nombrar a un “notario de carrera” es tal para la primera categoría, pero en la segunda y tercera categoría pasa de ser una exigencia a ser una *preferencia*. Fuera de la primera categoría, el legislador reserva que una cantidad de los postulantes de las ternas correspondan a notarios antiguos. Esto expresa una intención legislativa de promover la carrera interna.

Así, en la segunda categoría se abre la posibilidad a abogados externos al Poder Judicial a presentarse al concurso y ser evaluados de acuerdo a su mérito profesional. Un nombre de los tres podrá corresponder a un abogado externo (pues uno está reservado por “derecho propio”, y otro se atiende al 281 C.O.T.). También puede ser que el tercer nombre corresponda a otro notario conforme al 281 C.O.T. Es decir, mientras que en la primera categoría tres de tres integrantes de la terna serán notarios antiguos del escalafón secundario del Poder Judicial, en la segunda categoría, serán sea tres de tres o dos de tres, pues se abre la posibilidad de que abogados foráneos ingresen a las ternas.

En la tercera categoría hay un lugar en la terna para quienes estando en esta misma categoría postulen al nombramiento conforme al 281 C.O.T., en caso de que haya alguno³⁹. Si no lo hubiera, tres de tres nombres podrían ser de abogados externos al Segundo Escalafón del Poder Judicial.

Estos mecanismos han sido un tema de preocupación para el Poder Judicial y uno de los temas en sus Jornadas de Reflexión. Así, mencionábamos que adicional a lo que la ley manda en esta materia, la Corte Suprema ha dictado una serie de auto acordados en virtud de sus facultades directivas y económicas, que complementan y fortalecen los principios del legislador. Entre aquellos dictados en el último tiempo, destacan el acta n°274-2007, que manda que los antecedentes presentados por los postulantes a un cargo en el Poder Judicial sean públicos; el acta n°275-2008 que manda la publicidad del

³⁹ Como es la tercera categoría, no hay postulantes por “derecho propio”, ni es seguro que postulen notarios de la misma categoría

procedimiento de la confección de quinas, ternas o propuestas; el acta n°184-2014 ya citada, auto acordado sobre el sistema de nombramientos del Poder Judicial; y el acta n°133-2015 ya citada, auto acordado sobre la realización de audiencias públicas para la confección de propuestas en la provisión de cargos (y la no procedencia de audiencias privadas entre postulantes y quienes deberán decidir sobre ellos).

En base a sus auto acordados y a las “Bases Generales de Concursos” aprobadas por el Consejo Superior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el Poder Judicial elabora bases de concursos para proveer las ternas de nombramientos. Un ejemplo son las Bases específicas para concursos externos de cargos titulares del Escalafón Secundario, Serie Segunda.

Este mecanismo de nombramiento ha sido juzgado por algunos como “opaco”, pues no presenta garantías de objetividad que permitan confiar en que quien es nombrado notario es el más apto para el cargo.

Al respecto, dicen Peña y Velozo, en una postura crítica respecto de los mecanismos de creación y nombramiento de notarios (el subrayado es nuestro):

“Este proceso de selección es poco transparente y no está sujeto a mecanismos de control que garanticen una evaluación meritocrática y objetiva de los postulantes. Tampoco es evidente por qué en ese ámbito de decisión se requiere necesariamente la intervención presidencial.

[...]

El sistema de nombramientos y promociones de los notarios involucra discrecionalidad en el otorgamiento de un privilegio.”⁴⁰

Los sistemas de selección de notarios han sido discutidos a través de los años y las tradiciones jurídicas. Así, hubo en el pasado y hay actualmente en las legislaciones mecanismos diversos: el nombramiento político, la compra privada del oficio, la compra en subasta pública, la herencia de la notaría, y regulaciones más o menos detalladas de concursos públicos. El nuestro es un nombramiento en base a un concurso que no

40 Peña Torres, J. y Velozo Alcalde, J. (2007). Auxiliares de la Administración de Justicia, ¿monopolios de privilegio? Disponible en: <http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/5007/pdf-observatorio-n7.pdf?sequence=1> (última consulta el 22/01/2019), p. 2.

presenta, a nuestro juicio y por razones que desarrollaremos durante este trabajo, garantías de verdadera competencia por mérito entre postulantes.

E. Juramento y rendición de fianza

Para su instalación, los notarios deberán prestar juramento ante el juez respectivo, como norma el artículo 471 C.O.T. Podría decirse que el tenor literal de este juramento⁴¹, y su estudio en la actualidad, no pasan de lo meramente anecdótico. Sólo nos interesa referirnos a este juramento, que parece una suerte de sacramento, para notar que esta promesa es hecha al Estado (al tribunal, al Poder Judicial), que busca custodiar el correcto desempeño del futuro notario en cuanto persona que lidiará con temas de interés común (la fe pública). También, inaugura simbólicamente la relación que habrá entre el Poder Judicial y el Notario. La Corte de Apelaciones vigilará la conducta ministerial de los notarios (artículo 539 C.O.T.), pudiendo imponer sobre ellos sanciones (537 C.O.T.). Encontramos entonces en el juramento elementos del nombramiento de un oficio público.

Además del juramento que deben prestar, y dentro de los 30 días de haber asumido el cargo, los notarios deben rendir una fianza. El artículo 473 C.O.T. así lo manda. Como dijimos, esta fianza consiste en una cantidad de dinero, cuyo propósito es ser una garantía para “responder de las multas, costas e indemnizaciones de perjuicios a que pudieran ser condenado en razón de los actos concernientes al desempeño de su ministerio”, dice la norma. Esta cantidad que debe ser calificada y aprobada, es decir, tenida como suficiente, por el juez que recibe el juramento.

En la sección pasada vimos que esta fianza, o antiguamente “fiat”, que era el pago indispensable para conseguir la posesión del oficio y para ello la iniciación de la labor de notario, aparece cuando se termina con la venta de oficios. En términos financieros, es el modo en el cual la Monarquía pudo seguir recaudando fondos cuando terminó con la venta del notariado. En algún sentido, el antiguo precio del oficio es el equivalente funcional de la “fiat” y de la actual fianza. Es el ingreso que obtiene el Estado cuando es

⁴¹ “¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que guardaréis la Constitución y las leyes de la República y desempeñaréis fielmente las funciones de vuestro cargo?” / “Sí, juro” / “Si así lo hiciéreis Dios os ayude; y si no, os lo demande”.

un privado quien ejerce una labor que le es, en principio, propia (por ser pública, como hemos estado sosteniendo). La fianza, en todo caso, es el depósito de dinero privado, al que se acudiría en caso de ser necesario. El régimen de responsabilidad del notario comprende diversos tipos de responsabilidad (disciplinaria, penal y civil), ninguno de los cuales tiene al notario por funcionario público (están excluidos del ámbito de la Responsabilidad del Estado). Volveremos sobre esto más adelante.

Es posible también sostener que, además del propósito expreso de la fianza (servir de garantía pecuniaria para el eventual pago de indemnizaciones, multas, costas), hay en la fianza un fin implícito y más sutil. De eso encontramos antecedentes ya en las Partidas. Dice la ley 7^o, título 9^o de la Segunda Partida (el subrayado es nuestro):

“E sobre todo esto debe el Rey catar que los que pusiere en tal oficio como este, sean omes que *ayan algo, porque por mengua, non ayan a facer cosa que les esté mal; e otrosi a quien pueda caloñar yerro, si lo ficieren*. Ca si tales fueren, siempre se reselarán de facer mal por miedo de facer mal por miedo de perder lo que ouisen, o de recibir pena.” (sic)

En un sentido similar, en las Cortes celebradas en Valladolid, se sentenció “que las notarias e las escriuanias de las villas las aian omes quantiosos.” (sic)

Se trata de que los notarios sean personas con capacidad económica, cosa que no se dejen llevar por los impulsos del dinero (dicen las Partidas, que no por falta de dinero vayan a hacer cosas que estén mal), y que se vean compelidos a actuar rectamente de modo que si torcieran su comportamiento, arriesgaran su condición económica y social. Una interpretación posible de estos mecanismos de resguardo diría que lo que se busca es que los notarios sean hombres de dinero para evitar así la corrupción -para que no se dejen sobornar- y promover que actúen con cautela, en vista de que su patrimonio peligra. Una lectura más crítica agregaría que en esta exigencia, en realidad, se envuelve un sesgo discriminador tendiente a que la labor de notario estuviese confinada a círculos pequeños y de elite. Un poco de ambas explicaciones deja entrever el notario Vidal Domínguez al referirse al particular (el subrayado es nuestro):

“La independencia que debe caracterizar el actuar funcionario sólo puede lograrse a través de asegurar a quienes ejercen la función un nivel de vida acorde a las altas responsabilidades que conlleva su misión federativa y que lo alejarán de sucumbir a las tentaciones de ofrecimientos diversos.”⁴²

F. Vigilancia: disciplina y calificación

Decíamos que los notarios son auxiliares de la administración de justicia y pertenecen al Segundo Escalafón del Poder Judicial. Su régimen jurídico es, como hemos visto, bastante *sui generis*. No son como un funcionario público corriente pero tampoco son un mero profesional en un empleo privado. Recae sobre ellos la vigilancia del Poder Judicial, porque su nombramiento y, por tanto, su permanencia dependen del buen desempeño de sus labores. Lo mismo con su ascenso dentro de las categorías de la Segunda Serie.

Esta vigilancia está consagrada en el artículo 539 del C.O.T. y desarrollada en el mismo cuerpo normativo. El artículo 553 se refiere a la fiscalización de las Cortes.

Artículo 539, inciso 2. La conducta ministerial de los relatores, secretarios notarios, conservadores, archiveros, procuradores, receptores y empleados de secretaría se halla bajo la vigilancia de las Cortes de Apelaciones...

¿Por qué pertenecen al Poder Judicial los notarios, en todo caso? Ya hemos visto (y seguiremos desarrollando este punto) que su régimen jurídico es especial. Siendo parte del Escalafón Secundario, no reciben un sueldo fiscal, ni trabajan en un servicio público, ni son, al parecer, funcionarios en sentido estricto. El notario y dirigente gremial Vidal Domínguez se pregunta entonces, ¿por qué están en el poder judicial? (el subrayado es nuestro)

“Según el profesor de Derecho Procesal y ex notario en Santiago, don Sergio Rodríguez Garcés (Q.E.P.D.), cuando se ideó y difundió la teoría de Montesquieu sobre la organización de los poderes públicos, a este poder de dar fe por delegación del Estado había que ubicarlo en alguna parte. En alguno de los tres.

En el legislativo no era posible por la naturaleza tan diferente de la función.

En el Ejecutivo tampoco se veía alguna relación lógica, especialmente si se trata de un funcionario independiente.

⁴² Vidal Domínguez (2015), p. 555

No quedaba entonces otro lugar que ubicarlo dentro del Poder Judicial. Y se aprovechó la estructura institucional de este Poder del Estado. Por ello, donde hay un juez, existe un notario.

Con todo, el notario ejerce su función en la más absoluta independencia y sólo está afecto a una dependencia administrativa y fiscalizadora por los Tribunales Superiores de Justicia.”⁴³

La función de justicia preventiva que del notario lo relaciona con el Poder Judicial, pero no hace necesario ubicarlo ahí. La justificación de situar a los notarios en el Poder Judicial es débil, y lo es todavía más cuando su estatuto de funcionarios está tan desdibujado que casi se diluye. Pero, en definitiva, es ahí donde el legislador los ha instalado.

El artículo 553 C.O.T. señala que corresponde a las Cortes de Apelaciones fiscalizar la conducta funcionaria de, entre otros, los miembros del escalafón secundario que ejerzan en su territorio jurisdiccional. Les corresponde asimismo, conforme al artículo 532, inciso 4° del C.O.T., aplicar eventuales sanciones, sin perjuicio de que pueden delegar estas atribuciones en el Juzgado de Letras respectivo cuando la notaría no se encuentre en la comuna asiento de Corte.

Un mecanismo creado por el legislador para llevar a cabo esta vigilancia son las “visitas”, tanto ordinarias (artículo 553) como extraordinarias (artículo 555), ambas de las Cortes de Apelaciones. Las primeras están en constante ejecución por medio de un ministro de la Corte correspondiente, que efectuará “tantas visitas como sea necesarias para el debido cumplimiento de la función fiscalizadora que se les encomienda” (artículo 553, inciso segundo). Las extraordinarias son una revisión general de la administración de justicia en el territorio jurisdiccional respectivo, y se realizan cada 3 años.

De estas visitas se deja registro en un libro especial para el efecto, como también en la hoja de vida de los notarios, si correspondiera. En caso de advertir irregularidades, el ministro visitador puede tomar medidas urgentes, o iniciar procedimientos de investigación y eventuales sanciones. Estas sanciones pueden ser, conforme al artículo 440 (especial para los notarios), amonestación, censura, suspensión o exoneración, según la gravedad de la falta y la conducta reiterada o reincidente. Estas faltas a la

⁴³ Íbid, pp. 72-73.

disciplina funcionaria pueden eventualmente adquirir un carácter de ilícito penal, en cuyo caso será perseguido en esa sede.

También las Cortes califican a los notarios en cuanto auxiliares de la administración de justicia, conforme manda el artículo 273 C.O.T., en un proceso anual. Conforme al artículo 277 y 277 bis, esta calificación deberá basarse en el desempeño, en las anotaciones de mérito y de demérito. Los criterios a considerar deben ser objetivos y relacionados con la responsabilidad, capacidad, conocimiento, iniciativa, eficiencia, afán de superación y relaciones humanas. Así, les será otorgada una nota de 1 a 7 y se promediará una calificación conforme a las opiniones de los ministros. Esta calificación determinará en qué lista queda el auxiliar para el año que viene, que son, de mejor a peor, las siguientes: Sobresaliente (7-6.5), Muy buena (6.49-6), Satisfactoria (5.99-5), Regular (4.99-4), Condicional (3.99-3) y Deficiente (<3). La persistencia de malas calificaciones generales, calificaciones deficientes en algunos criterios primordiales (como responsabilidad o eficiencia), y diversas combinaciones de indicadores de mal rendimiento importan remociones de los cargos.

Más adelante nos preguntaremos por la efectiva fuerza fiscalizadora que tienen el Poder Judicial sobre las notarías. Cabe mencionar, en todo caso, que esta vigilancia y calificación es respecto del notario (como auxiliar de la administración de justicia) y no de su personal (el cual se rige por el Código del Trabajo).

G. Régimen de responsabilidad al que están sujetos los notarios

Al comentar el juramento y la fianza exigida al notario nos referimos brevemente al régimen de responsabilidad al que están sujetos los notarios. Este tópico ha sido objeto de estudio por la doctrina comparada, y recientemente abordado en un breve artículo del civilista Carlos Pizarro Wilson⁴⁴. Los notarios tienen diversos tipos de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal.

⁴⁴ Carlos Pizarro Wilson (2011). Responsabilidad de los notarios en Chile. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011 pp. 137-149.

La disciplinaria dice relación con la conducta ministerial de los notarios, puesta bajo la vigilancia de los tribunales de justicia, y en virtud de la cual se pueden aplicar sanciones. A esta responsabilidad nos referimos ya en detalle.

También puede responder de responsabilidad penal el notario. Así lo contemplan los artículos 440 y siguientes (“si [en las faltas disciplinarias] mediara malicia del notario, éste será castigado con la penal que señala el artículo 193⁴⁵ del Código Penal”, dice por ejemplo el artículo 441 C.O.T.). También el propio Código Penal llama a su ámbito al notario cuando su artículo 260 lo contempla entre los sujetos activos del Título V del Libro II (Crímenes y simples delitos de los empleados públicos):

“Artículo 260. ...Se reputa empleado [público] todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado...”

Por último, el notario responde civilmente. Para eso está pensada la fianza que debe rendir. La doctrina tradicional consideró que en ámbito civil responde por responsabilidad extracontractual, conforme a la regla general del artículo 2314 del Código Civil⁴⁶. Hoy, además, se ha planteado la pregunta por la responsabilidad *contractual* del notario, en su participación en negocios simples y también complejos, en los que muchas veces actúa guiando o aconsejando a su cliente. Se entiende que la relación entre notario y quien solicita sus servicios es de naturaleza contractual, y que el estándar de responsabilidad corresponde a su “lex artis”⁴⁷.

H. Aranceles y emolumentos de los notarios

El arancel es el ingreso de los notarios. Son fondos que la ley le permite recaudar, con cargo a los cuales debe solventar la notaría. Es decir, en base a los aranceles, el notario debe cubrir los gastos de gestión que tengan, tales como insumos de oficina, arriendo o dividendo del inmueble donde se asientan, sueldos de los empleados

⁴⁵ Delito de falsificación de documento público.

⁴⁶ Henríquez Marino (1976), p. 44. Véase también Abeliuk (2003).

⁴⁷ Pizarro Wilson (2011), p. 141.

notariales, eventuales inversiones, entre otros gastos. Lo restante será del notario. Como dijimos antes, el notario no recibe un salario como funcionario público, no recibe una remuneración con cargo al Fisco.

Por estos aranceles que percibe en el ejercicio de sus funciones el notario debe emitir boletas para efectos contables y tributarios.

Como señalamos ya, el arancel que puede cobrar no es totalmente libre, está relativamente regulado (se fija un máximo). Esta fijación de aranceles máximos es de larga data en nuestra legislación. La primera ley de aranceles notariales es del año 1865⁴⁸.

Diríamos que lo que cobra es un precio, que recibe de un cliente. Pero lo anterior no es exacto. Este “precio” realmente no es como cualquiera, pues es objeto de regulación (la ley determina máximos a cobrar por trámite). Y, por otro lado, este “cliente” no es tal como cualquier otro cliente, pues acude a la notaría no en satisfacción de una necesidad voluntaria, generada para sí (como quien desea comprar un automóvil, por ejemplo). Una persona acude a una notaría buscando el otorgamiento de una solemnidad jurídica para que determinados actos resulten protegidos por la fe pública, revestidos de certeza jurídica. En otras palabras, nadie acude a la notaría sino movido por una necesidad creada, en última instancia, por el mismo régimen jurídico.

Los emolumentos o remuneración de los notarios dependen de la fijación de aranceles máximos que hace la autoridad. En simples palabras, la ley fija el máximo legal a cobrar por determinadas prestaciones “típicas” (escrituras públicas, testamentos abiertos, entre otras), sin perjuicio de que convencionalmente se puedan fijar aranceles para diligencias más complejas o de otra diversa naturaleza. El más reciente decreto de aranceles de notarios es el Decreto Exento 587 de 1998, del Ministerio de Justicia, ya citado. Adicional a él, otros cuerpos normativos dispersos contemplan precios determinados para ciertas diligencias (dos ejemplos son la Ley de mudanzas (ley número

⁴⁸ Vidal Domínguez (2015), p. 30

20227) y la ley de “Empresa en un día” (Decreto exento número 339 de 2013 del Ministerio de Economía).

Este mismo decreto que fija los aranceles máximos establece que en las notarías deberá ubicarse un cartel de grandes dimensiones para informar a los clientes. Además, los afectados por el incumplimiento de la norma (por ejemplo, cuando se cobra más que lo permitido) pueden reclamar en la Intendencia o Gobernación respectiva, como también a los ministros visitadores. Es un mecanismo de reclamo administrativo, especial y cuya eficacia no queda clara. Puede concluir en la toma de medidas disciplinarias. Hay quienes han planteado, tanto en artículos jurídicos⁴⁹ como en iniciativas parlamentarias, que más simple y conveniente sería dar aplicación a la legislación común, como la Ley número 19496, de Protección de los derechos del consumidor, con sus garantías.

Volveremos a referirnos a los aranceles notariales y a los ingresos percibidos por los notarios al preguntarnos si la austeridad regulatoria de nuestra legislación en cuanto a la organización de las notarías es útil para alcanzar su propósito: que la notaría, como negocio, marche ágilmente producto de la competencia entre oficinas de notarios, y que eso lleve a mejores modelos de gestión y emprendimiento.

I. La notaría como “oficina privada”. Su organización y empleados

Decíamos antes que, como despacho, la notaría está en manos del notario. No es una oficina de un servicio público, sino un despacho privado al que se regula austeramente en lo estructural. Al notario se lo nombra y se le da el deber de atender público durante la jornada (artículo 475 C.O.T.), pero la marcha de la notaría queda en sus manos.

Es cierto que hay algunos asuntos regulados con un detalle y un anacronismo técnico muy rígido, por ejemplo en lo referente a la confección de los libros del Notario.

⁴⁹ Peña y Velozo (2007), p. 5.

A ese respecto, vale mirar por ejemplo lo señalado en el artículo 429 del C.O.T., que señala que

Artículo 429, C.O.T. (...) los protocolos deberán empastarse, a lo menos, cada dos meses no pudiendo formarse cada libro con más de quinientas fojas...

En casos calificados, los notarios podrán solicitar de la Corte de Apelaciones respectiva autorización para efectuar los empastes por períodos superiores, siempre que no excedan de un año.

Pero nos queremos centrar más que en esto -que es tedioso pero anecdótico al fin-, en la estructura organizacional de la notaría: a su ubicación (dentro del territorio que le corresponde), su personal de trabajo, su infraestructura y su modelo de gestión. Todo aquello es decisión del notario a cargo, y no de la autoridad.

Es tanto así que en las comunas donde existe sólo una notaría, la notaría lleva el nombre del notario que tiene ahí su oficio. Es “su” notaría. Cuando existe más de una notaría, entonces mediante decreto se les asigna una numeración correlativa a cada una:

Artículo 400, inciso 3. En aquellas comunas en que exista más de una notaría, el Presidente de la República asignará a cada una de ellas una numeración correlativa, independientemente del nombre de quienes las sirvan.

Para su marcha ordinaria, la notaría está dotada de un cuerpo de empleados. Los artículos 498 y siguientes del C.O.T. se refieren a los “empleados o funcionarios de secretaría”. La regla general es que la ley determine la planta y los sueldos de los empleados públicos. Los trabajadores de las notarías, archivos y conservadores, al no ser tales, quedan excluidos de esta regla general y reciben una regulación en el artículo 504.

El texto original de este artículo 504 en el C.O.T. otorgaba a las Cortes o juzgados un especial poder en esta materia. Eran éstas quienes daban permiso y aprobación para la contratación de subalternos en las notarías. Asimismo, podían ordenar el despido de empleados por razones de prudencia, moralidad o buena disciplina. La determinación del número de empleados necesarios, la distribución del trabajo y la jefatura directa sobre estos trabajadores, sin embargo, quedaba siempre en manos del notario. Decía el texto original:

Art. 504. En toda notaría, archivo u oficio de los conservadores habrá el número de oficiales subalternos que los respectivos funcionarios conceptúen preciso para el pronto y expedito ejercicio de sus funciones y el buen régimen de su oficina.

No podrán llevar ni admitir al servicio de su oficina ningún oficial subalterno sin haber antes obtenido para ello el permiso y aprobación de la respectiva Corte o juzgado.

La Corte o juzgado, siempre que por consideraciones de prudencia, de moralidad o de buena disciplina conceptuare conveniente hacer salir de la oficina algún oficial o subalterno, podrá ordenar que se le despida del servicio.

En todo lo demás, los oficiales subalternos estarán sujetos a las instrucciones y órdenes que les diere el respectivo notario, archivero o conservador, quienes distribuirán entre todos ellos el trabajo de su oficina en la forma que lo crean conveniente.

En el mismo sentido se manifestaba el Colegio de Abogados en la nota del Consejo General del Colegio de Abogados número 429 del 5 de octubre de 1948⁵⁰, en la cual expresa que conforme a la Ley Orgánica Constitucional que lo regía como colegio profesional, en particular a su artículo 56 inciso 2°. Esta nota es recogida por la propia Corte Suprema, que con fecha 9 de octubre de 1948 dicta una instrucción Sobre obligaciones de los Notarios de dar estricto cumplimiento al artículo 56, inciso 2°, de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y nombramiento de los empleados de Notarías. Este acuerdo de la Corte Suprema confirma la exigencia legal de la aprobación judicial para el nombramiento de empleados de las notarías, y además agrega el deber de informar a la respectiva Corte de lo que llama “exoneración” de empleados por falta de idoneidad profesional o moral, y manda hacer registros de empleados “exonerados” para impedir que estos puedan volver a ingresar al servicio en el futuro. Como se aprecia, el diseño legal ya consideraba un control importante de parte del Poder Judicial, y por encima de ello se suma la instrucción de la Corte Suprema, que potencia todavía más el rol de las Cortes. Dice la Instrucción de la Corte Suprema en 1948:

...2° En los oficios de Notario, Conservador y Archivero, dando cumplimiento al artículo 504 del C.O.T., no podrá llevarse ni admitirse ningún empleado sin que previamente lo haya autorizado la Corte de Apelaciones respectiva, a requerimiento del correspondiente funcionario;

⁵⁰ Citado en Díaz Mieres (1971), p. 250.

3° Cada vez que [se] disponga la salida de su cargo para cualquier empleado, por carencia de idoneidad profesional o moral, sea por renuncia o separación, lo comunicará a la Corte de Apelaciones de que depende, expresando el motivo...

4° Las Cortes de Apelaciones abrirán un libro en que se registrarán por orden alfabético los nombres de las personas que hayan sido exoneradas de los cargos subalternos de Notarías, Conservadores y Archivos [...], a fin de poder controlar la idoneidad de quienes pretendan ingresar como empleados...

Ahora bien, es difícil pensar la aprobación de los nombramientos de los empleados de las notarías haya tenido como consecuencia un verdadero control de las notarías como oficina o servicio. ¿Con qué herramientas cuentan las Cortes para informarse sobre la idoneidad o no de un posible trabajador? Una norma como la señalada es más bien una barrera de control para la contratación, que no importa garantías de que se haya velado, realmente, por el aseguramiento de la entrega de buen servicio en las notarías. Es, digamos, una disposición que en solitario, era inútil, razón por la cual terminó siendo más una traba “burocrática”, que además perjudicaba a los trabajadores de las notarías, restringiendo sus derechos laborales y sindicales.

Este texto se mantuvo, en lo fundamental, vigente hasta el año 2004. La ley número 19945 sustituye íntegramente el artículo 504 por uno nuevo, que es el vigente a la fecha. La modificación se justifica, según la misma moción parlamentaria que la sustenta, en la contradicción normativa en que cae el régimen laboral de los empleados de las notarías, luego de que en el año 2001 el Código del Trabajo fuera modificado por la ley número 19759, cuyo artículo 1° integra a los trabajadores de notarías, archiveros y conservadores al régimen del Código del Trabajo. Así, surgieron dificultades interpretativas, en particular en materia de terminación de contrato y de afiliación sindical. En relación a ello, la Corte Suprema adoptó un acuerdo en pleno, con fecha 2 de septiembre de 2002, interpretando que conforme al estatuto especial de estos trabajadores, cabía el apartamiento de sus labores cuando la Corte lo estimada prudente por razones éticas o profesionales (literal del artículo 504 antiguo del C.O.T.), y que el régimen del mismo cuerpo normativo no admitía la fundación de sindicatos. Así, en 2004 se reemplaza el antiguo artículo 504 por el actualmente vigente, el cual no contempla ya ninguna intervención del Poder Judicial para la aprobación de los nombramientos de empleados.

Luego de esta reforma, el Código del Trabajo resulta plenamente aplicable a estos empleados, que pasan a ser como todos los trabajadores del régimen ordinario del sector privado. Una modificación legislativa como la de 2004 cobra sentido porque la necesidad aprobación del nombramiento de los funcionarios era una mera barrera de entrada al oficio, barrera que no resultaba muy útil cuando “puertas adentro” de la notaría era muy débil el control del Poder Judicial. Asimismo, era restrictiva de los derechos laborales de quienes ahí trabajaban, lo cual carecía de sentido en la medida que, para todos los otros efectos, su régimen laboral era el de trabajadores privados.

En el mismo sentido, la ley número 20.510 del año 2011 modifica el Código del Trabajo en el sentido de hacer expreso que el cambio de titularidad de la notaría no termina con la relación laboral respecto de sus empleados, que son empleados del “oficio” y no del notario que ejerza como titular de éste, contingentemente. El legislador consideró oportuno dictar una ley que fuera clarísima en ese respecto, dado que la jurisprudencia estaba ofreciendo criterios dispares. En la opinión de Vidal Domínguez, tal aclaración expresa del legislador permitió dar fin a la antigua discusión de si la notaría era o no una empresa, al menos en términos laborales y de funcionamiento del despacho. Así, en su opinión,

“Con ello es posible hablar, entonces, que para los efectos laborales los referidos oficios constituyen una <<empresa>>. Los elementos que la conforman son: Elementos humanos –notario, personal, relación laboral (remuneraciones)-; elementos materiales –protocolos, maquinarias, etc-.”⁵¹

Al notario le corresponde retener y enterar en arcas fiscales los impuestos sobre las remuneraciones que paga a su personal, como también tiene el deber de efectuar los pagos previsionales.

La dotación de trabajadores es un aspecto de la notaría como “negocio”, y hemos dicho que, en este aspecto, la notaría se comporta como un negocio privado. Más adelante veremos que, además, en los hechos son esos trabajadores en cuyas manos recae la mayor parte de la labor notarial, por tratarse de trámites “de mesón”.

⁵¹ Vidal Domínguez (2015), p. 70

Lo mismo que respecto de su personal, ocurre con la notaría como despacho u oficina: es el notario quien elige y paga por un lugar donde pueda funcionar la notaría (con tal que sea dentro de los límites territoriales establecidos), están a su cargo las cuentas de servicios ahí utilizados, los insumos para su funcionamiento, entre otros. Todo lo anterior, desde luego, con cargo a los recursos que la ley les permite recaudar (los aranceles que cobra). El excedente será su ganancia. En definitiva, los gastos de las notarías son “dinero del bolsillo del notario”. Dice Bernardino Bravo:

“A cada escribano pertenecía buscar el local más conveniente para instalarse y mantener el personal auxiliar que le pareciese conveniente para la debida atención de su oficio, como sucede hasta ahora con los notarios. La escribanía no era, pues, una oficina real, como tampoco las actuales notarías son oficinas estatales.”⁵²

Para emprender este negocio privado, sin embargo, hace falta que el Estado le otorgue a ese ciudadano el nombramiento de notario. Por eso, como decíamos al comienzo, es que todo el diseño notarial chileno esté pensado desde “el notario” (como se titula el párrafo del C.O.T. que es la norma madre de todo el sistema). Es por ello que la notaría “se llama” por el nombre de su notario. El centro está en el sujeto del notario, y no en “la notaría” como institución.

J. Desempeño en el cargo hasta los 75 años

No fue sino hasta la dictación de la ley número 19390 del año 1995, que se agregó una disposición que terminó con los “cargos vitalicios” de los auxiliares de la Administración de justicia:

Art. 495 bis. Los auxiliares de la Administración de Justicia permanecerán en sus cargos hasta cumplir los setenta y cinco años de edad.

Hasta antes de esta reforma el cargo de notario era vitalicio (es decir, hasta la muerte). Se decidió que los 75 años era una edad adecuada para el término de las actividades de notario (lo cual es, en todo caso, anómalo considerando que la edad de jubilación es 10 y 15 años más baja en la vida laboral ordinaria, para hombres y mujeres

⁵² Bravo (1978), p. 69 y ss.

respectivamente). Cabe notar que esta norma sólo se aplica a los notarios que hayan sido nombrados por primera vez después de la entrada en vigencia del tope de edad (año 1995). Por eso, en la actualidad parte considerable de los notarios en ejercicio lo harán de forma vitalicia. Es interesante pensar cuál podría ser la racionalidad legislativa detrás de exceptuar de esta regla a todos los notarios nombrados antes de 1995. Probablemente corresponde a una concesión política hecha al gremio en ese entonces, para que quienes ya eran notarios –aunque tuvieran 30 años en 1995- pudieran correr con la norma antigua.

Sea que el notario dure hasta su muerte o hasta los 75 años, este es un cargo que se ejerce “para toda la vida”. Al menos dos puntos se defienden en la indeterminación temporal del oficio de notario. Primero, que promueve la especialización, por cuanto el notario va aprendiendo más y mejor su oficio, que tiene mucho de práctico. Además, que esta indeterminación temporal otorgaría independencia al notario, por cuanto su trabajo no estaría determinado por los cambios en el poder, como quién ocupe el gobierno. Entonces, no estaría a merced de las influencias del poder político y podría ejercer su labor con autonomía.

El establecimiento de una edad máxima parece responder más al cuidado institucional que se debe tener de que los notarios no envejeczan perjudicando su labor por razones de discernimiento o demencia, que a un propósito de rotación o apertura de las plazas notariales (reflexionaremos más adelante sobre si un diseño como el nuestro, con potentes “barreras de entrada” al notariado, beneficia o perjudica la labor de los notarios, en términos de competencia, calidad, dinamismo, y en definitiva, fe pública).

K. La naturaleza jurídica de la notaría. ¿Es el notario un funcionario público?

Función de la notaría

El propósito de las notarías es, en lo medular, custodiar la fe pública, por la confianza que en ellas se deposita como garantes de la certeza y seguridad de ciertos

actos jurídicos. Esto lo hace otorgando una presunción de indubitados a los derechos y obligaciones declaradas en los documentos. Dice Lavandera, que el notario

“[al acto jurídico] lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental.”⁵³

Esta calidad de que queda revestido el acto asistido por el notario, esta presunción de veracidad, es lo que otorga al notariado una trascendencia pública. En las palabras de Navarro Azpeitia:

“Entre las funciones encomendadas al Notariado, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás, es aquella que consiste en investir todos los actos en que interviene en una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado.”⁵⁴

Por su parte, Vidal Domínguez dice

“...el instrumento público notarial goza de un privilegio probatorio enorme porque se ha otorgado por un funcionario público que cuenta con la autorización del Estado, organismo rector de la juridicidad de un pueblo, quien le ha conferido tal misión al mismo tiempo que le ha impuesto graves responsabilidades en caso de fallar en su papel.”⁵⁵

Señala, asimismo, que los fines del instrumento público son fundamentalmente cuatro⁵⁶: servir de prueba preconstituida; dar forma legal a la voluntad de los requirentes; dar eficacia al negocio jurídico contenido; y, por último, constituir una presunción de verdad. Las características de la escritura pública⁵⁷, por su parte, son su firmeza e irrevocabilidad; su ejecutoriedad; su fecha cierta; la seguridad con que se guardan; y, su publicidad. El instrumento que paradigmáticamente otorga el notario es la escritura pública.

La necesidad de custodia y velo por la certeza jurídica no se genera espontáneamente en la sociedad. La función notarial es llamada por la misma ley. Si es

⁵³ Citado en Díaz Mieres (1971), p. 14.

⁵⁴ Citado en Díaz Mieres (1971), p. 15.

⁵⁵ Vidal Domínguez (2015) p. 94

⁵⁶ Íbid, p. 102.

⁵⁷ Íbid, p. 109.

la fe pública la que está en juego y si esta labor es una que existe por causa y necesidad pública, ¿por qué las notarías se entregan a manos privadas?

Instrumento público y escritura pública: la especificidad del notario

Para estos efectos es muy ilustrativo citar al Código Civil, que a propósito de la prueba de las obligaciones se refiere al instrumento público y la escritura pública. Las obligaciones, dice el Código Civil, se deben probar, y estas pruebas consisten en instrumentos públicos y privados, testigos, presunciones, la confesión de parte, el juramento diferido y la inspección personal del juez (artículo 1698). El artículo siguiente se refiere a este primer tipo de prueba, el instrumento público:

Art. 1699. Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

En el mismo sentido dice el Código Orgánico de Tribunales señala

Artículo 403. Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público.

Entonces, el “instrumento público” es un género, dentro del cual la “escritura pública” es una especie, cuya especialidad se encuentra en que el otorgamiento del instrumento lo hace un notario. La escritura pública es un instrumento público a la que se llama “escritura”, pues ha sido el notario (un “funcionario” especial) quien la otorga. Es decir, siendo escritura pública es también instrumento público. Hay, desde luego, instrumentos públicos que no son escrituras públicas, tales como los certificados que otorga el Servicio de Registro Civil e Identificación: certificados de nacimiento, matrimonio, defunción, libretas de familia, certificado de inscripción y anotaciones vigentes en el Registro de vehículos motorizados (conocido como “padrón” del automóvil), entre otros. También son instrumentos públicos las copias de documentos del Archivo Municipal que el Municipio autoriza.

Que la escritura pública es una especie de instrumento público se confirma, en la racionalidad interna del Código Civil, pues después de mencionar esta especie dentro del

género instrumento público, el legislador se refiere simplemente a los instrumentos públicos (comprendidos en ellos la escritura pública), para referirse a sus efectos. Estos efectos los trata el artículo siguiente:

Art. 1700. El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.

Es decir, el instrumento público es tenido por cierto respecto de su otorgamiento y circunstancias. Respecto de su contenido, es decir, lo que en él se señala, hace plena fe respecto de las partes declarantes en él (es decir, su contenido no es oponible a terceros).

Los efectos de los instrumentos públicos en general son los mismos que los de la escritura pública. ¿Qué justifica, funcionalmente, su especialidad? Que sea un “funcionario” (valgan las comillas) un tanto distinto al funcionario ordinario quien otorga, no parece ser suficiente. No es el documento otorgado y su finalidad aquello que nos hace distinguir entre especies de instrumentos públicos. De hecho, la misma notaría otorga escrituras sobre tópicos diversos: ¿qué tienen que ver un certificado de supervivencia con una compraventa de un bien inmueble? El legislador no mira a la clase de instrumento producido para distinguir a la escritura como una especie de instrumento público, sino que mira al *sujeto* que la otorga: el notario. Por supuesto, la escritura pública tendrá objetivos especiales encomendados (por ejemplo, algunas escrituras públicas pueden servir de título ejecutivo), pero esos objetivos particulares lo mismo los tienen otros instrumentos públicos para los que el legislador, sin embargo, no crea una categoría especial. Por ejemplo, el certificado de matrimonio tiene fines específicos para los cuales es el instrumento público necesario (desde luego, para probar el vínculo matrimonial contraído con tal fecha, entre tales dos personas), pero no por ello la legislación le encarga un régimen especial. Lo mismo con las copias autorizadas de documentos del archivo municipal. No hay más incisos al artículo 1699 que digan, imaginemos, “Otorgado ante el Secretario Municipal, se llama instrumento público municipal”, o “instrumento público del registro civil”, entre otros, y así con demás instrumentos públicos que otorgan

los funcionarios competentes de tantas oficinas públicas. Es razonable que así sea, porque pese a que los instrumentos públicos cumplen funciones diversas, encomendadas por diversas leyes, no hay en cada uno una especificidad que justifique que el legislador cree una especie dentro del género instrumento público. Entonces, nuevamente, la pregunta es, ahora respecto de las notarías: ¿hay necesidad de distinguir a la escritura pública del instrumento público en general? Buscamos una necesidad que se explique en términos de diseño institucional, es decir que se encuentre en la racionalidad jurídica de nuestro sistema. No basta decir que la distinción entre escritura e instrumento público se justifica porque el otorgamiento la hace un “funcionario” distinto llamado notario, porque entonces la pregunta inmediata es, bueno, pero ¿por qué el notario no es un funcionario como todos los demás que otorgan instrumentos públicos?, ¿qué hizo al legislador crear un régimen distinto al general? Sabemos que la ley dice lo que dice. Pero, ¿por qué lo dice?, ¿qué lo justifica?, ¿cuáles son las razones en favor y en contra de un diseño como este?, ¿es esta justificación sostenible? Estas son, en el fondo, las preguntas de esta investigación.

Provisión privada de fe pública: tensión en nuestra ley

Notamos ya una tensión entre lo público y lo privado. Vidal Domínguez señala que la fe pública es una función pública (del Estado), que es delegada al notario. Llama así al notario “funcionario público”, pese a que lo describe como el privado que es. Llamarlo funcionario no significa que lo sea. Y en todo caso distingue al notariado latino del notariado “estatal”, caracterizando a este último como una desviación burocrática de regímenes autoritarios. ¿Por qué la doctrina se enmaraña tanto al explicar la naturaleza jurídica del notario? Es que en su régimen conviven, en pugna, aspectos públicos y privados.

“Por naturaleza y definición la fe pública es una función absolutamente pública y reservada sólo al Estado. El Estado tiene facultad para delegar dicho poder de dar fe en otros individuos de su estamento. [...] Lo que ocurre, en el caso del notario, es que este es un funcionario cuyas atribuciones son mucho más complejas y variadas que las de otros Ministros de Fe.”⁵⁸

⁵⁸ Íbid, p. 56.

¿Qué significa la fe pública? Con analogías religiosas, el citado autor la define así:

“Nuestros sentidos, por ejemplo, no nos pueden demostrar que tal persona suscribió un documento, que tal otro pagó un precio, que tal hecho existió, entre otros.

Basta, en cambio, que dicha circunstancia sea afirmada por una persona a quien el Estado le ha conferido el carácter de Ministro de Fe Pública para que ello sea tenido como existente, verdadero, que realmente ocurrió en la forma estampada por el ministro de fe.

El notario da fe de cuanto ha percibido, y el Derecho da fe a lo que el notario asegura haber percibido.

[...]

La confiabilidad del agente emisor de la aseveración está dada por la ley, el Estado que lo designa, y la responsabilidad que tiene el fedante en el desempeño de su función.”⁵⁹

¿Cuál es el rol del Estado en este ámbito entonces? Lo resume en tres aspectos:

1. Señala quién debe otorgar la fe pública (el notario); 2. Establece las condiciones para su nombramiento; 3. Establece los requisitos de lo autenticado para ser tenido por cierto.

Retomando el punto anterior, decíamos que el legislador hace del notario un ministro de fe pública, entre otros que hay. Es una excepción a la regla general, esto es, funcionarios públicos que otorgan instrumentos públicos (distintos a la escritura pública). Ya hay ahí una primera tensión conceptual: ¿por qué esta labor pública es entregada a un privado? ¿Es que esta “nota pública” involucrada en la aprobación, legalización, otorgamiento de validez, autenticidad y posibilidad de ejecución documental (mandada por la misma ley) *no basta* para “teñir” de pública la institución completa? O, más derechamente, ¿será que esta racionalidad legislativa responde a la opinión de que, justamente para resguardar este bien jurídico de todos –la confianza pública- el legislador debe encargar esta labor en manos privadas? Así lo sugiere predominantemente la doctrina. Ya hemos leído opiniones según las cuales la “intervención” del Estado resultaría nociva en la institución notarial. En el prólogo a su libro, el abogado y notario chileno Díaz Mieres declara:

“Los pueblos podrán reemplazar sus gobiernos, sus sistemas políticos y económicos. Guerras o revoluciones podrán cambiar todo el régimen y sustituirlo por otro distinto. Pero siempre será indispensable que un hombre imparcial, de moralidad intachable, idóneo y de confianza para todos, invista

⁵⁹ Ibid, pp. 58 y ss.

el ministerio de la fe pública, por delegación de la soberanía nacional, y sirva de árbitro neutral entre las partes, con el alto designio de precaver conflictos, armonizar y conferir plena seguridad a las convenciones. Este hombre es el Notario.”⁶⁰

Surgen fuertes cuestionamientos a una perspectiva como esa. Desde luego, si el Estado no da garantías suficientes para ser el custodio de la fe pública en un ámbito “notarial”, ¿las da para el ámbito de certificación civil, por ejemplo? ¿Por qué es el Estado buen guardián de certificados de nacimiento, pero no de testamentos?, ¿de actas de defunción pero no de constituciones de sociedades anónimas? En todo caso, sin conceder todavía el punto de que la provisión estatal de los servicios de certeza y autenticación es dañina, ¿qué garantías alternativas ofrece una provisión privada, que combatan los perjuicios alternativos de la provisión estatal? Luego de la detallada descripción que hemos hecho del marco jurídico de la notaría chilena, no pareciera haber señales en ese sentido. ¿Es que acaso el privado es mejor por el sólo hecho de ser privado? Un argumento de esa línea parece insuficiente y pobre.

Por ello, resulta productivo preguntarse también por otras razones tras el diseño notarial chileno. Estas razones no tienen que ser necesariamente “racionales”, en términos de ser objetivamente sostenibles en un debate de ideas. El propósito de este estudio es, como dijimos en un comienzo, preguntarse por la justificación del diseño notarial actual en términos de su racionalidad orgánica, por tanto, corresponde poner a prueba sus planteamientos para demostrar, si fuera el caso, que no son sostenibles. Intentaremos, en definitiva, figurarnos por qué la institución notarial está diseñada así.

La naturaleza jurídica del notario ante la ley

Si el notario es o no un funcionario público no es claro en nuestro Derecho positivo. Nuestro ordenamiento no tiene un concepto legal de “funcionario público” tan claramente delimitado. El C.O.T., que es la norma fundamental del notario, claramente señala que ellos pertenecen al Poder Judicial, pero esto no es idéntico a decir que son funcionarios públicos. ¿Qué dicen por su parte otras leyes?

⁶⁰ Díaz Mieres (1971), “introducción” (sin numeración).

Estatuto Administrativo

La ley número 18834, el Estatuto Administrativo, no define ni a la función pública ni al funcionario público. Sin perjuicio de ello, contiene nociones que permiten construir un concepto en los siguientes términos: las relaciones entre el Estado y el personal que en él se desempeña se rigen por un estatuto distinto al privado; tal personal puede ser de planta o contrata (u honorarios, excepcionalmente); y a través de este personal se desempeña una función administrativa⁶¹.

Código Penal

El Código Penal, por su parte, consagra un concepto amplio de *empleados públicos* para someterlos al régimen de los “delitos funcionarios”. Este concepto legal, del artículo 260 al cual ya nos hemos referido, contiene sin dudas al notario, en la aclaración que realiza el legislador penal de que se *reputarán* empleados públicos aquellos que, aunque no reciban sueldo del Estado, desempeñen la función pública. Es una noción “funcional” de empleado público que se explica pues el Código Penal busca extender la caracterización de su sujeto activo lo más posible, para que dentro de su ámbito quepan todos quienes, con sus acciones ilícitas, traicionen una labor pública. Que el notario queda comprendido en ese ámbito es claro en el tenor literal de la ley, pero tan claro como eso, es que la ley penal circunscribe tal concepto al título V y el párrafo IV del Título III del Código. No cabe extenderlo a otros ámbitos del Derecho ni es una calificación definitiva sobre la naturaleza jurídica del notario. Este concepto penal de empleado público no nos permite concluir que el notario es un funcionario público, pues la ley simplemente lo tiene por tal para efectos de los delitos funcionarios, y no para otros efectos.

⁶¹ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, Área de Asesorías Parlamentarias, “Atribuciones de fiscalización de la Cámara de Diputados, concepto de funcionario público, y naturaleza jurídica de los notarios públicos”, de fecha 21/01/2014, p. 5.

Código del Trabajo

El Código del Trabajo, por su parte, ha abordado la naturaleza jurídica de la notaría. Con las reformas legales introducidas, a las que ya nos referimos, despeja su posición y considera que la notaría es una “empresa” en los términos del Código y para efectos de derechos de los trabajadores. El legislador no dice que el notario sea un profesional privado, pero lógicamente cabe la pregunta: ¿puede un funcionario público dirigir una empresa? Pareciera que no.

Giro profesional

En términos económicos, el servicio notarial es un giro, para el cual se otorgan patentes profesionales. Esta actividad pertenece al ámbito municipal. Importa ingresos a los municipios y se rigen, en lo fundamental, por el Decreto ley número 3063 de 1979, sobre rentas municipales. Las patentes son autorizaciones para el ejercicio de oficios privados.

Tributación

En materia tributaria, y en los términos del Código Tributario y el Decreto ley 824 del año 1974, Ley de Impuesto a la Renta, los notarios tributan en la segunda categoría, como rentas de trabajo. En su articulado, esta última ley da por entendido que los aranceles cobrados por los auxiliares de la administración de justicia (entre ellos, los notarios) son análogos a los obtenidos en el ejercicio de una profesión liberal o lucrativa (artículo 84, numeral 2°).

Sujetos obligados a declarar patrimonio e intereses

Adicionalmente, en virtud del ya citado Decreto 2 de 2016 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, reglamento de la ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, en particular en su artículo 2°, numeral 14, los notarios son sujetos obligados a efectuar declaración de intereses y patrimonio. Esto no los hace funcionarios públicos sino sujetos obligados a tal declaración.

Convención contra la Corrupción

Por último, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contiene, en un espíritu similar a la noción del Código Penal chileno, un concepto de funcionario público amplio, identificado principalmente por el vínculo de una persona y el Estado en el ejercicio de una función pública. Pero este concepto, nuevamente, es amplio pues es una norma contra la corrupción y, por tanto, debe buscar hacerse del más extenso ámbito posible. En todo caso, es construido para los efectos de la misma Convención, por lo cual no puede extrapolarse ni se refiere a la naturaleza jurídica de la institución.

La naturaleza jurídica del notario, interpretaciones diversas

La ley no es clara respecto de la calidad de funcionario público del notario. Sin duda que lo viste un régimen jurídico especial, de carácter público. Pero aquello no basta para declarar que es un funcionario público, menos cuando hay una serie de elementos que desconocen esta calidad. Siendo materia de debate, la pregunta ha sido abordada por diversos actores institucionales: la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, los tribunales de justicia y organismos del propio Congreso Nacional.

En todo caso, estas interpretaciones, judiciales, administrativas, constitucionales y doctrinarias, no tienen la palabra final, y es por eso que hacemos un análisis de las características del notario para, en función de ellas, responder la pregunta por su naturaleza jurídica.

Como de lo que se trata es hacer un estudio del sentido de la caracterización de esta institución, la mera enunciación de que el notario es funcionario público o es trabajador privado, no basta. En ese sentido, no nos parecen concluyentes declaraciones tales como “por pertenecer al Segundo Escalafón del Poder Judicial, los notarios son funcionarios públicos”. Aquello, más que una explicación, es un enunciado que, por sí solo, no se sostiene. Nos corresponde entonces explorar sus alcances.

Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República ha sido consultada en varias ocasiones por la naturaleza jurídica del notario, y ha consolidado jurisprudencia en el sentido de responder que, para los efectos que es consultada, es un funcionario público. La Contraloría por lo general ha considerado un criterio orgánico⁶² antes que funcional para abordar esta pregunta, esto es, que la calidad del empleado depende de la calidad del servicio al que pertenece (Dictámenes número 77.749 de 1971 y 52.682 de 1976). Será así funcionario público quien opera en un servicio público, y trabajador privado quien se desempeña en un oficio privado. Tal distinción tan tajante, sabemos ya, no es siempre tan clara. Menos en el caso de los notarios. En todo caso, la Contraloría por lo general restringe el uso de la denominación “funcionario público” a aquellos que se desempeñan en la Administración del Estado, mientras que utiliza la expresión más amplia “servidor público” para referirse a los demás (a los del Poder Judicial, en este caso)⁶³. La doctrina consolidada de la Contraloría respecto de la naturaleza del notario es considerarlo un funcionario público. Así lo confirman numerosos dictámenes, entre los cuales podemos nombrar: dictámenes 36381 de 1982, 7898 de 1988, 21611 de 1990, 11043 de 1998, 33954 de 2012. Han sido dictados por sucesivos contralores.

El dictamen del año 1990 es generalmente citado como referencia por los dictámenes sucesivos, que lo aplican y dan por reproducido su argumento. Este dictamen n° 21611 es motivado por una consulta por si corresponde o no a los notarios el cobro de una bonificación laboral creada por ley para los trabajadores privados, y señala (el subrayado es nuestro):

“Los recurrentes manifiestan que no tendrían <<íntegramente la calidad de servidores públicos>> pues se encontrarían al margen de determinados derechos que el Estatuto Administrativo confiere a tales funcionarios (...) deben sufragar de su propio peculio los gastos inherentes a su gestión y el pago de las remuneraciones de sus empleados...”

⁶² Íbid, p. 7.

⁶³ Íbid, p. 7.

...Este Organismo de Control cumple con señalar que [lo anterior] no altera en absoluto su condición de servidores públicos, la que se determina por la función que les corresponde cumplir, precisada en los artículos 150 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.⁶⁴

Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, por su parte, también se ha referido a la materia. En primer lugar, en el año 1982 en la sentencia STC 14-1982, revisa la constitucionalidad de un proyecto de ley que modificaba el C.O.T. En esa ocasión, el tribunal realiza una importante distinción: entre el notario y otros auxiliares de la administración de justicia hay diferencias estructurales. Esto lo señala la sentencia para sustraer a los notarios del ámbito “orgánico” de la ley, que es aquel objeto de control de la causa. La sentencia dice (el subrayado es nuestro):

“6° Que si bien los notarios son calificados por la ley como Auxiliares de la Administración de Justicia, no son funcionarios que integren la estructura misma de un tribunal como miembros que coadyuven y posibiliten el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada por la Constitución a jueces y magistrados, como ocurre con otros auxiliares de la administración de justicia.”⁶⁵

En el año 2011, el Tribunal Constitucional tuvo que resolver un requerimiento de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en causa ROL 2101-2011. En esta ocasión abordó tangencialmente la naturaleza jurídica del notario, pues de lo que se trataba es de la notaría como despacho. En esos años se terminaba por dirimir legislativamente que los empleados de las notarías sí quedarían situados en el ámbito del Código laboral. Lo anterior, luego de intenso debate en sede judicial, que convocaba opiniones y jurisprudencia divididas. Para efectos del Derecho del trabajo, la notaría es una empresa, y en consecuencia el Código del Trabajo es plenamente aplicable. Hay por tanto continuidad laboral, lo que significa que cuando la notaría cambia de notario no quedan a la deriva sus trabajadores. La causa que comentamos no obtuvo una mayoría de apoyo en la sala en los términos que la Constitución manda, y terminó, por tanto, por rechazarse el requerimiento, sin perjuicio de que la sentencia sí distingue entre razones

⁶⁴ Dictamen 21611 del año 1990 de la Contraloría General de la República. Resuelve la presentación de los señores Juan Pablo Uribe Sepúlveda y José Leopoldo Vergara Villarroel.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional ROL 14-1982.

para acoger y razones para rechazar. Las secciones de tal fallo que la propia Biblioteca del Congreso Nacional cita en el Informe al que ya nos hemos referido, forman parte de la sección de considerandos por *acoger* el recurso, lo cual en definitiva no ocurrió. Además, los pasajes transcritos corresponden, en realidad, a una referencia a una sentencia de la Corte Suprema (ROL n° 174-2003). Lo anterior parece, a nuestro juicio, académicamente desleal por partida doble, pues quien lee los considerandos citados razonablemente confía en que la referencia es a la sentencia del Tribunal Constitucional (y no de la Corte Suprema) y a una sentencia ganadora y no un texto que, si bien articulado, no logró convencer al Tribunal Constitucional.

Es más, la sección de la sentencia que llama a acoger el recurso es una opinión desfavorable a la nueva ley dictada en ese momento, en el contexto del vivo debate que entonces se ventilaba. Es explícita en señalar que la legislación propuesta es, a su juicio, inadecuada en el fondo, pues desnaturaliza a la notaría al verla como una empresa:

“[POR ACOGER] 4°...atendida la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el particular, tal ficción asimiladora [aquella según la cual los oficios de las notarías son empresas, a fin de hacerles aplicables las normas sobre continuidad laboral establecidas para estas últimas] parece resultar contraria a la naturaleza de los oficios notariales existentes en nuestro país.

(...) más bien se trata de entidades o reparticiones públicas y auxiliares de la administración de la justicia, que desempeñan un servicio público judicial a cargo de un funcionario nombrado por el Presidente de la República, características que de modo alguno se avienen con el concepto de empresa (Rol N° 174-2003, C. 3°)”⁶⁶

Tal interpretación, en todo caso, ya había sido superada por la ley. La controversia y la jurisprudencia disonante fue puesta a término mediante la dictación de la reforma al Código del Trabajo que hacía expresa la incorporación de las notarías a su ámbito. En ese sentido, expresan las consideraciones por el *rechazo* del requerimiento:

“POR RECHAZAR] 8°... Esta nueva norma, como se acaba de señalar, si bien es cierto no existía al tiempo de producirse el despido de los trabajadores demandantes, sólo vino a resaltar o expresar con claridad aquello que debía colegirse de una interpretación sistemática entre los artículos 1°, inciso final, y 4°, inciso segundo, del Código del Trabajo, y artículo 2° de la Ley 19.945, a saber, que una notaría, para efectos laborales, es una empresa en los términos del artículo 4° del Código del Trabajo.”

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional ROL 2101-2011, considerando 4°

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entonces, relativiza gravitadamente la calidad de funcionario público del notario. En el año 1982, resalta las diferencias entre los notarios y los genuinos funcionarios públicos del Poder Judicial, y en 2011 confirma la naturaleza de empresa de la notaría.

Congreso nacional- informe de su Biblioteca para efectos de la fiscalización sobre las notarías

El propio Congreso Nacional tuvo que debatir si acaso las notarías están sujetas a la fiscalización de la Cámara de Diputados. Para el efecto, la Biblioteca del Congreso Nacional elaboró un informe en que se refiere, en términos resumidos, a la discusión acerca del carácter de las notarías, que ya hemos comentado largamente. Si los notarios son funcionarios públicos, entonces se les puede fiscalizar; si en cambio no lo son, la Cámara de Diputados no puede adentrarse en su actividad. Esta comisión surge del cuestionamiento público de la labor de los notarios. Más adelante comentaremos las conclusiones a las que llega esta comisión investigadora (luego que concluir que sí cabe la fiscalización de la Cámara).

El informe de la Biblioteca del Congreso recorre parte de la legislación y de la jurisprudencia disponible, sin detenerse en la estructura misma del notariado. Las conclusiones que traza, sin embargo, no son del todo claras:

“La naturaleza jurídica de los notarios: mayoritariamente son calificados como funcionarios públicos parte del Poder Judicial. (...) Cabe hacer presente que la doctrina nacional conocida no se pronuncia, particularmente, sobre si los notarios pueden ser citados por las Comisiones Investigadoras en atención a su calidad de servidores públicos.”⁶⁷

La responsabilidad del notario

El carácter de la responsabilidad por la que responde el notario ha sido abordado, aunque no muy hondamente, por la doctrina civilista nacional.

⁶⁷ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, Área de Asesorías Parlamentarias, “Atribuciones de fiscalización de la Cámara de Diputados, concepto de funcionario público, y naturaleza jurídica de los notarios públicos”, de fecha 21/01/2014, pp. 7-9.

En primer lugar, cabe señalar que las actuaciones de los notarios no activan la Responsabilidad del Estado. Ni aquella del Estado-Juez (cuya reglamentación se circunscribe sólo al juez adjudicador, y no se puede expandir en caso alguno a cubrir a los notarios), ni aquella responsabilidad extracontractual del Estado-Administrador. En su Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Enrique Barros se refiere al particular y descarta esta responsabilidad estatal precisamente atendiendo a la estructura particular de la notaría, en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):

“Tratándose de funciones públicas que son ejercidas privadamente, con independencia de la organización jerárquica del Estado (notarios, conservadores de bienes raíces, martilleros), no se cumple el presupuesto para que su actuación comprometa la responsabilidad pública, porque no se satisface el requisito de que el daño pueda ser atribuido a la administración, como es la inserción del agente de daño en una organización.”⁶⁸

Luego, está la pregunta por si la responsabilidad aplicable al notario es, por regla general, contractual o extracontractual. No hay a este respecto respuesta inequívoca en la doctrina. Abeliuk, por su parte, considera que el régimen general es extracontractual:

“la responsabilidad de los notarios, conservadores de bienes raíces y otros funcionarios públicos que requieren título profesional y cobran derechos a quienes requieren sus servicios, es extra contractual; la forma especial de remuneración no quita la calidad de función pública a sus servicios, y no basta para darles categoría contractual”⁶⁹

Pizarro Wilson, por su parte, plantea que la responsabilidad del notario es de tipo contractual⁷⁰, y su argumento está puesto precisamente en la estructura del encuentro entre notario y quien solicita su servicio (el subrayado es nuestro):

“El cliente manifiesta una voluntad destinada a que le presten un servicio, cuyo monopolio está previsto en la ley para la función notarial, pero eso no oculta el carácter contractual del acto. Si bien el notario no puede rechazar la prestación del servicio, eso tampoco nubla la naturaleza contractual, siendo nada más otro contrato de naturaleza forzosa en cuanto al sujeto con quien corresponde contratar.”⁷¹

⁶⁸ Barros Bourie, Enrique (2006). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p 500.

⁶⁹ Abeliuk, René (2003, 4° edición). Las Obligaciones, Tomo. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 827.

⁷⁰ Reconociendo excepciones en que se la puede considerar extracontractual: la responsabilidad civil que es accesoria a la responsabilidad penal, y el “daño por rebote” (Pizarro Wilson, 2011)

⁷¹ Pizarro Wilson (2011), p. 145.

Es concordante con esta posición que la regulación de aranceles sea, por un lado, *relativa*, pues se regula precios máximos, no fijos, por tanto, siempre se puede cobrar por debajo de tal precio, y por otro lado, *parcial*, pues se refiere a las diligencias más comunes (testamentos, protocolizaciones, entre otros) y siempre deja espacio a la fijación de un precio convencional para otras diligencias.

La postura de Abeliuk presenta, a nuestro juicio, una argumentación algo superficial: son funcionarios y por tanto el régimen de responsabilidad es extracontractual. No cuestiona la premisa de que sean o no funcionarios. Pizarro Wilson, lo mismo que Barros, evalúan la estructura de la notaría, las características del notario y analizan el marco normativo desde esa perspectiva. Esta segunda forma de abordar el asunto coincide con el propósito de esta investigación. Barros es claro en decir que se trata de “una función pública ejercida privadamente”. Pizarro Wilson se compromete con señalar que entre notario y quien solicita su servicio hay una relación contractual.

Como se aprecia, entonces, hay amplia controversia respecto a la naturaleza jurídica del notario. Así es evidente en lo que prescriben leyes y estatutos vigentes, en lo dicho por la doctrina y por la jurisprudencia administrativa, judicial y, constitucional.

Hay una serie de interpretaciones, a nuestro juicio livianas, que señalan que los notarios son funcionarios públicos, por cuanto son auxiliares de la administración de justicia y ejercen una labor pública. Se les reconoce, desde luego, un estatuto jurídico especial, pero se les considera de todos modos funcionarios públicos. Un argumento como el anterior es, en nuestro parecer, una lectura superficial del diseño jurídico ante el cual estamos, que termina por concluir que los notarios son funcionarios porque la ley los coloca en el Poder Judicial. En definitiva, el notario sería un funcionario porque “lo dice la ley”, aún cuando esa misma ley, y también otras leyes, le asignan características ajenas a las de un funcionario público.

¿Qué justifica que los notarios pertenezcan al Poder Judicial? Probablemente la razón más poderosa se relaciona con el rol del notario en la evitación de litigios

innecesarios (por el valor probatorio de la escritura pública) o la agilización de litigios necesarios (juicios ejecutivos para los cuales se tiene listo ya el título). Es una función que colabora con la jurisdiccional. ¿Pero basta eso para situarla por tanto en el Poder Judicial? El Registro Civil también certifica circunstancias claves ante los tribunales de Justicia, pero es en cambio parte de la Administración del Estado como servicio público. Entonces, estando de acuerdo con que los notarios pertenecen al Poder Judicial, cabe la pregunta de ¿por qué es eso así? Las razones no son claras y no hay una respuesta concluyente.

La propia doctrina (en vocería del gremio de los notarios), ha sido en ocasiones asombrosamente torpe para referirse a la locación de los notarios en el Poder Judicial:

“...En el legislativo no era posible por la naturaleza tan diferente de la función.

En el Ejecutivo tampoco se veía alguna relación lógica, especialmente si se trata de un funcionario independiente.

No quedaba entonces otro lugar que ubicarlo dentro del Poder Judicial. Y se aprovechó la estructura institucional de este Poder del Estado.”⁷²

Como veremos con detalle más adelante, la misma Corte Suprema tiene serias dudas sobre la pertinencia de ubicar a los notarios en el Poder Judicial y de hecho, en el año 2015, hace presente a las autoridades políticas y legislativas que considera oportuno encabezar una reforma legal que excluya a los Conservadores y Notarios de entre los auxiliares de la administración de justicia. En el mismo sentido se han expresado algunos proyectos de ley.

Una interpretación obtusa que se agote en “lo que dice la ley” y renuncie a explorar su lógica jurídica no nos es útil, porque carece de valor argumentativo, es improbable en sus propios términos, y desatiende la realidad jurídica: que el notario tiene un estatuto complejo que, vista su caracterización y bajo un análisis funcional, no es el de un funcionario público. Por mucho que la labor notarial sea fundamentalmente pública. Hay entonces un desajuste entre el carácter de la función y los medios de su provisión.

⁷² Vidal Domínguez (2015), pp. 72-73.

También hay, en esa dirección, interpretaciones críticas que coinciden con el sentido de esta investigación. Ponen en duda tal calidad de funcionario público del notario. Estas nociones están presentes en la reflexión jurídica, sobre todo la más actual. En definitiva, se trata de un debate abierto, que continúa vigente y que en la actualidad da señales de abordarse con un espíritu sensible a la lógica de las normas e instituciones, no bastando la mera lectura del texto de la ley.

El notario no es un funcionario público

En síntesis, consideramos que el notario chileno no es un funcionario público en sentido estricto. Es un sujeto privado que ha sido nombrado por el Estado para desempeñar una labor que tiene una significación pública (que existe, precisamente, en virtud de la ley), pero que despliega económicamente casi como un privado más, salvo que –a diferencia del privado- tiene una clientela prácticamente asegurada, la confianza de que podrá desempeñarse como notario hasta los 75 años de vida o hasta su muerte, y pocos incentivos para entregar mejor calidad o gestionar un mejor despacho. Los notarios son entonces profesionales que gozan de un privilegio otorgado por el Estado. Es cierto que la ley los ha colocado bajo la vigilancia del Poder Judicial, pero esto no alcanza a trastocar su naturaleza de profesional privado.

¿Por qué, en todo caso, nos preguntamos tanto por la naturaleza jurídica del notario? Tal inquietud, si fuera sólo retórica, no tendría interés para esta investigación. Los diversos actores que han buscado responder a esta pregunta lo han hecho para resolver situaciones concretas. Así se lo preguntó la Contraloría para descartar que los notarios pudieran beneficiarse de bonificaciones del sector privado, tal como el Tribunal Constitucional se preguntaba por una inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la sentencia de una Corte, y como la jurisdicción laboral se preguntaba si tenían o no derecho a indemnización los empleados de las notarías. En el caso de esta investigación, la pregunta por la naturaleza del notario y de la notaría cobra sentido en la medida que nos permite explorar la racionalidad interna y de sistema jurídico tras nuestro diseño notarial.

2. Racionalidad del diseño institucional

A. Fe pública y certeza jurídica- la prueba preconstituida, la evitación del litigio innecesario, la agilidad del litigio necesario

El objetivo fundamental de nuestro modelo notarial es el resguardo de la certeza jurídica. Lo anterior es útil tanto para la marcha ordinaria de los negocios, por la confianza puesta sobre el funcionamiento del sistema jurídico (en este sentido, es especialmente relevante la prueba preconstituida y la calidad de título ejecutivo de las escrituras públicas, y como tales habilitan para comenzar el juicio ejecutivo), como es importante también para la evitación de litigios innecesarios. Es decir, la intervención notarial zanja y evita disputas, y es la ley la que le otorga tal poder.

Desde esa perspectiva es que analizaremos el marco jurídico de la notaría, que antes describimos en detalle. ¿Pueden las características de la notaría chilena imputarse como funcionales al objetivo primordial de certeza jurídica? Ahora intentaremos deconstruir los objetivos del diseño institucional que eligió el legislador. Haremos una evaluación “en principio” del diseño, aunque en todo caso ya hemos advertido algunas características que llaman la atención. Es una evaluación “en principio”, en abstracto, porque se trata explorar la racionalidad jurídica de este diseño en sus propios términos, sin hacer todavía juicios sobre si sus fundamentos se sostienen o si operan efectivamente sus supuestos. Más adelante sí cuestionaremos esta racionalidad legislativa, pero para eso lo mejor es aclarar cuáles son las razones de un modelo así.

Para realizar el análisis funcional que nos hemos propuesto, evaluaremos los rasgos fundamentales del marco jurídico, mirando sus beneficios y costos, cuales el legislador sopesó juzgando que eran más los beneficios que los costos involucrados, optando así por este modelo notarial. Más adelante nos preguntaremos si ese ejercicio de sopesar fue hecho adecuadamente, si fueron algunos beneficios sobreponderados o algunos costos subvalorados, y en definitiva si se sostiene la inequación planteada.

En nuestro ordenamiento la notaría se trata, en definitiva, de una actividad económica privada, regulada en ciertos aspectos, en atención a la labor de significación

pública de que se trata. Agruparemos las características de la notaría chilena bajo tres ítems, que son una concreción de la intención del legislador de buscar la certeza jurídica bajo el diseño normativo vigente. El primero es la cobertura de la notaría: el régimen chileno contempla un mínimo determinado por la ley (una notaría en cada territorio correspondiente a un juzgado de letras), un adicional determinado prudencialmente, en un mecanismo que involucra a las Cortes de Apelaciones respectivas y al poder ejecutivo. El segundo aspecto es el carácter de negocio privado que el legislador le ha entregado a la notaría, y la consecuente austeridad regulatoria a su respecto. Por último, nos referiremos a la elección de sujetos idóneos para desempeñar el cargo de notario, y las variadas normas que detallan este propósito.

B. Cobertura. Mínimo legal, adicional prudencial

Decíamos antes que el C.O.T. se encarga de regular la cobertura de las notarías en el territorio nacional. El mínimo es una notaría por cada juzgado de letras (artículo 400, inciso primero)^{73,74}. Por encima de ese mínimo, la ley contempla un mecanismo de creación de más notarías: el Presidente de la República las crea mediante decreto, previo informe favorable de la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 400, inciso segundo). Este informe se refiere a la necesidad y utilidad de la creación de una nueva notaría en su respectivo territorio, para lo cual toma en cuenta criterios tales como son la población que sería beneficiada, la actividad económica del sector, la distancia que la separa de la notaría más cercana.

La cobertura de las notarías en el territorio nacional está entonces regulada por la ley, que contempla mecanismos de adecuación de la cobertura en atención a las necesidades de la población, habilitando al Ejecutivo a crear más con el acuerdo de la Corte respectiva. Actualmente hay 327 cargos de notario designados (un porcentaje de los cuales también son conservadores y archiveros). De estos, 53% corresponden a notarías de primera categoría (asiento de Corte), 22% a notarías de segunda categoría

⁷³ Los juzgados de letras son creados por ley. Hay uno por cada comuna o conjunto de comunas según el detalle de los artículos 28 y siguientes del C.O.T.

⁷⁴ En todo caso, cabe recordar que en aquellas comunas en que no hay notarios, el oficial del Registro Civil puede desempeñar ciertas funciones del notario.

(capital de provincia), y 25% a notarías de tercera categoría (comuna o agrupación de comunas).

En tal sentido, el año 2017 la opinión pública y los medios de comunicación y dieron amplia cobertura a la iniciativa de creación de notarías del gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, llevada adelante por su ministro de justicia, Jaime Campos. Como ya señalamos, la controversia que suscitó dio pie a una discusión pública sobre el sistema notarial y la distribución de las notarías en la cual diversos actores ofrecieron su opinión. Este intento de ampliación de oferta de notarías comenzó por un plan de estudio de la cobertura vigente, para efectos de evaluar la creación de nuevas notarías. Para ello solicitó a cada Corte de Apelaciones informes sobre la materia. En el decreto exento número 1515 ya citado, del Ministerio de Justicia, Crea, separa, fusiona y numera los cargos de notarios, conservadores, archiveros y receptores judiciales, se decretó la creación de más de cien nuevas notarías en el territorio nacional, adicionales a las 327 notarías existentes con anterioridad.

Es interesante escuchar las declaraciones del Ministro Campos, en entrevista televisiva. Su planteamiento más que nada reproduce lo que prescribe el Código Orgánico (el subrayado es nuestro):

“¿Cuál es el criterio que utilizan las Cortes para proponer? (...) No es un criterio arbitrario: se basan única y exclusivamente en la carga de trabajo que tienen los actuales notarios y conservadores (...) puesto que son los ministros de Corte quienes visitan las notarías y conservadores regularmente. (...) Llega ese informe al Ministerio de Justicia, éste tiene presentes tres elementos, tres consideraciones: primero, población de la jurisdicción o comunas; segundo, actividad económica de esa zona a partir de la información oficial del Instituto Nacional de Estadísticas; tercero, consideraciones geográficas o distancias entre un oficio y otro. Lo que a mí me interesa, lo que a todos debiera interesarnos, es que la ciudadanía tenga acceso a este servicio, y hay muchas comunas especialmente en regiones⁷⁵, que no cuentan con notarías. Y por último, a veces también hay consideraciones geo-políticas para la creación de notarías. Por ejemplo, cuando se creó la notaría de Juan Fernández, de Isla de Pascua, y eventualmente si resuelvo crear la notaría de Cabo de Hornos...”⁷⁶

⁷⁵ Esto es, regiones distintas a la Región Metropolitana de Santiago.

⁷⁶ Jaime Campos en entrevista en Canal 24 horas, 27/07/17: <http://www.24horas.cl/nacional/ministro-de-justicia-anuncia-creacion-de-notarias-para-enfrentar-problemas-de-competitividad-2460489> (última consulta el 22/01/2019)

¿Qué busca entonces nuestro sistema notarial en términos de cobertura? A través de una regulación mixta, busca una cobertura adecuada que otorgue a los ciudadanos acceso a las notarías. Pese a que las notarías son, en estructura, un “negocio privado”, la entrada a tal mercado está determinada por una decisión del Estado, tanto en cuanto a la creación de notarías como al nombramiento del cargo de notario. Por ello, una regulación como la vigente es una alternativa tanto a la espontaneidad con la que oficios de notario pudieran aparecer si la actividad fuese totalmente libre, como también a la provisión notarial mediante un servicio público estatal. Dónde está nuestro sistema en relación a esos dos sistemas “puros” (oficio libre y servicio público) es lo que interesa.

Para pensar en lo que significa una regulación de cobertura como esta, es útil pensar cuáles eran las alternativas de diseño por las cuales el legislador pudo haber optado. Por un lado, decíamos, la cobertura podría haber sido dejada libremente a la decisión de privados que quisieran ejercer el oficio de notario, y así a la espontaneidad del mercado (si se nombrara solamente notarios en abstracto, y no se crearan notarías a las cuales se les asignara un notario). Esto es similar al modelo de los Estados Unidos. Así, se instalarían notarías de acuerdo a las proyecciones que cada notario hiciera de la rentabilidad que podrían tener. Por otro lado, la cobertura podría haber sido la de un servicio público, determinada por la ley y actos administrativos, que buscara una presencia más consolidada en el territorio nacional, como ocurre por ejemplo con las oficinas de Registro Civil, Correos de Chile, entre otros. En definitiva, nuestro legislador optó por regular la cobertura mediante el mecanismo particular que dicta la ley, desechando así tanto la aparición espontánea de notarías como la provisión de un servicio público.

Beneficios

Una cobertura adecuada

Adecuada distribución, no concentración

Se busca que la provisión de un servicio relevante para las personas sea adecuada, no dejado al mero mercado, el cual por sí solo no lo distribuiría

apropiadamente. Redundaría en sobreoferta en algunos lugares y suboferta en otros. Todas las notarías querrían instalarse en aquellos sectores en que es más lucrativo hacerlo, mientras que ninguna en aquellos en que lo es menos. Así, la regulación busca que no haya concentración de notarías y que éstas se distribuyan adecuadamente en el territorio nacional.

Resumimos esta variable como “D”, de “distribución”.

Sensibilidad

La regulación de la cobertura se basa en contar con una institucionalidad sensible a las necesidades de servicios notariales, esto es, capaz de apreciar auténticamente la oportunidad de la creación de una nueva notaría. Se trata de la toma de una decisión en forma informada, oportuna y contextual. ¿Qué significa esto? Que se cuente con todos los antecedentes relevantes; que la decisión llegue a tiempo (y no, por ejemplo, cuando la actividad esté tan sobreexigida que las notarías no puedan ya funcionar); que sean audibles consideraciones que a simple vista no resultan relevantes, tales como proyecciones económicas, demográficas, criterios geopolíticos, entre otros. Es decir, que los canales institucionales se alerten ante la falta de notarías (o la sobra de ellas, aunque rara vez es el caso), y que perciban la variedad de factores en juego.

En este propósito, el papel más importante le corresponde a las respectivas Cortes de Apelaciones. Ordinariamente, son la sede de control de la labor notarial, por lo tanto tienen los más detallados antecedentes sobre funcionamiento, virtudes y necesidades que tienen los oficios en sus respectivos territorios. Además, realizan informes sobre la oportunidad o no de crear nuevas notarías, cuántas y dónde situarlas. Esta evaluación es el fundamento de la decisión del Ejecutivo en la creación de nuevas oficinas. Sin su favorabilidad, no cursa la decisión. Adicional a la sensibilidad que buscan recoger las Cortes, también hay una sensibilidad en la decisión del Ejecutivo, que tiene margen para actuar en atención a estas consideraciones diversas a las que nos referíamos. La interacción de ambos poderes busca identificar del modo más fidedigno posible, y atendiendo a la multiplicidad de criterios involucrados, la necesidad por instalación de nuevos oficios.

Resumimos esta variable como “S”, de “sensibilidad”.

Objetividad para la creación de notarías

La intervención de dos poderes del Estado y eventualmente también de la Contraloría, busca garantizar el apego a la ley y la objetividad en la decisión de distribución de oficios. Esto significa que asegure que la creación de notarías responde al bien común y no a intereses particulares espuriamente infiltrados en las decisiones de la autoridad. Funciona como un mecanismo de varios filtros que evalúan la oportunidad de la decisión, al mismo tiempo que se evita que la decisión recaiga en pocas manos, lo cual podría facilitar el tráfico de influencias o la distorsión de las decisiones en favor de intereses particulares, por ejemplo de los mismos notarios, que pueden actuar en defensa o promoción de sus fines personales o gremiales. Se busca identificar la auténtica necesidad nacional en cuanto al servicio notarial. En el contexto de las críticas planteadas por la Asociación de notarios frente al anuncio de creación de nuevas notarías en 2017, el Ministro Campos señala (el subrayado es nuestro):

“Es evidente que en esta materia los intereses de la ciudadanía no son los mismos intereses de los notarios. Y, con el debido respeto, mi deber como Ministro de Justicia es velar por el interés de la ciudadanía, por el bien común, y no por los intereses de quienes hoy están desempeñando ese oficio.”

Decíamos al comienzo que la Ley del 25 ventoso francesa fue un hito relevante, pues termina con la venta, subasta y arriendo del oficio de notario, muy abundante, a mal traer y desprestigiado. A partir de esta nueva ley, la función queda en manos del notario por una delegación del Estado. Así (el subrayado es nuestro),

“las leyes imponen la necesidad que sea el Estado quien invista y designe a los notarios, los cuales ocuparán las plazas que este cree de acuerdo a las reales necesidades de la comunidad”⁷⁷

Los beneficios de tal regulación pueden ser resumidos como una cobertura adecuada a las necesidades de la población, que le permita a los usuarios buen acceso: el aseguramiento de una cobertura mínima, la prescrita por el legislador, y una cobertura adicional determinada por un mecanismo que considera las necesidades concretas de

⁷⁷ Vidal Domínguez (2015), p. 547.

cada territorio, proceso en el que dialogan el Poder Judicial y el Ejecutivo, y en el que tienen lugar consideraciones diversas, sin mandar la ley rigidez en esta evaluación, de modo que haya sensibilidad institucional suficiente para evaluar si hace falta o no crear nuevas notarías, en el marco de un procedimiento que busca promover el interés y la necesidad nacional.

Resumimos esta variable como “OC”, de “objetividad en la creación” de notarías.

Fiscalización adecuada

La cobertura de los oficios de notarías, regulados como hemos señalado, es lo que se conoce como un modelo “*numerus clausus*”, en referencia a la decisión de la autoridad de mantener un número determinado de notarías (en oposición al modelo de “*numerus apertus*”, sin restricciones). Tener un conjunto acotado de notarías públicas permite que su control y fiscalización sea real y no una fantasía (el subrayado es nuestro):

“...el necesario y adecuado buen cumplimiento de determinadas funciones públicas, por su importancia, exige que quienes puedan acceder a ellas constituyan un número limitado y responsable, de tal forma que el Estado, delegatario en ellos de facultades que le son propias, pueda ejercerles un control o fiscalización real y eficiente con miras a evitar desborden que afecten la naturaleza propia de la función.”⁷⁸

Resumimos esta variable como “CapF”, de “capacidad de fiscalización”.

A la *cobertura*, en general, le daremos el nombre “C” como variable. Comprende entonces las variables ya desglosadas (“D” de distribución, “S” de sensibilidad, “OC” de objetividad en la creación, “CapF” de capacidad de fiscalización”).

⁷⁸ Íbid, p. 544.

Costos

El diseño, sin embargo, también tiene perjuicios o costos, que en todo caso a ojos del legislador fueron menos significativos que los beneficios.

¿Pérdidas comerciales? No

Respecto de lo que hubiese sido un modelo “de libre mercado”, que la cobertura de las notarías esté determinada por el mecanismo de la ley vigente importa un costo en términos de que probablemente se deja de explotar un mercado altamente lucrativo ahí donde las señales del mercado dicen que se necesita, así como a la inversa, se trabaja por debajo de las ganancias posibles cuando se instala una notaría en un lugar comparativamente menos atractivo en términos de ganancias. En esos términos, podríamos decir que hay un lucro cesante producto de la regulación. Cabe preguntarse, en todo caso, si estos “costos” cabe imputarlos a un diseño como el vigente, toda vez que la pérdida de ganancias se relaciona con cada notario particular y no con el sistema en general. Los beneficios y costos de cada característica de la institución que estudiamos son evaluados en atención a su propósito: dijimos que el de las notarías es la protección de la certeza jurídica. El lucro privado que se deja de percibir producto de la presente regulación no es un costo imputable a ella, porque el lucro de los notarios no es uno de los objetivos del legislador⁷⁹, al menos en esta primera evaluación “en principio” que hacemos del diseño que ha modelado. En ese sentido, descartamos este como un costo de la regulación.

⁷⁹ Podría extremarse el argumento y decir que esta regulación constriñe tanto a la actividad notarial que en el largo plazo terminará por ahogarla, en el sentido de limitar tanto su potencial comercial que ésta se torne un negocio poco rentable y atractivo, y que por tanto la institución cayera paulatinamente en desgracia, ya no hubiese abogados que desearan ser notarios, y así. En nuestra opinión, exagerar el argumento hasta tal punto, lo torna inverosímil. Que la decisión por la creación de notarías sea estatal no la torna arbitraria ni antojadiza. El Estado decide una cobertura en atención a las necesidades de la población, lo cual se relaciona –si bien no exclusiva ni directamente- con la rentabilidad privada que tendrá la instalación de la notaría.

C. Modelo privado. Las notarías como oficinas privadas. Regulación mínima.

Al describir el marco jurídico decíamos que pese a que el notariado compromete una labor de significación pública, relativa a la fe pública y la certeza jurídica, las notarías están diseñadas como una institución privada, con algunos aspectos regulados.

Esta regulación está constituida, en lo esencial, por las siguientes notas: su apertura y nombramiento son potestad estatal; deben permanecer abiertas una determinada jornada semanal; en un territorio determinado por el decreto correspondiente; y, por último, sobre los notarios recae la vigilancia del Poder Judicial y se han establecido sus aranceles máximos. Tal es la participación de la autoridad en la regulación, en lo orgánico, de las notarías.

Además de tales aspectos de estructura, también está regulada la marcha cotidiana de la notaría. En este ámbito es donde se hace patente que, luego de nombrado el notario, el Estado casi desaparece. Los notarios no son funcionarios públicos realmente, ni es la notaría un servicio público. Los notarios cobran aranceles y no un sueldo fiscal. Para ello necesitan una patente profesional otorgada por el respectivo municipio. Tributan asimilados a los profesionales liberales en la 2ª categoría de renta. Sus trabajadores se rigen por el Código del Trabajo. Los gastos, las inversiones y la gestión general de las notarías están a cargo exclusivo del notario. No hay una red de notarías ni un registro integrado de su labor de fe pública. No cabe responsabilidad del Estado respecto de lo que pueda ocurrir en una notaría.

Sí están reguladas las solemnidades que debe contener la escritura pública y la forma de protocolizar documentos. También, las condiciones técnicas del almacenaje a las que ya nos hemos referido, reguladas en el C.O.T. Aún con eso, en nuestro planteamiento, como ya señalamos, la regulación de la notaría como despacho es una regulación mínima⁸⁰.

⁸⁰ Más adelante, en todo caso, nos preguntaremos si esta regulación es respetada en la práctica notarial. Por ahora, las tendremos por ciertas, para analizar el diseño propuesto por el legislador.

Esta opinión no es neutral, sin embargo. Considerar que las notarías están subreguladas o sobrerreguladas depende de si se las juzga con el criterio de un servicio público o bien de un oferente de mercado. En esa segunda línea se ubica el citado informe de la F.N.E., que plantea que en cuanto a la conducta del notario y a la forma de provisión de su servicio, hay una regulación “muy restrictiva (...) muy detallada”⁸¹ que obstaculiza la competencia.⁸² En esa línea, se considera que esta regulación impide la innovación tecnológica respecto a la gestión notarial. Sin desconocer lo anacrónica que parece esta regulación (cada cuántas páginas se debe empastar, por ejemplo), y lo conveniente que sería avanzar en tecnología y en la digitalización de esta labor, creemos que hablar de rigidez regulatoria no va en reparar en las ritualidades que la ley exige para ciertos trámites, que por muy tediosas que resulten, no pasan de lo anecdótico y no se refieren a lo orgánico del diseño notarial (perfectamente podría innovarse en tecnología, como nos parece conveniente, sin que ello implicara alterar la institución en lo estructural). En el mismo sentido, el estudio de la F.N.E. es crítico de la regulación sobre la organización de la conducta comercial de los notarios, la cual

“Se relaciona con la forma en que se determinan los precios y cómo se organiza jurídica y tributariamente el negocio. (...) se encuentra fuertemente restringida, puesto que [el notario] sólo puede realizar sus labores de manera personal y dentro del territorio asignado.”⁸³

En ese aspecto, el estudio considera un obstáculo el que la regulación que impida que los notarios se puedan organizar como personas jurídicas y que mande que su oficio esté restringido a límites territoriales.

En definitiva, *importa* desde dónde juzgamos el funcionamiento de la notaría, si como un oficio público que se encarga a un privado o bien un empleo ahogado en ataduras burocráticas. Nos parece que la Fiscalía concluye esto último precisamente

⁸¹ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017). Santiago, julio de 2018. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe-Final-optimizado.pdf> (última consulta el 21/10/2018), p. 10.

⁸² A este respecto, es bueno referirse al marco teórico y conceptual desde el que se despliega el estudio de la F.N.E., cuya doctrina de cabecera es la desarrollada por el profesor Doctor Roger Van den Bergh, profesor de Análisis Económico del Derecho en la Erasmus University en Rotterdam, de acuerdo a su bibliografía. Es interesante su análisis de la certeza jurídica como una externalidad positiva de la labor notarial. Ver: Van den Bergh, Roger (2006). Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession- a Law and Economics Approach. Erasmus Competition and Regulation institute (ECRI).

⁸³ *Íbid*

porque piensa en las notarías como una institución privada *en principio*, porque piensa que lo natural es considerarla desplegándose en un mercado, y por tanto, la regulación que se haga de ella debe ser la menor posible de modo que la competencia empuje tal mercado hacia mejores precios y mejores servicios. No compartimos este marco conceptual para abordar el análisis de las notarías, sin perjuicio de que la recopilación de evidencia empírica realizada por la F.N.E. en su estudio es un aporte, por cuanto demuestra que las notarías no compiten (y esa demostración es útil al margen de la pregunta por si debieran ser sujetos de competencia o no).

El punto que quisiéramos hacer no es, en todo caso, que esta “no neutralidad” - que en voz de la F.N.E. aborda a la notaría como una empresa (sobreregulada y, por tanto, atochada burocráticamente)-, tenga como contraparte otra “no neutralidad” consistente en analizar a la notaría como una institución de naturaleza pública. No se trata de dos marcos conceptuales idénticamente válidos, sólo que contradictorios, entre los cuales se pudiera elegir sin posteriores implicancias. La segunda perspectiva –aquella que se pregunta por lo adecuado o no que resulta el diseño de la notaría chilena en función de su naturaleza pública- no es un “sesgo”, sino que corresponde a los fines que la misma institución hace propios. Una crítica a la notaría “desde lo privado” es ajena a su naturaleza.

En síntesis, la notaría en su *funcionamiento* es una empresa regida por un marco regulatorio austero que entrega al notario por completo las decisiones sobre la marcha del despacho. Son las condiciones de arranque las que están determinadas por la autoridad: la creación de la notaría y quién la servirá. Luego de ello, sin embargo, la notaría funciona como una oficina privada.

¿Cuál es el propósito del legislador en diseñar así? El Estado coloca el notariado en manos privadas, en el entendido que aquello genera más seguridad en la custodia de la certeza jurídica, así como otorga libertad de emprendimiento para hacer de la notaría un negocio eficiente.

Que el notario sea un sujeto privado (nombrado por el Estado en atención a sus condiciones, eso sí) es una característica presente en los antecedentes legislativos del

marco jurídico actual. Es cierto que en épocas pasadas no es tan clara la distinción entre un funcionario público y un sujeto que ejerce una labor por elección o en nombre de la autoridad (típicamente, un Rey), pero más adelante en la historia jurídica, cuando ya el Estado, su servicio civil y sus funcionarios públicos son plenamente reconocibles, es clara la calidad de privado del notario. ¿Por qué una labor de evidente significación pública se entrega en manos de un privado? Más allá de la tradición jurídica que rastrea esta identidad en las leyes coloniales y más atrás, nos interesa preguntarnos por los motivos sustantivos para defender que las notarías no sean oficinas públicas y los notarios no sean funcionarios.

Beneficios

Independencia

Hay en primer lugar una desconfianza hacia el Estado que hace preferible poner el notariado en manos privadas. En esta idea, que ya fue desarrollada hace algunos apartados, el aparato público es visto como susceptible de ser capturado por los gobiernos de turno y sufrir los vicios asociados a la burocracia. Colocar al notariado en manos privadas lo cuidaría de las turbulencias políticas contingentes y de los vaivenes que no deben perjudicar una labor de custodia de la fe pública, resguardando la confianza nacional por sobre conflictos pasajeros. La consolidación de esta confianza depende de que la tarea notarial esté puesta en manos de sujetos idóneos para desempeñarla (sobre esto último nos detendremos un poco más adelante). Así, volvemos a citar a Díaz Mieres, notario chileno:

“Los pueblos podrán reemplazar sus gobiernos, sus sistemas políticos y económicos. Guerras o revoluciones podrán cambiar todo el régimen y substituirlo por otro distinto. Pero siempre será indispensable que un hombre imparcial, de moralidad intachable, idóneo y de confianza para todos, invista el ministerio de la fe pública, por delegación de la soberanía nacional, y sirva de árbitro neutral entre las partes, con el alto designio de precaver conflictos, armonizar y conferir plena seguridad a las convenciones./ Este hombre es el Notario.”⁸⁴

⁸⁴ Díaz Mieres (1971). Introducción (sin numeración).

En el mismo sentido, volvemos a reproducir la referencia a Bernardino Bravo:

“En cuanto el escribano o notario nunca ha sido un funcionario público, se ha evitado que las escribanías o notarías fueran absorbidas por el Estado y transformadas en oficinas estatales, con la cual habría corrido serio peligro la independencia de los ministros de fe pública respecto del gobierno. Basta pensar lo que habría significado una subordinación administrativa de los escribanos o notarios a un ministerio, para comprender que la fe pública se habría visto en tal caso seriamente amargada.

... Tampoco los jueces podrían convertirse en funcionarios. [...] Ni la jurisdicción ni la fe pública están seguras en manos de funcionarios, cuya naturaleza consiste precisamente en obrar bajo dependencia disciplinaria de un superior jerárquico.”⁸⁵

En nuestra opinión, tal desconfianza hacia el funcionario público que tiene el legislador no parece estar debidamente fundamentada. Existe una asociación de dos aspectos que no tienen relación necesaria: la búsqueda de un sujeto idóneo con la exigencia de que éste sea un privado. Que el legislador quiera asegurar la mejor aptitud en quien se desempeñe como notario no se contradice con que éste sea un servidor público, ni requiere que éste sea un sujeto privado. En efecto, en el sector público, nuestra legislación ha creado mecanismos de selección y nombramiento de alto estándar. Desarrollaremos este punto más adelante.

En todo caso, sí hay un elemento de consistencia legislativa que justifica que el notario sea un privado. La notaría como institución está pensada como privada. En esa medida, lo coherente es que el notario también sea un privado (y no un funcionario público, cuya oficina es naturalmente el servicio público).

Esta noción del legislador y de la doctrina respecto de la independencia y confianza que se deposita en el notario como profesional independiente, contrasta con aquella idea que el gremio mismo tiene respecto del particular, postura que casi explícitamente condiciona el rigor de la fe pública que puedan otorgar a las condiciones lucrativas que tenga el oficio:

“Es necesario evitar poner en riesgo la dación de la fe pública (...) cualquier situación que pueda generar un desequilibrio es un riesgo para la dación de la fe pública, valor jurídico que debe ser resguardado por su trascendencia social, jurídica y económica.

⁸⁵ Bravo (1978), p. 72.

Para evitar ese riesgo es imperativo saber exactamente cuáles serán las posibilidades de autosustentación del oficio, pues de ello depende la rigurosidad en la dación de la fe pública.”⁸⁶

Resumimos esta variable como “I”, de “independencia”.

Negocio competitivo, mejor servicio

Una segunda consideración fluye de esta desconfianza al Estado o preferencia por un modelo privado. Es darle a la notaría la estructura de un “negocio privado”, en una dimensión financiera, comercial y de gestión. Ya decíamos que el funcionamiento de la notaría es casi el de una oficina privada. ¿Por qué le pareció mejor esto al legislador? En su idea, que las notarías sean despachos privados permitirá que estas se desarrollen mejor en términos de mercado: teniendo libertad de decisión comercial, competirán unas con otras, y así, elegirán el mejor lugar de la comuna para instalarse, generarán el mejor modelo de gestión para su negocio, promoverán mejoras en la calidad del servicio, ofrecerán precios más bajos para los clientes/usuarios. Serán un negocio eficiente, mejorando dinámicamente en virtud de la competencia: si una notaría no es buena, la demanda la castigará e irá a dar a otra notaría, y así. El Presidente de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros así lo considera, cuando señala ante la Comisión Investigadora de la Cámara que “es la propia ciudadanía la que da cuenta de su confianza en este servicio.”⁸⁷ Tendremos entonces notarías competitivas, entregando un servicio de buena calidad y bajos precios a las personas. En ese sentido, al Estado no le cabe un rol de proveedor de este servicio, ni siquiera de promotor, sino de fijación del esquema mínimo: puesta de barreras de entrada al negocio (determina la cobertura de las notarías y nombra a los notarios), de austera regulación de la actividad misma (sólo fija precios máximos, para el evento que la competencia no cumpla su labor producto de fallas de

⁸⁶ Intervención del Presidente de la Asociación de notarios, conservadores y archiveros judiciales de Chile, don Alfredo Martín, en la Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre los actos del gobierno en materia de aumento del número de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los procedimientos para llevarlo a cabo y su adecuación a las normas legales vigentes. Aprobado por la Comisión con fecha 24 de enero de 2018. Página 44. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39239&prmTIPO=INFORMECOMISION> (última consulta el 20/10/2018).

⁸⁷ Íbid

mercado), y de vigilancia (visitas, calificación y eventuales sanciones) por parte del Poder Judicial.

Resumimos esta variable como “Com”, de “competencia”.

Ahorro Fiscal

En tercer lugar, si las notarías son privadas, no generan un gasto para el Estado, ni en su funcionamiento cotidiano (no debe financiar sueldos, insumos, gastos) ni para cuando algo marcha mal y se hace valer la responsabilidad de la notaría por algún daño que le sea imputable (no hay Responsabilidad del Estado en relación a las notarías). El Estado no debe cargar con los costos económicos de sostener una red nacional de notarías. Este ahorro fiscal implica más posibilidad de gasto estatal en otras actividades beneficiosas para la sociedad.

Resumimos esta variable como “AF”, por el ahorro fiscal que implica el que las notarías no carguen sus gastos al Estado.

Costos

También, como es esperable, hay costos asociados a la regulación por la que optó nuestro legislador (escasa, en todo caso).

Vigilancia significa un gasto

En términos institucionales, la supervisión del Poder judicial sobre las notarías tiene un costo. Las visitas periódicas de los ministros, la calificación, la eventual apertura y substanciación de procedimientos de investigación y sanción, generan gastos para el Fisco y distraen otras tareas que deben cumplir sus funcionarios.

Tanto es así, que frente a la creación de nuevos oficios notariales, la propia Corte Suprema ha presentado un llamado de atención por el aumento en la carga de trabajo que esto traería como consecuencia (el caso más reciente, como se señaló con

anterioridad, es la creación de más de 100 notarías en el año 2017⁸⁸). En el mismo sentido se ha ejercido oposición a propuestas de reformas legislativas tendientes a ampliar la cobertura notarial, señalando que la institucionalidad del Poder Judicial se vería superada con creces para efectos de su labor fiscalizadora, tornando este control tan sólo una ilusión y dañando, así, la función notarial.

Resumimos esta variable como “GF”, por el gasto que genera la fiscalización.

Sistema desintegrado

Quizá el perjuicio más tangible de la colocación de esta tarea en manos privadas es tener un sistema documental desintegrado. Optar por un sistema en que cada notaría lleve su propio protocolo o registro implica que potencialmente habrá tantos protocolos como notarías. Luego estas notarías entregarán los registros al Archivero Judicial respectivo, identificando los protocolos e índices con el nombre del notario que sirvió el oficio durante el tiempo de que se trate. A veces los instrumentos otorgados son identificados sólo con el nombre del notario, otros con la numeración de la notaría, y reciben un número correlativo que sólo tiene sentido en el registro interno de tal notaría. Así, rastrear o consultar documentos, incluso de carácter público, puede ser muy complejo. De esa forma, puede haber documentos que se contradigan o se complementen los unos a otros, pero se hace extremadamente difícil hacer una cadena para rastrearlos correctamente. ¿Cómo se pueden identificar todos los documentos con validación notarial suscritos por una misma persona, o relativos a una misma propiedad, a una misma sociedad comercial?

Esta dificultad se expresa, por ejemplo, en materia testamentaria, al punto que el legislador necesitó crear el año 2003 el “Registro nacional de testamentos” a cargo del Registro Civil (Ley número 19903, Sobre el procedimiento para el otorgamiento de la

⁸⁸ Véase las declaraciones del Ministro Juica, entonces Presidente de la Corte Suprema. <https://youtu.be/cPUHt5JxhIM> (última consulta el 22/01/2019)

posesión efectiva de la herencia⁸⁹), modernizando una serie de aspectos relativos a la tramitación de las herencias testadas e intestadas.

Volveremos sobre este punto más adelante cuando nos preguntemos si el legislador ponderó adecuadamente lo costosa de esta consecuencia de su diseño normativo. El asunto es que no habiendo un único criterio ni sistema de autenticación, sino muchísimos registros, compartimentados, el sistema registral es caótico. Esta desintegración del sistema es análoga a la cobertura que no toma forma de red, a la que nos referimos anteriormente. Nuestro ordenamiento jurídico no tiene un “*sistema*” notarial en términos estrictos: ni respecto de las sedes de provisión del servicio (las notarías) ni tampoco del servicio mismo (los instrumentos).

Resumimos esta variable como “Des”, de “desintegración”.

D. Sujetos idóneos –requisitos para postular, el mecanismo de selección, la duración en el cargo hasta los 75 años

Nos referíamos antes a la desconfianza que tiene el legislador hacia el Estado, producto de la cual prefiere colocar la labor notarial en manos privadas. Ahora bien, la explicación de esta desconfianza no tiene tanto que ver con el Estado mismo sino que se arguyen razones relativas a las virtudes que debe tener el notario: debe ser un sujeto idóneo para el desempeño de esta importante tarea. A nuestro juicio, hay un salto lógico entre la búsqueda de esa idoneidad y la exigencia de que éste sea un privado, por tanto, decidimos abordar estos dos asuntos de forma separada.

El legislador tiene un especial interés en que el notario sea una persona con alta aptitud para el cargo. Así ha sido desde los más antiguos antecedentes legislativos que se pueden trazar. Este objetivo lo concreta al regular el cargo, en particular al establecer

⁸⁹ Historia de la Ley 19903: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5801/> (última consulta el 22/01/2019).

los requisitos de postulación, al regular el mecanismo de nombramiento y al establecer la duración en el cargo hasta los 75 años. Dice Vidal Domínguez:

“La estabilidad del sistema, su solvencia, y el respeto que debe sentir hacia él la comunidad toda, se obtiene a través del establecimiento de condiciones exigentes para acceder a la función y ejercerla.”⁹⁰

Los requisitos de postulación son los mismos necesarios para ser juez de letras (463 C.O.T.): tener nacionalidad chilena, poseer el título de abogado, haber ejercido como tal al menos por un año, y no caer bajo las inhabilidades (interdicción, formalización o condena penal, inhabilitación para cargos públicos, artículo 465 C.O.T., como tampoco las relativas al parentesco del artículo 260 C.O.T.) ni incompatibilidades (otros empleos públicos⁹¹) contempladas en la ley. Estas exigencias legales buscan asegurar un nivel básico de aptitud de quien postula al cargo de notario.

El mecanismo para el nombramiento de notarios, que revisamos en detalle más atrás, busca que mediante el concurso de antecedentes se elija al mejor postulante.

Beneficios

Excelencia- Concurso público elige al mejor

La ley creó un mecanismo para el nombramiento de los notarios que contempla varias etapas. Este requiere condiciones mínimas para postular. A estos requisitos de admisibilidad al concurso se suman los antecedentes particulares de cada candidato. Estos son, en el caso de quienes ya integran el escalafón secundario del Poder Judicial, sus calificaciones, anotaciones de mérito y de demérito, su hoja de vida y más antecedentes que pudiera haber. En el caso de abogados externos al Poder Judicial que concursan, son relevantes sus antecedentes académicos y profesionales.

En complemento de la ley, las Cortes han desarrollado los principios legales mediante diversos instrumentos a los que ya nos referimos: auto acordados, bases de concursos con un grado de detalle alto, buscando reducir el ámbito de discrecionalidad

⁹⁰ Vidal Domínguez (2015), p. 469.

⁹¹ En caso de que el postulante electo tuviera otro empleo público, se entiende que cesa en el antiguo empleo por el solo ministerio de la ley.

arbitraria en la formación de ternas, de modo que los criterios que guíen la propuesta del Poder Judicial sean la competencia y las aptitudes para el cargo. En ese aspecto son ejemplarmente ilustrativas las Bases específicas para concursos externos de cargos titulares del Escalafón Secundario, Serie Segunda (instrumento desarrollado en torno al acta n°184-2014, Bases generales de Concursos en el Poder Judicial).

Estas Bases contemplan un examen de admisibilidad de la postulación y luego rubrica los puntajes obtenidos por cada postulante en una diversidad de asuntos relativos a su idoneidad para el cargo: para los abogados externos, la experiencia profesional, experiencia en suplencias o interinatos como notario, estudios complementarios relativos a la materia; en el caso de postulantes internos, la experiencia, antigüedad, calificaciones, posición en categoría y estudios complementarios. Luego de ello se realiza un examen de conocimiento, en que obtienen un puntaje. En seguida otro examen de habilidades y destrezas y una última evaluación de “potencial”. La rendición de estas sucesivas evaluaciones habilita al postulante a seguir avanzando en el concurso. En definitiva, y de acuerdo al nivel de logro obtenido en cada uno de estos aspectos, los postulantes se ordenan en una “lista de preselección”, conforme a sus puntuaciones totales. Así, en principio, los postulantes quedan ordenados, con los “mejores” en las más altas posiciones.

Una vez realizada esta ordenación de los postulantes, sin embargo, nada obliga a los ministros a preferir a aquellos postulantes que están más arriba en la lista⁹². Pero en la racionalidad interna de este marco jurídico aquello no es algo negativo, pues en la determinación de la idoneidad para desempeñar el cargo de notario bien puede haber algo a lo que la rúbrica cuantificadora de aptitudes no es sensible, como sí es sensible el ministro que tendrá parte en la formación de la terna. Para eso se reserva el espacio de discrecionalidad del juez, discrecionalidad que ejerce al votar por el postulante que cree debiera integrar la terna.

⁹² La asociación gremial ha planteado la oportunidad de una reforma legal para que sólo los candidatos mejor calificados pudieran integrar la terna para optar al cargo: <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/asociacion-propone-que-solo-candidatos-mejor-evaluados-puedan-optar-al-cargo> (última consulta 22/10/2018).

Que se compite en igualdad de oportunidades es un presupuesto para la consideración de que un concurso elige al mejor. Lo anterior es garantizado por el carácter público del concurso y de los antecedentes ahí expuestos⁹³, por haber bases objetivas y establecidas previo al concurso, por haber procedimientos claros e incluso posibilidad de impugnar las sucesivas resoluciones que evalúan a los postulantes.

Existe entonces la idea de que mediante un mecanismo reglado de concurso, que pone a prueba las aptitudes de los postulantes, a cuya vista tienen los ministros de Corte para votar por el más apto, se estará eligiendo al postulante más preparado, al sujeto más idóneo para ejercer como notario público.

Resumimos esta variable como “Exc”, por la “excelencia” que busca el mecanismo de concurso.

Intervención múltiple procura objetividad en el nombramiento

Tanto en el mecanismo de distribución de notarías, como en el de nombramiento de notarios, intervienen el Poder Judicial y el Ejecutivo. Finalmente, en el nombramiento, la Contraloría General de la República toma razón del respectivo decreto. Así, la ley distribuye el poder de decisión: la Corte de Apelaciones del territorio propone tres postulantes, el Ministerio de Justicia (por orden de la Presidencia) elige uno entre esos tres. Esta distribución de la decisión de nombramiento procura que sea objetiva, es decir, que se guíe por el mérito del postulante. Colocar la decisión del nombramiento en varias manos dificulta el movimiento de influencias indebidas para favorecer o perjudicar a algún postulante por razones distintas a su aptitud para el cargo. Los poderes judicial y ejecutivo funcionan como un contrapeso del otro.

También, recordemos que en la Corte operan inhabilidades relativas a los vínculos de parentesco (260 C.O.T.), que impiden que sean nombrados como notarios quienes tengan lazos con funcionarios que intervengan o pudieran intervenir en la provisión del cargo, en los términos específicos de la norma citada. El fundamento es la influencia indebida que se pudiera ejercer para favorecer ilegítimamente a un postulante sobre

⁹³ Salvos los que justificadamente sean reservados.

otro⁹⁴. Que sean diversos sujetos quienes intervienen en el nombramiento es también garantía de que estos lazos y su eventual injerencia indebida no puedan ser ocultadas.

Resumimos esta variable como “ON”, de “objetividad en el nombramiento”.

Especialización

La legislación promueve que los notarios avancen en una “carrera interna”, y que vayan subiendo de una categoría a la siguiente. Para ello, como revisamos ya, reserva una cantidad de lugares en la terna para quien postule “por derecho propio”, dependiendo de qué categoría se esté concursando (287 C.O.T.). El fundamento de un mecanismo así es la formación especializada que genera: quien avanza en la profesión notarial va puliendo el oficio y perfeccionando así sus conocimientos y su técnica. Es un “mejor notario”, que parte por una notaría de tercera categoría (territorio de un juzgado de letras), luego, si ha sido bueno, sigue a una de segunda (capital de provincia), y eventualmente a las más grandes, importantes y que importan la mayor responsabilidad, de primera (asiento de Corte de Apelaciones).

Resumimos esta variable como “Esp”, de “especialización”.

Compromiso profesional-vital

Decíamos que hasta el año 1995, el nombramiento de notario era vitalicio. Ese año se dictó una norma que limita la edad hasta la cual se puede ejercer como notario, dejando un límite en los 75 años (límite que es aplicable a quienes fueron designados posterior a la dictación de la norma). Sea hasta los 75 años o hasta la muerte, el cargo de notario se desempeña “para siempre”. Lo anterior se relaciona con el modo que está estructurada nuestra legislación en lo notarial: puesto al centro el notario (y no la notaría). El cargo de notario vive en la persona que lo ejerce y no en una institución. Como vimos antes, las notarías que no están numeradas reciben el nombre del notario que las ejerce.

⁹⁴ La ley contempla limitaciones análogas para quienes califiquen a miembros del Poder Judicial.

Hay aquí una decisión del legislador de promover el compromiso vital y profesional de una persona con el ejercicio de la labor para la cual ha sido nombrada. Esta es una consideración que va más allá de la especialización en términos jurídicos o técnicos. Se trata de promover la consolidación del oficio notarial en una persona. Se es notario “para toda la vida” porque ello genera una atadura indeleble con la función y favorece así una especial responsabilidad, cuidado y dedicación por la labor. Como ministros de fe ocupan un lugar simbólico de relevancia en la sociedad (que importa respeto y confianza), el cual se debe proteger. Así, el notariado es incompatible con otros empleos con sueldos fiscales, con el ejercicio de la abogacía. La exclusividad que se busca en el notario honra su tarea y rememora sus antecedentes históricos. El notario es fiel a su nombramiento y labor, el cual lo compromete por completo. Está toda una vida profesional en juego.

Resumimos esta variable como “Prof”, por el compromiso profesional y vital.

A la elección de un *sujeto idóneo*, en general, le daremos el nombre “S.I.” como variable. Comprende entonces las variables ya desglosadas (“Exc” de excelencia, “ON” de objetividad en el nombramiento, “Esp” de especialización, “Prof” de compromiso profesional-vital”).

Costos

Un mecanismo de nombramiento como el vigente tiene, sin embargo, costos también, en los propios términos de su racionalidad interna.

Arbitrariedad- Espacio para injerencia de criterios distintos al mérito

Señalábamos que el mecanismo vigente ha buscado reglamentar la formación de ternas, buscando en ello la mejor forma de indicar la aptitud de cada candidato para el cargo. Luego de ser evaluados y ordenados con parámetros cuantitativos, sin embargo,

persiste un espacio de decisión para cada ministro de Corte que vota para la formación de la terna. Ese espacio puede servir para la expresión de cualidades o potencias que los magistrados (en el caso de la terna) o el ejecutivo (en el caso de la decisión final) valoran. Pero también puede ser un espacio para que criterios distintos al mérito sean decisivos para nombrar las ternas. En ese segundo caso, formarán parte de la terna o en definitiva serán elegidos postulantes que no son los más idóneos para el cargo. Como el mecanismo de nombramiento contempla esta discrecionalidad, es una posibilidad cierta que puedan terminar por ser notarios sujetos que hayan defraudado el concurso, que no sean competentes, no tengan siquiera las aptitudes profesionales o técnicas necesarias. Asimismo, puede haber concursantes que pese a estar distinguidamente preparados para el cargo, no lo consigan. Lo anterior es un costo que el sistema incorpora.

Resumimos esta variable como “Ar”, de “arbitrariedad”.

E. La inecuación de la notaría chilena

Nos hemos referido en detalle a las características de la notaría, a sus propósitos y los beneficios y costos que el diseño actual trae, respecto a esos objetivos. Resumiremos lo anterior en la siguiente tabla, para efectos de orden, incluyendo las expresiones abreviadas que les dimos.

En resumen, esta inecuación señala por qué es más eficiente el modelo notarial vigente: porque sus beneficios son más que sus costos. Hay una cobertura adecuada, hay beneficio social directo por medio de la provisión privada del servicio, hay ahorro fiscal y un mecanismo reglado que elige sujetos idóneos para desempeñar el oficio. Los costos de estos beneficios son que habrá un gasto en fiscalización, que habrá un sistema desintegrado y que hay riesgo de arbitrariedades.

Tabla 1: Detalle de variables de beneficios y costos

		Beneficios		Costos	
		Variable			Variable
Ámbito	Cobertura "C"	Adecuada distribución, no concentración	D		
		Sensibilidad	S		
		Objetividad en la creación	OC		
		Capacidad de fiscalización	CapF		
	Modelo "privado"	Independencia	I	GF	Fiscalización significa un gasto
		Competencia, mejor servicio	Com	Des	Sistema desintegrado
		Ahorro fiscal	AF		
	Sujeto idóneo "S.I."	Concurso elige al mejor	Exc	Ar	Arbitrariedad. Espacio para criterios distintos al mérito
		Objetividad en el nombramiento	ON		
		Especialización	Esp		
		Compromiso profesional-vital	Prof		

Tabla 2: Beneficios son mayores a los costos. Desglose

Beneficios	>	Costos
<p>(Cobertura [Adecuada distribución, no concentración + Sensibilidad + Objetividad en la creación + Capacidad de fiscalización])</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">(Independencia)</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">(Competencia, mejor servicio)</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">(Ahorro fiscal)</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p>(Sujeto idóneo [Concurso elige al mejor + Objetividad en el nombramiento + Especialización + Compromiso profesional/vital])</p>	<p>></p>	<p>(Fiscalización significa un gasto)</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">(Sistema desintegrado)</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">(Arbitrariedad, espacio para criterios distintos al mérito,)</p>
<p>(C)+ (I) + (Com) + (AF) + (S.I.)</p>	<p>></p>	<p>(GF) + (Des) + (Ar)</p>

Decíamos que el sentido de desglosar la racionalidad jurídica tras las características de la notaría es hacer un análisis de las ponderaciones del legislador: por qué optó por diseñar la institución de esta forma, considerando los beneficios y los costos previsibles, y sumando más beneficios que costos en el cuadro final. El modelo notarial vigente (con todo su detalle) es mejor que sus alternativas, a juicio del ordenamiento jurídico.

Esta es, entonces, la inecuación de la notaría chilena. Señalamos que es una inecuación “en principio”, es decir aquella que en abstracto corresponde a los valores y desvalores contenidos en las características de la institución estudiada. Hemos analizado

en detalle su configuración buscando su funcionalidad a los objetivos que el sistema sostiene perseguir. Esta inequación dice, en síntesis, que la labor pública notarial debe ser ejercida por un profesional privado porque eso es más eficiente.

Hay una cobertura adecuada, hay beneficio social directo por medio de la provisión privada del servicio, hay ahorro fiscal y un mecanismo reglado que elige sujetos idóneos para desempeñar el oficio. Los costos de estos beneficios son que habrá un gasto en fiscalización, que habrá un sistema desintegrado y que hay riesgo de arbitrariedades.

Si sumamos los beneficios de *una adecuada distribución territorial, una institucionalidad sensible y un sistema objetivo para la identificación de las necesidades del servicio, una capacidad fiscalizadora suficiente, la independencia del privado y los incentivos de competencia de su empresa, el ahorro fiscal que esto producirá, y el que un concurso público elegirá, con objetividad, al mejor postulante para nombrarlo notario,* estos son mayores que los costos del *gasto en fiscalización, la desintegración del sistema y la posibilidad de arbitrariedad y tráfico de influencias en el nombramiento de notarios.*

3. Mirada crítica a la ponderación del legislador: corrigiendo la inecuación de la notaría chilena

Al comenzar la sección anterior este trabajo, en que nos referimos a los propósitos y fundamentos de la notaría, aclaramos que antes de poder realizar un análisis crítico era preciso comprender en detalle la racionalidad jurídica de la notaría a los ojos del legislador que la diseñó así. La inecuación que planteamos es un desarrollo de los supuestos del legislador. Pero quedan todavía muchas preguntas: ¿son efectivos los raciocinios tras los argumentos que sostienen la institución?, ¿están ponderados en su real medida los beneficios y costos?, ¿colaboran las características de la notaría con su propósito?, ¿se sostiene esta inecuación en la realidad?, ¿representa un modelo adecuado de notaría, en función de los valores jurídicos en juego? Estas son las preguntas que a continuación intentaremos contestar. Lo haremos en relación al mismo esquema de orden propuesto en la sección anterior.

La doctrina nacional ha sido, a nuestro juicio, muy liviana para abordar las preguntas fundamentales de la función notarial: qué valores busca proteger y en qué medida el diseño que le dimos colabora con esa misión. El abogado y notario Vidal Domínguez, cuya obra es probablemente hoy la más leída en Chile para estudiar a los notarios, ofrece una justificación poco articulada del diseño de nuestra ley, lo mismo que la doctrina antes que él. En cambio, existe un enaltecimiento de la historia y la tradición del notariado. Pero hace falta una justificación actual y argumentada que se sostenga, y que no se quede en enunciados que no se desarrollan ni explican. Dice el autor (el subrayado es nuestro):

“El tráfico jurídico, por lo mismo, tiene una extrema necesidad de la fe pública y la consiguiente seguridad jurídica.

El único ente capacitado para otorgar dicha confianza es el notario. Su formación jurídica y la responsabilidad tanto administrativa como civil y penal que lo rodean le crean las condiciones necesarias para ser un depositario del poder de dar fe y otorgar instrumentos que están rodeados de la aureola que emite la seguridad jurídica.”⁹⁵

⁹⁵ Vidal Domínguez (2015), pp. 34-35.

¿Por qué se afirma que el notario -como existe hoy en nuestro régimen jurídico- es el “único capacitado” para llevar adelante esta labor de fe pública? Las preguntas por la racionalidad jurídica de una institución no pueden responderse de forma tan acotada como es mirar una institución en su reglamentación positiva vigente. Se requiere de consistencia e imaginación jurídica para fijar objetivos y justificar en qué medida las características de una institución son funcionales a estos propósitos, teniendo desde luego en cuenta la legislación vigente pero también las alternativas posibles a ella. Se dice que el notario tiene una particular formación jurídica y que su régimen de responsabilidad lo hacen idóneo. En primer lugar, la formación sería un requisito en cualquier otro modelo alternativo (en todo caso, no queda claro que el mecanismo actual de nombramientos sea realmente sensible a la “aptitud” profesional o académica, como veremos en un momento). En segundo lugar, ¿qué hay en ese régimen de responsabilidad que nos permita decir que colabora con la función notarial de resguardo de la fe pública? En ese sentido, afirmar que una institución vigente es la única forma posible, sin justificar por qué su diseño actual es útil para sus fines, es insuficiente.

Nos referimos a esta opinión de Vidal Domínguez como botón de muestra de la precariedad argumentativa de los defensores del modelo notarial vigente. Algunos dirían que esta justificación débil es sólo consecuencia de estar ante la defensa no de un diseño jurídico sino de intereses gremiales, corporativos y, en definitiva, personales (Domínguez es un declarado defensor de las notarías tal como están concebidas hoy, nada de raro en ello, pues es notario en la ciudad de Talca⁹⁶). Más allá de juicios en ese sentido, para comprender cabalmente la función notarial, lo cual es nuestro objetivo, interesa explorar jurídicamente las virtudes y debilidades de nuestro ordenamiento. En definitiva, si bien las declaraciones de un dirigente gremial de los notarios son opacas y dificultan adentrarse en lo sustantivo, más importa lo que las normas tengan que decir y el potencial explicativo que está contenidas en ellas.

En este apartado aprovecharemos la ocasión para referirnos a las principales iniciativas de reformas al sistema que han sido llevadas adelante. Ninguna de ellas, en

⁹⁶ <http://www.notariaignaciovidal.cl/>

todo caso, ha logrado sobrevivir la tramitación legislativa. Pero sí son decidoras de las dificultades que se han identificado en nuestra legislación y las soluciones que se han planteado. Dentro de los últimos años se han planteado dos reformas de importante envergadura a las notarías: en 2008 bajo la primera presidencia de Michelle Bachelet y en 2012 bajo la primera presidencia de Sebastián Piñera. El recientemente asumido presidente Piñera ha indicado que durante 2018 ingresará al Congreso un nuevo proyecto de reforma.

A. Cobertura

Señalábamos que en nuestra legislación, el régimen de cobertura de las notarías busca asegurar un adecuado acceso a ellas. En términos normativos, tal propósito se persigue mediante una regla mixta, que impone un mínimo legal de notarías (una por cada Juzgado de letras) y complementa con una cantidad adicional prudencial, dictada por el Ejecutivo previo informe de la Corte respectiva.

¿El diseño existente es funcional al objetivo de lograr una cobertura adecuada?

Beneficios sobrevalorados y costos subvalorados

No hay una “red” de notarías. La decisión de cobertura que toma la autoridad está determinada por la rentabilidad privada del oficio. Falta de acceso y concentración.

Decíamos que la cobertura es una decisión de la autoridad. Nuestro legislador optó por situarse en un punto entre la libertad privada en la apertura de notarías y la provisión notarial mediante un servicio público estatal. El Estado crea notarías y designa a notarios para esos oficios. Para hacerlo, se pregunta (desde el estudio de la Corte de Apelaciones respectiva, a la intervención del Ministerio de Justicia por orden de la Presidencia): ¿es necesaria la provisión del servicio notarial en tal territorio?, y luego, ¿se justifica la creación de una notaría?

Pero la respuesta de estas preguntas no se basa únicamente en consideraciones nacionales o públicas, sino que también incorpora, necesariamente, consideraciones

privadas (de los notarios actuales o potenciales), criterio que no debiera tener lugar en una decisión pública.

¿Qué pasa si hay necesidad de crear una notaría en un determinado lugar, pero es claro que tal despacho reportará apenas rentabilidad o incluso pérdidas? No será sostenible una notaría ahí. El Estado no puede decidir con prescindencia del cálculo de oportunidad que hace el notario. Los límites de su decisión los marca una ponderación privada, en el siguiente sentido:

Cobertura aún insuficiente – no hay una *red*

¿Debe relacionarse la creación de notarías directamente con la *medida* de la necesidad de la población? Nos referimos a que, bajo el marco actual, para evaluar la creación de una nueva notaría, nos preguntamos: ¿es necesaria? y, a renglón seguido, ¿se justifica? ¿Deben ser estas dos preguntas una pareja indivisible?

Por ejemplo: un poblado que agrupa 100 casas tiene necesidad de servicios notariales, pero probablemente no se justifique la instalación de una notaría para servir a 100 casas. Si bien es cierto esta pregunta por la justificación no la responde el notario sino el Estado, el mismo Estado debe tener en cuenta que son notarios (individuos privados) quienes deberán postular al cargo de notario y ejercerlo, y por ello, la autoridad debe atender la racionalidad del notario. ¿Querrá alguien ser notario en un despacho que prácticamente no tenga flujo alguno? ¿Qué pasa si se crea una notaría y no hay notario que la quiera atender? La instalación de una notaría es costosa, pues su creación y marcha incurre en gastos evidentes, tanto iniciales como ordinarios, tales como los fondos para la compra o el arriendo de un inmueble en que funcione, el personal de trabajo, los gastos básicos. Sin un buen prospecto de ganancias, nadie querría correr con los gastos de instalación y de marcha de una notaría. Ocurriría, también, que no habría incentivos para ejercer como notario en lugares más lejanos o aislados en que los precios de la vida son en general más caros, y así. Poco flujo de trabajo y/o altos costos de operación significan una renta baja, quizá incluso tan baja que no cubra los gastos de la notaría.

Estos gastos no son de cargo fiscal sino privado. Lo mismo que los ingresos que se percibirían, es cierto. Pero siendo privadas estas consideraciones, son relevantes a tener de la vista para el Estado. El cálculo de rentabilidad lo hará cada abogado para decidir si postular para ser notario en esta recóndita notararía que estamos imaginando, pero esta consideración deberá ser clave también para el Estado a la hora de decidir si crear una notararía. En ese sentido es que decimos que aunque la cobertura sea una decisión de la autoridad, tal ponderación no se basa únicamente en razones públicas, comunes. Atiende también las razones particulares de los notarios. Todo lo anterior importa, en definitiva, que no haya una cobertura que permita el mejor acceso.

Esta cobertura insuficiente es un costo no considerado por el legislador.

Decíamos entonces que la decisión de crear notarías, si bien está en manos de la autoridad, está infiltrada por razones de orden privado, porque serán privados quienes ejerzan la labor y, por tanto, determinan su lógica. Hay también un segundo sentido, más opaco, en que el cálculo de rentabilidad privada infiltra las consideraciones de la autoridad para decidir sobre la cobertura de los oficios notariales. Nos referimos a “cuánto mercado” le corresponde a cada oficio atender (lo cual determina la rentabilidad de cada oficio). En la medida que se crean más oficios y se amplía por tanto el número de oferentes, la porción que le toca a cada oficio disminuye, y con eso decrece también su potencial lucrativo. Lo señala muy claramente el presidente de la Asociación de Notarios en 2017, en un seminario académico sobre posibles reformas al régimen notarial en Chile, en el contexto de la polémica pública por la creación de un centenar de nuevos oficios en 2017 (el subrayado es nuestro):

“Estos nuevos cargos, sumado al congelamiento de los aranceles, pone en serio riesgo la sustentabilidad de los distintos oficios y, por tanto, de la Fe Pública.”⁹⁷

Así, nuestro sistema se encuentra ante una contradicción: si bien la cobertura notarial está regulada, esa regulación de todos modos debe incorporar en su decisión la

⁹⁷ <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/nuestra-labor-representa-un-importante-ahorro-para-el-estado> (última consulta el 22/01/2019)

racionalidad y el cálculo de rentabilidad individual que haría un postulante a notario, dado que la creación de notarías es una decisión estatal sobre un empleo que ejerce un privado. Se busca entregar un adecuado acceso al servicio, cuando su provisión no está estructurada como un sistema o una red, sino en unidades autónomas que velan por su propia rentabilidad y el lucro de un privado.

Dado que cada notaría funciona como un negocio independiente, la rentabilidad de la creación de una notaría se evalúa respecto de sí misma y no respecto de un sistema de notarías. No hay entonces necesidad y justificación *general* a que mirar para decidir si crear nuevas notarías. Habrá muchos territorios con necesidades que, sin embargo, “no se justifica” atender⁹⁸. Habrá también, entonces, concentración de notarías ahí donde es más rentable.

La autoridad no puede tomar decisiones sobre la cobertura de las notarías atendiendo a su necesidad y justificación nacional. Los términos de su decisión están determinados por el cálculo privado de rentabilidad de cada notaría.

Si en cambio la autoridad pudiera evaluar la oportunidad de cobertura notarial desde una perspectiva nacional y general, y si el diseño de nuestra legislación urdiera a las notarías en una verdadera red de servicio público, con todas las consecuencias regulatorias que lo anterior traería, podríamos hablar de una cobertura más adecuada. Si cada notaría no tuviera que velar por su subsistencia económica sino que se procuraran sueldos, si los insumos y la infraestructura notarial fueran de suministro y gestión pública⁹⁹, entonces la baja rentabilidad de tener un notario en un pequeño poblado no sería significativa en la sumaalzada, por la altísima rentabilidad de la notaría de las calles del centro de la capital. La consideración de un sistema notarial no sólo miraría al ámbito

⁹⁸ En todo caso, esta carencia en la cobertura es algo que la legislación chilena intenta paliar mediante lo prescrito en la Ley Orgánica del Registro Civil (que como acabamos de señalar, “está en todas partes”), en virtud de la cual ciertas funciones notariales son desempeñadas por oficiales del Registro Civil, medida que no alcanza a suplir la ausencia de servicios notariales en muchas localidades que los necesitarían.

⁹⁹ Esta consideración sobre “el despacho notarial” (infraestructura, equipamiento, tecnología, etc.) y la inconveniencia de que esté a cargo de cada notario contingente, ha sido materia de un proyecto de ley presentado en 2017 por los diputados de la Unión Demócrata Independiente (UDI), cuya propuesta consiste en licitar el “despacho notarial”. El proyecto se encuentra en tramitación. Lo comentaremos más adelante.

económico o de rentabilidad contable, sino que además permitiría integrar a la ecuación criterios diversos que pudieran ser valiosos, tales como fortalecimiento institucional de un determinado sector, impulso económico, integración nacional, entre otros. Estos criterios escasamente se involucran en la decisión de cobertura notarial vigente, por cuanto el ámbito de la decisión estatal en la creación de oficios está cercado por el cálculo de los privados que ejercerían la labor.

Con un sistema en red, también corregiríamos las tendencias a la concentración de notarías por una parte, y al abandono de la provisión de este servicio, por la otra, aportando así un criterio de bienestar nacional a la hora de decidir la cobertura de las notarías, pues lo que se buscaría no sería buenos balances comerciales para particulares sino el acceso a un servicio considerado importante. Con esto no queremos decir que dondequiera que un compatriota necesite de servicios notariales tenga que instalarse una notaría. Carece de sentido un juicio absoluto en que la necesidad anule toda pregunta por la justificación de la creación de una notaría. Lo que cambiaría con una red nacional es que la decisión de la autoridad respondería a la auténtica necesidad nacional por servicios notariales. Un ejemplo que puede servir para imaginar lo anterior es el Registro Civil, institución que podemos encontrar a lo largo de todo el territorio nacional.

En definitiva, el mecanismo reglado de determinación de la oferta de notarías y el acceso a ellas, no es capaz de atender la auténtica necesidad nacional por oficios notariales, pues el marco de su decisión está determinado por una racionalidad ajena a los criterios de necesidad pública que debieran orientarla (la racionalidad de los notarios). Asimismo, la decisión sobre la creación de una nueva notaría se pondera respecto de tal notaría misma (y no una red de notarías), y en atención a una rentabilidad privada. Lo anterior importa una cantidad y distribución inadecuada de notarías: hay territorios subabastecidos y territorios con alta concentración.

En términos de la inecuación que formulamos, el beneficio que importaba una adecuada distribución (con buen acceso, sin concentración) estaba sobrevalorado. No es tal. El costo de que la cobertura fuera insuficiente pese a estar regulada, no estaba previsto.

La institucionalidad no es suficientemente sensible

Es cuestionable qué grado de “sensibilidad institucional” hay para identificar la necesidad de creación de notarías; es decir, qué tan bien y qué tan a tiempo se capta, en sus diversas dimensiones, la demanda por el servicio.

Es difícil adoptar una perspectiva externa y objetiva que pueda señalar con toda propiedad que no hay sensibilidad institucional suficiente, acusando, por ejemplo, que en tal y tal lugar faltan notarías, que tal criterio demográfico no ha sido tomado en consideración, y así. Pero sí hay consideraciones objetivas que revelan el desajuste entre la realidad de necesidad de notarías y la institucionalidad que fue quedando atrás. Desde luego, es la primera conclusión que salta a la vista al observar el ya citado Decreto exento número 1515 de 2017 del Ministerio de Justicia. El estudio de la cobertura actual y su saturación de trabajo llevaron a las Cortes a proponer la enorme cantidad de notarías para ser creadas, y al Ejecutivo para mandarlas crear. En el año 2017, un centenar de notarías más significó aumentar en casi un tercio las plazas totales. Este salto abrupto demuestra que la marcha corriente del mecanismo contemplado en la ley para la creación de notarías no es suficiente y se quedó muy atrás. Tan atrás, que la revisión general nacional que se llevó a cabo como política de gobierno, terminó por concluir que era necesaria una adición muy significativa a los oficios.

¿Qué pasó que la institucionalidad, que las Cortes de Apelaciones y los sucesivos gobiernos no fueron capaces de captar oportunamente tal necesidad? El Ministro Campos declaró en prensa que la consideración fundamental que se tiene para esta decisión, es la carga de trabajo de los oficios, que se determina a su vez en consideración de la población, la actividad económica que ahí se desarrolla, y la distancia geográfica con las notarías cercanas. ¿Es que acaso la carga de trabajo de las notarías se disparó rápida e inabarcablemente? Pareciera que la institucionalidad simplemente no es capaz de procesar esta necesidad.

Así, podemos decir que la sensibilidad institucional que el diseño notarial esperaba, no es tal. Este beneficio fue sobrevalorado, y en la realidad su eficacia para interpretar la necesidad por servicios notariales no concurre.

Pérdida de agilidad

Hay una agilidad o dinamismo al que se renuncia cuando se regula la cobertura notarial, costo que parece no haber estado a la vista del legislador. Poco más atrás, en la declaración del Ministro de Justicia, tenemos noticia de ello. Señala el ex ministro Campos que la regulación no asegura que no haya concentración de notarías en algunas comunas mientras que no haya notarías en otras. El marco jurídico actual no es suficientemente ágil para atender las dinámicas realidades de necesidad de los territorios jurisdiccionales. Prueba de ello es, precisamente, que las Cortes y el Ministerio de Justicia hayan resuelto crear más de cien notarías en el año 2017, que representaban un aumento de casi un tercio a las ya existentes. Esto denota un atraso importante en la creación de notarías.

Podríamos decir, entonces, que los costos de esta regulación de cobertura son cierta inercia o rigidez en la cobertura, producto de que la institucionalidad no logra atender de forma suficientemente sensible la necesidad de notarías. Este costo no fue considerado por el legislador.

Influencias indebidas

El mecanismo que comentamos involucra la participación de diversos funcionarios públicos. Se busca en ello que la decisión no recaiga sobre un único par de manos sino que, por el contrario, pase por varios filtros, a fin de asegurar objetividad en lo que se resuelva, apartando así influencias espurias que no correspondan a consideraciones públicas y relativas a la labor notarial misma. Sin embargo, lo anterior no garantiza la total probidad y repelencia a las influencias indebidas.

El mismo decreto exento 1515 al que nos referíamos hace un momento dio pie a acusaciones cruzadas entre el gobierno y el gremio de notarios respecto a cuáles eran los antecedentes que justificaban la creación de tantos oficios. La Asociación imputa, en los siguientes términos, al ejecutivo estar actuando irresponsablemente al crear tantos nuevos oficios, sin que haya respaldo técnico suficiente para afirmar su necesidad:

“[La Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros] manifiesta su profunda preocupación por una decisión adoptada sin que exista un estudio fundamentado que analice todas las variables que validen una resolución de esta envergadura.

...Lo anterior hace incomprensible la dictación de un decreto sin que haya un debido y completo estudio y que ha ignorado la opinión de los profesionales y autoridades especializadas.”¹⁰⁰

Tales declaraciones son leídas por algunos con extrema sospecha, en el sentido de indicar que la Asociación de Notarios actúa nada más que como un gremio en defensa de sus intereses corporativos. Fueron nombrados mediante mecanismos opacos y se sirven de un mercado asegurado para ellos, de por vida. Critican Peña y Velozo:

“...En la actualidad, los notarios cumplen una función para la que existe demanda <<garantizada>> por ley.... Que las características de cupos limitados y validez vitalicia del puesto de notario se hayan perpetuado en el tiempo, aún después de cesar la exigencia de pagar para adquirir este privilegio, al menos en forma explícita y legal, podría, tal vez, explicarse por una exitosa captura del regulador, que efectúa el grupo privado favorecido.”¹⁰¹

Mientras tanto, el ministerio responde que sí hay fundamento y que una cosa distinta es que la asociación gremial proteste al ver desmejorada su posición económica con la creación de más notarías:

“Es evidente que en esta materia los intereses de la ciudadanía no son los mismos intereses de los notarios. Y, con el debido respeto, mi deber como Ministro de Justicia es velar por el interés de la ciudadanía, por el bien común, y no por los intereses de quienes hoy están desempeñando ese oficio”¹⁰²

La discusión es de carácter tanto jurídico como político. En definitiva, son acusaciones cruzadas de estar actuando movidos por influencias ilegítimas. Con la diferencia, claro, que una asociación gremial no tiene el deber de proteger y promocionar los intereses generales del país sino los suyos gremiales. Caso distinto es el Ministerio cuya labor es el gobierno de la Nación en su cartera específica.

En ese sentido, no es posible afirmar que las pretensiones de objetividad y de compromiso con las razones públicas sean eficazmente obtenidas con este diseño

¹⁰⁰ Declaración pública de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros, año 2017, disponible en http://www.notariosyconservadores.cl/images/documentos/declaracion_publica.pdf

¹⁰¹ Peña y Velozo (2007), p. 2.

¹⁰² Jaime Campos en entrevista en Canal 24 horas, 27/07/17.

institucional. En términos de la inecuación que formulamos, es un beneficio que estaba sobrevalorado. Ahora sabemos que no es infalible la objetividad en la que se confiaba.

La capacidad de fiscalización está sobrepasada y no es apta para el control de las notarías

Decíamos que uno de los beneficios de tener una cobertura reglada era que la institucionalidad sería capaz de controlarla, fiscalizarla, a diferencia de lo que ocurriría si la actividad fuera liberada o fuese mucho más masiva. Esta vigilancia, sabemos, corresponde a las Cortes de Apelaciones, la cual realiza visitas, califica y puede sancionar.

Tanto desde la academia, la labor legislativa y la Corte Suprema se señala que la capacidad de fiscalización ha sido superada y que el diseño de la notaría dificulta la agilidad y control efectivo que es necesario.

Peña y Velozo han planteado, por su parte, que

“Una de las interrogantes que surgen al respecto es por qué existen estas instancias de reclamo administrativas, especiales y poco eficaces...

...Esta fiscalización consiste, teóricamente, en una visita que cada dos meses realiza el funcionario designado. Es evidente, sin embargo, que los jueces están lejos de ser expertos en fiscalización, ni mucho menos poseer ventajas comparativas para destinar su tiempo a estas labores.

...Adicionalmente, debieran aumentar los niveles de fiscalización y encomendarse ésta a una repartición especializada del Estado, y derogar la dependencia del Poder Judicial de estos funcionarios.”¹⁰³

En el mismo sentido, una moción parlamentaria del año 2012 planteó incorporar a las notarías al ámbito de la ley número 19496 (de protección de los derechos de los consumidores), en el Boletín número 8722-03. Lo anterior es una iniciativa en el sentido de generar una más estricta sujeción a las normas, mediante mecanismos ágiles de reclamación y cumplimiento de las obligaciones. Asimismo, la eventual reforma colocaría al notariado en el conjunto de protección que es ya la regla general para los contratantes que actúan como consumidores. Dice la moción de los diputados:

¹⁰³ Peña y Velozo, p. 5-8

“...concordamos en la idea que el trabajo de conservadores y notarios sujetos a las prescripciones de la ley del consumidor incluiría en el sistema mayores niveles de eficiencia y celeridad en el servicio, toda vez que los consumidores contarían con mejores herramientas de para reclamar sus derechos en la medida que estos hayan sido lesionados, situación que evidentemente favorecería de un modo importante a los consumidores, otorgándoles mayor empoderamiento frente a actos de negligencia o arbitrariedad de estas instituciones.

Abrigamos la esperanza que normativas como esta introducirá en el sistema de conservadores y notarios importantes ventajas para las personas y con ello mejorar significativamente nuestro sistema registral y notarial.”¹⁰⁴

El que es probablemente el proyecto de reforma más orgánico intentado en las últimas décadas fue llevado adelante en 2008 por el primer gobierno de la Presidenta Bachelet¹⁰⁵. El Boletín 5836-07 contemplaba mecanismos más estrictos de control de la actividad, creaba una Superintendencia de Quiebras y Registro a cargo de la cual quedaría la fiscalización de las notarías (artículo 134 del proyecto de ley). Esta superintendencia se explica porque el control por parte de las Cortes se considera absolutamente saturado, por una parte, y por otra, porque en el proyecto de ley se acentúa el carácter privado de la notaría, correspondiendo su control entonces a una superintendencia, como en otras actividades privadas.

Por último, el mismo Poder Judicial ha reflexionado sobre su capacidad fiscalizadora. En un oficio de fecha 20 de noviembre de 2015, AD-2044-2015, plantea la pertinencia de excluir a notarios y conservadores de la categoría de auxiliares de la administración de justicia y por tanto de su sitio en el Poder Judicial, en el Segundo Escalafón. Así, en un voto dividido cuyo interés justifica lo extensa de la cita, plantea (el subrayado es nuestro):

“Tercero: ...El cariz altamente lucrativo [de la labor de notarios y conservadores]... marca uno de los sellos distintivos del ejercicio de tales oficios en nuestro país, trae aparejada una serie de consecuencias que no siempre encuentran debido correlato con la función judicial;

Cuarto: ...Se ha hecho patente la necesidad para este tribunal –en el ejercicio de su rol constitucional de máxima superintendencia- adoptar las siguientes determinaciones:

¹⁰⁴ Boletín 8722-03

¹⁰⁵ Intento que, como los demás, no logró pasar por la tramitación parlamentaria y se encuentra paralizado prácticamente desde su presentación.

2° Teniendo presente que ...[queda en] evidencia la insuficiencia de las acciones de vigilancia, fiscalización y corrección de las que disponen los tribunales superiores en relación al desenvolvimiento de la función de esta clase de auxiliares [los conservadores], lo mismo que de los notarios, toda vez que su estructura y funcionamiento, propias de un ente rentable –empresa-, no conciben con las características de un órgano perteneciente a la administración de justicia, cuyas particularidades alejan las posibilidades de una real efectividad del ejercicio de las competencias administrativas en el ámbito de la inspección y control de irregularidades inaceptables que las Cortes de Apelaciones están en situación de ejercer, se dispone hacer presente lo anterior a las autoridades políticas y legislativas y comunicarles que este Poder del Estado considera pertinente excluir a Conservadores y a Notarios de entre los auxiliares de la corrección de las Cortes de Apelaciones y de esta Corte Suprema y, por consiguiente, eliminar su reglamentación en el Escalafón Secundario del Poder Judicial, entregando su supervisión a un organismo dotado de competencia especial al efecto;¹⁰⁶

En el mismo sentido se expresó el Presidente de la Corte Suprema, don Hugo Dolmestch, invitado a la Comisión Especial de la Cámara respecto de la labor notarial:

“Señaló la alta carga que significa para el Poder Judicial el tener que administrar el sistema de notarios, archiveros y conservadores (...) estando de acuerdo en que se elimine de la esfera de atribuciones que a dicho poder le corresponden, las que se enfocan principalmente en la jurisdicción.”¹⁰⁷

Es importante notar que el propio Poder Judicial, enfrentado a su capacidad saturada, concluye que no sólo se trata de que su institucionalidad no da abasto para fiscalizar todo lo que se debe, sino que además, el diseño orgánico, la estructura de la notaría, dificulta tal control.

En definitiva, nos encontramos a un mecanismo de fiscalización sobrepasado en su carga de trabajo, como también orgánicamente sub-óptimo para el control sobre la actividad notarial. Lo anterior significa que la promesa de que esta actividad, si bien privada, siempre iba a estar bajo la cautela de lo público mediante la supervisión del

¹⁰⁶ Oficio de fecha 20 de noviembre de 2015, [AD-2044-2015](#)

¹⁰⁷ Intervención del Presidente de la Corte Suprema, don Hugo Dolmestch, en la Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre los actos del gobierno en materia de aumento del número de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los procedimientos para llevarlo a cabo y su adecuación a las normas legales vigentes. Aprobado por la Comisión con fecha 24 de enero de 2018. Página 35. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39239&prmTIPO=INFORMECOMISION> (última consulta el 20/10/2018).

Poder Judicial, fracasa. La capacidad de fiscalización que la institucionalidad iba a tener es por tanto sobreestimada en la inecuación inicial planteada por el legislador.

B. Modelo privado

Decíamos que tener un “modelo privado” de notaría se sustenta en la idea de que la actividad notarial la desempeña mejor un privado. En concreto, esto se manifiesta en que el diseño de la ley es el de una oficina privada (una “empresa”) que opera dentro de un marco regulatorio.

Esta empresa es tal en la medida que los notarios no son funcionarios públicos, ni las notarías servicios públicos. No cobran sueldo sino aranceles y están a su cargo los gastos, la inversión y la gestión del oficio. Necesitan una patente profesional. En definitiva, cada notario lleva su notaría.

Beneficios sobrevalorados

No hay un mercado de notarías. No hay competencia ni eficiencia. La presencia del Estado es muy menor

El marco de regulación fija el ámbito de operación de esta empresa, en el sentido que ya conocemos. Distinguimos dos momentos: el de la instalación de la notaría y el de su marcha ordinaria una vez instalada. Respecto de aquel primer momento de instalación, el Estado crea los oficios, designa al notario y ubica el territorio en que se puede instalar su despacho. Durante la marcha ordinaria de la notaría, el Estado está presente en la regulación -obligación de atención al público, precios máximos-, y en la fiscalización, calificación y eventuales sanciones que se siguen de la pertenencia al Poder Judicial. El principio que tiene en cuenta el legislador es que es beneficioso que las notarías estén diseñadas funcionalmente como un oficio privado y que el Estado igualmente esté presente para regular y fiscalizar, paliando los excesos que pudiera tener este sistema si no hubiera presencia estatal alguna (no apertura de los oficios, precios abusivos, mala conducta, entre otros).

¿Por qué es tan austera la presencia del Estado en la marcha ordinaria de las notarías? Decíamos recién que se manifiesta en la obligación de atención, en los precios máximos y en la vigilancia. Pero, ¿cuánto opera *en realidad* esta presencia?

Horarios de apertura

En muchas notarías de Santiago, los horarios de atención a menudo superan a los mandados por decreto (que son horas de apertura mínima). Es natural que así sea pues hay mucha demanda por servicios notariales: ¿para qué abrir justo las horas necesarias, si más allá de ellas hay trabajo que atender? El motor lucrativo de la notaría ha llevado a que las oficinas lleguen a funcionar durante las horas de receso de almuerzo (entre las 13 y las 15 horas) y prolonguen su jornada más allá de las 17 horas. Desde luego, esto no es la realidad de todas y cada una de las notarías en el país. Es probable que las notarías de territorios más alejados o con menos actividad, efectivamente estén abiertas durante las horas que manda la ley. Pero recordemos que la regulación vigente en cuanto a cobertura, ha terminado por distribuir las notarías haciendo de más de la mitad de ellas oficinas de primera categoría (es decir, notarías de asiento de Corte, de las grandes ciudades).

En todo caso, las notarías estarían abiertas durante la jornada regulada aunque no lo mandara así el legislador, tan sólo porque esa es la jornada en que los negocios y la vida económica de las ciudades operan. El punto que queremos hacer es que la definición legal de una jornada para esta actividad, resulta en algunos casos redundante, y en otros, excedida. El notario abre su despacho no porque la ley lo obligue sino porque cada hora que está abierto significan para él lucro. En ese sentido, relativizamos que sea relevante la presencia estatal al establecer horarios de funcionamiento.

Fiscalización

Por otra parte, ya hemos señalado que la fiscalización del Poder Judicial a las notarías es, en realidad, mucho menor que la que el legislador imaginaba. Ahondamos sobre el punto largamente. La capacidad de control está excedida y la propia estructura

de las notarías dificultan que su actividad sea visible y evaluable a los ojos de las Cortes. En ese sentido, también relativizamos la presencia estatal en cuanto a fiscalización.

Precios máximos

Por último, la regulación de precios máximos para las diligencias notariales más comunes, sería probablemente la manifestación más concreta del Estado en la marcha cotidiana de las notarías. Esta regulación es relativa (pues no es la fijación de un precio, sino el establecimiento de un máximo a cobrar) y pareciera no ser efectiva. El establecimiento de aranceles máximos es una excepción a la tónica general de austeridad regulatoria. Quisiéramos detenernos en este punto, para explorar en qué medida es eficaz esta regulación.

En nuestro ordenamiento, el más reciente establecimiento de aranceles de notarios públicos es el Decreto exento número 587 ya citado, que data del año 1998, es decir dos décadas atrás. Lo anterior es extraño dado que el propio ordenamiento jurídico contempla en la ya citada ley 16250 la facultad de revisar los valores de los aranceles, teniendo en consideración la pérdida del poder adquisitivo y las variaciones de la moneda que son comunes en el país.

Contrario a lo que el sentido común hubiese aconsejado, en este decreto los precios máximos están expresados nominalmente, en valores exactos que no se reajustan. Así, por ejemplo, por el otorgamiento de un testamento abierto se podrán cobrar hasta \$7500, monto que sin duda representa un valor adquisitivo muy distinto hoy respecto de veinte años atrás. Según el cálculo básico del Instituto Nacional de Estadísticas (I.N.E.)¹⁰⁸, \$7500 de la fecha de la dictación del decreto, son equivalentes a \$14.000 de octubre de 2018, reajustando los valores en razón del I.P.C. (índice de precios al consumidor). Esa es un alza de cerca de 85%. ¿Debemos creer que a este año los notarios cobran aranceles por el 55% del precio real de lo que cobraban en 1998?

El decreto de aranceles anterior al de 1998 fue de 1994 (Decreto exento número 74 de 1994, del Ministerio de Justicia), el anterior a ese fue del año 1991 (Decreto exento

¹⁰⁸ <http://encina.ine.cl/CALCULADORA> (última consulta el 22/01/2019)

número 414 de 1991, Ministerio de Justicia), el anterior a ese, de 1987 (Decreto Exento número 208 de 1987, M. Justicia), antes que ese, de 1985 (D.E. número 734 de 1985, M. Justicia), y antes de que aquel, del año 1983 (D.E. 1550 de 1983, M. Justicia). Estos sucesivos decretos fueron publicados con pocos años de diferencia. Las dos décadas que han transcurrido desde la dictación del último decreto arancelario son una anomalía.

En ese sentido, uno se preguntaría cómo se sostiene que este decreto no se actualice hace tantos años. A nuestro juicio, es probable que esto se deba a que su incumplimiento es tan grave y está tan extendido, que el Decreto ley ha pasado a ser letra muerta. Ningún notario actual cobra esos precios. En los hechos, esta norma no se aplica, ni ningún actor –salvo los clientes de las notarías- tiene interés realmente su aplicación. Sin embargo, la norma existe y está vigente.

La asociación gremial de notarios señala

“los aranceles no se reajustan hace muchos años y es bueno que la gente sepa que el Ministerio de Justicia tiene un estudio de hace mucho tiempo que dice que los aranceles tienen que reajustarse hacia arriba al menos por el IPC, pero no han querido hacerlo.”¹⁰⁹

¿Por qué no se dicta un nuevo decreto entonces, ajustando estos aranceles? Resulta algo inexplicable. Parece haber una actitud de general displicencia al respecto. Es probable que esto se explique de un modo radicalmente realista. Por parte del Poder Judicial, decíamos antes que son algo torpes e ineficaces los mecanismos de fiscalización y eventual sanción a las notarías que transgredan los aranceles máximos a cobrar. Por parte de los notarios como gremio, el poder considerable que reúnen ha llevado a artículos especializados y a medios de comunicación a sospechar de una “captura del regulador” de parte de los notarios.¹¹⁰ Las declaraciones públicas de deseos por un reajuste de los aranceles no obstan a que presiones fácticas puedan ser ejercidas para que tal reajuste no ocurra. Las autoridades del Ejecutivo, sucesivos Ministros de

¹⁰⁹ <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/el-sistema-notarial-y-registral-chileno-no-es-un-mercado> (última consulta el 22/01/2019)

¹¹⁰ Peña y Velozo (2007), p. 3

Justicia, se han abstenido de dictar nuevos decretos. ¿Pero por qué harían eso? ¿Por qué estarían todos los actores, en definitiva, por desatender la ley?

Podría ser que, ante el fracaso institucional del Poder Judicial a la hora de controlar el cobro adecuado de aranceles, tener una ley antigua sea atractivo para las notarías. Si un notario quiere cobrar altos precios, es fácil para él excusar el incumplimiento de una norma que está veinte años atrasada. Es simple alegar que ¿cómo va a obligarse por un decreto que lo tendría cobrando precios nominales fijados antes del último cambio de siglo? Más simple es todavía esta excusa si no va a ser conducida institucionalmente, pues el Poder Judicial encargado de fiscalizar está ausente.

Recientemente, en el Estudio de mercado ya citado, la F.N.E. demostró empíricamente la burla sistemática en los cobros de precios que hacen las notarías:

“Se pudo comprobar sistemáticamente que los precios cobrados son superiores a los establecidos en el arancel que rige la actividad notarial (...) en el 100% de los servicios respecto de los cuales existe un arancel con un precio máximo fijo, en promedio no se respetó el arancel.”¹¹¹

Adicionalmente, y de acuerdo a la división metodológica que realizó la F.N.E. entre tres clases de notarías según la densidad de población que servían, distinguiendo entre notarías de altas, medias y bajas zonas de densidad, el estudio señala que

“resulta interesante destacar que no se observó diferencia alguna en términos de los precios cobrados por los tres tipos de notarías, es decir, aparentemente no existe competencia por precios”¹¹².

“Dejar la notaría al notario”

Que la marcha de la notaría, en cuanto “oficina”, quede en manos del notario, en el sentido de que esté a su cargo su desarrollo en cuanto empresa –gestión, inversión, personal de trabajo, solvencia de gastos-, ha provocado dificultades tales como precariedad y desigualdad en las condiciones de desenvolvimiento de los despachos notariales. En 2017, esto llevó a un grupo de diputados a presentar un proyecto de ley,

¹¹¹ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017). P. 10

¹¹² Íbid

correspondiente al Boletín 11369-07¹¹³, cuyo objetivo es licitar esta “infraestructura notarial”, en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):

“el correcto ejercicio de la función de los notarios y conservadores no sólo exige el cumplimiento de los requisitos que la ley establece para la idoneidad del cargo, sino que una serie de otros elementos, como las inversiones en infraestructura y equipamiento adecuadas para la atención del público, personal capacitado y con experiencia para el apoyo a la función, uso de tecnologías de la información, y otros aspectos en los cuales existe una enorme disparidad entre quienes desempeñan los referidos cargos. De esta manera, para uniformar y establecer criterios objetivos que contemplen esta dimensión más amplia, consideramos que es oportuna y recomendable la licitación de estos servicios.”¹¹⁴

Lo anterior significa que privados concursan para adjudicarse las “notarías” en cuanto empresas. Esto es consecuencia de los malos resultados que ha tenido dejar las notarías al notario, tanto en su despliegue cotidiano como cuando la notaría pasa de un notario a otro.

Comportamientos de mercado

Como un punto aparte, cabe preguntarse por la observancia o control que pudiera haber respecto del comportamiento de mercado de las notarías. El supuesto del legislador es que las notarías, negocios privados bajo un marco regulado, competirían, bajarían los precios, mejorarían su servicio, generando un beneficio directo a sus clientes/usuarios. Pero, ¿qué organismo vela por que las notarías tengan conductas responsables en esos mercados? Las Cortes de Apelaciones no pueden, por ejemplo, sancionar conductas predatorias que pudieran llevar adelante.

Luego, ¿dónde está el Estado para cautelar que se cumplan las premisas de su diseño legislativo y podamos contar con que hay un efectivo mercado competitivo entre las notarías? Identificamos en este punto, la ausencia de la autoridad pública.

¿Qué motiva que el legislador haya dejado casi todo a la decisión de cada notario, que le haya otorgado libertad de emprendimiento para su oficio notarial? En el fondo, el

¹¹³ Actualmente en tramitación

¹¹⁴ Mensaje del proyecto de ley del Boletín 11369-07, página 2

legislador considera que es mejor que la notaría quede en manos privadas, funcionando dentro del marco regulatorio establecido por la autoridad, y conservando en todo caso un control público sobre ellas (fiscalización). “Es mejor que esté en manos privadas” en dos sentidos. En primer lugar, porque el privado es un mejor agente de fe pública que el Estado, por ser más confiable. En segundo lugar, la notaría funcionará mejor como una “empresa” privada (y no un servicio público), en términos de ser un negocio eficiente. Se busca el mejor resguardo de la certeza jurídica y el mejor desenvolvimiento económico de la notaría. Y si por alguna razón lo anterior se desvirtuara –si el privado no fuese un buen ministro de fe pública, o si la notaría no operara realmente en un mercado-, el Estado sigue estando ahí en la cautela del sistema, fiscalizando casos concretos y regulando para evitar problemas en los casos generales.

La austeridad de la regulación se explica, desde una perspectiva histórico-jurídica, porque no regular es lo natural y la regla general cuando se trata de una actividad privada. Que se tenga que regular es consecuencia de que esta labor, si bien no se despliega en un servicio público propiamente tal, ha sido confiada *por el poder estatal* (y no por mera espontaneidad) en manos de una persona determinada, precisamente porque la tarea que cumplirá no es cualquiera, sino que se trata de la certeza jurídica, de la fe pública. Ahora bien, en nuestro diseño, esta nota “pública” no alcanza a teñir a toda la actividad.

Es por eso que la notaría es casi como una oficina privada, decíamos. La racionalidad legislativa detrás de esto es fácil de identificar. El notario desarrolla una actividad económica en su notaría y por ello, resulta beneficioso que pueda desplegar con libertad su emprendimiento. Colocar en las manos de los notarios las decisiones comerciales de su oficina notarial es coherente, en este esquema. En su dimensión de “negocios”, las notarías serán competidoras entre sí. Así, cada notario tendrá incentivos para crear el mejor diseño interno -el más fiable, el más ágil, el de mejor formación para sus empleados, entre otros-, como también para entregar el mejor producto a los clientes, ubicarse en la mejor calle del territorio, cobrar los precios más bajos, entre otras cosas. Si los estándares de alguna notaría no son satisfactorios, pues la persona en necesidad de un notario buscará otro (lo que en el mercado se llama “elasticidad”), hasta que esa notaría de mal servicio empiece a perder y perder frente a las demás, y tenga que cambiar

o bien sea retirada por las fuerzas del mercado. Así, en total, el mercado de las notarías tenderá a mejorar. En definitiva, la austeridad de regulación se explica porque las notarías son un negocio de los notarios, cuyo mejor desenvolvimiento se deja a ellos.

¿Hay un mercado notarial?, ¿compiten las notarías?

La austeridad regulatoria es coherente con la racionalidad interna de nuestro sistema: ya que la notaría es casi como un despacho privado, se entiende que no se la regule mayormente. Ahora bien, la creencia de que entregando al notario la decisión sobre la gestión de la notaría, lo que se conseguirá es competencia, y por tanto “mejores” notarías, es falsa.

Las notarías difícilmente compiten. La F.N.E. planteó, en un primer momento, que los indicios sugieren que muy lejos de haber condiciones de un sano mercado, las notarías operan como monopolios u oligopolios y que, por tanto, todo lo que el legislador suponía en términos de competencia y eficiencias, no concurre. Esta intuición motivó el Estudio que analizamos¹¹⁵. En el mes de julio, el informe fue contundente al confirmar, con evidencia empírica, que hay serios obstáculos a la competencia en el diseño notarial, cuyas causas son las barreras de entrada al mercado, una regulación muy detallada de la conducta comercial y de la forma de provisión del servicio¹¹⁶.

¿Por qué pasa esto? Consideramos que esta falta de competencia fluye directamente del diseño institucional del sistema notarial y no es una mera desviación conductual contingente. En primer lugar, porque es la misma ley la que les asigna a los notarios territorios a cubrir, y entonces a cada notaría le corresponde una porción de habitantes, que no eligen realmente si van a una u otra notaría, dependiendo de si su servicio es bueno o no tanto. Los precios de las notarías tampoco entran en competencia, como veremos en un momento.

¹¹⁵ Minuta de lanzamiento disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/min_02_2017.pdf (última consulta el 22/01/2019)

¹¹⁶ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017), p. 10.

El que los notarios sean cargos “para toda la vida” (vitalicios o hasta los 75 años de edad) es una característica que atenta contra el “emprendimiento” notarial, o la agilidad y eficiencia perseguida en hacer de ellas un negocio privado. Quien consigue ser notario, lo seguirá siendo para siempre, salvo que su labor sea groseramente irregular o delictual. En ese sentido, la verdadera “competencia” es conseguir ser notario. No hay real competencia en tener la mejor notaría, una vez que ya se ha sido nombrado. Conseguida la notaría, el negocio está asegurado: un territorio asignado con demanda asegurada –los ciudadanos necesitan acudir a las notarías de cuando en cuando y pagarán lo que la notaría cobre.

La asociación de notarios, por su parte, se ha referido a este punto, declarando que, a su juicio, “el sistema notarial y registral chileno no es un mercado”, en los siguientes términos:

“...el sistema registral y notarial chileno, muy aceptado desde más de 200 años, no es un mercado. No puede ser comparada una venta de electrodomésticos con el servidor público que guarda la fe pública. No hay comparación ninguna.”¹¹⁷

Estas declaraciones surgen a propósito de los cuestionamientos que la F.N.E. planteó a la actividad notarial, razón por la cual en 2017 encargó la realización de un estudio al respecto. Este estudio se desarrolla, a su vez, en el contexto del debate público suscitado por el proceso comenzado por el Ministro de Justicia en orden a crear nuevas notarías en 2017. La postura de la Asociación de Notarios es congruente con aquellas que han sostenido en el pasado, son enfáticos en señalar que las notarías no constituyen un mercado sino una actividad de carácter público, cuyo ejercicio queda entregado a privados. ¿Por qué se insiste en tal perspectiva? En general, la defensa de la naturaleza pública de la labor notarial es utilizada como argumento en contra de la “apertura” de la actividad. Dos buenos ejemplos son la discusión del frustrado proyecto de ley del entonces senador Sebastián Piñera, en el año 1994, y la creación de más de un centenar

¹¹⁷ Entrevista a Juan Carlos Manríquez en El Mercurio de Valparaíso, citada en <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/el-sistema-notarial-y-registral-chileno-no-es-un-mercado> (última consulta el 22/01/2019)

de notarías bajo el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, en 2017, a la que ya nos hemos referido.

El proyecto de Piñera en 1994 tuvo el propósito de que las notarías se “rigieran bajo las leyes del mercado”. En su opinión de entonces, la regulación impediría que las notarías se desplieguen adecuadamente. Por un lado, por existir barreras de entrada a la actividad, que permiten el ingreso solamente de quienes gozan de “favores” en el Poder Judicial, y por otro lado, por existir regulación de precios. Este proyecto fue rechazado tempranamente, entre otras razones, bajo la siguiente argumentación del senador Fernández en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (el subrayado es nuestro):

“...con la iniciativa se están asignando funciones propias del ejercicio de potestades públicas, las que corresponden a una zona de actividad en la cual no pueden darse las reglas del mercado. Los notarios no cumplen una función económica pura, sino que ponen en movimiento una función ministerial...”¹¹⁸

Sin perjuicio de las opiniones de la Asociación de Notarios o de algunos parlamentarios, es claro que en términos de estructura y de funciones, los servicios notariales se proveen mediante un mercado regulado. A este respecto no hay duda, aunque pueda haber debate sobre la calidad o naturaleza jurídica del notario. “La notaría” es evidentemente una oficina privada. El mercado relevante de cada una es aquel territorio determinado por la autoridad en el decreto que la crea. La barrera de entrada a este mercado es el mecanismo de nombramiento reglado. Los precios cobrados van desde el precio máximo regulado por decreto hacia abajo (al menos en principio). Su servicio son las diligencias determinadas por las leyes, más aquellas que puedan ser convenidas dentro del marco de atribuciones del notario.

Las notarías conforman un mercado, entonces. *¿Pero hay condiciones efectivas de mercado? ¿Las hay como para concluir que concurren entonces las consecuencias que el legislador esperaba obtener de diseñar la cobertura notarial como un mercado? ¿Compiten las notarías, como para que podamos decir que tiene sentido esperar que en*

¹¹⁸ Acta de la discusión en la Comisión de Constitución, legislación y Justicia del Senado, p. 10. Discusión del proyecto de ley iniciado por el Senador Piñera, Boletín 1316-07.

tal competencia los servicios mejoren, los precios bajen y se alcancen equilibrios de eficiencia? Lo cierto es que difícilmente se puede considerar que las notarías se comporten como agentes de mercado que compitan entre sí.

No hay competencia en los precios

En primer lugar, no hay competencia en los precios cobrados. Es cierto que hay una regulación de aranceles máximos, por debajo de los cuales se podría competir. Una primera razón para tener dudas de la competencia en este ámbito ya la desarrollamos: es la antigüedad y ya casi decrepitud del decreto de aranceles máximos, publicado en el año 1998. La evidencia es clara en la práctica notarial: las notarías cobran más que los precios máximos permitidos por decreto. Así lo demuestra el estudio realizado por la F.N.E. al que ya nos referimos:

“Observamos que la mediana de todos supera el precio del arancel. Es decir, tanto en nuestra encuesta como en las boletas, al menos un 50 por ciento de los trámites tiene un precio superior al permitido. Para trámites frecuentes, como las fotocopias autorizadas, la mitad de los clientes pagaron al menos el doble de lo que el arancel establece. Para otros trámites recurrentes, como las declaraciones juradas, la mediana del precio cobrado fue 5 veces el máximo.”¹¹⁹

Hay poca competencia en el servicio

Tan sólo recientemente pudimos obtener información que evaluara si hay competencia en la calidad del servicio. El estudio de la F.N.E. identifica que el *tiempo* que toma un trámite es uno de los factores de la “calidad” del servicio notarial. A ese respecto, la investigación concluye que hay menos demora, y por tanto un “mejor servicio” en aquellas notarías clasificadas como “de alta densidad”, en relación a las que se encuentran en zonas de menor densidad:

“...el tiempo que toma realizar un trámite en zonas de densidad notarial baja, es 11 minutos mayor a su contraparte en zonas de alta densidad”¹²⁰

¹¹⁹ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017), p. 71.

¹²⁰ *Ibid* p. 9.

“El promedio global es de 26 minutos. Sin embargo, para las notarías en zonas de densidad alta (enfrentando más competencia), este número cae a 24 minutos, mientras que, en el otro extremo, el tiempo total llega a 35 minutos para las notarías ubicadas en zonas de densidad baja.”¹²¹

En cualquier caso, no parece del todo convincente imputar esos tiempos más bajos al hecho de haber más *competencia* en las notarías de zonas de alta densidad. La razón podría estar, más mundanamente, en el mismo hecho de que son zonas de baja densidad urbana y económica.

De todas formas, el tiempo que toma un trámite es sólo uno de los elementos de la calidad del servicio notarial. No existe información pública a la que la ciudadanía pudiera acceder donde se consoliden datos objetivos sobre infraestructura tecnológica, reclamos de usuarios, buena atención al público, entre otros indicadores.

Esto ocurre, en parte, porque las entidades que están a cargo de su fiscalización, las Cortes de Apelaciones, no generan insumos públicos que permitan formarse una noción de la calidad del servicio entregado. Las calificaciones de los notarios, así como sus hojas de vida, son de carácter reservado (artículos 274 y 277 C.O.T.).

Baja elasticidad de sustitución entre notarías

El estudio de la F.N.E. también demuestra empíricamente que en la inmensa mayoría de los casos no es efectivo que las personas *elijan* su notaría. Las personas deben acudir a una notaría y acuden a tal o cual, mayoritariamente por su ubicación o por estar obligadas a asistir a una notaría en particular:

“...un 32% se encontraba obligado a asistir a una en particular, y un 38% la escogió por su cercanía. Es decir, el 70% de los encuestados no consideró variables como el precio o la calidad de servicio de la notaría en su decisión (...) El tiempo de atención y el precio fueron nombrados como motivos por un 9 y 5% de los encuestados.”¹²²

¹²¹ *Íbid*, pp. 81-82.

¹²² *Íbid*, p. 57.

Es esperable que lo anterior ocurra en la medida que los usuarios no cuentan con antecedentes para poder elegir entre notarías, lo cual es uno de los supuestos de la competencia y de la consecuente eficiencia que generaría en el mercado:

“Las estadísticas anteriores nos indican que los clientes manejan poca información para elegir a cuál notaría acudir (...) Este [proceso de búsqueda] requiere experimentación, en el caso de la calidad de servicio, y en el caso de los precios se hace difícil dada la manera en la cual los notarios los fijan actualmente.”¹²³

Esta baja elasticidad –el hecho que las personas que requieren servicios notariales no opten entre una notaría y otra como consecuencia de una ponderación de su mejor o peor servicio- es consecuencia de que estas personas no son “clientes” sino requirentes de un servicio público.

Rentas supracompetitivas: mayores precios e ineficiencia productiva

El estudio empírico de la F.N.E. recopiló las declaraciones de impuestos de todos los notarios de oficios simples del país (excluyendo a los notarios que también sirven de conservador o archivero judicial) para los años 2015, 2016 y 2017, concluyendo que

“En tales años, el notario promedio obtuvo rentas superiores o iguales a \$14 millones mensuales, y los notarios que más obtienen renta corresponden a aquellos ubicados en Santiago Centro, que en promedio alcanzan los \$24 millones mensuales.”¹²⁴

El estudio considera que esas rentas son rentas “supracompetitivas”, por cuanto están por sobre aquellas que tendrían los notarios en condiciones de mercado. En términos técnicos, rentas monopólicas o supracompetitivas “corresponden a la suma de las rentas que el notariado obtendría en condiciones competitivas, y las que obtiene por su capacidad de ejercer poder de mercado.”¹²⁵

La acumulación de rentas supracompetitivas implica que el precio cobrado al usuario final será mayor. Señala la F.N.E.:

¹²³ Íbid, p. 58.

¹²⁴ Íbid p. 9.

¹²⁵ Íbid p. 96.

“...Tales rentas son transferencias desde los consumidores a los notarios. Si el sector fuese competitivo, éstas serían percibidas por los clientes de las notarías, al pagar menores precios.”¹²⁶

Por último, señala el estudio que estas rentas no sólo cobran más precio al usuario en lo inmediato, sino que generan, en el mediano y largo plazo, *oferentes que trabajan por debajo de su punto de eficiencia productiva*:

“Si el sector fuese competitivo, los notarios no sólo cobrarían menores precios, debido a las presiones de sus competidores y de potenciales entrantes, sino que operarían de manera más eficiente. Esto les permitiría bajar aún más sus cobros.

Tal beneficio de un sector más competitivo, emerge en el tiempo como el resultado de dos mecanismos: selección Darwiniana e incrementos en eficiencia.”¹²⁷

En términos de la discusión pública, este déficit competitivo, esta constatación de que los supuestos de la eficiencia notarial son falaces, es claramente percibido.

Las declaraciones del Ministro Campos en 2017 lo reconocen. En su perspectiva, lo más sensible es que las notarías funcionan como monopolios u oligopolios, condición básica que dificulta el despliegue de los beneficios de mercado que el legislador esperaba, tales como un buen servicio y precios bajos. Sostiene que el propósito de la creación de muchas nuevas notarías es, precisamente, generar competencia entre ellas. Dice el ministro (el subrayado es nuestro):

“Habida consideración de la concentración de esta actividad, [buscamos] generar adecuados niveles de competencia entre los distintos actores involucrados, puesto que esto sólo se podía lograr a través, insisto, mediante la creación de nuevos cargos.”¹²⁸

“[cuando llegué al Ministerio de Justicia] yo llegué a la conclusión de que, como no tenía espacio, como no tenía tiempo, para modificar todo el sistema [...] mi opción fue la siguiente: la ciudadanía lo que quiere es un servicio eficiente, rápido y barato. Para eso, generemos la competencia. Y por eso es que vamos a crear una importante cantidad de cargos.”¹²⁹

¹²⁶ Íbid p. 92.

¹²⁷ Íbid pp. 92-93.

¹²⁸ Jaime Campos en entrevista en Canal 24 Horas 01/08/17. <http://www.24horas.cl/nacional/ministro-de-justicia-anuncia-creacion-de-101-nuevos-cargos-de-notarios-conservadores-y-archiveros-2465093> (última consulta el 22/01/2019)

¹²⁹ Jaime Campos en entrevista Canal 24 horas 27/07/17.

¿Por qué no hay competencia? Pues porque el diseño institucional que tenemos no genera condiciones ni para incentivar ni para asegurar que la haya. Para los notarios, a quienes la marcha de las notarías ha sido encomendada, no es necesario que haya competencia. Su lucro está asegurado y no deben buscar eficiencias para obtenerlo. Desde luego, porque la necesidad por los servicios notariales está dada por la ley. No hay un servicio que sustituya. La autoridad diseña mercados que no se encuentran, entre los cuales no hay flujos, en los cuales los notarios son oferentes monopólicos u oligopólicos. No es efectivo pensar que una persona se podría cambiar de notaría si considera que aquella a la que iba es muy cara, o su servicio es malo. En cuanto no hay competencia, no hay incentivos bien colocados. Ni para bajar los precios (competir por debajo del arancel máximo) ni para otorgar un mejor servicio.

Sin embargo, el legislador cuenta con que haya competencia. Descansa en ese supuesto. Esa es la razón por la que las notarías son un mercado (y un mercado que funciona), en su concepto. Y el motivo por el cual, siendo un mercado, lo conveniente es que la presencia del Estado –en regulación y fiscalización- sea la menor posible. En ese sentido, el que la ley otorgue amplia libertad a los notarios para decidir sobre su oficina, en el marco de su regulación, no resulta en una dinamización de este “mercado” (que no es tal), no es eficaz para alcanzar equilibrios de mercado, obtener alta calidad, bajos precios y agilidad.

Con lo anterior no pretendemos demonizar a las notarías ni concluir que todas ellas sean una suerte de negocio de usura promovido por el Estado y ejercido por particulares. Difícilmente podría ser esa la realidad de las muchas decenas de oficios de notarios de la tercera categoría. Pero lo cierto es que este muy abundante flujo comercial sí es lo corriente para las notarías de primera categoría, de asientos de Corte, que como sabemos representan más de la mitad del total. También para parte importante -si no todas- las notarías de segunda categoría. En todo caso, si se quisiera señalar que es injusta esta crítica, por “hacer pagar a justos por pecadores”, bien se podría replicar señalando que con mayor información pública sobre las ganancias de los notarios la crítica podría hacerse todavía con mayor exactitud.

El propio diseño de las notarías no incentiva ni asegura la competencia

Aquí vale mencionar también que estas explicaciones y conclusiones no sugieren que lo que hace falta sea mayor regulación (por ejemplo, que leyes fijaran la cantidad de empleados de cada notaría, o los precios exactos de cada diligencia; que si el papel es de mala calidad entonces se fije por ley el exacto gramaje que deba ser utilizado; que si el servicio es demoroso, se fije por decreto cuánto debe ser el tiempo máximo de espera para ser atendido, entre otros). Esto sería sobrerregular una actividad privada que terminaría por presionarla burocráticamente, probablemente haciendo todavía más torpe su marcha, y no solucionaría los problemas que hemos señalado. En fin, lo que afirmamos es que se trata de una actividad muy escasamente regulada, en pos de su flexibilidad comercial, pero que resulta incapaz de desplegar ese potencial de agilidad como oficina privada. No puede desplegarlo porque se trata de un negocio en que el jefe tiene clientela asegurada y asegurada “para siempre”; opera dentro de un territorio o mercado relevante que tiene asegurado.

No se trata de que los notarios como personas humanas sean egoístas que no quieren competir, sino que se trata de un diseño institucional que no promueve ni asegura la competencia, y más todavía, la perjudica. Tal diseño, por tanto, es falaz al prometer que, por la vía de la competencia, las notarías serán un mercado dinámico y eficiente. Tal falacia es utilizada para sostener que la decisión por un mercado notarial –es decir, que las notarías sean una oficina privada regulada y no un servicio público- es la adecuada en términos de política pública.

Tenemos, en definitiva, un Estado que opta por tener una presencia tímida, bajo la promesa de que eso hará eficiente a la notaría. Pero es precisamente la forma en que el Estado participa aquello que impide que el sistema notarial pueda operar como un genuino mercado. Su aparición a la hora de crear notarías y nombrar notarios hace de estos mercados unos con importantes barreras de entradas, que se desempeñan monopólicamente u oligopólicamente y con clientela asegurada por los mercados relevantes que están determinados por la misma autoridad. Su aparición a la hora de fiscalizar es insuficiente para valorar y guardar control del comportamiento efectivo de las notarías.

Estos sinsentidos ocurren cuando se trata de una institución donde conviven notas públicas y privadas, y se encuentran en contradicción, colisionan en conflicto, perjudicando precisamente el fin de la institución misma: custodiar adecuadamente la fe pública.

Así, los beneficios con los que el legislador contaba a la hora de elegir un modelo “privado” de notaría, fueron sobreestimados. Las notarías privadas no conforman un mercado eficiente que genere un buen servicio a bajos precios.

Costos subestimados o no considerados

En segundo término, los costos que el legislador identificaba en este modelo fueron subestimados.

Alto gasto en fiscalización

Nos referimos al gasto que importa la fiscalización institucional de esta actividad llevada adelante por profesionales privados. Este gasto, como sabemos, se orienta a evitar generalmente, y sancionar particularmente, las desviaciones a la objetividad pretendida del sistema.

Ya revisamos largamente la vigilancia por parte del Poder Judicial, cuyas capacidades han sido sobrepasadas, asunto que ya hemos abordado largamente. Los ámbitos que las Cortes tienen a su vista son la marcha cotidiana de las notarías y la conducta de los notarios. Lo anterior en términos de cobro adecuado de aranceles, de provisión adecuada del servicio, entre otras cosas.

De todos modos, no hay que olvidar que no son sólo las Cortes quienes fiscalizan, pues el apego al mecanismo reglado para la creación de notarías y para el nombramiento de notarios es supervisado por la Contraloría General de la República (reactiva y preventivamente).

Precios más altos que los que cobraría un servicio público

Asimismo, es todavía mayor la distancia entre los precios que se cobran y los que se podrían cobrar si esta institución fuese un servicio público y no un oficio privado con fines de lucro, cuando consideramos que los precios efectivamente cobrados son más altos que los contenidos en el decreto de aranceles. Si ya había que aceptar que la provisión privada del servicio notarial habría de significar precios más altos que los que una oficina estatal pudiese haber cobrado (ya desarrollaremos este punto), la realidad demuestra que este costo es más alto que lo previsto, por el cobro de rentas supracompetitivas y la ineficiencia productiva que es consecuencia de la falta de competencia.

Sistema desintegrado

Por último, hay un costo asociado a no tener una red de provisión de servicios notariales y tener, en cambio, oficinas privadas distribuidas, en términos de ordenación y acceso a los documentos. Se trata de tener centenares de registros desintegrados. Esta es una de las dificultades de nuestro sistema notarial que se han juzgado más críticamente por la opinión pública. Lo anterior resulta muy engorroso y dificulta el tráfico jurídico. Dos ejemplos sirven para demostrar el punto.

En primer lugar, el Registro Nacional de Testamentos, a cargo del Registro Civil, que fue creado por la ley 19.903 en el año 2003, al cual ya nos hemos referido. La dispersión de los testamentos y la incapacidad del sistema de poder llevar un rastro de si es que, dónde y cuándo testó una persona, terminaba por perjudicar la propia certeza jurídica y el respeto por la voluntad de los causantes, expresada solemnemente. Los testamentos a menudo se “perdían”, imposibles de encontrar. Así fue que el legislador tuvo que crear la obligación de las notarías de remitir mensualmente al Registro Civil la nómina de testamentos otorgados en su oficio, modificando para ello el Código Orgánico de Tribunales:

Artículo 439, inciso segundo. Los notarios y los referidos funcionarios deberán remitir al Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de los diez primeros días de cada mes, por carta certificada, las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado en sus oficios...”

Esto es demostrativo de que un sistema con cientos de registros desintegrados, inconexos, en que hay una custodia privada de documentos que es necesario para la autoridad conocer (para que se pueda llevar adelante el propósito de esos mismos documentos –la voluntad del causante, en este caso-), termina precisamente por traicionar su propósito de fe pública y certeza jurídica. Al punto que el legislador, para controlar los daños de un diseño institucional como este, debe terminar por hacer llegar un respaldo de estos testamentos a un servicio público estatal que sí tiene un registro integrado. Es, como se aprecia, un sinsentido.

En segundo lugar, los intentos de reformas han buscado hacerse cargo de las dificultades que se derivan de la desintegración de los registros, por ser una de las más visibles críticas al sistema notarial. En particular en el ámbito de estudios de propiedades inmuebles, los llamados “estudios de títulos”. Se ha propuesto la creación de un “folio real” que ordene las escrituras en razón de la propiedad y no de la persona que interviene en las escrituras. Lo anterior, para facilitar la travesía que usualmente debía ser hecha para reconstruir la historia de un bien raíz. Tal reforma la contempla tanto el proyecto de ley de la presidenta Bachelet en 2008, como el del presidente Piñera en 2012:

“La introducción en Chile de la modalidad de registro por “folio real”, esto es, una ordenación de los títulos según el inmueble y no según las sucesivas transferencias o transmisiones que sobre él se efectúen (cuestión que facilitaría el estudio de los antecedentes de la propiedad)”¹³⁰

“Folio real. La ordenación y constancia de la individualización e historia jurídica completa de cada bien raíz en un solo instrumento, debidamente actualizado, constituye una de las principales preocupaciones que desde hace varios años ha sido reclamado por los usuarios y operadores del sistema registral. Este notable cambio, establecido como obligación de cada conservador en el proyecto y que en muchos oficios ya de hecho existe por la práctica forense, favorecerá enormemente la obtención de una radiografía actual de cada inmueble, otorgando mayores niveles de seguridad de los títulos y abreviando el tiempo necesario para estudiar la propiedad, inscribir y certificar su situación.”¹³¹

Reformas en materia de avances tecnológicos

¹³⁰ Boletín 5836-07, página 2

¹³¹ Boletín 8673-07, página. 7

Otro asunto que ha sido materia de debate y de avances legislativos es la actualización tecnológica de los oficios de notarios, en particular a lo tocante a la firma electrónica (Ley número 19799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación) y la digitalización de los servicios. Lo cierto es que reformas en este ámbito no dicen relación con la conformación orgánica de las notarías (salvo por los ámbitos en que la ley exige la concurrencia personal de los firmantes, y por tanto no hay lugar para la firma electrónica) y bien puede avanzarse en esta materia sin adentrarse en materias de debate más profundo. Este asunto, en todo caso, no tiene que ver con la calidad privada de las notarías, pero sí pone en evidencia lo fácil que sería la integración de los registros notariales. El auto acordado de acta n° 163-2006 y el acuerdo en AD415-2008 se refieren a la implementación de la firma electrónica por los notarios.

¿Precios más bajos vía competencia, en relación a qué?

El modelo vigente cuenta con que la competencia entre notarías terminará por elevar la calidad del servicio y bajar sus precios. Sin embargo, esta “baja de precios” se refiere a una notaría respecto de la otra. No a la comparación de precios entre el sistema de provisión vigente (privado) y uno de servicio público. Los precios no serán todo lo bajos que puedan ser, sino que alcanzarían el óptimo del mercado notarial. Los notarios seguirán apartando un porcentaje relevante para sus ingresos, porcentaje que involucra un lucro o ganancia para el notario. Esto porque como sabemos, no cuentan con un sueldo fiscal, sino que reúnen ingresos con los aranceles que cobran.

En cambio, el “precio” que pudiera cobrar un servicio público sería en relación al costo que tendría para la notaría la diligencia de la que se trata, y no agregaría una ganancia privada. En ese sentido, que no haya gasto estatal asociado a las notarías tiene como contracara que las personas que acceden al servicio pagan un precio más alto. Los clientes/usuarios pagan lo que el Estado deja de gastar, y más.

Esto es relevante en la medida que los servicios notariales no son un deseo arbitrario que le surge a las personas (por ejemplo, como el deseo de comprar un reloj), sino una necesidad que la propia ley ha creado (por ejemplo, un requisito de validez para la celebración de un determinado contrato).

Este es un costo que el legislador no tuvo a la vista en su ponderación.

No generación de ingresos fiscales

Tal como la actividad notarial no importa gastos fiscales directos (aunque su supervisión sí), tampoco permite la generación de ingresos para el Fisco. Esta es la contracara lógica de optar por la provisión privada y no pública de un servicio, pero suele pasar inadvertida.

Desde luego, el notario tributa en relación a su renta (que está determinada por su carga de trabajo y los aranceles que cobra), así que no nos referimos a ese aporte (o devolución, dependiendo del concepto de tributo con el que trabajemos) que en definitiva llega al Estado. Nos referimos más bien a los beneficios que se pudieran explorar si fuese el Estado quien proveyera del servicio notarial, no en términos de lucro sino para la marcha de una red notarial nacional, que pudiera autofinanciarse, pudiera instalar notarías, invertir en infraestructura o planes de mejoras, entre otras cosas.

Este es una pérdida de un beneficio, es decir un costo, que no se tuvo en cuenta adecuadamente.

Consideraciones finales sobre las notarías “privadas”

El hacer de las notarías oficios privados regulados, y del notario un sujeto privado que ejerce una función pública, se basa en dos supuestos: (1) que los privados son más confiables que el Estado para el ejercicio de la fe pública, pese a reconocer que la naturaleza de tal función es pública, y (2) que los despachos privados, regulados y fiscalizados en este caso, son más eficientes que los servicios públicos. Ambos supuestos guardan relación. Desde luego, no tendría mucho sentido que las notarías fueran un servicio público dirigido por un privado, ni tampoco que fueran un despacho privado dirigido por un funcionario.

El segundo supuesto –despachos privados son más eficientes- se explica (en principio) en una serie de argumentos -competencia, equilibrios, precios, entre otros-, que sin embargo después son demostrados falaces. Pero el primer supuesto –son más confiables las personas privadas que los funcionarios estatales- pareciera no basarse en fundamentos lógicos. ¿Cuál es la independencia de la que gozaría el notario al ser un privado, y la cual perdería si fuera un funcionario público? La pertenencia al servicio público no somete a los funcionarios a ser sirvientes del poder de gobierno. Por eso son funcionarios públicos *del Estado* y no agentes políticos del gobierno. ¿Acaso el pago de un sueldo a los jueces los despoja de su independencia? Por el contrario, pareciera asegurarla.

¿En qué se basa esta desconfianza al Estado? ¿Se trata de la corrupción estatal, del tráfico de influencias? No es claro en qué medida esos males le son imputables al carácter estatal de la provisión de un servicio, ni tampoco qué mecanismos nos aseguran que en el ámbito privado está libre de ellos.

Mientras que el carácter público de la *función* notarial no es materia de controversia sino de pleno acuerdo en la doctrina, en la ley, en la jurisprudencia y en el debate público, poco se dice para justificar que el notario sea un privado, en circunstancias que es anómalo que lo sea. Lo natural sería que fuese un funcionario público. En cambio, absteniéndose de justificar la naturaleza privada del notario, se terminan por construir explicaciones que, en el fondo, sólo se refieren irreflexivamente a lo que la ley prescribe: “el notario es un funcionario público por *porque la ley lo dice*”, pero su caracterización, en la propia ley, es la de un sujeto privado. En esa línea, la noción de que es más confiable un notario privado que un funcionario público, parece carecer de sentido.

C. “Sujetos idóneos”

Decíamos antes que para el legislador parece haber una conexión entre el carácter privado de los notarios y que estos resulten idóneos para el oficio. En realidad, en base a lo que hemos analizado, tal relación no parece sostenerse. En todo caso y por razones de orden, lo referente al carácter privado del notario lo tratamos en el punto anterior, y en este punto nos referiremos a aquellos mecanismos de selección y condiciones de permanencia que tienden promover que quienes ejerzan como notarios sean sujetos idóneos para el oficio.

Los beneficios que el legislador busca potenciar en diseño como el vigente son la excelencia (mediante un concurso que elija al mejor postulante), la objetividad en la elección (mediante la intervención de diversos sujetos), la especialización y un compromiso profesional-vital. Estos objetivos no guardan una relación necesaria con la calidad privada del notario.

Beneficios sobreestimados y costos subestimados

Ni excelencia ni objetividad. Arbitrariedad

Al describir los mecanismos de nombramiento de los notarios diseñados en la ley y complementados por los tribunales, dijimos que estos tenían el propósito de elegir al mejor entre los postulantes, asegurando que era el *mérito* el criterio clave para tal decisión.

La ley contempla criterios generales que deben inspirar la elección del postulante más apto. Promueve que los notarios hagan una carrera interna. Esto importa una preferencia a los mejores notarios de la categoría inferior a la hora de proveer una categoría superior. Esta medición de “quiénes son los mejores notarios” se hace mediante la calificación a la que están sujetos como auxiliares de la administración de justicia. Parte importante de los postulantes, también, son abogados externos al Poder Judicial, que no cuentan con una calificación previa. Entonces, adicional a lo prescrito por la ley, la Corte Suprema, fundamentalmente mediante auto acordados y bases de concursos, ha desarrollado los principios legales, reglando en detalle las sucesivas

etapas del concurso y generando estándares más objetivos de medición. Describimos estos mecanismos antes. En síntesis, lo que hacen es cuantificar una serie de criterios para la selección –experiencia profesional, estudios complementarios, exámenes de conocimiento, de habilidades y destrezas-. Una rúbrica ordena entonces a todos los postulantes según el nivel de logro en cada uno de esos criterios. Es la aproximación más cierta que se puede tener a cuál es el “mejor postulante”.

Sin embargo, luego de la confección de ese *ranking* determinado por los puntajes obtenidos, no es seguro que quienes más arriba figuran sean efectivamente aquellos que lleguen a integrar la terna.

Es cierto que existe un mecanismo que reserva un lugar en la terna al mejor integrante de la categoría inferior a la que se concurra (conforme al artículo 284 inciso final C.O.T.), que es la regla del “derecho propio”, promotora de la carrera interna de los notarios. Pero no es claro que esta norma cautele la elección del mejor postulante, toda vez que es perfectamente posible que los postulantes externos obtengan mejores puntajes que el postulante interno. Este espacio reservado en la terna, en todo caso, no favorece, ni menos asegura, que sea ese postulante quien sea en definitiva elegido por el Ejecutivo.

Entonces, ordenados por puntaje los postulantes, llegan a la decisión de los jueces de la Corte respectiva. Los ministros no están obligados a decidir de acuerdo a la aptitud demostrada en las fases previas del concurso. No hay ni siquiera una obligación de justificar la opción de cada juez por cada postulante. Los jueces simplemente votan por aquel postulante que más apto les parece. Para resultar colocado en la terna, un postulante debe reunir una votación de la mayoría absoluta de la sala. Así es confeccionada la terna que se envía al Ministerio de Justicia. Esta terna no hace indicación del lugar del ranking en el que quedó cada postulante (si bien, anexo a la terna, se envía la documentación del proceso de concurso en extenso).

El Ministerio de Justicia, a su vez, para elegir entre los tres postulantes de la terna, no tiene criterios reglados para elegir. Debe confiar en el buen juicio de la Corte que redujo los postulantes de tres, y puede (aunque no está obligado) a examinar los

antecedentes en extenso que le son enviados. No debe justificar por qué elige a uno entre tres de la terna. Dicta entonces un decreto de nombramiento con el postulante que estime adecuado.

Por último, la Contraloría General de la República toma razón del decreto de nombramiento.

¿Qué sucede entonces? Los mecanismos que la ley y el Poder Judicial habían procurado para que los concursos por el cargo de notario fueran efectivamente *concursum*, en que la oposición de los antecedentes de los postulantes encauzara el nombramiento de quien reuniese más aptitudes para ser notario, se tornan ineficaces en manos de la Corte y del Ejecutivo. Ambos tienen en sus manos nombrar a quien les parezca, con tal que haya pasado las barreras de admisibilidad y que haya pasado a las últimas fases del concurso.

Para ilustrar el punto, sirve detenerse en un ejemplo de procedimiento de nombramiento de notario. Nos referiremos al nombramiento para el cargo titular de la 3° Notaría de Curicó, en el año 2016. En este concurso postularon 79 abogados/as, 60 de los cuales fueron declarados admisibles (Oficio res. N°6RH1306). El Pleno de la Corte de Apelaciones de Talca conformó la siguiente terna: (1) Lora (por derecho propio), ubicado en el puesto 39° del ranking, (2) Constenla (notario de carrera también), ubicado en el puesto 27°, (3) Fuentes, ubicado en el puesto 24°. El oficio enviado al Ejecutivo no detalla que esas fueron sus posiciones en el ranking (aunque el Ejecutivo puede acceder a ellas si lee el detalle del expediente enviado), ni motiva las razones de los jueces para votar por estos postulantes. El ejecutivo, en definitiva, nombra notario a don Hernán Urbano Fuentes (decreto 25 del Ministerio de Justicia, de 20 de enero de 2017). Tal nombramiento no lleva ninguna justificación de por qué se eligió a ese postulante entre los otros dos. Este es un ejemplo en que la legalidad operó perfectamente y que en definitiva conformó una terna y nombró a un notario no entre aquellos mejores que el mecanismo reglado identificó. ¿Qué se le puede decir a los 23 postulantes que obtuvieron un mejor puntaje que el notario elegido?, ¿Cómo se explica en términos públicos que

haya sido nombrado un postulante que no era el mejor (ni de los mejores) conforme a las bases objetivas de concurso?

También hay casos donde hay irregularidades que se detectan al final del procedimiento, precisamente en el trámite de toma de razón que realiza la Contraloría. Uno de ellos es aquel sobre cual se pronuncia el dictamen número 39840-2017. Ahí se discute el nombramiento de Ricardo Moyano Monreal como notario de la 5° Notaría de Puente Alto, por el Ministro Jaime Campos en 2017. El nombramiento tuvo los siguientes vicios: el postulante no rindió el examen de conocimiento, lo que conforme a las bases de concurso, lo deja fuera de competencia; la sala no se ajustó a las reglas de votaciones y su presidencia “dirimió” un empate, correspondiendo efectuar una nueva votación; el postulante ofreció como referencia en su *curriculum vitae* a Jaime Campos, quien como Ministro de Estado firmó el decreto de nombramiento. Así, la Contraloría representó el nombramiento. Pero, ¿y si no lo hubiese hecho? ¿Cómo es posible que haya llegado tan lejos un nombramiento así de viciado? Es un lamentable ejemplo de cómo una Corte y el Ministerio pueden perfectamente avanzar en nombrar a un postulante determinado sin que antecedentes de mérito lo acompañen, y sin siquiera reunir el postulante condiciones para participar de la etapa final del concurso. El postulante no rindió una prueba que acreditara sus capacidades y sin embargo su nombre llegó al despacho de quien era su referencia de desempeño laboral. ¿Con qué objetividad se lo nombró? En este caso parece evidente que se trataba de un favoritismo que infiltró la decisión de la autoridad. Fueron, en todo caso, “vicios de forma” aquello que permitió detectar la irregularidad. El postulante podría haber rendido la prueba y omitido sin dificultad el nombre de Campos en su curriculum, y el favoritismo de su nombramiento hubiese quedado en el olvido.

Han tenido impacto mediático este y otros casos de favoritismos más allá del mérito de cada postulante. En ocasiones, estos han estado asociados a lazos de parentesco. Entre otras notas de prensa, investigaciones del diario El Mercurio concluyeron en un reportaje en 2015 que “uno de cada tres notarios es pariente de otro

notario o de un alto funcionario público”¹³². Al respecto, el Presidente de la asociación gremial señaló ante la Comisión Especial de la Cámara, que

“Considera que es un fenómeno propio de un país pequeño como Chile, debiendo tener en cuenta además, las tradiciones familiares (...) nombrar a una persona por el solo vínculo familiar, es tan discriminatorio como cuestionarla por dicho vínculo familiar, sin considerar sus méritos...”¹³³

Por último, cabe reflexionar sobre la promesa de que la intervención de múltiples sujetos cautelaría la objetividad en el nombramiento. Intervienen dos poderes del Estado y luego la Contraloría toma razón. Ya en la Corte que forma la terna tenemos un órgano colegiado. Son numerosos los participantes de esta decisión.

Cuando algo sale mal, ¿quién es el responsable? Cuando hay un único sujeto a cargo de un nombramiento, la carga de fundamentarlo adecuadamente es muy alta. Cuando son tantos los sujetos involucrados, en cambio, contrario a la objetividad prometida, se diluyen las responsabilidades. No es claro a quién es imputable una irregularidad legal o la infiltración de influencias. Esto es nocivo tanto en los casos concretos de arbitrariedades, como también respecto de la generalidad, pues daña al sistema, reduciendo la rendición de cuentas a la que están sujetos quienes intervienen para nombrar al notario.

En ese sentido, la excelencia y la objetividad que cautelaban los mecanismos de nombramiento de notarios son beneficios que fueron sobreestimados por el legislador. La arbitrariedad presente, por otro lado, fue un costo subestimado.

¹³² Reportajes de El Mercurio: “Uno de cada tres notarios es pariente de otro notario o de un alto funcionario público”. 29 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=205645> (última consulta el 20/10/2018).

¹³³ Intervención del Presidente de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros judiciales de Chile, don Alfredo Martín, en la Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre los actos del gobierno en materia de aumento del número de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los procedimientos para llevarlo a cabo y su adecuación a las normas legales vigentes. Aprobado por la Comisión con fecha 24 de enero de 2018, p. 48. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39239&prmTIPO=INFORMECOMISION> (última consulta el 20/10/2018).

Especialización, compromiso vital –Estancamiento

Como decíamos, la ley promueve la especialización de los notarios, para que estos vayan formándose y mejorando en su práctica profesional, además de adquirir un compromiso vital con el oficio. Esto se concreta en los incentivos a las carreras internas en las notarías, y la exigencia para la más alta categoría de ser un notario ya antiguo.

Respecto de la especialización y la consecuente “elección del mejor” que el sistema promueve mediante las carreras internas, cabe preguntarse si la cobertura que tenemos, y su distribución entre notarías de primera, segunda y tercera categoría, guardan relación con ello.

Dijimos al comenzar que actualmente en nuestro país existen 327 oficios notariales (un porcentaje de los cuales son también conservadores y/o archiveros). De estos, algo más de la mitad son notarías de primera categoría (asiento de Corte). Las categorías segunda y tercera juntas suman menos que las de primera. ¿Podemos hablar entonces de especialización en la carrera notarial, en el ascenso de una categoría a la siguiente? La distribución actual (que es fruto de la regulación de la cobertura –mínimo legal, adicional prudencial determinado por el Ministerio de acuerdo con las Cortes-) sugiere que los notarios más que especializarse en el tercer y segundo escalafón, simplemente deben hacer camino hacia el primer escalafón, que es el más numeroso. Esto, a diferencia de la estructura piramidal que uno imaginaría para el ascenso en una carrera interna, que es el diseño más lógico si lo que se busca es que los mejores de la tercera categoría pasen a la segunda y los mejores de la segunda a la primera, quedando en el camino quienes no reúnen las aptitudes.

La especialización también se persigue mediante la duración indefinida del cargo de notario. Lo mismo que la independencia del notario, se busca que no quede a merced de los tiempos e influjos del cambiante poder político. Los nombramientos son “para siempre”, sean vitalicios (para aquellos quienes fueron nombrados antes del año 1995) o hasta los 75 años.

La reforma que introdujo esta restricción de edad estuvo motivada en el siguiente sentido:

“sus funciones expiran al cumplirse 70 años¹³⁴ de edad, lo cual parece muy conveniente, pues da la posibilidad de que las nuevas generaciones puedan aspirar a estos cargos.”¹³⁵

¿Es creíble que ese sea el verdadero sentido de la reforma? Lo cierto es que esta modificación al C.O.T. se relaciona con el tope de edad puesto también para los jueces ordinarios del Poder Judicial, y su propósito, más que un recambio generacional e influjos de juventud, es poner límite a la edad de ejercicio de las funciones, dado el deterioro físico y cognitivo de los integrantes del Poder Judicial, que a cierta edad ya perjudican sus labores. Esta idea de promover el ingreso de nuevas generaciones a los oficios notariales claramente no se puede concretar en una regla que fija el límite de edad en los 75 años. Ni en cualquier límite de edad, en todo caso. Si el legislador se tomara en serio tal propósito, aplicaría el antiguo principio de temporalidad de los cargos en el diseño de las notarías. No se trataría de poner topes de edad sino de definir que los oficios de notarios se ejercen durante un término de tiempo determinado. El legislador no promueve el flujo de notarios en el sistema.

Asimismo, la independencia que se busca resguardar mediante la indefinición temporal del oficio de notario, es a nuestro juicio falaz y exagerada. Si el principio es que la provisión de un servicio de significación pública no quede a merced de los cambios políticos, debe tenerse en consideración que, si bien el nombramiento está en manos del Poder Ejecutivo, la remoción está en manos del Poder Judicial. Los notarios no estarían en riesgo de padecer las arbitrariedades del poder gubernamental. Y, en todo caso, los periodos que favorecen la estabilidad en el oficio bien podrían ser extensos, pero determinados, como por ejemplo los cargos de Contralor o Fiscal Nacional. Contrario a ello, la indeterminación temporal promueve, en efecto, la consolidación de un poder que no es el estatal: el poder fáctico de las agrupaciones gremiales de notarios, profusamente acusadas ante la opinión pública de ejercer influencias indebidas en su favor.

¹³⁴ Posteriormente, en comisión mixta, la edad fue elevada de 70 a 75 años.

¹³⁵ Acta de la Discusión en la Cámara de Diputados. Boletín 867-07.

En cambio, nuestro legislador opta decididamente por un plantel estable de notarios, al normar que permanezcan en su cargo indefinidamente. ¿Qué sentido tiene esto? Nos referimos antes a la especialización que le permite a los notarios. A nuestro juicio, la prolongación en el oficio y la especialización a la que ella puede llevar son elementos que van de la mano, pero hasta cierto punto. La especialización del notario es una herramienta de éste para el mejor desempeño de su labor. Durante sus primeros años, sin duda que el notario se irá especializando y mejorará su técnica. ¿Pero, luego? ¿La estabilidad y la confianza de que permanecerá en su cargo para siempre (a menos que haga las cosas muy mal y sea removido) colabora o perjudica el progresivo perfeccionamiento profesional que el notario debiera alcanzar?

Aún si creyéramos que para el nombramiento del notario hay real competencia que nos haga decir que entonces “se elige al mejor”, durante el ejercicio del cargo tal competencia no se vuelve a presentar. No hay competencia para permanecer. Simplemente, se debe procurar no hacer las cosas demasiado mal. Vimos ya que los notarios difícilmente compiten en un mercado, pues operan en condiciones monopólicas u oligopólicas ofreciendo un servicio que la ley demanda y al que no se puede acceder de otra manera. Con una demanda asegurada y con la tranquilidad de que el oficio es suyo hasta sus últimos días, ¿qué incentivo tiene el notario para especializarse?

Aquel compromiso profesional-vital que el legislador invoca para justificar esta duración indefinida en el cargo es heredada, probablemente, de los antecedentes histórico-jurídicos de la notaria, tiempos en que el oficio de notario no tenía relación con un nombramiento del Estado sino que se trataba del despacho de un hombre privado reconocido por su sabiduría y por la confianza y honorabilidad que el pueblo reconocía en él. En aquel entonces sí tenía algún sentido que el notario lo fuera para toda la vida. Aquella persona efectivamente tenía un compromiso vital con su oficio, su honor estaba en juego a cada momento. Probablemente, su oficio sería heredado a su hijo, tal como ocurría con los demás oficios como panaderos o herreros.

Sin embargo, hoy, con el diseño notarial que tenemos, consistente en términos simples en nombrar a una persona para que se haga cargo de un despacho notarial participando de tal mercado notarial, la duración indefinida del cargo no tiene sentido.

Cabe hacer presente, en todo caso, que esta característica del notario chileno no es anómala si estudiamos el Derecho comparado¹³⁶. En Alemania, Costa Rica, España, Francia y México, países que siguen el “notariado latino”, las leyes no contemplan límites temporales por regla general, lo cual significa oficios vitalicios. Alemana y Francia sí ponen un límite edad en los 70 años.

Las más veces, lo que provocará esta duración indefinida en el cargo es el estancamiento, tanto del notario como profesional como de su agencia como líder de la notaría. El notario no tiene que esforzarse en ser mejor y justificar su permanencia o ascenso ante otros postulantes que demuestren a la autoridad que podrían ser mejores notarios que quien ejerce la plaza. No compite ni con eventuales postulantes que pudieran quitarle el cargo, ni compite con los otros notarios que ejercen, pues sus mercados relevantes no se encuentran. En cambio, es la misma ley la que le asegura demanda por su servicio. Basta con que cumpla con hacer su trabajo con un nivel suficiente de calidad que prevenga que sea removido de su cargo.

El estancamiento profesional del notario, por la falta de incentivos que éste tiene para progresar, es un costo que el legislador no tuvo presente y subestimó gravemente.

¿Es el notario chileno un ejemplar del notariado latino?

Señalábamos más atrás que son 205 los trámites que se deben realizar ante o por notario en nuestra legislación. No obstante, el 90% de las operaciones se reduce a tan sólo 17 operaciones, que representan el 85% de los ingresos totales de los notarios.

¹³⁶ Informe de la BCN, Notarios legislación comparada enero 2018 p. 14.

Estos trámites son los siguientes: finiquito laboral, fotocopia autorizada, autorización de firma, poder general, declaración jurada, compraventa de bien raíz, mandato especial, arriendo, salida de menor de edad del país, promesa de compraventa, transferencia de vehículos, contrato de trabajo, escritura pública, carta de renuncia, constitución de sociedad, impuestos de timbres, protesto de letra de cambio o pagaré.

Es posible distinguir los tipos de trámites que se realizan en la notaría, entre aquellos que se realizan en el “mesón” y escrituras públicas. Mientras que los trámites de mesón no requieren protocolización (es decir, archivo), las escrituras públicas sí lo requieren¹³⁷. Esta es una distinción que las mismas notarías realizan. Los trámites “de mesón” son atendidos por el personal de la notaría (contratado por el Notario, regido por el Código del Trabajo, definitivamente no son funcionarios públicos) y suman casi dos tercios del total de servicios notariales prestados:

“Es relevante destacar que trámites de mesón, como los finiquitos laborales, fotocopias autorizadas o autorizaciones de firma, representan al menos un 64% de los servicios prestados por el notario.”¹³⁸

Sabemos que el modelo de notariado latino se basa en un notario que atiende personalmente a quienes solicitan sus servicios, asesorándolos, autenticando y posteriormente custodiando sus actos. El académico don Cristián Riego comenta a la Comisión Especial de la Cámara cuál es el concepto de este notariado latino (el subrayado es nuestro):

“[el notario] se encarga básicamente testimoniar ciertos actos que presencia, al tiempo que lleva la custodia y produce ciertos documentos estandarizados con alta confiabilidad, ambas cuestiones que debe realizar en forma personal. Esto último se traduce en la fórmula “Firmó ante mí”, de donde se sigue que afirma haber visto todo lo ocurrido, es decir, la actuación del notario es personal e indelegable, pues el notario es testigo y la verosimilitud o validez de su testimonio puede ser cuestionada, estando sujeto a todo un sistema de responsabilidades penales y civiles (por ejemplo, un notario puede ser culpable de falsificación).”¹³⁹

¹³⁷ Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017), p. 54.

¹³⁸ *Ibid*, p. 55.

¹³⁹ Intervención del académico de la Universidad Diego Portales, don Cristián Riego, en la Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre los actos del gobierno en materia de aumento del número de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los procedimientos para llevarlo a cabo y su adecuación a las normas legales vigentes. Aprobado por la Comisión con fecha 24 de enero de 2018, p. 57.

Comenta, a continuación, que el servicio notarial ha sufrido en Chile un potente aumento desde el punto de vista de su demanda, no así de su oferta, de modo tal que los notarios por sí no son capaces de atender a todo quien requiere de su servicio. Esto ha llevado a la organización de notarías como grandes despachos (empresas en sentido técnico), que como ya sabemos, es un giro que queda casi por completo en las manos del notario –que elige dónde instalar su notaría, que elige y dirige a su personal, que es el encargado casi libre de la marcha de la notaría-. Eso ha devenido en lo que Riego llama “el notariado industrial” (el subrayado es nuestro):

“...en Chile se ha creado un engendro rarísimo, denominado “notariado industrial”, el que si bien no ocurre en todo el país, es muy común, caracterizándose por atender a muchísimas personas y negocios, mediante la delegación amplia de facultades, lo que distorsiona el modelo, siendo muy difícil determinar la responsabilidad del notario, porque solo es responsable penalmente de los delitos dolosos, lo que no aplica para aquellos en los que incurra un empleado, ya que tampoco opera aquí un esquema corporativo, y lo mismo rige en materia civil. Lo mismo ocurre con el carácter profesional del notario, quien se ha transformado en una especie de gerente de una actividad corporativa, siendo irrelevante que sea abogado, pues el que finalmente atiende no lo es.”

En los hechos, bien sabemos que no es el notario quien realiza las labores que por ley le corresponde realizar personal e indelegablemente.

Si difícilmente está presente el notario en el acto notarial, menos todavía cumplirá labores de asesoría jurídica a las personas que solicitan su intervención.

A esta altura, es bueno volver a la clasificación que hacía Vidal Domínguez de las funciones notariales. Distinguía cinco: una función *calificadora* (¿qué desea el solicitante?, ¿es posible y lícito?); una función de *admisión a la legitimación* (¿qué forma jurídica es la adecuada?); una función de *redacción o formulación del documento*; una función de *autenticación*, que es la autorización notarial; y una función final de *custodia del documento*.

¿Cuáles de estas funciones identificamos hoy efectivamente en el notario chileno?

Desde luego, no es el notario quien desempeña una función calificadora: qué desea el solicitante lo resolverá el empleado a cargo, lo mismo que su examen de

posibilidad y licitud. Tampoco realizará el notario la función de admisión a la legitimación. La redacción o formulación del documento estará, bien en manos del solicitante y la asistencia jurídica que éste pueda conseguir, o bien se hará en torno a “documentos tipo” proporcionados por empleados de la notaría. La custodia del documento estará en manos del notario por un tiempo, pero luego pasará a manos del Archivero respectivo, según manda el artículo 433 C.O.T. y regulan en lo sucesivo los artículos 453 y siguientes.

La función de autenticación, por su parte, la desempeñará el notario a menudo de forma mediada (pues el solicitante realmente no firma ante el notario). La autenticación, que es aquella función esencial del notario, que dará al escrito la fuerza de la certeza jurídica y la fe pública, se ve mermada. ¿Es aceptable delegar tal función? ¿Es lícito que el notario confíe en sus subalternos para efectos de confirmar que tal persona, con tal identidad, firme ante un empleado y el notario haga pasar como que firmó ante él? En nuestro juicio, pues no. Y sin embargo, se ha naturalizado en nuestra práctica jurídica cotidianamente.

Convendría reconocer entonces, que el notario chileno no tiene mucho de notario latino a esta altura. El desperfilamiento de su labor lo ha llevado, a menudo, a terminar siendo quien dirige una empresa, reduciendo su actuación a firmar escrituras certificando que firmaron ante él personas que firmaron ante alguno de sus empleados. No califica los documentos, no les realiza un examen jurídico, no los redacta, no asesora, los custodia durante un tiempo.

Cabe hacer la salvedad de que todas estas características que no se despliegan en el notario chileno, alejándolo del paradigma latino, no son características que se vinculen inherentemente a la calidad de privado del notario. Más atrás nos detuvimos en la pobre justificación de su carácter privado, basada en argumentos débiles que corresponden fundamentalmente a un sesgo anti-estatal antes que a razones de política pública. En otras palabras, perfectamente un funcionario público podría calificar, revisar, redactar, asesorar y autenticar documentos públicos (y de hecho así es, en todos los instrumentos públicos que no son una escritura pública en términos del Código Civil).

Que el notariado chileno sea uno de carácter latino ha sido el argumento fundamental para resistir un cambio orgánico de la función, cambio hacia uno de los otros dos modelos alternativos posibles: la liberalización del notariado y la integración del notariado a la función pública. Estos argumentos se han desplegado fundamentalmente en voz de los notarios mismos, tanto a través de su asociación gremial, como a través de los libros de corte “manual”, casi todos escritos por ellos.

Contra la apertura al mercado del notariado, se ha argumentado que aquello no es posible pues los notarios son funcionarios públicos (aunque tengan algunas notas particulares en tal calidad) y que la fe pública no puede quedar a merced del mercado.

Contra la integración del notariado al servicio civil estatal, se ha argumentado que ello subordinaría al notariado al gobierno de turno y a las pasiones de la política.

La contracara de lo anterior es que el afirmar que el notario chileno se aleja del modelo notarial latino sirve de evidencia para buscar cambiar su diseño orgánico en dos direcciones opuestas: para señalar que conviene entonces liberar este estanco, quitando las barreras de entrada al mercado, la regulación de su marcha y la imposición de precios (este es el planteamiento de la F.N.E.); o bien, para sostener que se debe transitar de un sistema de privilegios como el actual a uno de servicio público, centrado en proveer adecuada y eficientemente el servicio notarial y no en el protagonismo del notario como sujeto.

En definitiva, podemos decir que los beneficios y costos que el legislador incorporó en su diseño institucional no estaban adecuadamente ponderados. La subestimación de costos y la sobrestimación de beneficios se hace patente. Mediante un análisis funcional de las características de la notaría chilena podemos concluir que la inecuación planteada no representa fielmente el desempeño de la institución. Probar que esta inecuación es falaz permite concluir que el diseño vigente no es eficiente ni adecuado para su propósito fundamental, que es la protección de la fe pública y la certeza jurídica.

III. Conclusiones

El propósito de este trabajo fue realizar un análisis crítico del diseño institucional de la notaría chilena. Nos preguntamos en qué medida su caracterización es eficiente y adecuada para los fines de provisión de certeza jurídica que declara.

Comenzamos por describir en detalle el marco jurídico de la notaría. El notario es un profesional que el Estado inviste como ministro de fe pública, cuya labor consiste en autenticar actos jurídicos, generando y resguardando la certeza jurídica. Las notarías son una actividad económica privada, aunque regulada y vigilada en atención a su significación pública.

En segundo lugar y en base a lo anterior, desarrollamos los objetivos a los que el legislador apunta: la certeza jurídica y el resguardo de la fe pública. Se basa en dos supuestos: que los privados son más confiables que el Estado para el ejercicio de la fe pública, pese a reconocer que la naturaleza de tal función es pública; y que los despachos privados, regulados y fiscalizados en este caso, son más eficientes que los servicios públicos.

Así, elabora un sistema que se fundamenta en los beneficios del siguiente diseño. (1) Otorga una cobertura adecuada de servicios notariales, mediante un mecanismo institucionalmente sensible y objetivo que atienda la necesidad nacional por notarías, y que crea una cantidad de oficios que es fiscalizable por las Cortes. (2) Considera que los privados son más confiables y eficientes para ejercer esta labor pública, y por tanto establece a las notarías como oficios privados se puedan desenvolver ágilmente y hallen eficiencia en su competencia, de todos modos reguladas en lo orgánico y fiscalizadas por el Estado. (3) Genera mecanismos de selección y permanencia que promueven la excelencia, la especialización y el compromiso profesional-vital de quienes se desempeñen como notarios.

Tal modelo también reconoce costos, fundamentalmente relacionados con (1) la pérdida de agilidad de una oferta regulada, y la cobertura aún insuficiente; (2) el gasto y desgaste institucional en fiscalización, la desintegración del sistema en términos de registros, y los precios más altos que serían cobrados a los usuarios; (3) el espacio para

arbitrariedad en el nombramiento de los notarios y el estancamiento en que pudiera redundar la indefinición de la duración de su cargo.

El legislador pondera que los beneficios son mayores que los costos que se identifican en su diseño normativo. Por eso opta por el régimen jurídico vigente.

Sin embargo, mediante un análisis funcional de la institución, en el cual nos preguntamos ¿puede afirmarse que los supuestos del legislador se despliegan?, notamos que la inecuación propuesta por el legislador sobrevaloró beneficios y subvaloró costos. (1) La cobertura adecuada, que es una decisión estatal, está sin embargo infiltrada por criterios privados toda vez que se trata de una decisión de autoridad sobre un oficio que se ejerce privadamente, lo cual provoca un acceso insuficiente al servicio notarial en algunos territorios, y su concentración en otros. Además, la institucionalidad no es suficientemente sensible para identificar adecuadamente la necesidad de creación de notarías. Influencias ajenas al interés público se inmiscuyen también en la decisión por cobertura. Por último, la capacidad de fiscalización está profusamente superada, y la misma estructura de funcionamiento de las notarías no permite su efectivo control, lo cual torna ineficaz la vigilancia del Poder Judicial. (2) Las notarías no funcionan como un mercado: no compiten realmente, generan rentas supracompetitivas e ineficiencias productivas, lo cual importa precios más altos para los solicitantes del servicio. La presencia estatal es muy menor. Se trata por tanto de monopolios u oligopolios que tienen una demanda asegurada por la propia ley. Además, la desintegración de los registros termina por atentar contra el propio fin de certeza jurídica y resguardo de la fe pública. (3) El sistema de nombramiento no garantiza su objetividad ni que su criterio rector sea la aptitud de los postulantes, permitiendo arbitrariedades en ese ámbito. También, la especialización y el compromiso en que se fundamenta la indeterminación del ejercicio del oficio terminan por significar un estancamiento de los oficios notariales en términos de formación, eficiencia, gestión, pues no hay incentivo alguno para ello.

En definitiva, la ponderación de beneficios y costos hechos por el legislador no se sostiene. Es el propio diseño institucional por el cual se optó aquello que obstruye la realización de los propósitos de la institución.

El marco jurídico sui generis de la notaría, en que conviven notas públicas y privadas, termina por perjudicar la función pública en torno a la cual se erige. Las notarías como despachos privados, regulados y vigilados, no son eficientes.

En términos funcionales, no es provechoso que sean una oficina privada, donde el Estado igualmente tenga una presencia, aunque acotada. Pues es precisamente la forma en que el Estado participa, lo que impide hablar de un genuino mercado notarial que resultara eficiente. Al crear notarías y designar notarios, el Estado genera tremendas barreras de entrada al mercado. Concentra las notarías en algunas zonas del país mientras que otras quedan desprovistas del servicio. Cientos de registros desintegrados e incomunicados entorpecen la certeza jurídica que las notarías debieran guardar. El Estado hace de las notarías monopolios u oligopolios cuya demanda está asegurada por el propio ordenamiento jurídico. Además, los cargos que nombra lo hace mediante mecanismos muy opacos que no entregan garantías de una elección basada en el mérito. Asimismo, la regulación que hace del oficio indefinido en el tiempo, lejos de promover la especialización, redundando en el letargo y estancamiento de los oficios, desprovistos de incentivos para mantener un nivel de calidad de servicio. La presencia estatal a la hora de fiscalizar es inadecuada e insuficiente para valorar y guardar control del comportamiento efectivo de las notarías.

En el marco de una actividad económica privada en torno a una función pública, el papel que termina jugando el Estado es constituir privilegios, que además son disfuncionales para los fines de fe pública.

La notaría como oficina privada no es eficiente. Y no hay razones que permitan sostener que el notario como profesional privado –y no funcionario público- sea más confiable. Sostener entonces un sistema como el chileno, en que los notarios son privados y las notarías sus empresas, desatiende la ponderación efectiva de beneficios y costos inherentes a tal diseño institucional. Así, concluimos que el diseño institucional vigente es ineficiente en relación a su fin de protección de la certeza jurídica y la fe pública.

El propósito de este trabajo ha sido desglosar y poner a prueba la racionalidad de este marco jurídico, en relación a sus propios propósitos. Lo anterior es relevante dado que la doctrina y la legislación han omitido esta reflexión, incluso cuando la institución notarial es materia de importantes críticas en la discusión pública hace décadas. Preguntarse por los objetivos de las instituciones y estar dispuestos a examinar críticamente en qué medida sus características colaboran con tales objetivos es fundamental. De lo contrario, el debate jurídico se torna una estéril riña de dogmas. Este análisis ha querido, por tanto, adentrarse en la lógica de la institución estudiada, proponiendo herramientas que contribuyan a la discusión jurídica y democrática que a este respecto nos debemos.

IV. Fuentes

1. Bibliografía

- Abeliuk, René (2003, 4° edición). Las Obligaciones, Tomo. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Baeza Banderas, Enrique (1924). El Notariado. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias políticas en la Universidad. Santiago: Universidad de Chile.
- Barros Bourie, Enrique (2006). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bravo Lira, Bernardino (1978). La Institución notarial en Chile notas sobre su origen y configuración jurídica. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Casarino Viterbo, Mario (2006, 6° edición). Derecho procesal orgánico, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cruz, Norman (1973). Derecho notarial chileno: la función notarial y el instrumento público, en especial la escritura pública: teoría, doctrina, legislación y jurisprudencia. Santiago: López Vivancos.
- Díaz Mieres, Luis (1971, 2° edición). Derecho notarial chileno. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Henríquez Marino, Aníbal (1976). Nociones Generales del notariado en Chile. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Universidad de Chile.
- Peña Torres, J. y Velozo Alcalde, J. (2007). Auxiliares de la Administración de Justicia, ¿monopolios de privilegio? Disponible en: <http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/5007/pdf-observatorio-n7.pdf?sequence=1>

- Pizarro Wilson, Carlos (2011). Responsabilidad de los notarios en Chile. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 2, 2011, pp. 137-149.
- Pondé, Eduardo Bautista (1977). Origen e historia del notariado. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Vidal Domínguez, Ignacio (2015, 2° edición). Derecho Notarial Chileno. Santiago: Legal Publishing.
- Van den Bergh, Roger (2006). Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession- a Law and Economics Approach. Erasmus Competition and Regulation institute (ECRi).

2. Normas

Constitución Política de la República

LEYES

- Leyes de Indias
- Siete Partidas
- Novísima Recopilación
- Ley del 25 ventoso del año XI de la Revolución Francesa
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
- Código Civil
- Código Orgánico de Tribunales

- Código Tributario
- Código del Trabajo
- Senadoconsulto de 9 de mayo de 1823, prohíbe la subasta y reglamenta el oficio y nombramiento de los escribanos
- Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (ley sin número del año 1875)
- Decreto Ley 407 del año 1925 del Ministerio de Justicia, “Código del Notariado”
- ley número 16250, Faculta la revisión de aranceles
- Decreto ley 824 del año 1974, ley de impuesto a la renta
- Decreto ley número 3063 de 1979, sobre rentas municipales
- ley número 18181, modifica disposiciones en el C.O.T.
- ley número 18834, Estatuto Administrativo
- ley número 19390, modifica disposiciones del Código Orgánico de Tribunales
- ley número 19477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación
- ley número 19496, de protección de los derechos de los consumidores
- ley número 19759, modifica disposiciones del Código del Trabajo
- Ley número 19799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación
- ley número 19903, Sobre el procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia

- ley número 19945, modifica disposiciones del Código del Trabajo
- ley número 20227, ley de mudanzas
- ley número 20510, modifica disposiciones del Código del Trabajo
- ley número 20880, sobre Probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses

DECRETOS

- Decreto 5122 de 1945, texto refundido, sobre aranceles notariales
- Decreto exento número 587 de 1998 del Ministerio de Justicia, fija aranceles de los notarios
- Decreto exento número 414 de 1991, Ministerio de Justicia, fija aranceles de los notarios
- Decreto exento número 208 de 1987, Ministerio de Justicia, fija aranceles de los notarios
- Decreto exento número 734 de 1985, Ministerio de Justicia, fija aranceles de los notarios
- Decreto exento número 1550 de 1983, Ministerio de Justicia, fija aranceles de los notarios
- Decreto exento número 1515 de 2017, Ministerio de Justicia, crea, separa, fusiona y numera cargos de notarios, conservadores, archiveros y receptores judiciales

- Decreto Supremo número 172, Reglamento Consular, de 29 de junio de 1977, sobre facultades de ministros de fe de los cónsules chilenos en el extranjero
- Decreto Supremo número 924 de 1981 del Ministerio de Justicia, sobre la fórmula de “firma por orden del Presidente de la República”
- Decreto exento número 339 de 2013 del Ministerio de Economía, sobre “la Empresa en un día”
- Decreto 2 de 2016, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento de la ley 20880
- Decreto 25 de 2017, Ministerio de Justicia, nombra al notario Fuentes

AUTO ACORDADOS DE LA CORTE SUPREMA

- acta n°184-2014
- acta n°133-2015
- acta n° 163-2006, sobre la firma electrónica
- acta n°274-2007
- acta n°275-2008
- Bases específicas para concursos externos de cargos titulares del Escalafón Secundario, Serie Segunda, Segunda Categoría del Cargo de Notario
- Instrucción de la Corte Suprema: Sobre obligaciones de los Notarios de dar estricto cumplimiento al artículo 56, inciso 2°, de la Ley Orgánica del Colegio

de Abogados y nombramiento de los empleados de Notarías, de fecha 9 de octubre de 1948

- AD-2044-2015, Oficio de fecha 20 de noviembre de 2015, en que plantea la pertinencia de excluir a notarios y conservadores de la categoría de auxiliares de la administración de justicia
- AD-415-2008, sobre firma electrónica
- Temario para la prueba de conocimientos para postular al cargo de notario. Disponible en <http://www.pjud.cl/documents/10179/6198274/2.+Temario+de+Estudio+Notario%2C%20Conservador%2C%20Archivero/f51877d6-a523-4352-90ea-51ce20b59f91?version=1.3>

3. Jurisprudencia

DE LA CORTE SUPREMA

- ROL n° 174-2003

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 14-1982
- ROL 2101-2011

DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL

- 77749 de 1971
- 52682 de 1976

- 36381 de 1982
- 7898 de 1988
- 21611 de 1990
- 11043 de 1998
- 16510 de 2006
- Resolución número 1600 de 2008
- 33954 de 2012
- 39840 de 2017
- 3177 de 2018
- 6945 de 2018
- 24786 de 2018

4. Otras fuentes

BOLETINES DEL CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA

- Boletín 1316-07, proyecto de ley del senador Piñera en 1994 (rechazado)
- Boletín número 8722-03, incorpora la actividad notarial al ámbito de la Ley de protección del consumidor (archivado)
- Boletín 5836-07, proyecto de ley de la Presidenta Bachelet en 2008 (en tramitación)
- Boletín 8673-07, proyecto de ley del Presidente Piñera en 2012 (en tramitación)

- Boletín 11369-07, licitación de las notarías (en tramitación)

INFORMES DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL

- Atribuciones de fiscalización de la Cámara de Diputados, concepto de funcionario público, y naturaleza jurídica de los notarios públicos. Enero de 2014. Disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/19569/5/BCN_Info_rme%20Notarios_funcionarios2mp_v3_v3.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Historia de la ley 1993. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5801/> (última consulta el 22/01/2019)
- Marco regulatorio de Notarios y Auxiliares de la Administración de Justicia en Chile. Septiembre de 2017. Disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24545/1/BCN_Info_rme_Aux_Adm_Justicia_pdf.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Marco regulatorio del nombramiento de Notarios, Conservadores y Archiveros en Chile. Enero de 2018. Disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24935/2/BCN_No_mbramiento_Notarios_enero2018.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Notarios. Legislación comparada. Enero de 2018. Disponible en https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=123913&prmTIPO=DOCUMENTO_COMISION (última consulta el 22/01/2019)
- Regulación nombramiento notarios, conservadores y archiveros. Enero de 2018. Disponible en

https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24935/1/BCN_No_mbramiento_Notarios_enero2018.docx (última consulta el 22/01/2019)

INFORME DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA ESPECIAL

- Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre los actos del gobierno en materia de aumento del número de funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los procedimientos para llevarlo a cabo y su adecuación a las normas legales vigentes. Aprobado por la Comisión con fecha 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=39239&prmTIPO=INFORMECOMISION> (última consulta el 20/10/2018).

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

- Minuta de lanzamiento del Estudio de la FNE. Julio de 2017. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/min_02_2017.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Resolución ROL EM02-2017, Inicia estudio de mercado. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/res_em_02_2017.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017). Santiago, julio de 2018. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe-Final-optimizado.pdf> (última consulta el 21/10/2018).

ENTREVISTAS Y NOTAS DE PRENSA

- “El sistema notarial y registral no es un mercado” <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/el-sistema->

[notarial-y-registral-chileno-no-es-un-mercado](#) (última consulta el 22/01/2019)

- Declaración pública de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros, año 2017, disponible en http://www.notariosyconservadores.cl/images/documentos/declaracion_publica.pdf (última consulta el 22/01/2019)
- Entrevista a Juan Carlos Manríquez en El Mercurio de Valparaíso, citada en <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/el-sistema-notarial-y-registral-chileno-no-es-un-mercado> (última consulta el 22/01/2019)
- Jaime Campos en entrevista en Canal 24 horas, 01/08/17. <http://www.24horas.cl/nacional/ministro-de-justicia-anuncia-creacion-de-101-nuevos-cargos-de-notarios-conservadores-y-archiveros-2465093> (última consulta el 22/01/2019)
- Jaime Campos en entrevista en Canal 24 horas, 27/07/17: <http://www.24horas.cl/nacional/ministro-de-justicia-anuncia-creacion-de-notarias-para-enfrentar-problemas-de-competitividad-2460489> (última consulta el 22/01/2019)
- La asociación de notarios ha planteado que sería oportuno esa ordenación que corresponde a los puntajes de la rúbrica importara que sólo los candidatos mejor calificados pudieran en definitiva integrar la terna: <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/asociacion-propone-que-solo-candidatos-mejor-evaluados-puedan-optar-al-cargo> (última consulta el 22/01/2019)
- Ministro Presidente de la CS, Juica: <https://youtu.be/cPUHt5JxhIM> (última consulta el 22/01/2019)

- Riesgo de la sustentabilidad de los oficios <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/nuestra-labor-representa-un-importante-ahorro-para-el-estado> (última consulta el 22/01/2019)
- Reportajes de El Mercurio: “Uno de cada tres notarios es pariente de otro notario o de un alto funcionario público”. 29 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=205645> (última consulta el 20/10/2018).

OTROS DOCUMENTOS

- Nota del Consejo General del Colegio de Abogados número 429 del 5 de octubre de 1948
- Principios de la Unión Internacional del Notariado. Folleto. Disponible en: https://www.uinl.org/c/document_library/get_file?uuid=a297bc59-e5c1-4e1b-b807-8220670305ff&groupId=20181 (última consulta 21/10/2018).