

LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

VÍCTOR MANUEL ROBLETO OCAMPO

Abogado y Notario Público

Managua

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS BÁSICOS EN EL NOTARIADO LATINO. 2.1. Unión Internacional del Notariado y demás sistemas notariales. 2.2. Concepto de notariado latino. 2.3. Definición de Notario. 2.4. Función notarial. 3. CRÍTICA AL NOTARIADO NICARAGÜENSE. 4. EL NOTARIADO FRENTE A LOS AVANCES TECNOLÓGICOS. 5. LA FUNCIÓN DEL NOTARIO FRENTE A LA EMPRESA. 6. EL NOTARIO Y EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El contexto actual caracterizado por los avances tecnológicos principalmente en lo que hace a la comunicación en tiempo real, ha desembocado en la internacionalización de las economías nacionales. El capital, la dinámica y ejercicio de la actividad empresarial, que anteriormente se concentraban en los mercados internos o que estaban controlados por el Estado en los países de corte socialista, poco a poco fueron abriéndose y extendiéndose como consecuencia de la liberalización y uniformidad de la economía mundial, y la inclinación del sistema capitalista a sus extremos más puros y liberalizadores, en correspondencia con la economía del libre mercado, que parece ser la norma suprema del acontecer económico y político mundial.

En este sentido, las empresas como principales protagonistas del mercado, han transitado por un proceso de internacionalización, obligándolas a buscar nuevos productos innovadores y competitivos, fabricados mediante la más avanzada y eficiente tecnología, sin embargo, estas nuevas tecnologías y este proceso socioeconómico internacional llamado *globalización*, imponen otros retos trascenden-

tales para el ejercicio de la actividad empresarial, puesto que la empresa en la dinámica de sus negocios y contrataciones, y en los actos en los que se desenvuelve su diario quehacer corporativo, necesitan garantías de seguridad jurídica, que debe ser brindada de manera sistémica y con el mismo carácter transnacional. En este sentido, la fe pública es el elemento esencial de cualquier sistema de seguridad jurídica y el Notariado es su instrumento por excelencia.

Esta nueva realidad encuentra al Notariado nicaragüense en una situación crítica. Por razones históricas el notariado nacional surgió con unas particularidades especiales que lo alejan y diferencian del notariado latino, al que pertenece por realidad geográfica, cultural y sobre todo por tradición jurídica. Asimismo, el notariado latino necesita encontrar mecanismos para flexibilizar y modernizar el ejercicio de su función notarial, aminorando sus diferencias con otros sistemas de fe pública, como el notariado anglosajón, pero, sin perder con ello la solidez que la formalidad de su función ha brindado a la seguridad jurídica a través de la historia; no obstante, debe tenerse en cuenta, que la excesiva solemnidad y el tradicional soporte en papel, ha llevado en principio, al notariado latino a una debilidad en el ejercicio de la función notarial frente a los avances tecnológicos y las modernas formas de contratación, lo que dificulta brindar al empresario contemporáneo las garantías jurídicas necesarias y actuales en la dinámica moderna de la actividad empresarial.

Ahora bien, como hemos referido, el notariado nicaragüense surgió con ciertas particularidades que lo han convertido en un sistema de fe pública con muchas debilidades y deficiencias, siendo muy criticables en aspectos como organización, función, imparcialidad, ética, especialización y formación académica, entre otros elementos que han tendido a desnaturalizar y desvirtuar la razón de ser del Notario de tipo latino, en el profesional nicaragüense.

Vale la pena recordar que el antiguo escribano castellano, antecesor histórico de nuestros notarios, era sobre todo un hombre culto y merecedor de gran respeto social, que no ejercía tanto como profesional del Derecho, sino, como maestro y consejero que brindaba de manera imparcial, la asesoría necesaria para la confección de los negocios (1).

Esta problemática particular del notariado nicaragüense, sumada a la que apremia en general al notariado latino, precisamente la que

(1) 3ra. Partida Título XIX, Ley 2da.

surge de la tecnología, particularmente en el ámbito de las comunicaciones y dinámicas modernas del mercado mundial, donde las distancias entre las partes ya no es obstáculo para ejecutar un negocio, como lo era en el pasado reciente; pone de relieve la necesidad de revisar los procedimientos y las formas de perfeccionar esos negocios y redefinir: cómo, cuándo, y dónde debe intervenir el Notario.

Actualmente, en algunos círculos notariales se han manifestado muchas voces de preocupación, respecto de la función notarial, frente a los adelantos tecnológicos y modernas formas de contratación, pero, también sobre todo frente a la dinámica neoliberal del mercado global, principalmente por la solemnidad en la intervención del cartulario en los convenios contractuales tradicionales, que para el mercado actual suponen retrasos y obstáculos en la consecución de los negocios.

En este sentido, PÉREZ MONTERO señaló que: “La globalización se hizo posible gracias a los adelantos de la más avanzada tecnología, la que responde a un sistema jurídico y económico que no tiene en cuenta al notariado de tipo latino, ni a los logros de seguridad jurídica que se han mantenido con su exitosa intervención” (2). Asimismo, en el XXV Congreso Internacional del Notariado Latino, se hizo énfasis *en la defensa al rol notarial a raíz de las severas críticas y ataques a hacia su figura de parte de organizaciones e instituciones vinculadas al sistema de common law, como el Banco Mundial...*, el cual en su informe anual denominado *Doing Business*, se refirió al notario como parte del problema que impide la concreción de las transacciones por los altos costos y las demoras burocráticas, errónea e injustamente asociadas a la función notarial (3).

Estos planteamientos inspiran a reflexionar acerca de la influencia que la cultura anglosajona y las modernas formas de hacer negocio en las potencias que están a la vanguardia con los adelantos tecnológicos están ejerciendo en los países que pertenecen al Notariado de Tipo Latino, y especialmente, en países como Nicaragua con-

(2) PÉREZ MONTERO, Hugo, “La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual”, Asociación de Notarios de Puerto Rico [en Línea] febrero, 2005. [Consultado el 11 de febrero del 2008], disponible: <http://www.notariosdepr.com/index.php?node=139>.

(3) En el mes de octubre del año 2007, se llevó a cabo en Madrid, España el 25 Congreso Internacional del Notariado Latino, teniendo como lema “El Notariado Institución Mundial”, **NOTARIOSLATINO.COM**, El Legado del congreso de Madrid, [en Línea] 2008. [Consultado el 20 de febrero del 2008] Disponible en http://notarioslatinos.com/ver_nota.asp?codigo_nota=28.

siderados en vías de desarrollo, en donde muchas veces se legisla sin haber analizado con detenimiento los alcances y efectos de las leyes y sin tener una perspectiva integral y general de las situaciones a regular. La influencia que la globalización impone, nos somete en una situación de impotencia, y nos arrastra en una ola consumista que no solo afecta a los individuos, sino, también a las empresas e inclusive a los mismos *Estados que se ven arrastrados por decisiones ajenas a ellos y externas al propio país* (4).

La llamada *Era Tecnológica* (5) obliga a todos, pero, principalmente al Notario como garante de seguridad jurídica, a mantenerse al tanto frente a las nacientes formas de comunicación y contratación, que se practican por los empresarios en la dinámica moderna del mercado actual, las cuales muchas veces se ejecutan mediante sistemas o medios informáticos carentes de regulación.

En este sentido, es cierto que es necesario redefinir el papel que debe ejercer o desempeñar el notario para dar fe pública en este tipo de negocios y garantizar seguridad jurídica a las partes, pero, también es cierto que el ejercicio de la función notarial latina, ha sobrepasado con creces las duras pruebas que a través de siglos de existencia se han impuesto respecto de la seguridad jurídica que esta noble profesión le brinda a la sociedad en general.

Tradicionalmente, el notario de tipo latino recibe a las partes y les brinda asesoramiento, con el propósito de adecuar sus voluntades a la Ley. En este proceso, la presencia física de los contratantes ante el notario, es casi indispensable, salvo en los casos de representación; pero la dinámica moderna de los negocios, impone la necesidad de un cambio, o la evolución natural de la forma tradicional de la función notarial. Sin embargo, esto no significa que el Notariado Latino deba de adoptar o subordinarse a otro sistema jurídico como el Common Law.

(4) RUEDA PÉREZ, Manuel, "La función notarial en la economía de mercado", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 25, Madrid, 1998, p. 90.

(5) Según Claudia R., *La informática en el nuevo Derecho*, 1.ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 15 y 21, "en 1989, la profesora Graciela Messina de Estrella DE GUTIÉRREZ, incorporó premonitoriamente la expresión Era Tecnológica, al lenguaje académico jurídico argentino. Se trata de una nueva era, iniciada hacia mediados del siglo XX, que ha sido designada de distintas maneras: postmoderna (Enzioni), Tecnológica (Ellul), Tecnotrónica (Brzezinski), Postindustrial (Khan-Wiener-Bell), neoindustrial, (Valaskakis), súper industrial, de la tercera ola (Toffler), de la información (Naisbitt), de la aldea global (Mc Luhan), y de las redes (Bressand-Distler).

Actualmente, el ejercicio de la función notarial no genera problemas cuando se trata de la contratación tradicional; pero, esa misma función notarial se convierte en sí misma en una problemática, cuando se trata de negocios cuyo objeto no están regulados por la legislación nacional; o en un problema más complejo cuando las partes contratantes se encuentran en distintos países, unidos únicamente por el internet, videoconferencias u otro medio de comunicación informático; en consecuencia, la función tradicional debe buscar mecanismos de avanzada para superar y dar respuestas a la demanda de seguridad jurídica en la dinámica del mercado tecnológico actual.

No obstante, si bien es cierto, que es necesaria la modernización del notario frente a los avances tecnológicos y las formas modernas de contratación; esto no significa que se deba debilitar al Notariado Latino restándole atribuciones o disminuyendo su valiosa intervención, ya que de sobra ha demostrado su utilidad, y es precisamente a su intervención, a la que debe su éxito como sistema de fe pública, garante de la seguridad. En cuanto al Notariado nicaragüense, también necesita modernizarse, no obstante, su evolución debe iniciar fortaleciéndose mediante la disminución de sus contradicciones con el Notariado Latino y simultáneamente, enriquecer las atribuciones propias de su función, en correspondencia con la tecnología y las necesidades de la sociedad actual.

En Nicaragua el notario, como ministro de fe pública y como garante de la seguridad jurídica dentro de su función notarial, debe de asesorar de manera imparcial a las partes y adecuar sus voluntades a la ley, –función legalizadora– pero esta imparcialidad es dudosa si la Ley permite el ejercicio simultáneo de los profesionales de abogado de firme naturaleza parcial, y la de notario, que como institución, debe de tener en la imparcialidad uno de sus principios y deberes fundamentales.

Como consecuencia, esto deriva en que la actuación del notario nicaragüense frente a las partes esté empañada de dudas respecto a su deber de imparcialidad, ya que al momento de contratar, los otorgantes en la mayoría de los casos no están en igualdad de condiciones, pues por el nivel de dependencia en que se encuentra el fedatario, inclina su balanza hacia los intereses de la empresa a la cual presta sus servicios, no solo como abogado, sino también como notario.

Todas estas circunstancias obligan a considerar necesarios y urgentes, los cambios, adaptaciones y reformas en la función nota-

rial, con el objetivo de disminuir las debilidades de nuestro notariado y modernizar su ejercicio; de igual manera es imperioso que el ministro de fe pública, se mantenga actualizado con los avances que la tecnología impone, no sólo en el campo de las comunicaciones, sino también en la evolución de las figuras contractuales y la dinámica moderna del mercado, brindando con su intervención las garantías de seguridad jurídica requeridas. Todos estos elementos modernizantes deben sonar las alarmas a los profesionales del Derecho para estudiarlas con profundidad y mantenerse al tanto con estas nuevas realidades.

Asimismo, el legislador debe ir incorporando estas nuevas circunstancias al ordenamiento jurídico nicaragüense, enriqueciendo y fortaleciendo la institución del notariado en correspondencia con el contexto tecnológico global; sin embargo, debe ser cuidadoso en cuanto a la creación legislativa, evitando la promulgación de leyes que no se adapten a la realidad nicaragüense, y no prevean de forma integral los asuntos a regular, en tal sentido, debe escuchar a los gremios involucrados; asesorándose adecuadamente; y siendo responsable y cuidadoso con el cumplimiento del procedimiento de formación de la ley; se evita así leyes contradictorias que en la práctica foral no tengan aplicación efectiva.

De igual forma, es necesario que las universidades hagan auto-crítica respecto de su responsabilidad en la problemática del notariado nicaragüense, ya que en su papel de Alma Mater tienen el deber y responsabilidad de contribuir en la labor de fortalecimiento institucional, tanto en los aspectos modernizantes que imperan en la función notarial tradicional, como también en la superación de las debilidades integrales que aquejan a nuestro sistema de fe pública al superar las erradas convicciones minimizantes que se tiene en las escuelas de Derecho, respecto de la noble y trascendente labor que representa el ejercicio de la función notarial; en consecuencia, no es suficiente con incluir en sus *pensums* académicos, las materias de Derecho Notarial y Práctica Notarial, sino que es indispensable la especialización y profundización de los estudios notariales, con el propósito de preparar adecuadamente a los futuros profesionales del Derecho quienes, previa autorización del Poder Judicial, brindarán a nuestra sociedad las garantías de seguridad jurídica que conlleva el ejercicio cartulario.

Asimismo, es necesario el estudio de las nuevas figuras jurídicas contractuales, tales como contratos atípicos, comercio electrónico, firma electrónica u otras; que hoy en día son realidades en Nicara-

gua, a pesar del atraso en que vivimos respecto de la comunidad internacional. Es necesario ajustar la Ley a estos nuevos escenarios, puesto que nuestro país hoy en día, es un actor preponderante en varios mercados regionales (Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos, DR, CAFTA; recientemente, la Alternativa Bolivariana para las Américas, ALBA), lo cual nos obliga a una más rápida evolución del ordenamiento jurídico nacional.

En este aspecto, a propósito de la evolución del Derecho, es oportuno mencionar que en Argentina, hace más de dos décadas, “las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar de Plata, 1989) declararon que las normas de Derecho común deben adaptarse a los problemas específicos que plantea la introducción de técnicas informáticas” (6). Al respecto, válido es mencionar que actualmente se ha venido desarrollando un proceso de reformas trascendentales en el ordenamiento jurídico nacional, desde el nuevo Código de Procedimiento Penal, y el Código Penal, vigentes actualmente, y los proyectos de reformas al Código Laboral, Código de Familia, y el Código de Procedimiento Civil, sin embargo, no se ha considerado en el mismo, las reformas necesarias a la Ley del Notariado, las cuales deben comprender como hemos hecho mérito, la actualización de nuestro sistema notarial, de cara a los adelantos tecnológicos, así como la superación de las debilidades del notariado nacional, siendo más oportuno y urgente las reformas encauzadas a aminorar las contradicciones de nuestro sistema frente al notariado de tipo latino, considerando la autonomía e independencia de nuestro notariado respecto del control administrativo y disciplinario que actualmente ejerce el Poder Judicial.

Cabe señalar que en cuanto a la organización notarial, en el año 2008 fue publicada en la *Gaceta* del 14 de enero, la Ley 588. “Ley general de colegiación y del ejercicio profesional”, la cual debería significar un avance en el camino hacia la independencia del notariado, sin embargo, dicha Ley no es sino una ambigüedad respecto de la autorización para ejercer la profesión, puesto que por un lado, la Carta Magna de la República, faculta constitucionalmente a la Corte Suprema para el registro y autorización de la abogacía y el notariado, y por otro lado, faculta a los colegios profesionales que se creen para tal efecto, a autorizar el ejercicio profesional, por lo que los interesa-

(6) “La información en el...”, *cit.*, pp. 22 y 23.

dos estarían siendo obligados a un doble registro y autorización para ejercer la profesión

He aquí pues el estado actual del notariado nicaragüense, con sus profundas contradicciones y debilidades respecto del notariado latino, y con éste, en la imperiosa necesidad de actualizarse, respecto de la globalización y del mercado moderno, razón por la cual este estudio sencillo tiene la intención de poner en perspectiva la óptica tradicional de la función notarial, teniendo en cuenta los problemas contextuales del notariado latino, los aspectos negativos del notariado nicaragüense y los distintos contextos en que convergen el quehacer notarial con la actividad empresarial.

Para tal propósito, se expone brevemente la situación general del notariado latino y del notariado nacional, describiendo los distintos aspectos en que confluye la función del notario con el empresario, abordando algunas definiciones básicas del notariado latino; a la misma vez que se ofrece una crítica al sistema notarial nicaragüense y se valora el papel del notariado frente a los avances tecnológicos y el ejercicio de la función del notariado frente a la empresa, así como al Derecho de los consumidores.

2. Conceptos básicos del notariado latino

Con la finalidad de llegar a tener una noción básica de la función notarial latina, a continuación se desarrollan distintos aspectos elementales del notariado, estudiados a partir de las consideraciones de la doctrina notarial, de la organización del notariado latino y de la ley del notariado nicaragüense.

2.1. Unión Internacional de Notariado y los demás sistemas notariales

La Unión Internacional del Notariado es una organización conformada por notarios de distintos países que son parte de un mismo sistema jurídico. La mayoría de los cuales pertenecen al sistema jurídico continental o romano –germánico, quienes han logrado alcanzar un grado de madurez superior respecto de otros sistemas notariales. La Asamblea de Notarios miembros efectuada en el 2007, definió a la Organización de Notariado Latino, como: “La (...) que representa la unidad espiritual y la institución del Notariado de Tipo Latino, cuyos miembros son juristas consejeros independientes e imparciales

que, por investidura de la autoridad pública, confieren a los instrumentos que redactan la autenticidad, instrumento de garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual” (7).

El notariado latino es el sistema al que pertenece la institución nicaragüense, que se conforma por los profesionales del Derecho, autorizados por la Corte Suprema de Justicia para ejercer el notariado, quienes mediante la fe pública, ejercen la función notarial; consistente en el asesoramiento, legitimación y perpetuación de las voluntades de las partes que solicitan su intervención, a través del instrumento público que autorizan el cual está revestido de autenticidad.

La Unión Internacional del Notariado se creó en 1948 en Buenos Aires, Argentina, país en donde actualmente tiene su sede legal. La Unión está constituida por 76 notariados miembros:

Europa (35): Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica (FR) / (NL), Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Macedonia (FYROM), República San Marino, Rumania, Rusia, Suiza, Turquía, Vaticano.

América (23): Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Luisiana (USA), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela.

África (15): Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Malí, Marruecos, Niger, Senegal, Togo.

Y finalmente, **Asia (3):** China (República Popular), Indonesia, y Japón.

Los Notarios miembros están representados por los respectivos Consejos Directivos o en su defecto, por organismos análogos de carácter nacional y por los colegios e instituciones notariales de carácter regional o provincial. Cada País tiene una sola voz (8).

(7) Asamblea de Notarios Miembros, Madrid, 2 octubre 2007, Estatutos Unión Internacional de Notariado Latina, [consultado el 25 de marzo del 2008]. Disponible: [http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/ARCHIVOSWEB/ESP%20%20Estatutos%20UINL%20\(aprobados%20ANM%20Madrid%202.10.07.pdf](http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/ARCHIVOSWEB/ESP%20%20Estatutos%20UINL%20(aprobados%20ANM%20Madrid%202.10.07.pdf)

(8) UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, Miembros, [consultado el 20 de marzo del 2008] Disponible: <http://uinl.net/presentacion.asp?idioma=esp&submenu=MEMBRES>

Si bien es cierto el sistema nicaragüense no tiene ningún organismo de representación ante la Unión Internacional del Notariado, internamente es la Corte Suprema de Justicia la única institución que ejerce algún tipo de organización y control sobre los notarios nacionales; en tal sentido, debería el Supremo Tribunal, por medio de alguna “Comisión Especial” o a través de la Dirección de Registro y Control de Abogados y Notarios, desempeñar un papel más protagónico de cara a la representación institucional, sin embargo, hasta la fecha no se vislumbra algún indicio que en el futuro cercano materialice en acciones o intenciones con esa finalidad. No obstante, no todo es negativo en el contexto actual del notariado patrio desde la óptica de la seguridad jurídica, puesto que en los últimos años, del 2009 a la actualidad, el Tribunal Supremo, ha venido dictando disposiciones (circulares vinculantes) orientadas a regular de forma más estricta el ejercicio de la labor notarial, atendiendo la fragilidad en que se encuentra la confianza de la sociedad, respecto de la fe pública notarial (9).

Ahora bien, a pesar de esta realidad, Nicaragua es considerada por la Unión Internacional del notariado como un Estado miembro, quizás más por tradición jurídica, que por ser un miembro activo de dicho organismo internacional. En este sentido, el notariado nacional -como hemos hecho referencia-, es parte del método latino del notariado, aún con sus debilidades y contradicciones, pero, existen otros notariados a los que el Doctor Oscar SALAS (10) en su obra *Derecho Notarial en Centroamérica y Panamá* clasificó como:

(9) http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2009_30.pdf - (Circular 08/09/2009, Exclusividad de la Imprenta del Poder Judicial, para la Elaboración de Títulos de Abogados y Notarios). http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2010_13.pdf - (Circular 12/05/2010, “Regulación de prácticas indebidas en el ejercicio del Notariado”). http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2010_15.pdf - (Circular del 04/06/2010 Exclusividad de la Imprenta del Poder Judicial, para la Elaboración de Libros de Matrimonio).

http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2010_16.pdf - (Circular del 08/06/2010, Acuerdos 169 y 226-2010 de Corte Plena, “Elévese a Dirección la Oficina de Registro y Control de Abogados y Notarios Públicos”) http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2010_25.pdf-(Circular del 25/10/2010 relativa al trámite de títulos de Abogados y Notarios) http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2010_28.pdf-(Acuerdo 40 - 2010, Prorroga para la remisión de protocolos de notarios fallecidos, para su custodia en el Supremo Tribunal, Archivo Nacional de Protocolos)

http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/2011_57.pdf-(Circular del 22/08/2011- Inscripción de Créditos Hipotecarios y Prendarios provenientes de las Juntas liquidadoras de los Bancos Quebrados)

(10) SALAS, Oscar, *Derecho Notarial en Centroamérica y Panamá*, 2.^a edición, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1973, pp. 53 al 61.

a) “Notariado de profesionales libres: este sistema es más conocido con el nombre de Sistema Sajón y es el que se practica fundamentalmente en los EEUU, Inglaterra y Suecia.

b) Notariado de funciones judiciales: Sistema propio de las provincias de Wutemberg y Baden en Alemania. La función notarial, es ejercida por los tribunales de justicia, por medio de los funcionarios judiciales.

Y finalmente,

c) Notariado de funcionarios administrativos: El notariado es organizado como una dependencia estatal. El Notario como funcionario del gobierno está adscrito al comisariato de justicia y percibe un salario estatal.”

De lo expuesto pues, podemos concluir que la Unión Internacional del Notariado es una organización internacional integrada por los notarios de los países en donde se ejerce un notariado de tipo latino, entre los cuales figura Nicaragua, a pesar de las serias contradicciones y debilidades que afectan al sistema de fe pública nicaragüense.

2.2. Concepto de notariado latino

La profesión del notariado es una institución jurídica originada por una necesidad social y real. GATTARI, citando a Maurice HAURIUO, respecto de la “institución” como concepto, ha señalado que “El concepto institución es expresivo de una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Ahora bien, las relaciones jurídicas creadas por la iniciativa y la empresa pueden adquirir preponderancia social relevante y tener caracteres de permanencia, motivos ambos que fundamentan su institucionalidad por parte del legislador” (11).

La ley nacional establece que el notariado *es la institución en la que las leyes depositan la fe pública*, por lo cual el notariado nicaragüense por disposición legal y naturaleza jurídica, debe concebirse como una institución jurídica, y como tal debe caracterizarse por tener autonomía e independencia, no obstante, esto no opera en nues-

(11) GATTARI, Carlos, *El objeto de la ciencia del Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 66.

tra realidad, en la cual se configura una subordinación administrativa y funcional del notariado respecto del Poder Judicial, así como de grupos económicos de poder en Nicaragua (banca privada) que vulneran la imparcialidad que debería caracterizar a la institución.

Ahora bien, la definición de notariado establecida en el artículo 2 de la Ley vigente hace referencia únicamente al notariado desde el aspecto de la función notarial, cuando la doctrina ha considerado que el notariado latino debe ser comprendido desde dos aspectos fundamentales: el notariado como agrupación y organización y como función.

En este sentido, GIMÉNEZ ARNAU expresa que, definiendo el notariado, se define también al notario, aun cuando el término notariado se estudie como función o como conjunto de personas que la desempeñan. Para esto, dicho autor ha sustentado sus planteamientos, en la valiosa opinión de varios tratadistas, entre ellos: RUIZ GÓMEZ, que dice que notariado es el cuerpo facultativo que conforman los notarios de toda la nación. FERNÁNDEZ CASADO, que entiende por notariado el conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la Notaría. En idéntico sentido, que la mayoría de los autores clásicos (AZPEITIA, POU, LÓPEZ PALOP, VELASCO), quienes al definir al notario siempre evitaron hacer referencia al contenido de la función. Otros autores en cambio, duplican la definición, pues estudian el notariado, agrupación de funcionarios y al notariado como función (12).

El concepto de notariado que establece la Ley nicaragüense hace referencia exclusivamente a la función notarial, entendida como la delegación que el Estado ha hecho mediante Ley a los profesionales del Derecho para que ejerzan la fe pública, por medio de la confección legal del instrumento público. Podría considerarse que esta situación es así, debido a que el legislador en su momento no visualizó la posibilidad de un sistema independiente, autónomo, o autogobernado, sino que siempre tuvo presente como única forma de organización, la autorización y registro ante la Corte Suprema de Justicia, que por medio de la ahora Dirección de Registro y Control de Notarios, sea encargado de llevar un registro actualizado de los profesionales del Derecho en Nicaragua, sin embargo, una verdadera organización del notariado latino, implica mayor trascendencia y relevancia que el simple hecho de ser un registro de notarios, de autorizarlos para car-

(12) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 37 y 39.

tular, de archivar índices de protocolos, o de tener una ficha de cada profesional.

Para el notariado latino, la organización de los notarios mediante los colegios profesionales significa órganos autónomos e independientes, que promueven y tutelan la profesión, gozando de personería para actuar en defensa de los intereses de sus colegiados y es considerado en el sistema jurídico como el órgano tutelar de la función notarial. El destacado jurista argentino Carlos Emérito GONZÁLEZ, respecto de los Colegios de Notarios, ha señalado: “que como asociación que agrupa a quienes el Estado inviste del poder de dar fe de los negocios jurídicos que celebran los particulares, tiene facultades importantes cual la matriculación, la vigilancia de la actuación en lo jurídico y en lo ético, aplicación de sanciones disciplinarias, evacuación de consultas, publicación de revistas, bibliografía sobre derecho notarial. Así como la organización de los concursos de oposición y el informe al Poder Ejecutivo sobre las aspirantes a ocupar las vacantes Notarías o registros de escrituras públicas” (13).

Los Colegios de Notarios, desde el punto de vista del notariado de tipo latino, por lo menos teóricamente suponen fortaleza institucional, lo cual se traduce en independencia y autonomía como características fundamentales de este tipo de organismos, y que a la postre deriva también en garantías de seguridad jurídica, que como sistema de fe pública, deben brindar a la sociedad en general. Todas las actividades que promueven este tipo de entidades, tales como congresos, seminarios, estudios, concursos de oposición, especialización entre otras, revisten a la institución de una serie de virtudes de las cuales carece el notariado nicaragüense, como prestigio, ética, jerarquía, transparencia, imparcialidad y respeto social.

Ahora bien, regresando con las definiciones de notario y notariado que brinda la Ley nacional, es importante referir la tesis de GIMÉNEZ-ARNAU, consistente en que definiendo al notariado, se define también al notario (14). Puesto que aun cuando la definición legal nacional se centre únicamente en uno de sus aspectos, es decir, en la función propiamente, la equivalencia referida por dicho doctrinario, se cumple a cabalidad en las definiciones legales nacionales, de tal suerte que la ley del notariado vigente en su artículo 10 establece literalmente que: “*Los notarios son ministros de fe pública, encargados de redactar, autorizar y*

(13) GONZÁLEZ, Carlos Emérito, *Derecho Notarial*, 1971, p. 269.

(14) GIMÉNEZ-ARNAU, E., Introducción..., *cit.*, p. 38.

guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren...". Y la definición de notariado que dispone en el artículo 2, refiere que: "El Notariado es la institución en que las leyes depositan la fe pública para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y disposiciones entre vivos y por causa de muerte". Ambos conceptos sintetizan y confirman el planteamiento de que la Ley notarial nicaragüense entiende la institución del notariado y la figura del notario, únicamente en el aspecto de la función notarial, sin tener en cuenta que desde el punto de vista del notariado latino, la institución como tal debe valorarse tanto como función y como organización.

No obstante, a pesar de tales consideraciones, los términos de notariado que brinda la Ley del notariado nicaragüense, son muy parecidos a los esgrimidos por Gonzalo DE LAS CASAS, quien señala que: "El Notariado es la Institución en que el Poder de la sociedad deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos" (15), no obstante, este autor sostiene una posición dual, ya que en su *Tratado sobre Derecho Notarial* define al notariado desde la perspectiva de la función, pero en su diccionario, llama notariado, a la reunión de todos los escribanos o notarios.

En síntesis, el concepto de notariado debe valorarse como un todo integral conformado por los elementos de organización y los elementos de la función notarial, ya que ambos aspectos, agrupación y función, engloban un concepto unitario del notariado como institución jurídica desde la óptica del sistema latino.

2.3. Concepto de Notario

La Unión Internacional del Notariado en su I Congreso, celebrado en 1948, en Buenos Aires, Argentina, definió al Notario Latino, como: "El profesional del Derecho encargado de una función Pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido" (16).

(15) Gonzalo DE LAS CASAS, *cit. pos.* GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Introducción...*, *cit.*, p. 38.

(16) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., al prologar a PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 9.^a edición, Porrúa, México, D.F., 1999, Prólogo XXXI.

La Ley nacional, artículo 10, primer párrafo, define, como hemos visto, que: “*Los notarios son ministros de fe pública, encargados de redactar, autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren; y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende*”.

MENGUAL Y MENGUAL define al notario como: “*El funcionario público que, jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado y, por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de la función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene*” (17).

Atendiendo la definición anterior, es oportuno referir que la consideración de ministro de fe pública o de funcionario público ha suscitado innumerables discusiones acerca de la naturaleza jurídica del notario, precisamente en el sentido de si debe considerársele funcionario público, o si es un profesional liberal que ejerce una función pública.

GIMÉNEZ-ARNAU al respecto ha referido que de acuerdo con la naturaleza de la función que realiza el notario, al dotar de autenticidad los documentos que autoriza y los actos que presencia por medio del ejercicio de la fe pública delegada por el Estado, se convierte en un funcionario público, porque pública es la función que realiza. Sin embargo, el mismo autor expresa que la discusión sobre la naturaleza jurídica del Notario, no es una discusión estéril e intrascendente, sino todo lo contrario, ya que ha sido objeto de las más altas batallas doctrinales entre las dos tendencias que por mucho tiempo agitaron el notariado: el reformismo y el quietismo, y para los primeros, catalogar al notario como funcionario público, era incompatible con el carácter de libre profesional del Derecho y con la facultad del interesado de elegir funcionario.

En este mismo orden de ideas; el autor referido, al citar a NÚÑEZ MORENO distingue la función notarial en dos aspectos: el primero, relativo a las relaciones jurídicas y el segundo, al documento.

En relación con el documento, el notariado es una función pública, pero de ejercicio privado, ya que la autenticidad del documento exige que el Notario sea un funcionario público, pero no un funcio-

(17) MENGUAL MENGUAL, *cit.* por GONZÁLEZ, *Derecho Notarial*, 1971, p. 143.

nario del Estado. Ahora bien, respecto a las relaciones jurídicas, el autor señala que: “El notario conoce la Ley y adapta a ella los acuerdos y convenciones privadas. Pero ni su subjetiva interpretación de los textos, ni los consejos con que ilustre a los que reclaman su ministerio, ni la solemnización y autenticación de los actos privados son funciones judiciales, aunque sean públicas...”, si bien es cierto que el notario: “representa al Estado que le confirió la función; pero, a la vez que funcionario, es defensor de los intereses privados que le están encomendados, por lo que debe ser considerado como un profesional del Derecho” (18).

GONZÁLEZ PALOMINO al comentar las posturas doctrinales de tratadistas españoles e italianos, expresa que los notarios poseen un doble carácter, pues son profesionales del Derecho en la medida que cumplen una misión asesora frente a las partes que solicitan su intervención, y son funcionarios públicos al dotar de autenticidad y de valor probatorio los documentos que autorizan (19).

De estas posturas, podríamos configurar una definición propia del notario, la cual debe entenderse en el sentido de su vinculación profesional con la función pública que ejerce, de manera que los términos de dicha definición deben redactarse al describir al notario como el profesional del Derecho que asesora imparcialmente a las partes que solicitan su intervención, legitima y analiza la voluntad de los comparecientes, dota de autenticidad los instrumentos, documentos y actos que realizan por medio del ejercicio de la fe pública como una función que mediante Ley le ha sido delegada por el Estado, debiendo conservar, perpetuar y dotar de fuerza ejecutiva a dichos instrumentos, para de esta manera, cumplir con uno de los principa-

(18) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Introducción...*, cit., p. 43.

(19) Posición doctrinal en España, tanto de ZANNOBINI y NÚÑEZ MORENO, así como también en Italia en el *Commento alla legge del Notariato*, con formulario, publicada en Roma Athenaeum, 1924, y para *Figura Giuridica del Notaioe sue Atribución*, GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo primero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, p. 192, “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo este doble carácter a la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar. Como funcionarios, ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el Notario, ve oye o capte por sus sentidos. b) y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el Instrumento público redactado conforme a las leyes”.

les objetivos del notariado, como es brindar seguridad jurídica a las partes que solicitan la intervención del Notario.

2.4. Función notarial

Ya hemos revisado algunas definiciones básicas del notariado como institución, las cuales nos han dado una idea previa acerca de lo que debemos entender por función notarial.

Ahora bien, atendiendo los antecedentes referidos, es importante remitirnos al estudio de la fe pública, para comprender lo que es la función notarial. En este sentido, tener presente que la fe pública implica un carácter oficial y de certeza a los actos y documentos que se realizan obrando por su medio. Asimismo, la fe pública responde también a una necesidad social de salvaguardar los derechos de los ciudadanos, brindándoles seguridad jurídica, y como tal, es una necesidad a la que el Estado tiene el deber de satisfacer, y la forma de hacerlo es dotando a los actos y documentos que son emanados por sus instituciones y funcionarios de un carácter de verdad oficial.

GIMÉNEZ-ARNAU, al respecto sostiene que: “Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo..., si no que por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social” (20).

La fe pública como verdad oficial del Estado se ha subdividido en cuatro clases, de manera que podemos hablar tanto de fe pública administrativa; fe pública judicial; fe pública registral y fe pública notarial,

Sin embargo, la labor del Notario no se limita únicamente a conferir autenticidad a los actos que presencia y los documentos que autoriza, sino que su quehacer se desarrolla también al asesorar, legitimar y legalizar la voluntad de las partes que solicitan su intervención, con el objetivo de moldear su voluntad de acuerdo con la ley, y de esta manera confeccionar el instrumento público que estará dotado de autenticidad y fuerza ejecutiva. En palabras sencillas, esto es lo que se llama función notarial.

(20) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Introducción...*, cit., p. 25.

Desde el punto de vista doctrinal, señalar un concepto de la función notarial implica también realizar un análisis de las distintas teorías que tratan de explicarla, en este sentido GONZÁLEZ PALOMINO ofrece tres; “La fe pública, la jurisdicción voluntaria y la teoría de la forma pública” (21). En este orden tenemos que:

— La fe pública: Consiste en la delegación que el Estado realiza al investir de fe pública al funcionario (notario) que da autenticidad de los actos que presencia y de los documentos que autoriza.

— Jurisdicción voluntaria: Es una teoría que equipara a la función notarial con la jurisdicción voluntaria, y encuentra su justificación en el hecho de que en ambas, las partes que acuden en busca de su intervención no se encuentran en litigio, sino todo lo contrario, lo que pretenden es su prevención, mediante la perpetuidad y legalización de los negocios a través del instrumento público, dotado de un carácter legal, oficial y autentico, que les brinda seguridad jurídica.

— Forma pública: Consiste en la necesidad de que los negocios jurídicos consten por escrito, pero, además que se realicen de conformidad con la Ley, por eso el Estado por medio de sus funcionarios manifiesta sus intervenciones en el orden público de esta manera, sin embargo, la necesidad de que exista un funcionario que pueda dar forma legal y por escrito a los negocios privados de los particulares justifica la existencia del notario, el que por medio de su función moldeará las voluntades de las partes, confiriéndoles una forma legal.

No obstante, desde nuestro punto de vista, estas teorías, analizadas desde una perspectiva individual, no alcanzan a sustentar la naturaleza de la función notarial, sino que es mediante la conjugación de las tres teorías, en que podemos obtener una noción más acertada, estructural y ontológica, acerca de lo que verdaderamente es la función notarial. En este sentido, cierto es que el Estado por medio de la Ley inviste al Notario de fe pública, con el objetivo de dotar de autenticidad a los actos en los que interviene; cierto es que las partes que solicitan la intervención del Notario no se encuentran en litigio, sino todo lo contrario, lo que buscan es prevenirlo; y finalmente, cierto es también que el Notario debe legalizar las voluntades de las par-

(21) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones...*, *cit.*, pp. 59-119.

tes, perpetuándolas por medio del instrumento público, con el previo asesoramiento imparcial, calificación y legitimación, es decir, dotarlas de forma legal.

En consecuencia, con tales antecedentes, la función notarial debe ser entendida, como una actividad pública realizada por un profesional del Derecho, quien mediante el ejercicio de la fe pública, y con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las partes, confecciona un documento que perpetuará los negocios y voluntades de aquellos que solicitan su intervención, previo asesoramiento imparcial, calificación de los hechos, legitimación de los comparecientes y legalización de sus voluntades, dando vida a un instrumento público que estará dotado de autenticidad, perpetuidad y fuerza probatoria.

De esta manera creemos que debe entenderse la función notarial, como una actividad de gran trascendencia y relevancia para la consecución de un Estado de Derecho, en donde la seguridad jurídica juega un papel vital para la paz social.

3. Crítica al sistema notarial nicaragüense

En los apartados anteriores hemos expuesto someramente algunas debilidades que afectan al notariado nicaragüense, sin embargo, es importante precisarlas, teniendo en cuenta también las necesidades de modernización que impone el quehacer de la sociedad y el mercado actual, dentro y fuera de nuestras fronteras, así como la necesidad que exige nuestra sociedad de intentar una modernización y reconstrucción de nuestro sistema notarial, en aras del bienestar general, la paz social y la seguridad jurídica, la cual debe ser garantizada por los ministros de fe pública, en correspondencia con lo establecido en los artículos 2 y 10 de la Ley del Notariado vigente.

Para tal propósito, en primer lugar, es fundamental considerar que el notariado latino debe ser entendido desde una triple perspectiva, es decir, tanto de la función notarial, la forma de organización mediante autogobiernos independientes, y la especialización de la profesión del notariado.

En este sentido, el notariado nicaragüense sufre una problemática sistémica que lo debilita y aleja de su propia esencia jurídica, como parte que es del notariado de tipo latino, así también de cara a la tendencia modernizadora impuesta por la dinámica del mercado internacional. La imparcialidad como deber fundamental, a tener en cuenta a la hora de emitir la fe pública, no encuentra en nuestra ins-

titución la tutela básica elemental e imprescindible que requiere su relevancia social y jurídica, por el contrario, pareciera que su carencia, es la tónica y característica principal de nuestro notariado, el cual muchas veces lejos de brindar seguridad jurídica, como objetivo legal primordial, y ejercer su función preventiva de litigios; crea y provoca con su participación una buena parte de las demandas y denuncias penales que se presentan en los juzgados y tribunales del país.

En consecuencia, la falta de imparcialidad debe traducirse en un llamado a nuestros legisladores y también a los profesionales del Derecho, para iniciar un proceso de cambio, modernización y estructuración del trabajo notarial en Nicaragua, teniendo en cuenta la vital importancia que dicho principio representa para la seguridad jurídica.

Ahora bien, otro de los grandes problemas del sistema notarial nicaragüense, surge como consecuencia de que la Ley nacional atiende únicamente la función y no dedica atención al aspecto de la organización del notariado. El hecho de que la institución no tenga un órgano que lo tutele y represente, somete al notariado nacional a una dependencia y subordinación absoluta a la Corte Suprema de Justicia, la cual en su conformación orgánica legal no tiene ninguna atribución o facultad para ejercer un papel tutelar del notariado nacional; limitándose su función únicamente a la autorización del ejercicio profesional, al registro de profesionales y a cierta regulación de la actividad notarial propiamente dicha; en consecuencia, esta situación ha provocado que la institución no tenga autonomía e independencia, y correspondientemente carezca de un órgano tutelar y representativo de la institución, y por ende, que no exista políticas tendientes a fortalecer la institución del notariado en Nicaragua.

Otra situación grave que ha afectado a nuestro notariado desde la perspectiva de la imparcialidad, es el resultado del ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y notario público permitidas por la Ley nacional. Esta práctica, que en sus orígenes surgió como consecuencia de una necesidad histórica, ha degenerado en la poca credibilidad y confianza que ostenta la figura del notario, por la falta de imparcialidad, de preparación académica, y de ética profesional, todos, elementos esenciales que deben caracterizar al notario en el ejercicio de su función.

Como ha sucedido muchas veces en la historia del Derecho, las necesidades impulsan una práctica, así sucedió con el doble ejercicio de la abogacía y el notariado. Hay que recordar que la Ley del Notariado vigente data del año 1905, que en la coyuntura nacional de la época era escasa la presencia de profesionales del Derecho, por lo que

en ese contexto era inviable pretender que se manifestara un Notario especializado y organizado, puesto que lo que el legislador proyectaba era dotar de fedatarios el entorno social nicaragüense, lo que viene a explicar el porqué de la subsistencia simultánea de las profesiones de Abogado y Notario Público. Es decir que ante la poca presencia de profesionales del Derecho, el legislador no se podía dar el lujo de exigir estudios más especializados para una profesión como el notariado, y mucho menos el ejercicio separado de una u otra profesión. Por esta razón, incluso hasta bien entrado el siglo xx, los mismos jueces estuvieron autorizados para ejercer como notarios en negocios ajenos al ejercicio de la judicatura, bastando con el único requisito de rendir fianza, aun cuando en algunos casos, dichos judiciales carecían de un título profesional.

Esto provocó en la institución nacional, profundas contradicciones con los principios fundamentales del notariado latino, para muestra, basta mencionar, –como hemos enfatizado–, en la falta de imparcialidad, pero ponderadamente también en la falta de especialización académica y desarrollo profesional, así como la carencia de independencia y autogobierno, que un colegio de notarios brindaría como un órgano tutelar de la institución.

El hecho de que el notariado nicaragüense no posea las virtudes que ofrece la independencia y el autogobierno de otros notariados, ha conllevado a que el sistema, desde el punto de vista de la organización y de la función notarial, sea desvalorizado por la sociedad nicaragüense, y aún más grave, por los mismos profesionales del Derecho, que no han desarrollado conciencia acerca de la magnitud que implica el ser Notario de tipo latino o ministro de fe pública como lo establece la Ley nacional.

Consecuentemente, como resultado de esta desvalorización, el ejercicio de la función notarial, y sus estamentos, tales como la función autenticadora, o el asesoramiento imparcial, en la práctica del ejercicio notarial no son tomadas en cuenta por los llamados fedatarios públicos, quienes incluso muchas veces las consideran, pasos irrelevantes y burocráticos, respecto de los honorarios que pueden percibir por la autorización del instrumento público, del cual por todas las debilidades de las que adolece, con frecuencia hasta se presume su falsedad.

Sin embargo, a propósito de la colegiación, podemos referir que en el 2008, fue publicada la Ley de colegiación y ejercicio profesional, Ley Núm. 588, en la cual se estableció de manera general la colegiación para todos los profesionales, facultando a dichos colegios para

la autorización del ejercicio profesional (22). No obstante, en lo que respecta al ejercicio de las profesiones de Abogado y Notario Público, su aplicación produce una problemática legal, generada por la mala práctica legislativa, puesto que las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de expedir los títulos de Abogado y Notario, así como autorizarlos y suspenderlos para el ejercicio de la profesión tiene un rango constitucional (23). En consecuencia, pretender con la aprobación de una Ley ordinaria abrogarle estas facultades al Supremo Tribunal sería, en principio, una inconstitucionalidad, por lo menos desde el punto de vista formal.

En todo caso, el problema no radica propiamente, en ese sentido, sino en el hecho que el legislador pretende obligar a los profesionales del Derecho a complementar la autorización del Supremo Tribunal, con la autorización del Colegio que se conforme para tal efecto, es decir, obligará a los profesionales del Derecho a una doble inscripción y autorización.

Empero, a pesar de la polémica que ha generado la aprobación de esta ley de colegiación, es necesario catalogar de positivo el hecho de que el legislador vislumbre la posibilidad de que una institución como el notariado, pueda tener tutela y representación por un órgano especializado para tal finalidad. Esto permitiría una reducción considerable de la brecha que existe entre el notariado nicaragüense y el latino.

Ahora bien, la vigencia y aplicación material de la colegiación debería significar un notariado con mayor fortaleza institucional, que sea garante de seguridad jurídica para la ciudadanía en general y principalmente al sector empresarial. En este sentido, para el sistema de fe pública nacional, la colegiación es una necesidad real y prioritaria, para una institución que es sumamente criticada y vejada por los distintos entornos de nuestra sociedad, siendo frecuente los comentarios irrespetuosos hacia nuestra institución notarial, razón además para considerar que una Ley de colegiación, puede ser interpretada como un primer paso hacia una modernización y fortaleza institucional. Sin embargo, el roce constitucional de la Ley Núm. 588 citada *supra*, ha provocado que penda sobre la norma varios recursos por inconstitucionalidad, que al día de hoy no han sido resueltos por

(22) *Vid.* Gaceta del 14 de enero del 2008: Ley 588 “Ley general de colegiación y del ejercicio profesional,” artículos 2 y 23.

(23) Artículo 164. Numeral 8) de la Constitución Política de Nicaragua.

la Corte Suprema de Justicia, y mientras exista la ambigüedad entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y el Colegio de Notarios, el impasse no permitirá la posibilidad de cimentar un notariado con mayor fortaleza institucional. Por eso debemos comprender, que si esta Ley no tuviere los vicios manifiestos, podría significar el punto de partida para una institución con una mejor imagen, mayor confianza, credibilidad e independencia.

De lo expuesto, podemos afirmar que la supeditación administrativa en la que se encuentra el notariado nacional respecto del Poder Judicial, le ha condenado a la imposibilidad de desarrollarse y fortalecerse como institución jurídica, no pudiendo desarrollar una vida propia, careciendo de una organización correspondiente a la naturaleza del notariado latino, que tutele y represente los intereses de los Notarios. Sin embargo, hay que reconocer que el máximo Tribunal tiene sus propias funciones jurisdiccionales y problemas institucionales que le impiden atender de una mejor manera la institución del Notariado. Y en todo caso, se debe comprender que cada sociedad es la que pare a sus propias instituciones de acuerdo con las necesidades históricas y los intereses que se encuentran en juego.

Pero a pesar de todo, es importante referir que en los últimos años, la Corte Suprema de Justicia a través de circulares de carácter vinculante, se ha dado a la tarea de regular de una manera más estricta el ejercicio de la función notarial al normar aspectos como la expedición exclusiva por parte de la imprenta y de la Dirección de Registro y Control de Notarios del Poder Judicial, de los títulos profesionales de Abogados y Notarios, libros de matrimonios, carnet de identificación profesional, y el sello notarial; elementos que anteriormente eran elaborados por negocios privados, en los que muchas veces se suscitaron hechos irregulares como falsificaciones y suplantaciones de identidad u otras, que atentaron contra la seguridad jurídica. Asimismo, se han regulado una serie de prácticas indebidas comunes en la actividad notarial, tales como préstamos, y pérdidas de protocolos, libros de matrimonios, entre otras circunstancias que han debilitado la credibilidad en el notariado nacional (24).

Por otra parte, y a pesar de la problemática de la Ley de colegiación, los profesionales nicaragüenses no deberíamos sentirnos del todo agraviados con dicha Ley, puesto que convendría ser optimistas y vislumbrar como una tarea histórica la conformación a futuro, de

(24) *Ídem* nota (9).

un notariado independiente, con mayor fortaleza institucional, que poco a poco irá ganando prestigio dentro del entorno social nicaragüense y mundial.

El profesional del Derecho que ejerce el notariado y que forme parte de la colegiación ganará entre sus virtudes; valores éticos, y morales, prestigio profesional, entre otros valores de nivel profesional, que por lo menos en teoría ofrece la colegiación, así como la promoción de publicaciones, bibliografía sobre Derecho Notarial, concursos de oposición, que aunque este no sea el caso de Nicaragua, es uno de los puntos que deben ser tomados en cuenta para una futura reforma a la Ley del Notariado, concibiéndose un notariado *numerus clausus*, y derogar así el actual de *numerus apertus*, que es uno de los factores que debilitan a nuestra institución. Todas esas virtudes proyectarían en el fedatario una imagen de transparencia e imparcialidad, generando consecuentemente, confianza social; lo que supondría un avance en el proceso de fortalecimiento institucional; pero, esto no puede ser posible mientras no se brinde a la institución la posibilidad de tener una vida independiente, acorde con su naturaleza jurídica.

Cabe mencionar que el tema de la independencia de la institución, no es solamente un problema del notariado nicaragüense, sino del notariado en general; a tal grado que en el año 1993, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, mediante Resolución de 18 de enero del año 1994, dejó sentado que la actuación notarial es una actividad independiente (25).

Este planteamiento nos hace reflexionar que si el notariado, sin perjuicio de la fe pública delegada por el Estado, consiste en una función ejercida por un profesional del Derecho, consecuentemente debe ser entendida como una profesión liberal, por lo tanto no tiene por qué depender ni administrativa, ni disciplinariamente del Estado. Asimismo su labor debe ser independiente de cualquier tipo de injerencia, sea de naturaleza estatal, política, económica o de otra índole. El Notariado debe ser completamente autosuficiente y autogobernado; ni el Estado ni ningún otro ente poderoso, como los grupos económicos (banca privada) deberían influir en el ejercicio de la función notarial, aunque sea mediante privilegios inconstitucionales, conferidos en leyes especiales.

No obstante, la realidad nacional materializa un notariado en contradicción con la independencia, lo que a su vez conlleva a debilitar

(25) RUEDA PÉREZ, M., *“La función notarial...”*, cit., p. 125.

el principio de imparcialidad que debe caracterizar al notario público latino; principalmente por los incongruentes e inconstitucionales privilegios que gozan mediante Ley los bancos en Nicaragua, los cuales obligan al notario a parcializarse a favor de la parte con mayor fortaleza en la contratación, convirtiéndose esto, en otro de los factores que debilitan y desvirtúan la naturaleza de la función notarial, además de transgredir los derechos de los consumidores y usuarios.

A todo esto, –como ya referimos–, debemos sumarle el carácter *numerus apertus* y el ejercicio simultáneo, pero incompatible, entre las profesiones de Abogado, de naturaleza parcial, con el de Notario, que por esencia jurídica, tiene en la imparcialidad un pilar fundamental. Ambos aspectos peculiarizan a la institución nacional, pero en lo que respecta al carácter *numerus apertus*, se debe entender que la Ley nacional permite que puedan existir una innumerable cantidad de notarios. Actualmente los profesionales que están autorizados para ejercer el notariado se acercan a 20000, quienes únicamente con obtener el título de Licenciado en Derecho e incorporarse a la Corte Suprema de Justicia pueden ejercer esta profesión, lo que ha generado también que económicamente se devalúe la función notarial y exista una competencia por realizarla, parcializando al notario a favor de la parte dominante o asidua del negocio, que generalmente es la que paga, o la que significa su sustento económico, accediendo con frecuencia el notario a practicar acciones al margen de la Ley, con tal de satisfacer los intereses del cliente que le garantiza sus emolumentos.

En este contexto se desenvuelve el notariado nicaragüense, por lo que urgen las reformas encaminadas a la independencia respecto del Poder Judicial, así como a la disminución de las contradicciones frente al notariado latino y posteriormente la modernización del notariado nicaragüense, para ofrecer a la sociedad actual las garantías de seguridad jurídica que necesita en el ejercicio de su actividad.

4. La institución del notariado frente a los avances tecnológicos

La tecnología, junto con la economía globalizada del mercado, impone que se adopten nuevos mecanismos en la aplicación práctica de la función notarial. En este contexto, es importante valorar que el llamado comercio electrónico ha significado para las empresas un nuevo reto impuesto por los avances tecnológicos, un mercado por conquistar, sin embargo, para que dicho mercado llegara a los niveles

de avanzada en el que se encuentra, debieron de transcurrir muchos años y muchos progresos tecnológicos que permitieron brindarles a los sujetos involucrados, los mecanismos técnicos necesarios para cumplir con los propósitos comerciales, no obstante, este mercado todavía desde el punto de vista jurídico no está dotado de una herramienta que le ofrezca las garantías necesarias para que los negocios que se realizan por su medio estén conferidos de seguridad jurídica, y he aquí el principal reto que enfrenta actualmente el notariado.

En este sentido en 1992 se celebró en Cartagena de Indias, Colombia, el XX Congreso Internacional de Notariado Latino, en que se planteó por primera vez el tema: “Documentos electrónicos y seguridad jurídica”, una temática vigente y de mucha importancia para el notariado actual (26). Vale la pena mencionar, que desde que se abordó por primera vez el problema de la función notarial y los documentos electrónicos, se han dado algunas respuestas ante esta situación, principalmente en los países desarrollados, quienes adoptando instrumentos que en su momento fueron exclusivamente de uso militar, han venido incorporando en sus legislaciones, leyes que regulan el uso de estas nuevas tecnologías, primordialmente con fines comerciales, tal es el caso de la firma electrónica (27), mecanismo que se basa en: “Procesos criptográficos asimétricos, con una clave privada secreta, la firma electrónica se genera mediante un complejo proceso matemático de tal forma que queda inseparablemente vinculada a los

(26) ERBER FALLER, Sigrun, “El Notario y la contratación electrónica”, 2004, ponencia de la delegación alemana, en: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México, [en Línea] 2004, p. 4, disponible: http://www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Mexico/TEMA_II_ERBER-FALLER_ES.pdf.

(27) “En 1995 el Consejo Federal del Notariado Alemán, desarrolló en colaboración con los Ministerios de Justicia de Sajonia y Bavaria un proyecto piloto para la introducción del tráfico jurídico electrónico en el Registro de la Propiedad... Posteriormente en 1997, se aprobó la primera Ley de firma electrónica, el primero de noviembre de ese mismo año se aprobó el Reglamento de Firma Electrónica con disposiciones complementarias... “Alemania se convirtió en uno de los primeros países de Europa y del mundo con una reglamentación de este tipo. Como consecuencia del posterior debate sobre todo a escala, Europea, y de la aprobación de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica, la Ley y el Reglamento fueron enmendados teniendo en consideración en la práctica y las indicaciones de la Directiva. La versión actualmente vigente de la Ley de Firma Electrónica entró en vigor el 22 de mayo del 2001 como “Ley sobre Condiciones Marco para Firma Electrónica” y el nuevo Reglamento Firma Electrónica el 16 de noviembre del 2001”. *Vid.* ERBER-FALLER, S., “El Notario...”, *cit.*, p. 11, disponible: http://www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Mexico/TEMA_II_ERBER-FALLER_ES.pdf.

datos firmados. Esta firma electrónica se verifica mediante una clave pública disponible en un directorio de acceso general. Para el titular de la clave doble se emite un certificado que también puede verificarse posteriormente a través de un directorio de acceso general y mediante el cual es posible obtener la identidad del firmante. La generación de la clave y la gestión de los directorios corresponden exclusivamente a la entidad de certificación”.

Ahora bien, este tipo de contratación electrónica supone ciertos problemas que debilitan la seguridad en las transacciones que se realizan por su medio, a las cuales se les ha denominado “riesgos de la transferencia de documentos”, y entre ellos tenemos: suplantación del emisor (autenticidad), alteración del documento original (integridad), lectura del documento por parte de terceros (confidencialidad) y conservación de los documentos (almacenamientos) (28). Todos estos elementos pueden ser garantizados por la función notarial latina, sin embargo, el problema consiste en la vinculación de la función tradicional con los medios informáticos de avanzada, utilizados en este tipo de negocios.

En este sentido, la firma electrónica es el instrumento que más garantías puede ofrecer al tráfico comercial electrónico, por lo que debe valorarse el papel que ha realizado el notario en el ejercicio de su actividad como garante de la seguridad jurídica, para ser considerado actor fundamental en la aplicación práctica de esta herramienta, ya que junto con el órgano certificador que desempeña una labor sumamente técnica, puede convergir la fe pública, que dotará de autenticidad los negocios celebrados por este medio, además de garantizar los otros elementos de la función notarial, los cuales disminuirían los riesgos de la transferencia de documentos de los que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

Actualmente en España por medio de la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se prevé y regula el documento notarial matriz con carácter electrónico y dentro de sus disposiciones, obligó al Consejo General del Notariado español a constituirse como un prestador de servicios de certificación. Asimismo, la Ley 24/2001, impuso a los notarios la obligación de contar con los sistemas telemáticos precisos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información, así como la obligación de disponer de una firma electrónica con carácter de avanzada (hoy

(28) RUEDA PÉREZ, “La función notarial...”, *cit.*, p. 155.

denominada firma electrónica reconocida según la Ley 59/2003) que reúna determinados requisitos en su obtención. (29) De lo expuesto se evidencia la importancia y relevancia que significa para la evolución de la función notarial la incorporación de la firma electrónica en las legislaciones nacionales. En este sentido, es meritorio referir que en Nicaragua, desde el 30 de agosto de 2010, entró en vigor la Ley Núm. 729 “Ley de firma electrónica”, publicada en la *Gaceta Diario Oficial*, Núm. 165, de 2010, mediante la cual, si bien no se le otorga el papel protagónico que sí le conceden las leyes 24/2001 y 59/2003 en España al notariado, como prestador de servicios de certificación; sí se puede considerar un avance trascendental para la contratación electrónica, comercial y no comercial que tengan efectos en el país y para el ordenamiento jurídico nacional, de cara al mercado de avanzada internacional. La única alusión respecto de la función notarial que hace dicha Ley, es la referida en el artículo 20 numeral 6) que en lo conducente, dispone que para ser proveedor de servicios de certificación, se requiere entre otros puntos: *“Contratar a uno o varios notarios públicos con cinco años de experiencia profesional, a fin de que puedan dar fe pública sobre el cumplimiento de las obligaciones del proveedor de servicios en el momento del libramiento del certificado al titular”*. Es decir que si bien no le concede la titularidad del órgano de certificación al notariado, sí lo toma en cuenta para dar fe pública del cumplimiento de los deberes de la entidad de certificación, al momento del libramiento del certificado correspondiente.

No obstante, consideramos que debido a las debilidades de nuestro notariado, particularmente en este caso, las referidas a la especialización técnica y académica, el legislador fue congruente con la realidad del sistema de fe pública nicaragüense, lo que no significa que con las reformas y cambios que hemos planteado a lo largo de este estudio, en un futuro, no podamos contar con un notariado que entre sus atribuciones, incluya funciones de órganos certificador, lo cual significaría la evolución de la función notarial que se enriquecería con dichas atribuciones, y pues, no es de menos esperar que sea el notariado, la institución que pueda ofrecer la suficiente seguridad jurídica para conferir de fe pública a estos negocios, por lo que es de vital importancia dotar al notariado, de tales funciones y atribuciones, una vez superadas las debilidades que lo aquejan.

(29) WIKIPEDIA, La Agencia Notarial de Certificación [en Línea], consultado el 20 de marzo 2008, Disponible: <http://es.wikipedia.org/wiki/ANCERT>.

Por consiguiente, como hemos referido, para que esta realidad pueda materializarse en el ordenamiento jurídico nacional, es menester antes, la independencia de la institución, la colegiación, la preparación académica y técnica, y por supuesto, la confianza y credibilidad de la fe pública notarial en Nicaragua.

Ahora bien, regresando a la Ley 24/2001 española, PÉREZ MONTERO considera que esta herramienta legal significa para el notariado en un futuro cercano, la autorización de escrituras públicas y otros documentos públicos originales en soporte electrónico, lo que a su vez provocaría la aparición de protocolos digitales (30). Vinculando esta consideración con lo dicho por otros autores, estaríamos hablando de un verdadero “Ciber Notario”, nombre con el que ya ha sido denominado por la ABA, American Bar Association, organización encargada de impulsar el desarrollo de la profesión notarial en los Estados Unidos, quienes con su labor han logrado la aprobación de una Ley en el Estado de Florida sobre “legalizaciones electrónicas”. (31) De lo cual podemos esgrimir que un momento determinado el producto de la función notarial materializado en el documento papel irá siendo desfasado y suplantado por el documento electrónico.

Parece ser que para esta nueva realidad, el documento en papel ha dejado de ser funcional, los soportes electrónicos, tanto para efectos conservatorios y prácticos, son los instrumentos más adecuados para una sociedad de avanzada, consecuentemente, el empresario moderno, necesita mecanismos ágiles, rápidos y eficientes para la consecución de sus fines comerciales; no obstante, debemos ratificar que el notariado latino como un verdadero sistema de fe pública, debe continuar su misión preventiva, al brindar las garantías de seguridad jurídica, que indudablemente su intervención concede a los negocios y voluntades que autentica y perpetua por medio del instrumento público, sea este en soporte papel, o en soporte electrónico, lo que no impide la modernización y redefinición de su función en correspondencia con la tecnología.

(30) PÉREZ MONTERO, Hugo, “La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual”, Asociación de Notarios de Puerto Rico [en Línea] febrero, 2005. [consultado en 11 de febrero del 2008] Disponible: <http://www.notariosdepr.com/index.php?node=139>.

(31) RUEDA PÉREZ, “La función notarial...”, *cit.*, p. 166.

5. La función del Notario frente a la empresa

El quehacer del Notario en la sociedad tiene una magna importancia, por cuanto su labor está destinada a conferir autenticidad a los negocios y dotarlos de un carácter de verdad oficial que caracteriza a la fe pública. En el plan empresarial y más específicamente en los aspectos mercantiles, puede decirse que la figura del fedatario público no ha sido reconocida con el valor que su función merece, sino, contradictoriamente su quehacer ha sido relegado a un papel secundario en la esfera de los negocios, por cuanto supone erróneamente retrasos, obstáculos e inconvenientes que solo perjudican al fin lucrativo de los intereses de los empresarios.

En este sentido, la mayoría de los sujetos empresariales y mercantiles acuden únicamente a la labor notarial para ciertos actos y negocios en los que la Ley taxativamente exige el instrumento público, en este sentido, la constitución de las sociedades, actas de juntas directivas o generales, entre otros, en los que la Ley lo requiere coercitivamente.

Tradicionalmente, en estas circunstancias es que se ha desarrollado el ámbito empresarial y mercantil, ya que su ejercicio por la dinámica del mercado tiene en su esencia un carácter informal. Sin embargo, el notario desempeña un rol trascendental en el acontecer jurídico de los negocios, pues su labor, además de dotar de certeza y legalizar las voluntades de las partes, tiene una función preventiva de litigios, lo que se traduce en una garantía de seguridad jurídica, que en principio es un derecho constitucional y un deber del Estado tutelarlos a la generalidad de su población. Por ese motivo, ha delegado en el notario la fe pública, para que éste confiera a las partes que solicitan su intervención la certeza, la autenticidad, la legalidad y seguridad que requieren sus negocios. Razón por la que muchos empresarios, consientes de la necesidad de seguridad jurídica, solicitan o acuden a la función notarial para tener garantías de los capitales que invierten, y en esta función, no hay otra institución que el notariado.

Al seguir con el tema de la seguridad jurídica, es preciso comentar que en Nicaragua existen leyes que regulan y limitan el ejercicio de la actividad empresarial, a tal fin establece la Constitución Política de la República en el artículo 104 párrafo 2.º, que *“... se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas sin más limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes”*. Es decir, que por disposición constitucional, se establece la libertad del dere-

cho de empresa, con la única limitación que por motivos sociales y interés nacional, impongan las leyes de la República, tales como, la Ley de Promoción de la Competencia y la Ley de Defensa del Consumidor, la cual en su artículo 2 claramente establece: “*Esta Ley es de Orden Público e Interés Social, los derechos que confiere son irrenunciables y prevalecen sobre otra norma legal, uso, costumbre, práctica comercial o estipulación en contrario*”. En consecuencia, bajo esta premisa suponen nuevos derechos a tutelar por la Constitución Política en nuestro sistema de economía de mercado, atendiendo la noción y significación económica de la empresa en su estrecha correlación con el mercado y la competencia (32).

Este razonamiento significa que el empresario en el ejercicio de su actividad se ve limitado o regulado por el Estado, debiendo el notario en su relación con el empresario tener presentes las leyes que regulan la competencia, así como también el Derecho de los consumidores (33), para que dentro de su función preventiva oriente a las partes contratantes respecto de tales disposiciones y de esta manera evitar abusos y conflictos entre empresarios o entre estos y los consumidores.

Los conflictos entre empresarios o las violaciones al Derecho de competencia en las que pueden incurrir estos sujetos y a lo cual el Notario debe prestar mucha atención, están referidos por ejemplo; cuando en el ámbito de los negocios y por sus intereses económicos; una empresa (x) decide junto con otra empresa (y), unificarse por medio de contratos de fusión, que con frecuencia se convierten en concentraciones empresariales, a lo que como fedatario debe estar especialmente alerta frente a la posible ilegalidad en dicha concentración, de conformidad con lo establecido en la Ley de Competencia (34), como parte de su labor preventiva, legalizadora y sobre todo como garante de la seguridad jurídica.

Asimismo, el Notario en el ejercicio de su función debe prestar especial atención a aquellos contratos en los que coincidan como

(32) HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth: *La empresa y el empresario*, Alejandro Ramón AGUILAR ALTAMIRANO (compilador), módulo autoformativo, núm. 2, Especialización en Derecho Económico, UCA, Managua, 2007, p. 27.

(33) *Vid. Gaceta*, núm. 206, de 24 de octubre del 2006, Ley 601, “Ley de promoción de la competencia”; en *Gaceta*, núm. 213, de 14 de noviembre de 1994, Ley No. 182 del 1 de noviembre de 1994, “Ley de Defensa de los consumidores”.

(34) *Gaceta*, núm. 206, de 24 de octubre de 2006; Ley 601, “Ley de promoción de la competencia” artículos 26 y ss.

comparecientes, una empresa, con un consumidor, velando por el cumplimiento de los derechos que le asisten a la parte débil de esta contratación, principalmente los referidos al derecho a la información, protección a la salud y al trato equitativo y no abusivo por parte de los proveedores de bienes y servicios, y en este sentido evitar cláusulas que degeneren en estos supuestos. Así también, el Notario en la redacción de estos contratos debe tener presente lo dispuesto en la Ley de defensa de los consumidores (35), especialmente en lo relativo a la protección contractual del consumidor.

Sin embargo, como ya se ha explicado, la realidad jurídica nicaragüense respecto al notariado se materializa en profundas contradicciones con los supuestos planteados anteriormente, pues si el notario no posee independencia económica y tiene una relación de subordinación respecto de la empresa, no podrá –aunque quisiera–, cumplir con los preceptos legales tanto de Derecho de la competencia, como los derechos de los consumidores, afectando también de esta manera su propia esencia como institución, ya que el deber de imparcialidad como pilar fundamental del notariado no puede ejercerse en estas condiciones, pero principalmente, afectando el fundamento esencial de su existencia como es brindar seguridad jurídica y consecuentemente debilitar la frágil institucionalidad del sistema en Nicaragua.

A todo esto se suma el carácter contradictorio de la finalidad legislativa del Estado nicaragüense, ya que por un lado trata de regular y tutelar el derecho de los consumidores, sin embargo, mediante otras leyes fomenta la violación y trasgresión de estas normas. Una manifestación precisa de esta afirmación y que además está vinculada al ámbito empresarial, más precisamente a la banca nacional, es la que se desprende de los inconstitucionales derechos y privilegios bancarios establecidos en la Ley Núm. 561 “Ley general de bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros” (36), privilegios que evidentemente contradicen los derechos tutelados por la Ley de defensa al consumidor, pues claramente se aprecia la parcialidad con que se beneficia el interés de la parte fuerte en la contratación y el abuso que ocurre con los contratos de adhesión, en donde flagrantemente se violentan los derechos de los consumidores.

(35) *Gaceta*, núm. 213, de 14 de noviembre de 1994, Ley Núm., 182 del 1 de noviembre de 1994, “Ley de Defensa de los consumidores”, artículos 21 y ss.

(36) *Vid. Gaceta*, núm. 232, de 30 de noviembre de 2005, Ley Núm. 561, “Ley general de bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros”.

En este sentido, la doctrina notarial ha expresado que el Estado como máximo garante de la seguridad jurídica debe por medio del Parlamento nacional, dotar al notario con las herramientas legales necesarias para llevar a cabo su función preventiva, pues no es posible considerar que el notario pueda desempeñar su función en solitario convirtiéndose en un Mártir del Derecho y la Justicia (37).

Otro ambiente en el que converge la relación notario-empresario, es en el ámbito de ciertos negocios que se llevan a cabo entre empresarios, en los que frecuentemente influenciados por el mercado globalizado y bajo el principio de la autonomía la voluntad, utilizan modernas formas contractuales en aras de satisfacer sus intereses de mercado. Ahora bien, el problema en estos supuestos, no radican propiamente en su utilización, sino en que por su novedad, ajenas a nuestra realidad jurídica, no encuentran ni tienen una regulación previa.

Efectivamente, como seguramente se ha inferido, estamos hablando de los contratos atípicos, que precisamente por su atipicidad, no encuentran reglamentación en nuestro ordenamiento legal, empero, tienen mucha incidencia práctica, pues es muy común entre los empresarios nacionales y extranjeros la celebración de estos tipos contractuales, así se observa, como cada vez son más utilizados por las entidades bancarias y las empresas, los contratos de leasing, factoring, franchising, Know how, joint ventures, entre otros. Contratos en los que el notario no tiene el auxilio de la ley para autorizarlos, sin embargo, por medio de los límites a la libertad de empresa y autonomía de la voluntad, es que puede un notario nacional comprender sus restricciones y alcances, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Finalmente, hay un tercer aspecto de la función notarial, en su relación con el empresario, que ha sido y continúa siendo objeto de mucha preocupación para el notariado latino en general y, por consiguiente, debe serlo también para el notariado nacional. Este tercer aspecto, es el que proviene del uso de la tecnología en el ámbito del mercado internacional, ya que los empresarios en su afán de crecimiento y expansión de sus negocios, utilizan medios informáticos que no están regulados por las leyes nacionales, de esta manera imponen

(37) RUEDA PÉREZ, "La función notarial...", *cit.*, p. 127. El autor citado plantea que ante la influencia de los grandes operadores económicos, con gran poder incluso en la política, frecuentemente se producen distorsiones o desajustes en la labor notarial, por lo que es preciso, que al Notario "no se le pueda exigir la cualidad de héroe en solitario. Debe contar con un apoyo en disposiciones legales adecuadas y respaldo de los órganos colegiales".

al notariado latino, como ya hartamente hemos hecho referencia, la redefinición de su función, principalmente en adelantos tecnológicos en la comunicación y su importancia en la contratación a distancia.

Si bien es cierto, en el apartado anterior se abordó esta temática, es necesario conocer algunos aspectos vinculados a los actos de los empresarios por medio de la tecnología en la comunicación.

Decíamos que la firma electrónica es el mecanismo que más seguridad puede ofrecer respecto de la veracidad de las voluntades de las partes y que en su aplicación práctica la actividad de certificación debe ser una facultad propia del Notario, sin embargo, en el campo doctrinal (38) se han propuesto anteriormente otras opciones de la función notarial relacionadas con esa función; así por ejemplo, se plantea un supuesto en el cual una junta de accionistas se realiza virtualmente ya que los socios se encuentren en distintos lugares del mundo y están conectados únicamente por video conferencia, en este caso, cómo podría un notario certificar los acuerdos a los que estos lleguen por medio de la función tradicional.

Una alternativa ante esta situación, sería la presencia simultánea de notarios, por cada uno de los socios participantes en la junta, quienes estarían levantando actas y certificando las voluntades de la parte a la que están asistiendo; posteriormente cada una de las actas, con las debidas autenticaciones, serían depositadas en el consulado del país en el que surtirá efecto el acuerdo social, y de esta manera, al acta autorizada en el país del cumplimiento del Acuerdo, debe ser suficiente para la inscripción en el Registro correspondiente y para las demás consecuencias legales.

Por supuesto, para que esta alternativa pudiera ser posible es necesario realizar las modificaciones legales correspondientes. No obstante, el asunto de la tecnología respecto del quehacer notarial tiene otro matiz, pues de lo que se trata es de cómo modernizar la función notarial; razón por la cual, esta alternativa que podría resultar de cierta utilidad, no puede concebirse como la solución a la pro-

(38) “En el congreso de la UINL celebrado en 1992 en Cartagena de Indias al hilo de la ponencia presentada por Vicente DE PRADA titulada “El documento informático: su encaje en el sistema de Notariado Latino”, se manifestó la propuesta del notariado Francés M. BURGAN de la celebración de contrato entre personas relacionadas por ordenador, mediante la presencia de un notario junto a cada una de las partes, de tal modo que el contrato y documento se formaliza en papel y por separado bajo la fe de cada uno de los dos notarios, y se trasmite copia autorizada de uno a otra vía informática.” RUEDA PÉREZ, “La función notarial...”, *cit.*, p. 153.

blemática del notariado, respecto de la tecnología y la necesidad de agilización y seguridad jurídica de los negocios vía electrónica que requiere el empresario moderno.

En conclusión, debemos ratificar a la firma electrónica con la intervención notarial, como el mecanismo más adecuado en la dinámica de la empresa moderna, así como la necesidad de que el Estado y el Notario en particular, tengan presentes la importancia y relevancia que significan para la sociedad actual, las disposiciones del Derecho de Competencia y el Derecho de los Consumidores al desarrollo de las nuevas figuras contractuales; la independencia administrativa y económica del Notariado; el deber de imparcialidad; la necesidad de legislaciones coherentes y armónicas que eviten la contradicción en la protección de intereses entre partes, y sobre todo Notariado independiente y autogobernado, que puede garantizar al empresario y la sociedad en general las garantías suficientes de seguridad jurídica.

6. El Notario frente al Derecho de los consumidores

Tradicionalmente, las ramas del Derecho en lo que atañe al Derecho privado, se dividían en: Derecho Civil y Derecho Mercantil, materias propias que regulan los intereses privados de las partes, sin embargo, y aunque quizás el Derecho de los consumidores tiene un elemento público, que se materializa en la posición de garante que debería adoptar el Estado en la protección del sujeto débil del negocio; en esencia, su justificación sigue siendo de naturaleza privada, principalmente por la calidad jurídica de las partes y por la naturaleza del objeto contractual o negocial.

En este sentido, la insuficiente protección del Derecho Civil y del Mercantil respecto del consumidor, originó el surgimiento del Derecho de los consumidores, con tal importancia, que en la doctrina se dice que ha de existir una distinción entre tres clases de compraventas sujetas a normas diversas: civil, mercantil y de consumo; planteándose su unificación en una sola rama jurídica denominada Derecho Privado del tráfico económico. (39)

(39) BERCOVITZ, *cit.* por RUEDA PÉREZ, “La función notarial...”, *cit.*, p. 128.

Por otro lado, el carácter constitucional que recubre los derechos de los consumidores, maximiza su importancia y la necesidad de protección de la que debe ser sujeto por parte del Estado, el cual como hemos referido, debería adoptar una posición proteccionista para el consumidor, de tal suerte que el Notario como ministro de fe pública, en idéntico sentido debería también asumir dicha misión al momento de ejercer su función notarial, por lo menos en lo que se refiere al derecho a la información del consumidor, cosa que no ocurre actualmente, puesto que en la realidad nicaragüense, generalmente un consumidor que suscribe un contrato con una empresa, o que realiza un préstamo ante una institución crediticia, al momento de firmar la escritura de mutuo o préstamo, ni siquiera es atendido por el Notario, o si éste lo atiende personalmente, la única información que le brinda, es el lugar en donde debe plasmar su firma, sellando muchas con veces con esto su propia condena, y además falseando el instrumento, en el cual el Notario hace referencia que advirtió a los comparecientes de las renunciaciones y estipulaciones implícitas y explícitas, cuando en la realidad de los hechos, únicamente le advirtió el lugar donde debía firmar en el protocolo, sin tener en cuenta los derechos que le asisten al consumidor, con especial énfasis en el derecho a la información.

En este sentido, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, tanto el deber de imparcialidad, la seguridad jurídica, así como todo el ordenamiento jurídico nacional, es afectado de forma grave por este tipo de conductas que son muy frecuentes en la práctica notarial nicaragüense; cuando el notario como ministro de fe pública, teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la Ley, y de estricta legalidad, debería respecto del consumidor ejercer su función apegada al precepto de igualdad de derechos en igualdad de condiciones, *contrario sensu*, condiciones desiguales, protección desigual, en consecuencia, parcializado y protegiendo como autoridad pública al consumidor, el que se encuentra en una posición inferior respecto de su contraparte, por lo que se le debe brindar una protección desigual.

En estas circunstancias, debería basar el ejercicio de su función el Notario nicaragüense respecto del consumidor; no obstante, antes necesita en principio independencia administrativa y económica, además del apoyo del legislativo, que debe armonizar el ordenamiento jurídico nacional para dotar al fedatario de las armas legales necesarias, para cumplir su misión de seguridad jurídica, pero además, el Notario sobre todo necesita el compromiso ético y profesional que

debe caracterizar y justificar su naturaleza jurídica como Notario de tipo latino.

Llegado a este punto, cabe apuntar que la redefinición de la función notarial es necesaria en Nicaragua, pero antes se deben atisbar las profundas diferencias del notariado nacional frente al notariado latino, si se pretende que nuestra institución brinde a nuestra sociedad y sobre todo a la empresa moderna que juega un papel trascendental en el desarrollo económico del país, las suficientes garantías de seguridad jurídicas necesarias para el correcto ejercicio de las actividad económica y empresarial, eso sí, en estricto respeto de los derechos de competencia y de consumo.

7. Conclusiones

Realmente era necesario que este estudio acerca de la función notarial en su relación con la actividad del empresario, se desarrollara abarcando los aspectos de mayor relevancia para el contexto actual del notariado latino. Por ello, se ha considerado atinado abordar la función notarial desde el punto de vista de la doctrina, la relación entre la función y los avances de la tecnología, la situación del notariado nicaragüense, la función notarial y su relación con las actividades del empresario, el Derecho de competencia y el Derecho de los consumidores.

En este sentido, debido a que la función notarial se desglosa en varios aspectos de los cuales hemos hecho mérito en el desarrollo de este trabajo, al notariado debe valorársele reconociéndosele su naturaleza jurídica en dos caracteres esenciales: por la forma de organización, que debe ser independiente y autogobernada; y por el contenido de la función notarial. De igual forma, el concepto de notario, debe concebirse otorgándole al fedatario una doble calidad jurídica, en correspondencia al contenido de la función, de suerte que como profesional del Derecho ejerce una función asesora, y como funcionario público al brindar la fe pública notarial, cumple una función pública que le ha sido delegada por el Estado mediante la ley.

No obstante, hemos observado que el notariado nicaragüense se desarrolla en un marco negativo y contradictorio a su naturaleza jurídica. En tal orden, la institución nacional, a pesar de ser considerada parte de la Unión Internacional del Notariado, tiene graves contradicciones frente a los principios y fines de dicha entidad, que han debilitado y devaluado la figura del notario nicaragüense, principal-

mente por la falta de independencia y por el ejercicio simultáneo de la abogacía con el notariado, entre otras fragilidades, teniendo graves consecuencias, entre ellas, la falta de imparcialidad del fedatario público y consecuentemente, insuficientes garantías de seguridad jurídica.

Ahora bien, en lo referente a los adelantos tecnológicos y su vinculación con la función notarial, hemos observado que éste ha sido un tópico de suma preocupación para el notariado latino, valorándose esta problemática y concibiéndose respuestas a esta situación, de tal manera que en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados en donde se ejerce el notariado de tipo latino, como es el caso de España y Alemania entre otros, se han dictado leyes que regulan los documentos electrónicos en su relación con el quehacer del Notario, configurándose la firma electrónica como el mecanismo que brinda mayor seguridad jurídica a los negocios que se realizan por esta vía, atribuyéndosele al Notario las facultades del ente certificador de las firmas digitales.

En este sentido, se puede llegar a la conclusión de que la función notarial debe modernizarse y redefinirse, no obstante, esto nunca debe concebirse en detrimento de las atribuciones con las cuales el notariado latino a través de siglos de existencia ha brindado a la sociedad. Asimismo, la función del Notario en su relación con el empresario, debe vincularse con los Derechos de competencia y de consumidores, bajo la tesis de que al ejercer una función pública, tiene el deber en su carácter de funcionario de aplicar los límites constitucionales al derecho de empresa; además de mantenerse actualizado respecto de los avances en la tecnología, principalmente en lo que hace a la comunicación en tiempo real, con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las partes en la contratación electrónica.

Finalmente, podemos ratificar que es preciso que el Notario en el ejercicio de la función notarial, tenga presente los derechos que asisten a los consumidores y usuarios; y consecuentemente, en este contexto, el fedatario que autorice una compraventa de consumo, debe asesorar con mayor énfasis al consumidor, ya que en su calidad de ministro de fe pública, está obligado por Ley a adoptar una posición proteccionista hacia la parte débil del negocio.

Bibliografía

- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo V, Ediar Soc ANON "Editores", Buenos Aires, 1962.
- Serie Clásicos de Procedimiento Civiles, tomo II, *Juicio ejecutivo y de apremio*, Editorial Jurídica Universitaria, México DF, 2003.
- ARRANCHE MURGUÍA, José Gerardo, "El Notario Público. Función y desarrollo histórico", [consultado el 30 de enero del 2008] disponible en: <http://www.monografias.com>;
- ARIAS, Francisco, Carta del Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, al Sr. Presidente del Comité de Representantes Gubernamentales sobre la participación de la Sociedad Civil, a propósito del Tratado del Area de Libre Comercio de las Américas, (ALCA), [en Línea] abril, 2003. [Consultado el 28 de febrerodel2008] Disponible: http://www.ftaaalca.org/spcomm/SOC/Contributions/Miami/cscv68_s.asp.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*, 3.^a edición, Nauta, Barcelona, 1962.
- BOLLINI, Jorge A. y Juan A. GARDEZ, *Fe de Conocimiento*, Abeledo Perrot, 1.^a edición, Buenos Aires, 1969.
- BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo Derecho*, 1.^a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, obra compilada y editada, Comité Editorial Clásicos del Derecho, Impresora Castillo, México DF, 1996.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Porrúa, México, DF, 1965;
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, Obra Compilada y Editada, Mexico DF, 1994.
- CHINEA GUEVARA, Josefina en: *Derecho Notarial de la Empresa*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (compilador), módulo autoformativo núm. 5, Especialización en Derecho Económico, UCA, Managua, Nicaragua, 2007.
- ERBER-FALLER, Sigrun, "El Notario y la contratación electrónica", ponencia de la delegación alemana, en: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México, [en Línea] 2004, [consultado el 18 de marzo 2008], Disponible en: http://www.bnotk.de/_PDFDateien/24.UINLKongress2004Mexiko/TEMA_II_ERBER-FALLER_ES.pdf; GATTARI, Carlos N., *El objeto de la ciencia del Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1969.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo primero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948;
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito, *Derecho Notarial*, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1971.
- GUERRERO MAYORGA, Orlando, "El proceso de integración centroamericana y la globalización" en *Revista de Derecho*, núm. 4, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2003, pp. 85-100.

- GUZMÁN GARCÍA, Jairo José y Jesús Jusseth HERRERA ESPINOZA, *Contratos civiles y mercantiles*, 1.ª edición, Impresiones Helios, Managua, 2006;
- HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth, “Análisis de la Constitución Económica Nicaragüense con especial referencia a la libertad de empresa” en *Revista de Derecho*, núm. 9, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2004, pp. 81-104; *Contratos atípicos* Impresiones Helios, Managua, 2007;
- *La empresa y el empresario*, Alejandro Ramón AGUILAR ALTAMIRANO (compilador), módulo autoformativo, núm. 2, Especialización en Derecho Económico, UCA, Managua, 2007.
- JIMÉNEZ SHAW, Guillermo en: *Derecho de Mercado de Capitales*, Alejandro Ramón AGUILAR ALTAMIRANO (compilador), módulo auto formativo, núm. 11, Especialización en Derecho Económico, UCA, Managua, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento Judicial Sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 1.ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- NOTARIOSLATINO.COM, El Legado del Congreso de Madrid, [en Línea] 2008. [Consultado el 20 de febrero del 2008], disponible http://notarioslatinos.com/ver_nota.asp?codigo_nota=28.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Derecho Notarial de la Empresa*, Módulo Autoformativo, núm. 6, Especialización en Derecho Económico, UCA, Managua, 2008.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 9.ª edición, Porrúa, México, DF, 1999.
- PÉREZ MONTERO, Hugo, “La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual”, Asociación de Notarios de Puerto Rico [en Línea] febrero, 2005. [Consultado el 11 de febrero del 2008] Disponible: <http://www.notariosdepr.com/index.php?node=139>.
- ROBLETO ARANA, Cristian Alberto, *Derecho de Sociedades Mercantiles*, 1.ª edición, Impresión Helios, Managua, 2006.
- “El comercio electrónico: Antecedentes, definiciones y sujetos” en *Revista de Derecho*, núm. 9, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2004, pp. 57-79.
- RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel, “La función notarial en la economía de mercado”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 25, Madrid, 1998;
- SALAS, Oscar A., *Derecho Notarial en Centroamérica y Panamá*, 2.ª edición, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1973.
- SARAVIA, Aurora Margarita, María Mercedes MENA HANON, y María Virginia CHAVARRÍA, “Proceso de internacionalización de las empresas Compañía Licorera de Nicaragua, SA y Kraft Foods Nicaragua, SA” en *Revista Encuentro*, núm. 74, Universidad Centroamericana UCA, Managua, 2006, pp. 8-16.
- SAVRANSKY, Moisés Jorge, *Función y responsabilidad notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, *Jurisdicción voluntaria: Informe y regla-*

- mentación*, Editorial Secretariado de la Conferencia Judicial, Puerto Rico, 1997.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA, *Derecho Notarial*, BITECSA, Managua, 1996.
- Unión Internacional de Notariado Latino, Web oficial [consultado el 20 de marzo 2008], disponible: <http://uinl.net/presentacion.asp?idioma=esp&submenu=UINL>.
- VALLE PASTORA, Alfonso, *Antología sobre Ética*, 1.^a edición, Ediciones Internacionales, Managua 2001.
- WALLACE SALINAS, Arturo, “El impacto regulatorio de la globalización: Una aproximación desde las comunicaciones” en *Revista de Derecho*, núm. 3, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2002, pp. 41-55.
- WIKIPEDIA, “La agencia notarial de certificación”, (en línea), marzo 2008, consultado el 20 de marzo 2008, disponible: <http://es.wikipedia.org/wiki/ANCERT>.
- ZINNY, Mario Antonio, *El acto notarial: Dación de fe*, Depalma, Buenos Aires, 1990.