

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 963

Panamá, 14 de julio de 2021

Advertencia de
Inconstitucionalidad.

Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.

Advertencia de inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Belquis Cecilia Saez Nieto, actuando en nombre y representación de **Baham Develoment, Inc.**, para que se declare inconstitucional el contenido del artículo 1740 del Código Civil.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma advertida de inconstitucional.

De la lectura de la acción interpuesta, observamos que, según indicó la activadora constitucional, la norma corresponde al artículo 1740 del Código Civil; motivo por el cual, consideramos pertinente iniciar nuestro análisis haciendo referencia al artículo en su conjunto, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 1740. No responden tampoco los Notarios de la capacidad o aptitud legal de las partes para ejecutar el acto o celebrar el contrato que solemnizan; pero sí responden de que los testigos instrumentales, y en su caso los de abono, reúnen las cualidades que la ley exige.”

A este respecto, esta Procuraduría debe señalar que la norma legal advertida como inconstitucional va a ser aplicada dentro del proceso ordinario de nulidad absoluta radicado en el Juzgado Decimosexto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, promovido por **Baham Development, INC.**, en contra de Gerónima De la Espada; Robert Moore; PRC Tool S.A.; Florencio Internacional, S.A.; Playa Escondida Resort Development, S.A.; Global Bank Corporation;

Aurelio Guzmán Muñoz; Javier Danilo Smith Chen (q.e.p.d.); Luis Fraiz Docabo y Agustín Pitty Arosemena (Cfr. foja 1 y 8 del expediente judicial).

II. Disposición constitucional que se aduce infringida.

La accionante indica que el artículo 1740 del Código Civil, infringe **el artículo 17 de la Constitución Política**; que señala:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

A juicio de la demandante, el texto del artículo 1740 del Código Civil, vulnera la excerta constitucional, de manera directa, por omisión, pues considera que se conculca el derecho a evaluar de manera integral los actos llevados ante los Notarios Públicos de la República de Panamá (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Como cuestión preliminar, es importante señalar que la advertencia de inconstitucionalidad bajo estudio, constituye el mecanismo procesal que establece el ordenamiento jurídico para prevenir cualquier acto que lesione la integridad de la Carta Fundamental del Estado panameño; es decir, la Constitución Política, con el propósito de preservar el orden constitucional.

Bajo este contexto, el Derecho Procesal Constitucional, que es la rama del derecho que estudia los mecanismos de defensa y supremacía de la Constitución, subdivide o clasifica tradicionalmente un control de carácter objetivo y otro de carácter individual, en función a la puesta en peligro o lesión de un derecho que afecte directamente a un particular, o por el contrario, que sea lesivo contra toda una colectividad o grupo de individuos.

3.1. Argumentos de la activadora constitucional.

Puntualizando lo anterior, este Despacho observa que la demandante ha ensayado directamente la acción de advertencia de inconstitucionalidad, manifestando lo siguiente. Veamos:

"El artículo 1740 del Código Civil... a nuestro juicio viola en forma directa el artículo 17 de la Constitución Nacional. La actividad notarial está regida por principios que la regentan, tal es el caso del principio de inmediación según el cual los notarios deben tener relación directa con sus clientes, por lo cual deben asistirlos personalmente y no a través de empleados o asesores, lo cual haría que se viole este principio, en tal sentido el que da fe u otorga la misma es el notario público y no sus trabajadores. Es por esta que el notario debe tener percepción propia de quienes recurren a él a través del principio de rogación. Por consiguiente, deben tomar en cuenta todas las normas jurídicas sobre capacidad legal, pero sobre todo de aptitud legal de las partes. El notario es un funcionario público y una autoridad nombrado en nuestro caso por el presidente de la República investido de fe pública notarial, por tanto, de acuerdo con el artículo 17 constitucional está obligado a proteger de los (Sic) bienes de los nacionales donde se encuentren y más aún asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

...

El artículo 17 de la Constitución Política de Panamá, a nuestro criterio jurídico contiene disposiciones sustantivas, importantes, esenciales y fundamentales sobre los derechos universales que deben protegerse en todo Estado de Derecho. Por consiguiente, no puede existir una norma de inferior jerarquía excluirse (Sic) de esa protección a derechos que son fundamentales para el ser humano. La protección de los derechos de los ciudadanos, tanto nacionales como los extranjeros que se encuentren bajo el territorio nacional, incluye particularmente los bienes como responsabilidad y un deber de todo funcionario público.

Esta norma es la piedra angular del derecho notarial y debe ajustarse a los principios fundamentales del derecho constitucional panameño y a normas supranacionales de protección de derechos humanos." (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial).

Al respecto de los hechos expuestos por la accionante, esta Procuraduría estima pertinente enfatizar que el Notario Público en Panamá, ejecuta sus funciones por delegación del Estado, pues a través del Presidente de la República se le confiere una investidura pública para ejercer la fe pública, con el propósito de otorgar autenticidad a las documentaciones y declaraciones emitidas ante él; en este sentido, resulta necesario para alcanzar el correcto análisis jurídico de la advertencia de inconstitucionalidad interpuesta, **efectuar un examen armónico de las atribuciones conferidas a los Notarios Públicos, contenidas precisamente en las normas del Código Civil, a fin de**

explicar la responsabilidad legal de éstos, en atención a la advertida vulneración del artículo 17 de la Constitución Política.

3.2. Opinión jurídica legal sobre la causa sometida a debate.

Para lograr una mejor aproximación al tema en estudio, será indispensable conocer en primer lugar, el origen histórico del derecho notarial aplicable en la República de Panamá, así como los principales sistemas notariales, tales como el religioso, estatal, anglosajón y el latino, siendo éste último el que inspiró las normas aplicables en nuestro territorio desde la colonización de los españoles, el posterior desarrollo legislativo en la Gran Colombia, de la que fuimos parte, y la confección de nuestro sistema jurídico que incluye reglas y disposiciones para los Notarios Públicos.

En relación con lo anterior, debemos señalar que el origen del sistema notarial latino consistía en establecer una autoridad con la competencia para otorgar autenticidad propia a los actos de autoridad pública, pero sin ser parte de la estructura administrativa del Estado; siendo éste el sistema propuesto por Francia, adoptado por España, e influenciado en Colombia.

De lo antes expuesto, queda claro que debido a de nuestra colonización, se aplicó en nuestro territorio la legislación española, siendo una de ellas la ley orgánica del notariado español promulgada el 28 de mayo de 1862; y, posteriormente el Senado Colombiano producto de su independencia con España, emite la Ley de 29 de mayo por la que se instaura el Estatuto Notarial Colombiano; sin embargo, pese a que nuestra separación con la Gran Colombia ocurriera en 1903; con anterioridad, se había promulgado el Decreto 1862 de 24 de abril de 1861, por el cual el Istmo adoptaba el Código Civil del Estado Soberano de Panamá, consagrando el Libro Quinto para regular la función notarial y registral en nuestro país, siendo sin duda alguna un gran antecedente legislativo.

Todo lo antes expuesto cobra sentido, para poder entender que la estructura de la naturaleza jurídica del derecho notarial, dependerá principalmente del modelo adoptado por un país, de tal forma, que al conocer su origen, se pueda proteger y garantizar la estabilidad del sistema jurídico que ha sido adquirido.

Esta Procuraduría, al ponderar que en nuestro país rige el sistema de notariado latino, caracterizado por la independencia del Notario Público en el ejercicio de sus funciones, le

corresponde señalar que el derecho notarial tiene por finalidad la seguridad jurídica de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y las extranjeros que se encuentren dentro del territorio, que comparezcan para la obtención de la autenticación y la fe pública de sus declaraciones, actos o negocios en el ámbito extrajudicial; de tal suerte, que el notario solo responde civil, administrativa, fiscal y disciplinariamente por sus actuaciones, según las obligaciones o prohibiciones establecidas en la ley.

En este orden de ideas, el notario panameño actúa como un asesor jurídico, quien cumple con la función de orientar a los comparecientes respecto a las formas y consecuencias del negocio jurídico que vayan a celebrar, es por ello, que cobra sentido el requerimiento de ser un profesional de derecho con experiencia, pues no solo dará fe pública, sino que también dará forma al instrumento jurídico que contendrá la voluntad de las partes.

Dentro del contexto anteriormente expresado, podemos señalar que de conformidad con las disposiciones del Código Civil panameño, que contiene las normas aplicables a la función notarial, se observa con toda claridad la solemnidad atribuida al Notario Público en su ejercicio de dar fe sobre las declaraciones o actuaciones que le soliciten, pues según el artículo 1738 del citado cuerpo normativo, éste debe conocer a las personas que requieran la prestación de sus servicios, de lo contrario, será necesario contar con la participación de testigos de abono, quienes deberán cumplir con los mismos requisitos para ser testigos instrumentales, los cuales se encuentran reglados en otras normas de la misma excerta legal. Veamos.

“Artículo 1738. El Notario debe conocer a las personas que le piden la prestación de su oficio; si no las conoce, no deberá prestárselo a menos que se le presenten dos personas conocidas y de buen crédito, en quienes concurran las otras calidades exigidas para los testigos instrumentales, que aseguren conocer a los otorgantes, y que se llaman como estos expresan. Estas personas se denominarán testigos de abono.

En el instrumento se hará mención de esta circunstancia, nombrando a los testigos de abono, **quienes suscribirán el instrumento con los otorgantes, los testigos instrumentales y el Notario.**”

La situación jurídica plantada, permite establecer la importancia en el derecho notarial para dar cumplimiento al principio del consentimiento de aquel que concurra para realizar una declaración

o comportamiento predeterminado, en este sentido, el notario solo será responsable de garantizar la expresión de la autonomía de la voluntad de las personas, a quienes debe conocer, o de lo contrario, asumirá el compromiso de exigir la presencia de testigos de abono quienes estarán presentes al momento de ejercer la fe pública que le ha sido encomendada.

Con base a todos estos razonamientos, consideramos relevante citar al autor panameño Boris Barrios González, quien ha desarrollado el concepto de la responsabilidad limitada de los Notarios Públicos, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Código Civil panameño. Veamos.

“En los orígenes del Derecho Notarial se debatió, profundamente, **sobre el origen y la clase de la responsabilidad notarial**, y se sustentaron teorías sobre la responsabilidad concreta o contractual; para los autores que se adhirieron a la tesis de la **responsabilidad concreta o contractual**, el problema radicó en definir el tipo o clase de negocio jurídico que celebran el notario y los usuarios del servicio, a lo que la doctrina sustentó una diversidad de criterio y opiniones técnicas; algunos lo ubicaron en la figura de un contrato de locación, para otros se trata de un contrato de mandato. Otros autores se identificaron con los fundamentos de la **responsabilidad abstracta o extracontractual**; y otros con la **responsabilidad especial o estatal**.

Nosotros entendemos, que **el notario al ser el depositario de la fe pública, en efecto presta un servicio público**, por eso en el ordenamiento jurídico le tiene asignado derechos y obligaciones, **de lo que se deduce que es responsable del incumplimiento de las obligaciones que tiene en razón del ejercicio de su función pública notarial**, y consecuentemente, según el derecho común, debe responder de los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones con fundamento en las normas que regulan la materia.

En efecto, **el notario tiene responsabilidad, pero esta responsabilidad en nuestro sistema se encuentra limitada**, por lo que no puede exigírsele al notario responsabilidad por cuestiones de fondo, solamente por razones de forma y por causas disciplinarias.

...
Por esta misma orientación es por lo que tiene, también, **relevante importancia la parte final del artículo 1740**, que establece como obligación para el notario, **la de cuidar que los testigos instrumentales y de abono reúnan las condiciones exigidas por la ley.**” (BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. DERECHO NOTARIAL PANAMEÑO. Librería y Editorial Barrios & Barrios Jurídica. Pág. 207-208. Tercera Edición, 2019.) (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

Conforme advierte este Despacho, el Notario Público debe ejecutar de la mejor manera y en términos sencillos, la redacción del instrumento que contendrá la manifestación de voluntad de los comparecientes, ciñéndose precisamente a lo convenido, sin imponer condiciones que no se hayan manifestado y sin insertar cláusulas innecesarias.

En este sentido, la disposición advertida de inconstitucional establece que el Notario Público se encuentra eximido de responsabilidad, específicamente en lo relacionado a la capacidad o aptitud legal de las partes para la ejecución o celebración de un acto, pues queda claro que el compromiso que se le exige recae sobre los testigos instrumentales y los de abono que aporten los comparecientes, respecto a los requisitos y cualidades que deben cumplir según las leyes vigentes, para el ejercicio de la función notarial.

Ahora bien, **es deber de esta Procuraduría advertir que, las razones que motivan a la accionante a interponer la advertencia de inconstitucionalidad en estudio, corresponden a una omisión en la actuación del Notario Público que no guarda relación con el espíritu y naturaleza jurídica de la función notarial contenida en el artículo 1740 del Código Civil.** De esta forma resulta indispensable citar lo señalado por la actora en el apartado de los hechos que fundamentan su pretensión, en el sentido siguiente:

“QUINTO. En el proceso ordinario declarativo de nulidad donde se debate la presente advertencia de inconstitucionalidad se cuestiona la fe pública registral **en virtud de que se realizó un traspaso sin la presencia física de la propietaria del bien inmueble.**

SEXTO. Si el juzgador decide darle prioridad o vigencia al principio de fe pública notarial **frente a lo que realmente ocurrió en el presente caso** se violaría indudablemente el artículo 17 de la constitución política de Panamá.” (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

De lo expuesto, resulta claro que quien demanda equivoca en gran medida el sentido y alcance de la norma constitucional, respecto a la disposición legal que regula la función notarial, establece los principios aplicables y rige la naturaleza jurídica de las actuaciones de los Notarios Públicos, aunado al hecho, de dar una lectura e interpretación literal del contenido del artículo 1740, omitiendo el análisis armónico que amerita la función notarial.

En este orden, resulta pertinente citar el artículo 1741 del Código Civil, en el que se amplía la actuación notarial, con relación a la situación expuesta en la disposición que hoy se analiza. Veamos:

"Artículo 1741. Sin embargo, de lo dispuesto en el anterior artículo, si al Notario le constare que los otorgantes no tienen la capacidad o aptitud legal para obligarse por sí solos, lo advertirá a los mismos otorgantes; y si no obstante insisten ellos en el otorgamiento del instrumento, el Notario lo extenderá y autorizará, dejando en el instrumento la debida constancia de la advertencia hecho a los otorgantes y de la insistencia de estos." (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

En el marco de lo antes indicado, podemos concluir en primer lugar, que la norma advertida no es inconstitucional, pues tiene su sentido y razón en la naturaleza jurídica del sistema notarial latino proveniente del derecho civil clásico que ha sido adoptado en Panamá, conforme al antecedente histórico y evolución jurídica en nuestro país; y, en segundo lugar, que la situación fáctica que originó el proceso ordinario de nulidad absoluta, no guarda relación con la norma advertida, pues se trata, según los hechos señalados por la accionante, de la actuación notarial realizada en ausencia de todos los otorgantes.

En concordancia con los argumentos expuestos en líneas anteriores, podemos además citar al autor colombiano Ramón Elejalde Arbelaez, en su obra Derecho Notarial y Registral, quien cita al Doctor Hernán Ortiz Rivas, ilustre Notario bogotano, quien en su obra Comentarios al Estatuto del Notariado Colombiano, indica lo siguiente: *"La Actividad notarial es una función muy especial del Estado, auténticamente (fe pública), legitimadora, formal, no contenciosa, autónoma, obligatoria, imparcial, redactora, calificadora, asesora, incompatible con el ejercicio de otros cargos públicos y algunos privados, sujeta a la responsabilidad legal, que se ejerce siempre a solicitud de los interesados, quienes se obligan en la mayoría de los casos, a remunerarla al notario para que sufrague los gastos que demande, por su cuenta y riesgo."* (ELEJALDE ARBELAEZ, Ramón. DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Edición, 1992). (Lo resaltado es este Despacho).

Podemos entonces afirmar, que en el ejercicio de la función notarial panameña que sigue el sistema de notariado latino, al notario no se le irroga responsabilidad por razones de fondo, o por la

capacidad o aptitud de las partes de manera literal como lo plantea la accionante, pues de la lectura armónica de todas las normas que regulan las actuaciones de éstos, queda claro que la fe pública notarial tiene limitaciones que no vulneran la máxima norma constitucional, ya que al Notario Público le corresponde como principal función plasmar la voluntad de las personas, de tal forma que solo advertirá y dejará constancia de su disenter, si lo hubiere, ante los otorgantes y los testigos que comparezcan.

Por las razones antes expuestas, solicitamos a los miembros de la Alta Corporación de Justicia se sirva declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 1740 del Código Civil, toda vez que el mismo no infringe el artículo 17, ni ningún otro de la Constitución Política de la República de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto Gonzalez Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Exp-390502021-I