

la parte, según las circunstancias. Hemos transcripto más atrás (núm. 504) la disposición análoga (art. 1,031) que declara á todos los oficiales ministeriales responsables por los daños y perjuicios de la parte, en caso de anulación de un procedimiento, según las exigencias de los casos. Los ejecutores están comprendidos en las expresiones generales de este artículo; además, los términos de los arts. 70 y 1,031 son idénticos; la responsabilidad de los ejecutores y de los escribanos, es, pues, la misma.

Sin embargo, la jurisprudencia parece establecer una diferencia entre ellos, en lo que se refiere á la naturaleza de la culpa, por la que están obligados. Fué sentenciado que resulta del art. 71 "que la ley ha dejado á los magistrados el poder apreciar la conducta del ejecutor, su buena ó mala fe, y la dificultad más ó menos grande que el texto de la ley aplicado, pudiera presentar en su ejecución, y se atreve á su prudencia y justificación, en cuanto á la conducta que debe observarse para con él en lo que toca á los daños y perjuicios." Aplicando este principio al caso, la Corte de Poitiers decidió que el ministro ejecutor inculcado cumplía habitualmente sus deberes con celo, exactitud y buena fe, y que nada en la causa actual, dejaba sospechar que hubiera salido de la línea de su ordinaria conducta; que si había cometido una nulidad, esto era por *error involuntario*, más bien que por *impericia grave*. (1) Según éste considerando, los ministros ejecutores no estarían obligados sino por falta grave, por razón de nulidad de sus actos, y la responsabilidad no estaría comprometida sino cuando causan voluntariamente un daño. Así entendida, la sentencia de la Corte de Poitiers está en oposición con los principios y los textos. La responsabilidad de los ejecutores, como la de los escribanos, resulta de una convención intervenida entre

1 Poitiers, 28 (6 24) de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *Ejecución*, núm. 260, 2°).

ellos y la parte que los emplea. Están, pues, obligados por su *falta ligera in abstracto*. Si se les aplica el principio de los arts. 1,382 y 1,383, responderán por la más leve culpa suya. ¿Se dirá que el art. 71 del Código de Procedimientos deroga los del Código Civil? Si los derogara en lo que toca á los ejecutores, también los derogaría en lo que se refiere á los escribanos, puesto que los textos son idénticos; y la jurisprudencia, cualquiera que sea su incertidumbre, no ha deducido esta consecuencia del art. 1,031; luego no se le debe deducir del art. 71. Los términos: *Según las circunstancias, ó según las exigencias de los casos*, no conciernen al grado de la culpa por la que están obligados los oficiales ministeriales; dan al juez un poder de apreciación que es además de derecho común. ¿Por qué los autores del Código Civil no han querido consagrar las distinciones que se hacían en la jurisprudencia antigua, entre los diversos grados de la culpa? Porque estas distinciones teóricas son de poca utilidad para el juez, el que decide siempre en materia de daños y perjuicios, por las circunstancias de la causa. (1) El legislador se limitó, pues, á sentar un principio general (art. 1,137) para las obligaciones convencionales, y una regla más severa para los delitos y los cuasidelitos (arts. 1,382 y 1,383). En la aplicación, el juez tiene necesariamente una gran latitud y un poder discrecional, puesto que le pertenece decidir si hay culpa y cuál es su gravedad. Los artículos 71 y 1,031 del Código de Procedimientos no dicen otra cosa.

507. La misma cuestión se presenta para la responsabilidad de los notarios públicos. (2) Está muy controvertida.

1 Transladamos á lo que fué dicho de la teoría de las culpas, tomo XVI de mis *Principios*, págs. 313-316 núms. 214-216.

2 Esta responsabilidad es tan frecuente que se han escrito tratados en la materia.

Eloy, *De la responsabilidad de los notarios*, 2 vol. in 8°, 1863.

Clerc, Daloz y Vergé, *Formulario del notariado*, t. II°, *De la responsabilidad de los notarios*.

Hay una primera dificultad en la que la doctrina y la jurisprudencia están mudas: ¿son responsables los notarios en virtud de un compromiso contractual, ó en virtud de un cuasidelito? Se admite generalmente, y sin discutir la cuestión ni siquiera presentarla, que la responsabilidad de los notarios, como tales, resulta de los arts. 1,382 y 1,383. Hemos enseñado la contraria opinión, para los escribanos de diligencias y los ministros ejecutores; y en nuestro concepto, la responsabilidad de los notarios está también fundada en la no ejecución de la convención que interviene entre el oficial público y su cliente. No puede negarse que exista una convención entre el notario que redacta una acta y la parte; hay concurso de consentimientos, proposición hecha por la parte, aceptación del notario; luego un contrato. Por este contrato, el notario se obliga á redactar una acta con los cuidados y la inteligencia que un funcionario público debe tener en el cumplimiento de sus deberes, deberes por los que recibe unos honorarios: es mandatario asalariado. Quizá fuera más exacto decir que esto es una obligación de hacer diferente del mandato, tanto como una prestación de servicios. Pero poco importa en lo que se refiere á nuestra cuestión. Desde que hay una convención entre el notario y su cliente, la responsabilidad de los arts. 1,382 y 1,383 es inaplicable. Esto resulta del mismo texto de la ley. Según los términos del art. 1,370, los cuasidelitos son compromisos que se forman *sin que intervenga ninguna convención*. Es, en parte cuando menos, en esta falta de convención que se funda la responsabilidad más rigurosa que la ley establece para los cuasidelitos: el autor del hecho perjudicial responde por la más leve culpa, porque no ha dependido de la parte lesionada el abrigar sus intereses mediante estipulaciones que ni siquiera se conciben cuando se trata de un hecho perjudicial; la parte lesionada se vuelve acreedora á pesar suyo; como el autor del hecho perjudicial se vuelve deudor, quie-

ra que no. El texto ni el espíritu de la ley reciben aplicación á la responsabilidad del notario. La parte es la que escoge al notario; puede, de acuerdo con él, estipular la más severa responsabilidad. Las partes se encuentran en las ordinarias condiciones de todas las que contratan; luego deben ser regidas por el derecho común, á no ser que se derogue á él por una ley especial. En esta opinión, el notario estaría obligado por la *más leve culpa in abstracto*, en virtud del artículo 1,137, suponiendo que ninguna ley especial no derogue á la regla que el Código establece para las obligaciones convencionales; no estaría sometido por la más leve culpa que imponen los arts. 1,382 y 1,383 á los autores de los hechos perjudiciales, á no ser que se haya sometido á ello mediante una convención.

508. Nuestra opinión está aislada; debemos examinar la cuestión bajo el punto de vista de la doctrina generalmente seguida por los autores y por la jurisprudencia. Se admite que la responsabilidad del notario, en calidad de funcionario público, cae bajo la aplicación de los artículos 1,382 y 1,383; pero hay diversidad de pareceres respecto á la extensión de esta responsabilidad. El sitio de la dificultad se halla en el art. 68 de la ley de 25 ventoso, año XI, el que dice así: "Toda acta hecha en contravención de los arts. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 y 67, es nula si no está firmada por todas las partes; y cuando está firmada por todas ellas, solo valdrá como escritura privada, á reserva, en ambos casos, *si ha lugar* de los daños y perjuicios contra el notario." Suponiendo que la responsabilidad del notario resulte de un delito ó de un cuasidelito, ¿debe concluirse del artículo 68 que esta disposición deroga á la regla general establecida por los arts. 1,382 y 1,383, en este sentido, que la responsabilidad de los notarios no está regida por el Código Civil y está sometida á la disposición especial del art. 68 de

la ley de ventoso? La Corte de Casación de Bélgica se ha pronunciado en este sentido. Se funda en las palabras *si ha lugar*, que, según ella, implican una responsabilidad, otra que la de los arts. 1,382 y 1,383. Según el Código Civil, el autor de cualquier hecho perjudicial, es responsable todas las veces que este hecho es el resultado, ya sea de una culpa, ya de una negligencia ó de la imprudencia de su autor; mientras que la ley de ventoso no declara responsable al notario por cualquiera falta, imprudencia ó descuido por ligera y excusable que pueda ser; el notario no debe los daños y perjuicios sino *cuando ha lugar*; es decir, que su responsabilidad depende de la gravedad de su culpa; toca, pues, á los tribunales apreciar el grado de gravedad de la falta imputada al notario y declararlo, en consecuencia, responsable ó no. (1)

Creemos que la Corte de Casación interpretó mal el artículo 68. Nada dice de la culpa ni del grado de la culpa; solo dice que el notario podrá ser condenado á daños y perjuicios *si ha lugar*, lo que quiere decir, si hay lugar á pronunciar daños y perjuicios. ¿Cuándo ha lugar á daños y perjuicios? El art. 68 no contesta á esta cuestión y no debía contestarla. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? ¿Será el de determinar á qué culpa está el notario obligado? Nó, la ley decide en qué casos el acta notariada es nula, y es solo por vía de consecuencias como la ley agrega que podía el notario ser condenado á daños y perjuicios. Al decir *si ha lugar*, la ley se refiere al derecho común en cuanto á las condiciones requeridas para que el notario pueda ser obligado á una reparación civil. El legislador debió agregar estas palabras, porque si hubiera simplemente dicho: *á reserva de los daños y perjuicios* contra el notario, se hubiera podido creer que el notario era responsable por el solo hecho de la anulación de la acta. Semejante responsabilidad hu-

1 Casación, 20 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 299).

biera sido contraria á los principios; y es para mantener los principios generales como la ley agregó: *si ha lugar*. Según estos principios, se necesitan dos condiciones: perjuicio y culpa. ¿Qué culpa? Esto es lo que la ley de ventoso no tenía que resolver; la translada al derecho común.

La interpretación que la Corte de Casación de Bélgica da al art. 68, es también inadmisibile por otra razón. Resulta de ella que no se sabe de qué falta es responsable el notario. Los tribunales quedarían, pues, investidos del poder más arbitrario; unos condenarían al oficial público por la menor culpa sin admitir excusas, y otros solo lo condenarían por dolo ó falta grave. Este arbitrio ilimitado no está en el espíritu de nuestra legislación moderna que tiende al contrario á encadenar al juez por reglas invariables. ¿Por qué el legislador hubiera consagrado en la ley de ventoso, un arbitrio que rechaza en todas partes? Se buscaría en vano la razón. Lo que prueba que el art. 68 no entiende de derogar al derecho común por las palabras *si ha lugar*, es que se hallan equivalentes expresiones en el Código de Procedimientos para determinar la responsabilidad de los escribanos y de los ejecutores; y, de seguro que el legislador no pensó en los arts. 71 y 1,031, en derogar al Código Civil (números 505-507).

Las cortes de apelación de Bélgica siguen el mismo principio; para decir mejor, no tienen principio, pues el pretendido principio consagrado por la Corte de Casación, es la ausencia de toda regla. En una primera sentencia, anterior á la de la Corte de Casación, la de Bruselas ha resuelto, invocando el art. 68, que los notarios no están obligados á daños y perjuicios sino por causa de *extrema ignorancia ó gran negligencia*: (1) Esta es una responsabilidad que ya no conocen nuestras leyes, y esto no es ni la culpa del art. 1,137 ni la del art. 1,332, es una falta que el juez crea y aplica á

1 Bruselas, 30 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 165).

su fantasía. En otra sentencia, la Corte se manifiesta un poco más severa, declara á los notarios responsables de su ignorancia sin agregar que deba ser extrema; pero el resultado es el mismo, pues la Corte pone en principio que los notarios solo responden por *culpa grave ó dolo*. (1) Se pierde el tiempo en buscar un principio en donde reina la arbitrariedad más absoluta; la Corte de Bruselas nos lo dice: «La ley del 25 ventoso, año XI, al consagrar la responsabilidad de los notarios, llevó en ella una justa templanza dejando á la sábia y equitativa apreciación de los tribunales el determinar los casos en que habrá lugar á pronunciarla.» (2) Así, los notarios serán responsables ó no, según el antojo de los tribunales. La Corte de Lieja tiene otro sistema; ésta invoca simultáneamente el art. 68 de la ley de ventoso y el artículo 1,382; (3) este es el principio de la Corte de Casación de Francia; lo vamos á exponer.

509. La jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia ha sido por largo tiempo titubeante. Una sentencia de denegada, sin pronunciarse acerca del sentido del art. 68, decide que los notarios no solo son responsables en los casos de dolo y de fraude, sino que también lo son cuando la nulidad de una acta es pronunciada por omisión de una formalidad substancial. Esta omisión puede ser el resultado de una culpa más ó menos grave: los tribunales, dice la Corte, tienen un poder discrecional para resolver si los daños y perjuicios deben ser admitidos ó negados. (4) Esta culpa corresponde casi á la del art. 1,137, no es la del art. 1,382; sin embargo, es en este artículo en el que la Corte de Casación busca el principio de la responsabilidad de los notarios.

Una sentencia de la Sala Civil presenta la cuestión en

- 1 Bruselas, 28 de Junio de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 77).
- 2 Bruselas, 6 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 272). Compárese Bruselas, 20 de Noviembre de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 5).
- 3 Lieja, 25 de Mayo de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 231).
- 4 Denegada, 14 de Mayo de 1822 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 307, 1°).

otros términos; el art. 68 de la ley de ventoso es anterior al Código Civil. ¿El art. 1,382 derogó dicha ley? La Corte decide que los arts. 1,382 y 1,383 no han abrogado derecho especial con relación á la notaría, y no obligan á los jueces á declarar responsables á los notarios, en todos los casos de nulidad de sus actas. Esto supone que el art. 68 establece una responsabilidad especial. ¿Cuál es este derecho especial? No lo dice la Corte de Casación; la sentencia atacada había resuelto que los notarios solo son responsables por las culpas graves. Tal es el parecer de la Sala Civil; tiene cuidado de decir que no aprueba los considerandos de la Corte de Lyon; todo lo que resulta del art. 68, es que los notarios no están necesariamente obligados á los daños y perjuicios resultando de la nulidad de sus actas. (1) Los notarios responden por sus faltas; queda por saber si esta falta es la del derecho común, y cuál es este derecho común.

En las posteriores sentencias, la Corte se refiere á la vez al art. 68 de la ley de ventoso y al art. 1,383 del Código Civil; las sentencias atacadas decidían, la una que había *culpa grave*, y la otra que había *negligencia*. (2) Además, la Corte no explica en qué grado de culpa obliga á los notarios; pero como invoca el art. 1,383, debe concluirse que en su mente, los notarios están sometidos al derecho común y que este derecho es el de los arts. 1,382 y 1,383. Esto es lo que dicen terminantemente las últimas sentencias de la Corte. Una de estas sentencias explica la palabra *si ha lugar* del art. 68, en el sentido que la ley traslada al derecho común, según el cual debe haber *perjuicio* para que la parte pueda reclamar daños y perjuicios; lo que es de evidencia. (3)

1 Denegada, Sala Civil, 27 de Noviembre de 1837 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 304).

2 Denegada, 15 de Enero de 1835 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 431, 3°), Denegada, 7 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 268).

3 Denegada, Sala Civil, después de deliberación en la Sala del Consejo, 28 de Febrero de 1872 (Daloz, 1873, 1, 485).

Hay que agregar que el art. 68 traslada el derecho común en lo que se refiere á la *culpa*. Según la Corte de Casación, el derecho común aplicable á los notarios, es, pues, la responsabilidad que procede de un delito ó un cuasidelito.

Hé aquí el caso notable de una de estas sentencias. Un testamento había sido declarado nulo por razón del parentesco de uno de los testigos con el legatario; no fué el notario quien había escogido al testigo, le había sido presentado por el testador; su culpa consistía en haberlo aceptado sin haberse previamente informado de su capacidad é idoneidad. En derecho, la Sala de Requisiciones resuelve que, según el art. 68 de la ley de ventoso, los notarios pueden, en caso de nulidad de sus actas, ser condenados á daños y perjuicios, y que el art. 1,383 declara á cada uno responsable por el daño que causa por su negligencia ó su imprudencia. La Corte agrega que pertenece á los jueces del fondo apreciar si hubo culpa por negligencia ó por imprudencia. (1)

¿Es realmente verdad que el derecho común, en lo que se refiere á la responsabilidad de los notarios, sea el de los artículos 1,382 y 1,383? Ya hemos contestado á esta pregunta (núm. 506). El sistema de la Corte de Casación conduce á una severidad que parecerá excesiva; los notarios pueden ser arruinados por la menor negligencia, por la menor imprudencia; no pueden invocar ninguna excusa, salvo la del caso fortuito; y no puede tratarse mucho de fuerza mayor en materia de nulidad de actas. Es verdad que la Corte agrega que los jueces del hecho apreciarán si hubo negligencia ó imprudencia; pero si el juez permanece fiel á la teoría de los cuasidelitos, deberá pronunciar daños y perjuicios por la culpa más leve. Es bien seguro que no lo hará así. Tendrá, pues, que colocarse más allá de la ley para corregir sus defectos. Esta consideración bastaría para hacer des-

1 Denegada, 5 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 225). Comparese Denegada, 17 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 87).

echar la doctrina de la Corte de Casación. Nuestra opinión conduce al mismo resultado de hecho, pero esto es por una vía más jurídica. Nosotros no decimos al juez: Los notarios no responden por su más leve culpa; no son culpables de un cuasidelito, responden por la inejecución de las obligaciones que contraen hácia sus clientes; la falta por la que está obligado todo deudor, la falta que los legistas conocen con el nombre de *culpa leve in abstracto*. Hé aquí el verdadero derecho común, cuando se trata de obligaciones convencionales.

510. La ley de ventoso solo habla de la responsabilidad que tienen los notarios por razón de la nulidad de sus actas. ¿No serán sometidos á otra responsabilidad en calidad de oficiales públicos? ¿Se limita su misión á ser redactores pasivos de la voluntad de las partes? Nó; no sucede así, ni de hecho ni de derecho. Hay actas para cuya existencia la ley exige la intervención de un notario, tal como la constitución de hipoteca. La razón es que las partes, aunque fueran letradas, ignoran las más sencillas nociones de derecho y son extrañas á la práctica de los negocios. Es, pues, necesario que los oficiales públicos vigilen por sus intereses, es en ellos que fian las partes; la convención que interviene entre ellos y sus clientes comprende no solo la redacción del acta, sino también las medidas de precaución que á ella se ligan. Nada diremos por ahora de las consecuencias perjudiciales que pueden resultar para los clientes de las actas que hacen los notarios; éstos no son responsables de ellas sino á título de mandatarios, como lo diremos más adelante. Pero la misma acta que el notario se encargó de redactar, la hipoteca, exige informaciones y garantías sin las que el prestamista arriesga perder su capital. ¿Quién comprueba la existencia de estas garantías si no el notario? El inmueble en el que la hipoteca va á ser acordada está ya gravado de inscripciones; no toca al notario el pedir el certificado de inscripcio-