ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO NOTARIAL

Números 2-3

Segunda época
Años 2013-2014

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE
DERECHO NOTARIAL

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE
DERECHO NOTARIAL

Segunda época
Números 2-3, años 2013-2014

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO
CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
anuarioibernot@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

El **Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial** no se identifica con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado Español, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL

ISSN: 1695-2189
Depósito legal: M-16398-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*
Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: STAGNO, S. L.

Consejo de Dirección:

D.ª Rhadys I. Abreu de Polanco (República Dominicana)
D. Carlos Marcelo D´Alessio (República Argentina)
D. Jorge Rolando Barrios (Guatemala)
D. Carlos E. Becerra Palomino (Perú)
D. José Flavio Bueno Fischer (Brasil)
D. Alfonso Cavallé Cruz (España)
D. Sebastián Justo Cosola (República Argentina)
D. Justo Germán Denis (Paraguay)
D. Mario Fernández Herrera (Colombia)
D.ª Claudia Lavinia Figueroa Perdomo (Guatemala)
D. Gunther Gonzales Barrón (Perú)
D. Marco Antonio Lainez Vallejo (Honduras)
D. Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (España)
D.ª Absara Mariani de Nogueroles (Venezuela)
D. Ángel R. Marrero (Puerto Rico)
D. Nery Roberto Muñoz (Guatemala)
D. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (México)
D. Leonardo B. Pérez Gallardo (Cuba)
D. Guillermo Prieto Martínez (El Salvador)
D.ª Roxana Hamel Ríos Martínez (Bolivia)
D. Guillermo Sandí Baltodano (Costa Rica)
D.ª Elena Torres Seguel (Chile)
D.ª Mirna L. Valenzuela Rivera (Guatemala)
D.ª Elena Vivar Morales (Perú)

Consejo de Redacción:

Director: D. Jesús Gómez Taboada (España)

Secretaria: D.ª Cristina N. Armella (República Argentina)

PRESENTACIÓN

El presente número del Anuario, como habrán visto, es doble (2 y 3), y se corresponde con los años 2013 y 2014. El motivo es que, en el primero de ellos, razones presupuestarias impidieron su aparición. Se subsana ahora esta laguna. Y agradecemos al Consejo General del Notariado Español su esfuerzo para que, en esta época de estrecheces, hayamos podido salir a la luz. Haciéndolo, además, en el momento en que nos disponemos a celebrar, en La Habana, una nueva Jornada Notarial Iberoamericana, otro de los grandes pilares en que se asienta la cohesión entre los notariados del área.

En relación al contenido, enseguida apreciarán los lectores que viene caracterizado por su pluralidad o heterogeneidad, facilitada por la relativa brevedad de casi todos los trabajos. Así, al lado de materias estrictamente notariales (forma de actuación del fedatario, redacción de documentos públicos), se incorporan artículos sobre Derecho civil, hipotecario y mercantil. Y, dentro del primero, se abordan todas las áreas en que, tradicionalmente, se ha estructurado esta amplia rama del ordenamiento: parte general, persona y familia, derechos reales, obligaciones y contratos, y sucesión por causa de muerte.

Asimismo, la variada procedencia de los autores contribuye a la citada pluralidad y apertura de la revista. Se pretende así cumplir el objetivo clásico (renovado con el número 1 –año 2012– de la nueva etapa) del Anuario: ofrecer una visión amplia del estado de cosas en nuestra materia en Iberoamérica, mostrando los temas (o, al menos, algunos de ellos) que más interesan, ocupan y preocupan, en la actualidad, al notariado de Iberoamérica.

Un cordial saludo.

Madrid, octubre de 2014.

Jesús Gómez Taboada
Director

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO NOTARIAL
Segunda época, números 2-3, años 2013-2014

SUMARIO

Presentación 9

ESTUDIOS DOCTRINALES

CHIKOC BARREDA, Naiví: Protección familiar y libertad de testar en la sucesión internacional: perspectivas desde el Derecho internacional privado de Québec 15

DELGADO VERGARA, Teresa: El contrato de compraventa de vivienda en Cuba 33

FAJARDO ACOSTA, Ofelia y HUNG GIL, Freddy Andrés: La venta múltiple de bienes inmuebles. Algunas consideraciones para su estudio en el Derecho cubano 57

FAJARDO ACOSTA, Ofelia y FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel: La compraventa entre cónyuges. A propósito del régimen económico de la comunidad matrimonial de bienes en Cuba 71

MARZUILLO, Pedro E.: La *exceptio non adimpleti contractus* 95

PÉREZ DÍAZ, Olga Lidia y CORZO GONZÁLEZ, Lázaro J.: Las actas notariales: ¿desuso justificado? 107

PÉREZ RIPOLL, Alexis: El acta de notoriedad: reservorio ideal de las Informaciones para perpetua memoria 135

RAJMIL, Alicia B. y LUCERO ESEVERRI, Roberto A.: Derecho de autoprotección: Disposiciones sobre la salud 171

ROSELLÓ MANZANO, Rafael: Acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Cuba. Obstáculos e incentivos 201

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: Constitucionalización del Derecho de familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social 217

BALTODANO SÁNCHEZ, Betsi: Rol del notario en los contratos mercantiles Regulados por el Código de Comercio nicaragüense 261

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: El "derecho a mantener la ocupación del inmueble" por los ocupantes, no herederos ni legatarios, tras el fallecimiento de su titular: ¿Acaso un nuevo derecho real? 301

SILVA-RUIZ, Pedro: Los asuntos no contenciosos ante notario en Puerto Rico (la llamada Jurisdicción Voluntaria) 339

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán: La usucapión vence al tercero registral 355

ROBLETO OCAMPO, Víctor: La función notarial en el ejercicio de la actividad empresarial 383

ROSELLÓ MANZANO, Rafael: ¿Es la restitución del bien contenido de la responsabilidad civil en el Código Civil cubano de 1987..... 425

RUIZ ARMIJO, Aníbal Arturo: Las actas notariales y su recepción en el Derecho nicaragüense 439

COSOLA, Sebastián Justo: Panorama de los deberes éticos notariales en la actualidad 471

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta: Los elementos comunes en los edificios Multifamiliares en Cuba. Teoría, práctica y legislación 503

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales 531

LLORENS, Luis R y RAJMIL, Alicia B.: Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el Derecho argentino. (El proyecto de Codigo Civil y Comercial) 555

MORALES OCÓN, Reyna Esther: Las actas notariales en el tráfico jurídico mercantil: una revisión del Derecho nicaragüense 577

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: Reforma del cuidado personal de los hijos en el Derecho chileno (Ley núm. 20.680 de 2013) 607

ESTUDIOS DOCTRINALES

PROTECCIÓN FAMILIAR Y LIBERTAD DE TESTAR EN LA SUCESIÓN INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO

NAIVÍ CHIKOC BARREDA
Notario de Québec

SUMARIO: 1. Resumen. **2.** Panorama de los sistemas en torno a la libertad de testar y a ley aplicable a la sucesión. **2.1.** Posición del Código civil de Québec dentro de la sistemática. Referencia a las atribuciones preferentes. **3.** La libertad de testar: ámbito de aplicación de la ley sucesoria. **3.1.** Ley sucesoria y vocación hereditaria. **3.2.** Ley sucesoria y ley aplicable al acto de disposición. **3.3.** Particularidades del sistema dualista. Ilustración. **3.3.1.** Conexión objetiva. **3.3.2.** Conexión subjetiva. **3.3.2.1.** Protección de los "regímenes sucesorios particulares". **3.3.** Reducción de liberalidades. **4.** El crédito alimentario y el patrimonio familiar: calificación y ley aplicable. **5.** La imperatividad de las legítimas en la sucesión internacional: acercamiento desde el Derecho comparado.

1. Resumen

La proyección en el ámbito internacional de los fundamentos familiares inherentes a las instituciones sucesorias plantea desafíos importantes en la resolución de las sucesiones internacionales. Una expresión clara de este reflejo la encontramos en las instituciones de las legítimas, el crédito alimentario *post mortem* y las atribuciones preferentes de bienes determinados en beneficio de aquellos que

mantienen con estos bienes, un vínculo especial (1). El presente texto pretende presentar una arista de la creciente complejidad de las sucesiones internacionales: la problemática de la ley aplicable a los límites a la libertad de testar, entendidos estos *lato sensu*; así como la cuestión del carácter imperativo de las legítimas como mecanismo de protección familiar en el Derecho internacional privado.

2. Panorama de los sistemas en torno a la libertad de testar y a ley aplicable a la sucesión

En el Derecho sucesorio interno, dos posiciones legislativas fundamentales pueden distinguirse en cuanto al alcance de la libertad testamentaria: el que la limita a una parte de los bienes hereditarios, ya venga determinada únicamente por el lazo de parentesco o por éste, y la presencia de un estado de necesidad económica; y el que no la limita directamente sobre los bienes, pero establece mecanismos que inciden en esta *a posteriori*, condicionadamente a la presencia de circunstancias de hecho.

El primer sistema (sistema clásico de legítimas) exige como único presupuesto el vínculo de parentesco con el testador. Aquí, la ley impone imperativamente una cuota de libre disposición y una cuota indisponible en favor de los parientes más próximos, que en los diversos ordenamientos son generalmente el cónyuge *supérstite*, los descendientes y los ascendientes más próximos en grado (2). La configuración de estas cuotas puede residir en una *pars hereditatis* o en una *pars valoris*. Es el sistema imperante en Europa occidental (3) y en la mayoría de los Estados latinoamericanos herederos de la tradición continental europea. Una modalidad de este sistema es el que la limita condicionalmente a la existencia de un estado de hecho de carencia económica

(1) Piénsese, por ejemplo, en el derecho del cónyuge sobre el local de habitación y sobre los bienes de uso familiar; o en el heredero que participa activamente en la explotación de la empresa familiar, quienes pueden pedir la atribución preferente de dichos bienes en su lote hereditario en el momento de la partición (artículos 856, 857 y 858 del *Código Civil de Québec,* en lo adelante, C.c.Q.).

(2) En Francia, la Ley de 23 de junio del 2006 eliminó la reserva de los ascendientes del Código civil francés.

(3) A título ilustrativo: Portugal, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, España, Finlandia, Suecia, Grecia configuran el sistema de *pars hereditatis,* mientras que en Alemania y Austria, la legítima consiste en una *pars valoris*.

o/y de incapacidad (4). De verificarse estas condiciones de hecho, el mecanismo de funcionamiento de la protección permanece casi invariable: ineficacia de la disposición testamentaria que la desconoce, acción de complemento de legítima, reducción de liberalidades.

El segundo sistema prefirió optar por la libertad de disposición del testador, concediendo al mismo tiempo a los parientes más próximos, un crédito de tipo alimentario sobre el patrimonio hereditario y cuyos sujetos pasivos son los sucesores nombrados por el causante. La atribución del recurso alimentario *post mortem* depende, consecuentemente, de la presencia de una necesidad económica cualificada por la ley y apreciada discrecionalmente por el Juez, así como de la existencia de vínculo consanguíneo o conyugal. Este sistema es el que rige en los países de la *common law* (5) y en algunos de derecho civil, como el de la provincia canadiense de Québec, y excepcionalmente, en algunos Estados latinoamericanos (6).

En materia de ley aplicable a la sucesión, los sistemas legislativos están repartidos en torno a dos principios fundamentales: el principio de la unidad sucesoria y el de la dualidad o escisión. El primero, vigente en los países que siguen la tesis romana de la subrogración del heredero en la personalidad del causante, subordina la ley aplicable al punto de conexión nacionalidad, domicilio o residencia del *de cuius* al momento de abrirse la sucesión. El segundo, seguidor de la concepción germana feudal del patrimonio, escinde la sucesión en dos masas de bienes, la mobiliaria y la inmobiliaria; sujetando la primera a la ley del último domicilio (o residencia) del *de cuius*, y la segunda, a la ley de situación de los bienes (*lex rei sitae*), lo cual conduce a la diversidad de leyes aplicables y a la consiguiente multiplicidad de soluciones materiales. Es el sistema seguido por los países anglosajones y algunos de derecho civil, como Bélgica, Francia, la provincia canadiense de Québec, y en Latinoamérica, los regidos por la Convención de Montevideo.

---

(4) Cuya ilustración más clara en Latinoamérica la vemos en la figura de *los herederos especialmente protegidos* del Derecho cubano, pero que está igualmente presente en países como Ucrania, Lituania, Estonia y Letonia.

(5) Por ejemplo, Inglaterra, Irlanda, las provincias canadienses de Canadá, en general en los Estados Unidos.

(6) Por ejemplo, en Costa Rica, Honduras, México y Nicaragua.

2.1. Posición del Código civil de Québec dentro de la sistemática. Referencia a las atribuciones preferentes

Desde el *Acte de Québec* de 1774 promulgada por el Gobierno británico, en la provincia canadiense de Québec rige el principio de la plena libertad de testar. Las antiguas instituciones francesas de la reserva y la legítima en favor de los parientes que reconocía la *Coutume de Paris* en *Nouvelle-France* fueron de esta forma abolidas. No obstante, una parte importante de la doctrina afirma la existencia de "limitaciones" a la libre disposición *mortis causa* en la regulación actual del *Código Civil de Québec*. Las dos restricciones señaladas son la obligación alimentaria *post mortem* y la institución del patrimonio familiar.

La protección de tipo alimentario se traduce en un derecho de crédito a obtener en metálico, con cargo a los bienes de la herencia, el monto que determinará el Juez en correspondencia con la necesidad real del alimentante (cónyuge casado o cónyuge unido civilmente, y parientes en línea recta de primer grado: artículo 585 C.c.Q.). Por su parte, el patrimonio familiar, en vigor desde 1989, se compone de aquellos bienes expresamente designados por la ley (residencias de la familia, derechos de uso sobre la residencia familiar, vehículos de uso familiar, rentas de jubilación acumuladas durante el matrimonio: artículo 415 C.c.Q.), cuyo *valor* al momento de la disolución del vínculo es distribuido equitativamente entre los cónyuges, o entre el sobreviviente y los herederos del otro. En el momento del fallecimiento, estos bienes se encuentran únicamente afectados a la satisfacción de un derecho de naturaleza personal y en ningún caso real. Por consiguiente, el testador puede disponer libremente de ellos. La puesta en marcha de estos créditos contra la sucesión ha llevado a la doctrina mayoritaria a considerarlos como limitaciones indirectas a la libertad de testar (7).

En lo que respecta a la ley aplicable a la sucesión, el *Código Civil de Québec* adopta el sistema francés de la escisión, aplicando a la masa

---

(7) MORIN, Christine, "Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois", *Revue Juridique Themis*, Fall, 2008, Vol. 42(3), p. 451; Germain BRIÈRE, *Droit des successions*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002, p. 165. No lo considera así Gérald GOLDSTEIN, "Commentaire sur l'article 3099 C.c.Q.", *Commentaires sur le Code civil du Québec*, EYB2011DCQ1186, p. 3, para quien una institución que atribuye un determinado derecho de crédito sobre el patrimonio del causante no es un límite a la libertad de testar, porque esta libertad se ejerce únicamente sobre los bienes que quedan después que el crédito ha sido previamente sustraído y porque la devolución sucesoria no recae que sobre el remanente.

mobiliaria la ley del país correspondiente al último domicilio del causante; y a los bienes inmuebles, la ley de la situación (*lex rei sitae*). Esta conexión objetiva de la ley sucesoria, aparece, sin embargo, supeditada al no ejercicio, por el causante, de la llamada *professio iuris* sucesoria, que consiste en la facultad del testador de designar la ley aplicable a la sucesión. Solamente dos sistemas legislativos tienen vocación a ser elegidos: la ley del Estado de la nacionalidad del causante, o el de su domicilio, pudiendo ser apreciada al momento de la designación, o al momento de la muerte; o bien la ley del Estado de la situación de uno de sus bienes inmuebles, pero en lo que respecta a este inmueble únicamente (artículo 3098 C.c.Q.).

Esta conexión subjetiva de la ley sucesoria se encuentra expresamente limitada por una regla material prevista en el artículo 3099 C.c.Q., en la medida en que tal designación, prive, en una proporción importante, al cónyuge casado o unido civilmente, o a un hijo del difunto, de un derecho de naturaleza sucesoria que hubiere tenido, de haberse aplicado la conexión objetiva de la ley sucesoria (8). En otras palabras, la *professio iuris* halla sus límites en el respeto de las legítimas, reservas u otros derechos de tipo sucesorio en favor de parientes.

Otro de los límites a la *professio iuris* lo encontramos en los "regímenes sucesorios particulares" a los cuales algunos bienes están sometidos atendiendo a su destino económico, familiar o social (artículo 3099 apartado 2, C.c.Q.). La conceptualización de estos regímenes no es pacífica en la doctrina, considerando algunos (9) que se trata de las atribuciones preferentes previstas en los artículos 856, 857 y 858 C.c.Q., a lo que replican otros que al no modificar la devolución suce-

(8) El origen de esta fórmula normativa se halla en los artículos 15 y 24.1 d) del *Convenio sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte*, en adelante, Convención de La Haya de 1989 sobre las sucesiones, que a su vez, es fuente de inspiración del actual artículo 22 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en cuanto a los regímenes sucesorios especiales solamente). Nótese, sin embargo, que la norma quebequesa se aparta de la fórmula de la *Convención* al emplear la expresión "proporción importante" en lugar de "proporción muy importante", lo que deja amplio margen al arbitrio judicial, y al haber eliminado la exigencia del carácter imperativo de la norma establecedora de la protección sucesoria.

(9) GOLDSTEIN, Gérald, *op. cit.*, nota 7, p. 2; GROFFIER, Ethel, "Le nouveau droit international privé de successions", Mélanges Germain Brière, Wilson & Lafleur, Montréal, 1993, p. 166.

soria, estas atribuciones preferentes no constituyen regímenes sucesorios particulares (10).

Si bien la hermenéutica de esta norma resulta ardua, y sin que quepa en esta presentación examinar la cuestión a fondo, estimamos que, en un sentido teleológico, las atribuciones preferentes responden a la definición de regímenes sucesorios particulares en cuanto al destino económico, familiar o social de los bienes objeto de las mismas. En efecto, esta atribución consiste en el derecho atribuido *ex lege* a determinados herederos, de adjudicarse una categoría especial de bienes, tales la residencia y el mobiliario familiar en beneficio del cónyuge *supérstite* o del coheredero ocupante; así como la empresa, partes sociales, acciones o valores mobiliarios en beneficio del coheredero que participa activamente en su explotación. Si bien no se trata de una derogación a la devolución sucesoria organizada por el testador, por medio de las atribuciones preferentes, que actúan en la fase de partición del caudal, el legislador introduce un régimen de excepción que afecta o modifica la transmisión hereditaria de los bienes, en aras de preservar su función económica, familiar o social (11).

3. La libertad de testar: ámbito de aplicación de la ley sucesoria

En sentido general, la ley aplicable a la sucesión, ya sea designada a través de la *professio iuris* (conexión subjetiva) o a través de la norma de conflicto (conexión objetiva), regirá la totalidad del iter sucesorio, desde la apertura de la sucesión hasta la adjudicación del patrimonio hereditario por parte de los herederos (12).

---

(10) Talpis, Jeffrey et J. G. Castel, "Le Code civil du Québec. Interprétation des règles de droit international privé", *La réforme du Code civil*, Les Presses de l'Université de Laval, 1993, p. 857.

(11) En la doctrina francesa de derecho internacional privado, incluyen las atribuciones preferentes dentro de los "regímenes sucesorios especiales" edictados por la Convención de La Haya de 1989 sobre las sucesiones: Serge Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 352-354; Paul Lagarde, "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions", Rev. crit. 1989. 249, p. 266.

(12) El artículo 19 de la *Propuesta de Reglamento europeo* contiene una interesante enumeración de los aspectos regulados por la *lex successionis*, a saber, las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; el llamamiento de los herederos y legatarios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge *supérstite,* la determinación de las partes alícuotas respectivas de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás

El alcance de la libertad de testar, la determinación de la parte de libre disposición y de la cuota legitimaria, los derechos y acciones de los herederos legitimarios, y en particular, la acción de reducción de liberalidades atentatorias a la legítima están por consiguiente sujetas al imperio de la ley aplicable a la sucesión.

3.1. ***Ley sucesoria y vocación hereditaria***– Ahora bien, si es cierto que la ley sucesoria establece qué persona o categoría de personas tienen la cualidad de heredero, sea el cónyuge, descendientes, ascendientes o colaterales, la determinación de la existencia y validez del vínculo conyugal o de parentesco que fundamenta la atribución de tal cualidad viene supeditada a la ley que rige el estatuto personal y no el sucesorio; por ejemplo, la ley aplicable al matrimonio, a la filiación adoptiva o consanguínea, según corresponda.

3.2. Ley sucesoria y ley aplicable al acto de disposición– El *quantum* de la poción legitimaria y de la parte de libre disposición está sujeto a la *lex succesionis*, por lo cual esta regirá la toma en cuenta de los bienes que fueron objeto de liberalidad en vida del causante, para el cálculo de las cuotas hereditarias (operaciones de imputación y computación). Por lo tanto, si bien la validez y efectos del negocio de liberalidad *inter vivos* vienen determinados por la ley aplicable al contrato (estatuto de las obligaciones), es la ley sucesoria la que decidirá, si al momento del fallecimiento del disponente, esta liberalidad u otra forma de disposición *inter vivos causa donandi* da lugar a una obligación de colacionar o a una acción de reducción por inoficiosidad.

---

derechos sobre la sucesión que tengan su origen en el fallecimiento; la capacidad para suceder; las causas específicas de incapacidad para disponer o recibir; la desheredación y la indignidad para suceder; la transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos; los poderes de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la sucesión, en particular, la venta de los bienes y el pago a los acreedores; la responsabilidad por las deudas de la sucesión; *la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte, incluidas las atribuciones asumidas sobre la sucesión por una autoridad judicial o por otra autoridad en favor de personas próximas al difunto; la imputación y la reducción de las liberalidades, así como su toma en consideración a la hora de calcular las partes de la herencia;* la validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma; así como la partición sucesoria. Esta lista es simplemente enumerativa y no exhaustiva.

Esta misma solución se aplica para el supuesto en que el causante haya constituido un *trust* o fiducia, a título *inter vivos* o *mortis causa*. La disposición de bienes por parte del constituyente estará sujeta a los límites materiales impuestos por la ley sucesoria, a través de su sistema de legítimas, y por consiguiente, los bienes que han sido afectados al patrimonio fiduciario podrán ser objeto de reducción. *A contrario*, si la ley sucesoria no instituye sistema alguno de legítimas (p. ej., se trata del derecho inglés o canadiense), no existirá ninguna limitación a la eficacia de este vehículo dispositivo.

3.3. *Particularidades del sistema dualista. Ilustración*– En presencia de un sistema escisionista, la pluralidad de leyes sucesorias aplicables acarrea dificultades importantes. Cada ley sucesoria, la que rige los bienes muebles, de una parte; y la(s) correspondiente(s) a la situación de los inmuebles de la sucesión, de otra, determinarán de modo independiente las reglas vigentes en cada etapa del fenómeno sucesorio. Por consiguiente, la cualidad de herederos forzosos, así como el monto de la cuota disponible y de libre disposición serán determinadas separadamente sobre cada masa de bienes sujeta a una ley sucesoria diferente.

3.3.1. Conexión objetiva: Pongamos el ejemplo de un nacional canadiense con domicilio en Québec, que fallece dejando dos hijos y un cónyuge, y cuyo patrimonio se compone de varias cuentas bancarias en diversos Estados, de una residencia en Québec y de un terreno en Francia. El causante había instituido heredera testamentaria en la totalidad del caudal a su cónyuge. Si la sucesión se tramita en Québec, la norma de conflicto del artículo 3098 C.c.Q., a falta de elección de la ley aplicable, subordina la sucesión de las cuentas bancarias, a la ley del Estado del último domicilio del *de cuius*, es decir, al derecho quebequés; mientras que sujeta la sucesión de los inmuebles a la *lex rei sitae*, dígase, el derecho quebequés respecto a la residencia familiar, y el derecho francés respecto al terreno.

Al no conocer el Código civil de Québec el sistema legitimario, la viuda adquiere la totalidad del activo mobiliario, donde quiera que se encuentren los bienes, así como el derecho de propiedad sobre la residencia en Québec, sin que proceda otro recurso en favor de los hijos, que el de reclamar una prestación alimentaria con cargo a los bienes hereditarios. Respecto de la sucesión en Francia, al regir el sistema de la reserva (modalidad francesa de la legítima), la cuota indisponible, en presencia de dos hijos, asciende a dos tercios de la herencia. Por

consiguiente, los dos hijos podrán hacer valer su condición de reservatarios, pero únicamente sobre el terreno francés, sin que entren en el cómputo el resto de los bienes sometido al Derecho quebequés.

Sin embargo, de ostentar los hijos la nacionalidad francesa, pueden estos ejercer el llamado derecho de retención (*droit de prélèvement*), privilegio legal de carácter nacionalista que les permitirá deducir, sobre los bienes ubicados en territorio francés, una porción igual al valor de los bienes sitos en el extranjero, de los cuales los coherederos franceses hubieren sido excluidos por cualquier título (13). El derecho de retención funcionaría entonces como un correctivo del sistema dualista.

3.3.2. Conexión subjetiva: Si el causante del ejemplo anterior, hubiere ejercido una *professio iuris* en el sentido de designar como ley aplicable a la sucesión, la ley quebequesa, esta designación sería válida en virtud del artículo 3098 C.c.Q., al tratarse del Estado de su domicilio al momento del fallecimiento. La *electio iuris* conllevaría a la aplicación de una ley única a la totalidad de los bienes, evitando así las dificultades del sistema dualista. En principio, de aplicar el Derecho quebequés, correspondería a la viuda, única heredera testamentaria, la totalidad del patrimonio del causante. Sin embargo, en presencia de una *professio iuris*, es preciso preguntarse previamente, si la ley designada voluntariamente produce el efecto de privar, en una proporción importante, al cónyuge o a un hijo del causante, de derechos de naturaleza sucesoria que les correspondería normalmente en defecto de designación (artículo 3098 C.c.Q.).

En nuestro caso, tratándose de la ley francesa, aplicable a la sucesión del inmueble francés en defecto de designación, este "derecho de naturaleza sucesoria" es la reserva de los descendientes, que por el juego de la norma material (quebequesa) que los reivindica, podría hacerse valer sobre el inmueble francés, desplazando la eficacia de la *optio iuris* a la cuota de libre disposición (14). Cuestión aparte es la apreciación que haría discrecionalmente el juez quebequés de la fórmula legal "en una proporción importante".

---

(13) Artículo 2 de la ley francesa de 14 de julio de 1819.

(14) Así lo entienden Ethel GROFFIER, *op. cit.,* nota 9, p. 166; GOLDSTEIN, Gérald, *op. cit.,* nota 7, p. 2; VÉZINA, Edith, "Casse-tête notarial sur le plan international: le mandat de protection et les successions", *Cours de perfectionnement du notariat*, 2010, p. 20. Otra interpretación es la que sostiene que la designación contraria al artículo 3099 C.c.Q. es nula y sin efecto en cuanto a la ley sucesoria designada: TALPIS, Jeffrey et J. G. CASTEL, *op. cit.,* nota 10, p. 857.

3.3.2.1. Protección de los "regímenes sucesorios particulares": Para analizar este supuesto, agreguemos unos datos al caso anterior: el terreno situado en Francia estaba afectado a una explotación comercial agrícola, y junto con el causante, uno de sus hijos era copropietario del mismo, participando este último activamente en la explotación. Se dan entonces las condiciones de aplicación de la atribución preferente prevista en al artículo 831 del *Code civil*, y por tanto, el hijo coproprietario puede reclamar la adjudicación preferencial del terreno, sujeta a repetición en favor de los coherederos excluidos de la propiedad. De este modo, la *professio iuris* no impedirá la aplicación de los "regímenes sucesorios particulares" protegidos en el apartado segundo del artículo 3099 C.c.Q, siempre que el beneficiario de ellos invoque su aplicación (carácter facultativo de la protección). La *ratio* de la protección reside en garantizar la continuidad de la actividad empresarial a la que el bien se encuentra destinado, respetando así el carácter imperativo de su reglamentación, reflejo de la política legislativa del Estado del *situs* (15).

3.3. Reducción de liberalidades: En el sistema dualista, la imputación de la liberalidad para el cómputo de la cuota legitimaria y de libre disposición se realiza teniendo en cuenta la naturaleza, mueble o inmueble, del bien objeto de la misma. Como el patrimonio hereditario es aquella masa de bienes sujeta a una misma ley sucesoria, los bienes donados serán imputados a la masa a la que hubieren pertenecido, de existir bajo la titularidad del *de cuius* al momento de la apertura de la sucesión, y de este modo se reconstruye el patrimonio, dando lugar a la obligación de reducir la liberalidad excesiva, y a la obligación de colacionar en su caso. Cada *lex successionis* determinará las condiciones de la imputación, material o en valor, la legitimación activa y pasiva de la acción de reducción, las liberalidades sujetas a reducción, etc., sobre la masa de bienes sometida a su jurisdicción.

---

(15) En el sentido de aplicar la lex situs, *vid.* TALPIS, Jeffrey et J. G. CASTEL, *op. cit.*, nota 10, p. 856. A pesar del tenor literal claro del artículo 3099 al. 2 C.c.Q. ("regímenes sucesorios particulares a los cuales ciertos bienes están sometidos por la ley del Estado de su situación"), lo que abarca la *lex fori* pero no la limita a ésta, una interpretación restrictiva de la noción de "regímenes sucesorios particulares" sugiere que estos sólo serían de aplicación si la residencia familiar o la compañía estuviesen situadas en Québec; en caso contrario, la *professio iuris* del testador sería respetada: PRUJINIER, Alain y Sylvette GUILLEMARD, "Le droit international privé des successions dans le nouveau Code civil du Québec", *Revue de planification successorale et fiscale,* Montreal, 1994, p. 603.

4. El crédito alimentario *post mortem* y el patrimonio familiar: calificación y ley aplicable

En las legislaciones desconocedoras de las legítimas, el crédito alimentario *post mortem* resulta el mecanismo de protección que la ley confiere a los próximos parientes del causante para salvaguardar el principio de solidaridad familiar. En Québec, la doctrina tiende a calificar el crédito alimentario en favor del cónyuge sobreviviente y de los parientes de primer grado en la línea descendente (artículo 585 C.c.Q.) como un derecho de naturaleza sucesoria, siendo los argumentos los siguientes: nace con el fallecimiento (artículo 684 C.c.Q.), es excluida por la indignidad sucesoria (artículo 684 C.c.Q.), su objeto recae sobre el activo sucesorio (artículo 684 y 686 al. 2 C.c.Q.) y su cálculo toma en cuenta el valor de las liberalidades (artículo 687 C.c.Q.) (16).

Partiendo de la naturaleza sucesoria del crédito alimentario *post mortem*, cabría preguntarse cuál es el alcance que debe dársele a la excepción contenida en el artículo 3099 C.c.Q., si en un caso en que resultaría objetivamente competente el derecho quebequés (ya sea total o parcialmente sistema escisionista), el causante ha ejercido una *professio iuris* en favor de un derecho extranjero que desconoce la pensión alimentaria *post mortem*.

Dentro de un ordenamiento jurídico que no establece límites directos a la libertad de testar, resulta difícil imaginar en qué medida la designación de una ley extranjera pudiera quedar *sin efecto*, cuando los beneficiarios del crédito alimentario quebequés podrían ejercer su crédito contra los bienes hereditarios, haciendo abstracción de la ley

(16) Groffier, Ethel, *Précis de droit international privé québécois*, 4e édition, Ed. Yvon Blais, 1990, p. 162. En favor de esta calificación: Goldstein, Gérald, "Commentaire sur l'article 3098 C.c.Q.", *Commentaires sur le Code civil du Québec*, EYB2011DCQ1185, p. 14; Talpis, Jeffrey et J. G. Castel, *op. cit.*, nota 10, p. 857; Prujinier, Alain y Sylvette Guillemard, *op. cit.*, nota 15, p. 603; Vézina, Édith "Les successions en droit international privé québécois", *Revue du notariat*, vol. 112, diciembre 2010, pp. 409-410; Lachance, Martine, "Quand le droit international privé se mêle de nos successions", *Cours de perfectionnement du notariat*, novembre 2001, pp. 267-268. En la doctrina francesa, en favor de la calificación sucesoria de la pensión alimentaria del cónyuge *supérstite*, *vid.* Révillard, Mariel, Droit international privé et communautaire: pratique notariale, 7 ed., Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 404.

elegida para regir la sucesión. La *optio iuris* sería válida, sin perjuicio del crédito alimentario, el cual se ejercería sobre la masa de bienes que estaría sujeta al derecho quebequés. Negar de plano la eficacia jurídica de la designación de ley, equivaldría a escindir la sucesión a todos los efectos (aplicación de la conexión objetiva), con el consiguiente irrespeto a la voluntad testamentaria.

Si el *lex electa* no prevé la institución de la pensión alimentaria *post mortem* en favor de los hijos o del cónyuge (únicos sujetos protegidos por la norma), pero en cambio, prevé otro sistema de protección, por ejemplo, las legítimas, ¿podrían los que, según el Derecho quebequés, serían acreedores alimentarios de la sucesión, invocar su derecho de alimentos?

La fórmula legal que exige la privación patrimonial en perjuicio de los hijos y del cónyuge "en una proporción importante" sugiere que sí. La norma supone realizar un ejercicio intelectual en dos etapas: la primera, de determinación de la ley aplicable, escindiendo la sucesión en muebles e immuebles; la segunda, consistente en una operación matemática de comparación entre la protección ofrecida por la ley elegida y la *lex successionis* objetiva, es decir, entre el importe de la legítima según la ley designada, y el monto de la pensión alimentaria a la que tendría derecho según la ley quebequesa.

En cuanto a la segunda institución "limitativa de la libertad de testar" en Québec, el patrimonio familiar, su calificación sucesoria en el estado actual de la doctrina está descartada. El derecho a liquidar el patrimonio familiar no nace con ocasión de la muerte, sino como consecuencia de la extinción del vínculo matrimonial. A semejanza de la pensión alimentaria, se trata de un crédito que se ejerce contra la sucesión y no de un derecho real, y su importe es pagado por los herederos, con cargo al grupo restringido de bienes que constituye el patrimonio familiar.

En Derecho internacional privado de Québec, esta institución es calificada dentro de la categoría conflictual "efecto del matrimonio", que se impone a todos los cónyuges cualquiera sea su régimen matrimonial, resultando aplicable la ley de su domicilio (artículo 3089 C.c.Q.). Es lo que en Derecho material se denomina "régimen primario del matrimonio". Por consiguiente, la liquidación del patrimonio familiar se realizará previamente entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, según la ley del domicilio común de los cónyuges, aplicándose la ley sucesoria sobre la totalidad de los bienes (incluido el patrimonio familiar) una vez deducido el importe del crédito.

5. La imperatividad de las legítimas en la sucesión internacional: acercamiento desde el Derecho comparado

La diversidad de sistemas legislativos en torno a la protección sucesoria del núcleo familiar más próximo al causante, y más concretamente, la división entre aquellos que consagran la libertad absoluta de testar, y los sistemas defensores de la legítima tradicional, justifica el debate sobre la aplicación imperativa de la institución de la legítima en la sucesión internacional, cuando la ley que rige la sucesión la desconoce (17).

En la sucesión internacional, pueden reconocerse dos técnicas de aplicación imperativa de las legítimas: la regla de carácter material que actúa como límite a la *professio iuris*, imponiendo la aplicación de la legítima prevista por la ley normalmente aplicable en defecto de opción (18); y, como segundo expediente, la excepción de orden público internacional, cuya intervención procedería teóricamente tanto en la conexión subjetiva (ley elegida por el causante) como en la objetiva (ley designada por la regla de conflicto). El resultado de los procedimientos es diferente en ambos casos, siendo en el primero, la aplicación de la legítima prevista en la ley sucesoria objetiva, y en el segundo, la aplicación de la legítima prevista en la *lex fori*.

Para que la excepción de orden público internacional opere, se requiere que la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto ataque las concepciones fundamentales de tipo social, moral, económico o político que sostienen el sistema jurídico del foro, produciendo consecuencias intolerables con los principios y valores normativos vigentes; lo cual conlleva a la evicción de la norma extranjera y su sustitución por la *lex fori*.

---

(17) En la actualidad, este debate adquiere una pertinencia particular a escala europea, en un momento en que el Viejo Continente analiza la adopción de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo,* siendo uno de sus pilares la extensión de la autonomía conflictual del *de cuius* por medio de la *professio iuris* sucesoria.

(18) Inspirado en el artículo 24.1d de la Convención de La Haya sobre las sucesiones de 1989, es el mecanismo adoptado por los artículos 3099 C.c.Q., 79.1.3 del Código de Derecho internacional privado belga y 46.2.3 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (esta última se erige como norma de conflicto unilateral en tanto sólo protege a los herederos forzosos de un ciudadano italiano residentes en Italia).

Ahora bien, si las normas reguladoras de las legítimas, expresión del principio de solidaridad intergeneracional, forman parte del orden público sucesorio interno, como bien lo confirma el principio de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, la proyección de su imperatividad al ámbito internacional a través de la excepción de orden público es rechazada por la mayoría de la doctrina europea de derecho internacional privado. La jurisprudencia, en cambio, permanece oscilante, si bien la tendencia es a descartar la aplicación imperativa de las mismas en nombre del orden público (19). Aunque los argumentos doctrinales de esta posición no abundan (20), podría intentarse una síntesis no exhaustiva, a partir de la concepción de las legítimas en el Derecho comparado, en la perspectiva de los autores que han sido más explícitos en el análisis:

● Antes de la apertura de la sucesión, la reserva es una expectativa de hecho no protegida por la ley (21): la autonomía conflictual del profesante no debe ceder ante las "expectativas sucesorias" de los parientes protegidos;

● Una vez abierta la sucesión, los reservatarios investidos de la cualidad de heredero adquieren un derecho real sobre una parte de la herencia, pero este derecho real no procede de la naturaleza de la legítima sino que es un efecto de la *saisine*, válido para todos los herederos. Si en cambio, el reservatario no es instituido heredero, la reserva se reduce a un derecho personal (22).

---

(19) En contra de la calificación de la cuestión como de orden público internacional, vid. a título ilustrativo, en Suiza: sentencia del Tribunal federal de 17 de agosto de 1976, *Hirsch c. Cohen*; en Italia: sentencia de la Corte di cassazione de 24 de junio de 1996, en España: sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996; en Francia, sentencia de la Cour d'appel, Paris, 3 de noviembre de 1987.

(20) O bien los autores se limitan a citar la tendencia jurisprudencial mayoritaria, o bien se apoyan en la distinción existente entre orden público interno y orden público internacional, para clasificar las legítimas en la primera categoría y no en la segunda.

(21) En el Derecho suizo: Leupin, Yvan, La prise en compte de la masse successorale étrangère en droit successoral suisse, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Schulthess, Zurich, 2010, pp. 382-384.

(22) *Idem*, pp. 371-373.

● Aún aceptando que los herederos legitimarios sean titulares de un verdadero derecho, esto no significa que sus intereses deban primar ante el principio de la autonomía conflictual del causante;

● La cuestión de la reserva hereditaria y las acciones en su defensa están sujetas a la ley sucesoria, que en última instancia es la *lex causae* (23);

● La tendencia en el Derecho de Sucesiones comparado es a la aminoración de la cuantía de la legítima o a su sustitución por un derecho de crédito, y a la reducción del círculo de herederos legitimarios;

● Las disposiciones referentes a las legítimas son normas simplemente imperativas, no automáticamente exportables a las sucesiones internacionales (24);

● Siempre podría recurrirse a los mecanismos del abuso de derecho y el fraude de ley para corregir el ejercicio fraudulento de la *professio iuris* en contra de los legitimarios: el recurso al orden público debe revestir un carácter excepcional;

● Si la reserva fuese considerada de orden público, la aplicación de derecho extranjero (*lex causae*) sería sistemáticamente rechazada, dando margen a la arbitrariedad (25).

● En el caso de conexión objetiva, el respeto debido a los principios del ordenamiento jurídico competente y la armonía de soluciones deben primar sobre las concepciones jurídico-materiales del foro (26).

---

(23) Caram-Pietrini, Nathalie, Successions internationales: quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois? AD2007DEF1498N1, Defrénois, 15 novembre 2007 núm. 21, P. 1498.

(24) En el Derecho español: Fontanellas Morell, Josep, La *professio iuris* sucesoria, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 298.

(25) Sentencia del Tribunal federal suizo de 17 de agosto de 1976, *Hirsch c. Cohen,* ATF 102 II 136, JdT 1976 I 595.

(26) STS español de 21 de mayo de 1999, donde se rechaza el reenvío, visto que "contradice y deja sin aplicación el principio rector del derecho inglés en materia sucesoria como es la libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad".

A pesar de estos argumentos, el debate dista mucho de estar resuelto, y su discusión es de total actualidad, como lo demuestra la resolución del Senado francés de 13 de noviembre de 2009, al sostener que el principio de la reserva hereditaria, traducción jurídica de un verdadero deber moral, constituye una regla esencial del derecho francés, constantemente reafirmada en todos los tiempos y destinada a proteger la familia del difunto; por lo cual conviene garantizar su respeto en las sucesiones transfronterizas abiertas al fallecimiento de un francés, y de este modo incita al Gobierno, a velar porque el texto adoptado (Propuesta de reglamento europeo) no permita a un francés sustraer su sucesión del mecanismo de la reserva hereditaria. En este mismo sentido, se manifestó recientemente el Tribunal constitucional alemán, al entender que el derecho de los hijos y descendientes a participar en el patrimonio de sus ascendientes, con independencia de su situación de necesidad, es una exigencia de la protección de la familia consagrada por la Constitución alemana (27).

Diversos expedientes conciliatorios de los intereses en juego demuestran la actualidad y complejidad del análisis: ¿*professio iuris* limitada, intervención de orden público condicionada, norma de colisión especial que subordine la legítima a la ley normalmente aplicable en defecto de elección? La solución definitiva al problema atravesará aún por largos caminos de reflexión en los Estados en los que la legítima es desde siglos, pilar del Derecho sucesorio interno.

(27) Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 19 de abril de 2005. En cambio, en el Derecho español, considera Ángeles Parra, "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *AFDUC,* 13, 2009, 481-554, p. 537, que "la legítima no es una exigencia constitucional, sino tan sólo una de las posibles fórmulas que permiten conciliar lo dispuesto en los artículos 33 y 39 de la Constitución (herencia y protección de la familia)".

Bibliografía

BILLARANT, Serge, "Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales". *Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Dalloz, Paris, 2004.

BRIÈRE, Germain, *Droit des successions*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002.

CARAM-PIETRINI, Nathalie, *Successions internationales : quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois?* AD2007DEF1498N1, Defrénois, 15 novembre 2007 núm. 21, p. 1498.

DERÈME, François (director), *Ingénerie patrimoniale. Questions particulières dans un contexte franco-belge*, Larcier, Bruxelles, 2009.

FERNÁNDEZ HIERRO, María, "Panorama legislativo actual de la libertad de testar", *Boletín JADO*, Bilbao, Año VIII, núm. 19, mayo 2010.

FONTANELLAS MORELL, Josep, La *professio iuris* sucesoria, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GOLDSTEIN, Gérald, "Commentaire sur l'article 3098 C.c.Q.", *Commentaires sur le Code civil du Québec,* EYB2011DCQ1185.

— "Commentaire sur l'article 3099 C.c.Q.", *Commentaires sur le Code civil du Québec,* EYB2011DCQ1186.

GOLDSTEIN, Gérald y Ethel GROFFIER, *Droit international privé,* Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais c1998-2003.

GROFFIER, Ethel, "Le nouveau droit international privé de successions", Mélanges Germain Brière, Wilson & Lafleur, Montréal, 1993.

— *Précis de droit international privé québécois*, 4e édition, Ed. Yvon Blais, 1990.

LACHANCE, Martine, "Quand le droit international privé se mêle de nos successions", *Cours de perfectionnement du notariat,* novembre 2001.

LAGARDE, Paul, "La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions", *Rev. crit.* 1989. 249.

LEUPIN, Yvan, *La prise en compte de la masse successorale étrangère en droit successoral suisse,* Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Schulthess, Zurich, 2010.

MORIN, Christine, "Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois", *Revue Juridique Themis*, Fall, 2008, Vol.42(3).

PARRA, Ángeles, Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, *AFDUC,* 13, 2009, 481-554.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, año 3, Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2011.

PRUJINIER, Alain y Sylvette GUILLEMARD, "Le droit international privé des successions dans le nouveau Code civil du Québec", *Revue de planification successorale et fiscale,* Montreal, 1994.

RÉVILLARD, Mariel, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale,* 7 ed., Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 2010.

TALPIS, Jeffrey et J. G. CASTEL, "Le Code civil du Québec. Interprétation des

règles de droit international privé", *La réforme du Code civil*, Les Presses de l'Université de Laval, 1993.

TALPIS, Jeffrey, "Cauchemars rencontrés dans la liquidation d'une succession internationale", *Cours de perfectionnement du notariat,* novembre 2005.

VÉZINA, Édith "Les successions en droit international privé québécois", *Revue du notariat,* vol. 112, diciembre 2010.

— "Casse-tête notarial sur le plan international: le mandat de protection et les successions", *Cours de perfectionnement du notariat,* 2010.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CUBA

TERESA DELGADO VERGARA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Habana.
Notaria

SUMARIO: 1. Nociones introductorias acerca del contrato de compraventa. **1.1.** De su naturaleza y elementos**. 1.1.1.** Sujetos del contrato. **1.1.1.1.** Obligaciones de las partes. **1.1.2.** Elementos reales. **1.1.3.** De la forma del contrato. **2.** De la compraventa de viviendas en la legislación cubana desde 1959 al 2011. **2.1.** Ley de Reforma Urbana. **2.2.** Ley 48: Ley general del la vivienda de 1984. **2.3.** Ley 65: Nueva Ley general de la vivienda de 1988. **2.4.** Decreto-Ley 233. **3.** Luces y sombras de la regulación vigente a partir del 10 de noviembre de 2011. **3.1.** Actualización e inscripción previas: Resolución 342/2011**. 3.2.** El Decreto-Ley 288/11. **3.3.** Marco regulatorio tributario: Resolución 351/2011. **4.** Epílogo.

1. Nociones introductorias acerca del contrato de compraventa

No es preciso ser jurisconsulto para definir que el contrato de compraventa es aquel por el cual una persona (vendedor) transmite a otra (comprador) el derecho de propiedad sobre un bien, a cambio del cual, este último deberá pagar un precio en dinero. Así, cualquier lego en materia contractual puede percibir que es el contrato más común para satisfacer las necesidades propias del tráfico de bienes. Ya afirmaba

HAMEL que "El contrato de venta figura, por su importancia social y su frecuencia, en el primer rango de los contratos civiles (…)". (1)

Antes de la aparición del dinero, el trueque utilitario era el medio usual y primigenio de satisfacer las necesidades (2). En algunas épocas del desarrollo de la humanidad, determinados bienes como por ejemplo el ganado, cumplieron la función de medida de valor y medio de cambio. Cuando aparece el dinero se sustituye paulatinamente esta permuta por la compraventa.

Históricamente la compraventa evoluciona en cuatro fases: una primera etapa de compraventa manual; una segunda en la que aparece el *pactum reservatii dominii*; una tercera caracterizada por la vinculación obligatoria consensual, que no es sino la típica compraventa reconocida en muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el nuestro, que precisa de otro acto para que se produzca el efecto traslativo como lo es la *traditio*; y una cuarta y última fase en la que la compraventa aparece como un contrato con efecto real, en el que basta la fuerza del consentimiento para que se convierta el comprador en propietario.

Más allá de las raíces latinas de la regulación de la compraventa en los ordenamientos modernos de corte romano-francés, las influencias de las economías contemporáneas y el auge de las tecnologías han dotado de nuevos rasgos a este contrato. Así tenemos que se imponen las siguientes tendencias:

a) Estandarización de las ventas de bienes muebles en el llamado tráfico de masa con la fabricación de productos por parte de las grandes empresas y su comercialización mediante contratos tipo o condiciones generales que propician el paso de la contratación por negociación a la contratación por adhesión.

b) Modificación de conceptos jurídicos básicos que repercuten en los sistemas de responsabilidad civil por incumplimiento contractual y por daño aquiliano, con la consiguiente proximidad entre el Derecho de consumo y las instituciones contractuales tradicionales.

---

(1) HAMEL, "Vente, Contrats civil", X en PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil*, Paris, 1956, p. 1.

(2) Sin embargo, existen teorías acerca que de que la donación es la forma primitiva del cambio, entendida como donación que se hacía esperando reciprocidad. *Vid.*, GARCÍA CANTERO, Gabriel en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* Tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1991, pp. 7 y ss.

c) Propensión a la elaboración de normas uniformes regionales e internacionales encaminadas a unificar el tratamiento que impone un mundo globalizado.

d) Inclinación a la formalización documental pública de las ventas inmobiliarias u otras que por su importancia económica, así lo ameriten.

1.1. De su naturaleza y elementos

Es un contrato consensual en principio, puesto que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes (3). Es principal, oneroso –generalmente conmutativo– bilateral, típico, nominado y aunque normalmente sea de consumación inmediata podría serlo de consumación sucesiva, si por ejemplo se pacta que el precio sea pagado a plazos.

El artículo 334 del Código Civil regula que *"por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, mediante su entrega y este a pagar por él determinado precio en dinero"*. Dejó claro el legislador cubano que se trata para nuestro ordenamiento de un contrato con efectos obligatorios y no reales, ya que dependerá de la entrega de la cosa, la consecuencia traslaticia del dominio, tal como se proclama en el artículo 178 del propio texto: *"La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y trasmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La trasmisión se consuma mediante la entrega o posesión."*

1.1.1. Sujetos del contrato

Lo son el vendedor y el comprador. Si el bien no es propiedad del enajenante podría producirse la figura de la evicción, con la consiguiente responsabilidad de saneamiento a cargo del vendedor y a favor del comprador (4).

Existen limitaciones para determinados sujetos que no pueden adquirir ningún bien por compra, e incluso tampoco por otra forma de transmisión. Es el caso del tutor respecto de su pupilo; los apoderados respecto de los bienes que tengan en administración; los notarios

(3) Decimos en principio puesto como se ha dicho y como se verá existen excepciones. Frecuentemente la compraventa de bienes inmuebles debe formalizarse en escritura pública.

(4) *Vid. supra*, lo referente a las obligaciones del vendedor.

y el personal judicial, los relacionados con el ejercicio de sus funciones o asuntos en los que intervengan; entre otros casos previstos en el artículo 338 del Código. Esta prohibición tiene como objetivo evitar que se produzca la figura del autocontrato (5), además del contenido axiológico que le es inherente, teniendo en cuenta que la prohibición deriva de la relación profesional o de subordinación que se manifiesta en los sujetos a los que se les impide la realización del contrato traslativo de dominio.

1.1.1.1. Obligaciones de las partes

a) Obligaciones del vendedor

El vendedor está obligado a entregar el bien al comprador, a conservarlo hasta que esta se efectúe (6), y a garantizar la posesión legal y pacífica de bien vendido. Esta garantía se concreta en una obligación denominada de saneamiento que a su vez abarca dos modalidades: por evicción y por vicios o defectos ocultos.

— Saneamiento por evicción

La palabra evicción deriva del latín *evincere* que significa vencer. Por tanto se define como el acto que, mediante sentencia firme, despoja total o parcialmente a un adquirente del bien adquirido, en virtud de un mejor derecho alegado por un tercero.

Una vez despojado el comprador del bien que había adquirido, no queda indefenso, pues nace para él el derecho a ser saneado por la evicción sufrida. Entre la evicción y el saneamiento existe una relación de causa-efecto. El saneamiento, no es sino la obligación que tiene el vendedor (7) y el derecho del comprador a que se le repare la pérdida sufrida, restituyéndole el valor de lo perdido e indemnizándole los perjuicios que le causó esta situación.

Por ello esta obligación de sanear es la que completa la obligación principal del vendedor que es transmitir la propiedad, puesto que es la vía para garantizar, en última instancia, la validez y legitimidad del acto realizado y la posesión legal y pacífica del bien transmitido. Para

(5) La prohibición general del autocontrato se halla en el artículo 63 del Código Civil.

(6) El efectivo traspaso de la propiedad sólo se produce con el modo, la entrega del bien al comprador. *Vid.*, artículo 178 del Código Civil.

(7) Esta obligación es común a otros contratos traslativos del dominio como la permuta, al igual que la otra modalidad del saneamiento, o sea, por vicios ocultos, el cual se establece en varios contratos.

que proceda el saneamiento deben concurrir varios requisitos: que se sufra una perturbación de Derecho, que esta perturbación tenga una causa anterior o contemporánea a la venta, que sea una perturbación inminente, cierta y actual, que el comprador cite al vendedor al juicio de evicción, que la evicción se declare mediante sentencia firme. El despojo tiene que estar dispuesto por resolución judicial firme (8).

La obligación de sanear tiene como contenido la restitución del precio pagado, el reintegro de los gastos y costas de los procesos seguidos y los gastos del contrato si el comprador los hubiese pagado.

El Código Civil cubano prohíbe en su artículo 342 la posibilidad de pactar la supresión de la garantía por evicción, o sea, es nulo todo pacto que exima al vendedor de la responsabilidad de sanear por esta causa.

— Saneamiento por vicios o defectos ocultos

Un vicio o defecto oculto consiste en una anomalía física en la cosa específica objeto del contrato que la diferencia de las demás de su especie y que la hace poco apta o completamente inútil para la finalidad que está llamada a cumplir.

También en este caso deben concurrir determinados requisitos para que proceda el saneamiento: que el vicio sea oculto (los vicios aparentes no dan lugar a responsabilidad). Se considera oculto el vicio cuando no está a la vista de forma manifiesta y ostensible, y esto significa que por su intrascendencia externa no pueda ser conocido por el adquirente. *A priori* no tiene relevancia que el vendedor conozca o no, pues la responsabilidad de este es objetiva y responde aunque no sepa de la existencia de los vicios (si los conoce, su responsabilidad se agrava), que sean anteriores al contrato, que exista al menos en su germen al perfeccionarse el contrato, aunque su desarrollo sea posterior, que sean de entidad tal que perjudiquen la utilidad propia de la cosa.

En dependencia de la gravedad del vicio, el comprador podrá optar por ejercitar la acción redhibitoria o resolutoria que da lugar a la resolución del contrato, o la acción *quanti minoris* que da lugar sólo a una disminución del precio.

El saneamiento por vicios ocultos no tiene lugar en las ventas efectuadas en feria o subasta pública, ni en las de mercancías enajenadas como defectuosas, de desecho, usadas o en desuso.

(8) *Vid.,* artículos 341 al 345 del Código Civil.

b) Obligaciones del comprador

La principal obligación del vendedor es el pago del precio pactado. También debe pagar los gastos de formalización del contrato y recibir el bien objeto de la venta.

1.1.2. Elementos reales

Los elementos reales son: el bien que se enajena y el precio que se da a cambio de este.

La existencia del dinero es un elemento indispensable en este contrato. Es el elemento distintivo respecto a la permuta. No obstante, pueden existir compraventas con precio parcialmente en especie, y también permutas con complemento dinerario.

1.1.3. De la forma del contrato

Ha sido dicha la innecesaridad de una forma especial para la perfección del contrato dada su consensualidad. Pero existen supuestos especiales de forma *ad solemnitatem* (9). Generalmente son solemnes los contratos de compraventa que recaen sobre bienes inmuebles u otros de especial significación (10).

Más adelante se examinará su manifestación en nuestro ordenamiento jurídico

2. De la compraventa de viviendas en la legislación cubana desde 1959 al 2011

La política social de la Revolución cubana triunfante el 1 de enero de 1959, marcó un cambio en el sistema de contratación inmobiliaria en el país.

El artículo 21 de la Constitución y los artículos 156 al 159 del Código civil reconocen la propiedad personal sobre bienes necesarios para

(9) De Castro, Federico, *El negocio jurídico,* Madrid, 1977, p. 277.

(10) Por solo citar dos ejemplos de Derecho comparado: *Vid.,* artículo 1802 Código civil de Chile y el 1767 del ecuatoriano.

satisfacer necesidades materiales y espirituales, entre los cuales obviamente se ubica la vivienda, la que en Cuba se ha convertido por múltiples razones, entre ellas la necesidad habitacional por solo mencionar una, en uno de los bienes más preciados y de mayor importancia económica de forma tal que en la práctica una gran mayoría de los litigios versan directa o indirectamente sobre ella y la mayoría de los trámites notariales también.

Su transmisibilidad tanto *inter vivos* como *mortis causa* ha sido regulada por leyes especiales dado el matiz político e ideológico de que es objeto el tema y la relevancia económica a la que se aludió antes.

2.1. Ley de Reforma Urbana

La Ley de Reforma Urbana de 1960 constituyó, sin duda alguna, uno de los mayores hitos jurídicos del proyecto revolucionario. La compraventa de vivienda con intervención estatal que reguló, benefició a una gran parte de la población cubana que, en su virtud, pudo adquirir tales bienes mediante un contrato con el Consejo Superior de la Reforma Urbana el cual expedía un título documental inscribible. El precio de venta fue fijado atendiendo al año de fabricación del inmueble (*vid*., artículos del 9 al 15 fundamentalmente).

El artículo 29 proscribió cualquier modo de transmisión sin la previa y expresa autorización de los Consejos de la Reforma Urbana, concediendo al Estado el derecho de tanteo, al mismo tiempo que sanciona con nulidad los contratos otorgados con infracción de esta norma, con la consecuente pérdida de titularidad.

2.2. Ley 48: Ley general del la vivienda de 1984

Ya en 1984 se promulga la Ley general de la vivienda que autorizó la transferencia de la propiedad a los llamados usufructuarios onerosos y ocupantes legítimos con la entrega en propiedad de las viviendas que en lo sucesivo se asignaran por el Estado para esos fines, legalizó situaciones de hecho en la ocupación de la vivienda que hasta entonces no habían tenido solución jurídica, mediante un proceso que convirtió en propietarios a más de setecientas cincuenta mil familias.

En cuanto a la compraventa civil entre particulares, que es en definitiva la que nos ocupa, en su artículo 70 alude a este negocio y a la donación, sin denominarlas como tal, sino que se refiere de manera genérica a toda cesión que no sea permuta, reconociendo, por ende, la

preeminencia de este último contrato, dadas las circunstancias prácticas económico-jurídicas (11).

2.3. Ley 65: Nueva Ley General de la vivienda de 1988

Con apenas cuatro años de vigencia de la Ley 48, el cuarto por cuanto de la que se llamó nueva Ley General de la Vivienda para diferenciarla de su aún joven antecesora proclamó la procedencia de *"reordenar las regulaciones contenidas en dicha ley e incorporar otras nuevas que la experiencia práctica aconsejan establecer, tendentes a fortalecer el control que el Estado debe ejercer sobre las operaciones alrededor de la vivienda, así como a definir la decisiva participación estatal en la solución del problema habitacional en el país."* En su último por cuanto declaró que la *"propiedad personal de la vivienda debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad en las condiciones concretas de construcción del socialismo en nuestro país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno después de abonar su precio, sin que en ningún caso pueda el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni deexplotación."*

Se acentúa aquí la tendencia al control estatal sobre cualquier contrato traslativo de dominio, en especial la compraventa y donación (12).

2.4. Decreto-Ley 233/2003

Estas disposiciones especiales contenidas en la Ley General de la Vivienda fueron modificadas por el Decreto-Ley 233/2003 en una suerte

---

(11) Artículo 70. *"Cuando se trate de ceder la propiedad de una vivienda por una vía que no sea la permuta, ya sean viviendas adquiridas por lo dispuesto en la presente Ley o las que desde antes hayan sido propiedad del que pretenda cederla, la cesión deberá realizarse ante notario público por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente dirección provincial de la vivienda, que tendrá derecho a subrogarse en lugar y grado del adquirente y recibir la propiedad de la vivienda para el Estado, abonando al vendedor el precio legal establecido en la presente Ley menos el importe de la parte del precio de la vivienda que estuviera pendiente de pago, en su caso.*

La transmisión de propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este artículo estará gravada con el impuesto sobre trasmisión de bienes inmuebles".

(12) Artículo 70. *"Cuando se trate de transmitir la propiedad de una vivienda por compraventa o donación, deberá realizarse ante notario por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente Dirección Provincial de la Vivienda, que tendrá derecho de tanteo para adquirirla en propiedad para el Estado, abonando al propietario el precio legal establecido en la*

de giro de tuerca favorable al control administrativo. Este Decreto-Ley reguló que *"la compraventa de viviendas sólo es posible a favor del Estado, que representado por las Direcciones Municipales, adquirirá las que le sean ofrecidas en venta, abonando a sus propietarios el precio legal establecido"* (13).

Insertó además requisitos para la donación y con ello continuó la propensión al intervencionismo del Estado presente en todas estas normativas y además en las sucesivas Resoluciones que desde el 2000 con la Resolución 400 contentiva del Reglamento para permutas, impusieron la autorización administrativa como requisito de legitimación elevado al rango de elemento de validez del negocio para las permutas de viviendas.

---

presente Ley, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso.

La transmisión de propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este artículo estará gravada con el impuesto sobre transmisión de bienes inmuebles.

Se faculta al Instituto Nacional de la Vivienda para regular el procedimiento para la transmisión de la propiedad de la vivienda y establecer los casos en los cuales el Estado otorgará la aprobación de la cesión o ejercerá el derecho de tanteo a su favor".

(13) El artículo 1 del Decreto-Ley Núm. 233 de 2 de julio del 2003 modificativo de la Ley General de la Vivienda dio al ya archimencionado artículo 70 la siguiente redacción:

Artículo 70. *"La transmisión de la propiedad de una vivienda por donación se realizará ante Notario Público, previa autorización de la Dirección Municipal de la Vivienda del territorio donde se encuentre ubicada, que la autorizará siempre que se promueva a favor de:*

a) familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad;

b) cónyuges o excónyuges siempre que el matrimonio tuviera una duración de dos años o más, o se haya tenido hijos en común durante el mismo; y

c) convivientes que de forma ininterrumpida hayan vivido con el donante durante diez años o más.

Las donaciones de viviendas, solares yermos y del derecho de uso de azoteas a favor del Estado se realizarán igualmente directamente ante el representante de la Dirección Municipal de la Vivienda donde esté situado el inmueble, sin necesidad de autorización previa.

La compraventa de viviendas sólo es posible a favor del Estado, que representado por las direcciones municipales de la Vivienda adquirirá las que le sean ofrecidas en compraventa, abonando a sus propietarios el precio legal establecido en la presente Ley o, en su caso, el que a esos efectos determine el Ministerio de Finanzas y Precios, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso.

La transmisión de la propiedad de una vivienda con arreglo a lo estipulado en este Artículo estará gravada con los impuestos correspondientes, excepto si se realiza a favor del Estado.

Se faculta al Instituto Nacional de la Vivienda para regular el procedimiento para la transmisión de la propiedad de la vivienda por compraventa o donación".

3. Luces y sombras de la regulación vigente a partir del 10 de noviembre de 2011

Llega el año 2011, marcado por los debates que los Lineamientos del Congreso del Partido Comunista de Cuba suscitaron en todo el país y que colocaron en el centro de mira de las expectativas en materia jurídica, la autorización de la compraventa de inmuebles (y también de vehículos) a partir del reconocimiento que este documento político hace en su numeral 297 de la necesidad de flexibilizar los actos de transmisión de la propiedad de la vivienda cuando dice: *"Establecer la compraventa de viviendas y flexibilizar otras formas de transmisión de la propiedad (permuta, donación y otras) entre personas naturales. Agilizar los trámites para la remodelación, rehabilitación, construcción, arrendamiento de viviendas y transferencia de propiedad, con el objetivo de facilitar la solución de las demandas habitacionales de la población."*

El 10 de noviembre de 2011 entra en vigor el Decreto-Ley 288 modificativo de la Ley número 65 de 23 de diciembre de 1988, Ley general de la Vivienda, que después de 23 años de vigencia ya había perdido el calificativo de "nueva". El propio Decreto-Ley en sus por cuantos reconoce que la experiencia alcanzada por la Ley 65 y otras regulaciones así como la necesidad habitacional aconsejan eliminar prohibiciones y flexibilizar los actos de transmisión de la propiedad para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los propietarios.

3.1. Actualización e inscripción previas: Resolución 342/2011

EL Decreto-Ley establece que para la realización de los actos traslativos de dominio se requiere la inscripción previa en el Registro de la Propiedad y para hacer efectivo ello conforme con las nuevas circunstancias, se dictó por el Instituto Nacional de la Vivienda la Resolución 342, contentiva del Procedimiento para la actualización de los títulos de propiedad y su inscripción en los Registros de la Propiedad y que deroga a su predecesora, la muy polémica Resolución 50 de 2009, en cuyo nombre se escudaron interesantes porfías entre arquitectos, notarios y registradores.

El artículo 1 de la Resolución 342 establece como supuestos en los que se requerirá la actualización: la existencia de errores u omisiones relativos a la descripción y tasación o a las medidas y linderos; la realización de acciones constructivas internas que modifiquen la descripción, unifiquen o dividan y que no requieran licencia de obra; o cuando

no coincida la realidad física con la documental por haberse realizado obras constructivas.

En los dos primeros casos bastará presentarse ante Notario con el dictamen técnico del arquitecto de la comunidad, y el fedatario calificará los actos en dependencia del título y lo contenido en el informe pericial. El Dictamen 1 de 2009, de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, con el loable objetivo de consolidar la actuación notarial en estos asuntos, indicó la autorización de actas de subsanación por error y omisión de aquellas escrituras notariales que constituyen títulos domínicos sobre viviendas de propiedad personal a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, en concordancia con el inciso g) del artículo 85 y el artículo 105, de la propia disposición legal.

Procederá a la autorización de un acta de notoriedad cuando se trate de títulos administrativos acreditativos de dominio, tales como: Contratos de compraventa de viviendas suscritos con el Banco Popular de Ahorro, resoluciones títulos de propiedad dictadas por el Instituto Nacional de la Vivienda y sus instancias y los títulos expedidos por el Consejo Superior de la Reforma Urbana, al amparo de la ley de 14 de octubre de 1960.

Dos comentarios merece este espacio: el primero relativo a la calificación *strictu sensu* como error u omisión desde el punto de vista de la técnica notarial, de aquellas ausencias de elementos tales como pueden ser los linderos que en otros momentos sencillamente no se incluían en el título pero no por responsabilidad del requirente ni del notario; o de la nueva denominación que debe darse según aconsejan los arquitectos a un cuarto como dormitorio, a un baño como servicio sanitario, o a un hall como pasillo interior. No entran en la categoría clásica de error u omisión entendidos como aquellos defectos que por causa del compareciente o del notario hacen inexacto u omiso el documento precedente. En estos casos simplemente han cambiado las cosas, se ha entendido la necesidad de que el título sea lo más completo y correcto posible conforme con los requerimientos fácticos y normativos actuales.

En la clasificación de las actas, ambas lo son de calificaciones jurídicas que son aquellas "que contienen esencialmente un juicio que el notario forma y emite acerca de la notoriedad del hecho" (14).

---

(14) Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, coordinadores, Félix Varela, La Habana, 2008, p 36.

El juicio notarial acerca de la notoriedad del hecho se forma a partir de pruebas y diligencias notariales encaminadas no solo a comprobar el hecho en sí sino a la conformación por el notario del juicio que va a emitir: su juicio de notoriedad. Su fin es convertirlo, por obra de la fe pública que el notario le imprime, en un hecho conocido para todos. Ello significa que en el acta de subsanación de error y omisión también se da un juicio sobre la notoriedad del hecho.

Más allá de estas sutilezas técnicas, estas actas serán complemento del título de propiedad y abrirán para ellos las puertas del Registro.

Una segunda observación es la relativa al caso de que el título sea una resolución judicial y aquí se esgrimen dos posibilidades: la corrección por notoriedad ante el funcionario fedante o la propia aclaración por el tribunal; pero como esta habrá de hacerse en un plazo de 24 horas, de no hacerlo precluye la posibilidad por lo que de no aceptarse la primera opción alegándose que la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada y, que en consecuencia, no puede el notario modificar nada en ella, quedaría en una especie de limbo jurídico la actualización de estos títulos domínicos con la consiguiente afectación de los derechos de los propietarios.

Si bien es cierto que el efecto de cosa juzgada hace inatacable en principio el fallo, no debe perderse de vista el hecho de que este alcance atañe a la solución dispositiva esencial dada por el juzgador, por lo que sería perfectamente factible la autorización de un acta de notoriedad sobre hechos no fundamentales tales como pueden ser las omisiones respecto de la descripción de la vivienda. Claro que no procedería en procesos que hayan versado justamente sobre elementos descriptivos o conflictos de vecindad en los que el pronunciamiento judicial cardinal no podría ser después variado en sede notarial como sería el caso de una modificación de las medidas y linderos pues para cambiar los ya declarados en la sentencia se requiere un proceso judicial a tales efectos; pero por qué no confiar al notario, profesional en Derecho dotado de fe pública, la corrección de cuestiones no trascendentes al fallo contenido en la sentencia, las que con la agudeza técnica y la probidad consustanciales a su función puede valorar en beneficio de los intereses de los particulares y de la armonización de las relaciones jurídicas.

En el último caso del artículo 1 de la Resolución 342/2011 la actualización se tramitará en la Oficina de trámites de la vivienda del municipio, donde se seguirá un procedimiento a tales efectos siendo competentes los directores municipales de la vivienda para emitir las resoluciones que actualicen los títulos.

3.2. El Decreto-Ley 288/2011

El artículo 70 de la Ley General de la Vivienda es modificado por el artículo 2 del Decreto-Ley 288 de 28 de octubre de 2011, en vigor desde el 10 de noviembre. Así introduce un apartado tercero que establece que *"la transmisión de la propiedad de una vivienda por compraventa, se formaliza directamente ante notario con sede en el lugar donde se encuentre enclavado el inmueble por el precio que libremente acuerden las partes"*; y le dedica también el apartado cuarto y el quinto.

Varias son las palabras claves para encauzar la exégesis del precepto: *formaliza, directamente, precio que libremente acuerden*.

La primera de ellas alude a una de las cuestiones más álgidas en sede de perfección contractual en Cuba: ¿se trata de un contrato formal o solemne?

Se requiere un análisis sistémico valorando el precepto conjuntamente con otros homólogos de la ley sustantiva civil.

El artículo 339 del Código civil establece que la compraventa de bienes inmuebles se formaliza en documento público y su validez está condicionada al cumplimiento de los demás requisitos legales (15). Este artículo debe interpretarse en relación con el artículo 191 que en su apartado 2 impone la sanción de nulidad a las transmisiones que se realicen sin la autorización o las formalidades requeridas. Al emplear el legislador la conjunción disyuntiva **o**, parece indicar que no considera la autorización como una formalidad, pero sí un requisito de validez del negocio cuya omisión provoca la nulidad del acto. Pero aquí no es necesario hablar de autorización, tal requisito de legitimación no existe y lo reafirma el empleo del adverbio "*directamente*" en el propio artículo 70.3. Sin embargo al decir las formalidades, está empleando este término en un sentido amplio pues sanciona con la nulidad aun cuando en el resto del articulado del Código está claro que no hay contratos solemnes, por la manera en que ha quedado redactado el artículo 313 que refrenda la acción pro forma. De su redacción se colige que el legislador ha dado a todos los contratos del Código la condición de consensuales pues al decir que *"si la ley exige el otorgamiento de escri-*

(15) Como bien afirma Ordoqui Castilla la referencia a la exigencia de la forma como requisito esencial puede realizarse mediante diversas redacciones: "sea aludiendo directamente a su carácter de requisito de validez, sea destacando que su omisión acarrea nulidad, etc." *Vid., Lecciones de Derecho de las Obligaciones, Doctrina General del Contrato,* s.ed., Ediciones Del Foro, Montevideo, 1998, p. 258.

tura pública u otra forma especial para la celebración del acto, las partes pueden compelerse recíprocamente a cumplir esa formalidad…" (16), está concediendo la acción pro forma siempre que se demuestre que intervinieron el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, es decir, el contrato siempre existirá cuando hay consentimiento y la forma es sólo un medio de prueba o un requisito para la eficacia.

Sin embargo, esta pudiera ser una interpretación apriorística. Evidentemente, el legislador, en lugar de celebración, debió decir eficacia, pues ese es el rol que juega la forma en este caso; y, en lugar de escritura pública, debió decir simplemente por escrito; pues en caso contrario se incurre en una flagrante antinomia con el artículo 67, inciso d) y con el artículo 51, inciso c) (17), reguladores: el primero, de la nulidad por falta de un requisito formal establecido con carácter de esencial; y el segundo, de la imposición de la forma escrita en los casos en que la ley así lo disponga.

Si entendemos que la forma en ciertos supuestos es elemento *ad substantiam*, cuya omisión puede conllevar a la nulidad del acto según el artículo 67 d) en relación con el artículo 51 c), no se explica la presencia del artículo 313 en los términos en que aparece redactado, pues está legitimando en todo caso la posibilidad de que las partes puedan excluir *ab initio* la forma requerida, cuando lo cierto es que hay supuestos dentro de la propia ley en los que la solemnidad sería requisito de validez del acto.

A pesar de que no se explique, ahí está y puede resultar útil aplicado con justicia.

Cuando el artículo 339 alude a demás requisitos necesarios para su validez puede entenderse que se está refiriendo a otros que la ley establezca como podrían ser los previos a la formalización notarial. Obviamente el legislador quiso solemnizar la compraventa de viviendas (como también la de vehículos, y la permuta y la donación) pero para lograrlo debió ser más directo, no olvidar la presencia del cada vez más famoso artículo 313 del Código Civil, que tantos dolores de cabeza provoca en los estudiantes de Derecho y en los operadores jurídicos.

Si bien es cierto que el segundo párrafo del artículo 70.3 establece que el pago total del precio se efectúa en el acto de formalización del contrato mediante los instrumentos de pago emitidos por las institu-

(16) El subrayado es de esta autora.

(17) Los incisos a) y b) del artículo 51 establecen una forma *ad probationem*, no así el inciso c) relativo a la forma como elemento esencial.

ciones bancarias, esto es, el cheque de gerencia, nada obsta en principio (18), a que el comprador lo entregue con anterioridad al acto y así lo declaren ambos ante Notario o simplemente no instrumenten el negocio. Está claro que no podrán acceder al registro pues al carecer de la forma no será oponible, en tanto se entienda el contrato como formal, pero… ¿no podrán compelerse a cumplir la formalidad? ¿No puede entenderse que es válido por haberse producido el consentimiento y más aun el pago?

Habría que ver qué postura adoptará el juez cuando se empiecen a promover procesos en virtud del artículo 313 en casos en que las partes no hayan acudido ante Notario público a instrumentar el contrato de compraventa y hayan ya prestado su consentimiento e incluso se hayan cumplido las obligaciones.

Si bien puede debatirse el rol que juega la forma en el juego de los artículos 313, 191.2 y 339 del Código y el artículo 70.3 de la Ley General de la vivienda, ya sea con un valor integrativo o con un valor de publicidad, sí resulta claro que la intención del legislador es la de solemnizar el negocio en su perfección. Al emplear el adverbio directamente, si bien no es el más feliz a tal pretensión, inclina a pensar que la intervención "directa" del funcionario público, conduce a la autenticación por parte del notario de la perfección del negocio, al dar fe de que el contrato se ha perfeccionado en su presencia mediante la instrumentación del mismo, pero ante esto vuelve a emerger el artículo 313 del Código Civil que impide la existencia, dogmáticamente hablando, de contratos solemnes en nuestro ordenamiento, aun cuando sería lo aconsejable en este tipo de negocio traslativo inmobiliario.

La tercera palabra clave o mejor, frase clave en el precepto es *"precio que libremente acuerden."*

La primera reflexión que provoca este enunciado es que el precio del contrato no tendrá que ser el que se consigne como precio legal en el título o en el dictamen técnico del arquitecto que puede haber servido de base para una actualización documental previa; y conste algo que es sabido, tal precio legal no lo es siempre en verdad pues no ha de confundirse valor con precio, en todo caso lo que obra en los títulos es el valor legal que conforme con elementos tales como ubicación geográfica, año de fabricación, características constructivas se fija en la descripción del inmueble. Sin pretender analizar el tema desde la teo-

(18) *Vid.,* supra más sobre este análisis.

ría del valor, lo cual no procede en esta sede ni puedo hacer sin resultar pretenciosa, baste decir que el valor es algo inmerso en el bien mismo y el precio surge en el mercado con la confluencia de la oferta y la demanda. En la compraventa el precio será la contraprestación dineraria que entregará el comprador a cambio del traspaso de la propiedad, más allá del valor que tenga en sí el bien inmueble, y que a su vez representa la valía que las partes conceden al bien objeto del negocio y cuya apreciación subjetiva estará matizada por múltiples causas que van desde la necesidad habitacional hasta la solvencia económica.

El Decreto-Ley no establece el tipo de moneda en que deba expresarse el precio y si bien a los efectos tributarios deberá indicarse en pesos cubanos, nada obsta a que pueda expresarse en pesos cubanos convertibles y en su equivalente en moneda nacional no convertible para que este sea la base imponible sobre la cual se liquidarán los correspondientes impuestos. Y esta idea se reafirma en el Resuelvo Quinto de la Resolución 351/2011 del Ministerio de Finanzas y Precios que dispone que *"el impuesto se calcula y paga en pesos cubanos con independencia de que el valor del acto gravado se exprese total o parcialmente en pesos convertibles (CUC) en cuyo caso se debe convertir dicho valor a pesos cubanos (CUP), aplicando la tasa de cambio vigente para las operaciones de compra de moneda a la población."* Se reitera aquí la indebida sinonimia de valor y precio.

Glosado el precepto base de la regulación, corresponde ver ahora el resto de los apartados del artículo 70 tal como queda redactado por el Decreto-Ley.

En el segundo párrafo del propio apartado 3 la primera cuestión merecedora de comentario es la imposibilidad de que se pacte un pago aplazado, pues la redacción del precepto así lo frena, y lo que es más delicado aún establece que se efectúe de forma total en el acto de formalización, mediante el instrumento bancario. Sin embargo ¿se trata de un mandato legal? ¿Es una norma imperativa o dispositiva? ¿De ser imperativa, debiera serlo? ¿Por qué no puede el comprador entregar el cheque de gerencia antes de la formalización y así declararlo ambos ante el fedatario? El propio Reglamento notarial nos dice en su artículo 70 que en los contratos en que medie precio, cosa o cantidad, el notario así lo consignará al igual que la forma de pago que acordaren las partes; que si el pago se efectúa en su presencia dará fe de ello y lo consignará en la escritura; pero que si se realiza con anterioridad al acto, hará la advertencia correspondiente a los comparecientes.

También aquí considero que el legislador quiso imponer pero olvidó que la compraventa no puede ser un contrato normado, por ser el

contrato tipo se erige en un modelo negocial para el cual la autonomía de la voluntad no debe tener cortapisas innecesarias.

La idea del pago total se reitera en apartado 4 del artículo 70 conjuntamente con la regulación de la declaración bajo juramento que deberá hacer el comprador de que no posee otra vivienda de residencia permanente en propiedad.

El Decreto-Ley 288/2011 en el segundo párrafo de este apartado incluye dos requerimientos más para poder celebrar el contrato: el primero es la liquidación de adeudos por concepto del pago de transferencia del inmueble, y el segundo la inscripción en el Registro de la propiedad; ambos requisitos tendentes a la organización de las relaciones jurídico-inmobiliarias, a potenciar la cultura jurídica y económica, todo lo cual apuesta, sin duda alguna y muy favorablemente, por la seguridad jurídica, valor indispensable de todo sistema de Derecho.

El incumplimiento de alguno de estos requisitos que pudieran considerarse como requisitos de legitimación toda vez que se le exigen al vendedor, podrá ser causa de nulidad si se atiende al artículo 339 del Código Civil que establece que la validez del contrato está condicionada al cumplimiento de los demás requisitos legales, frase en la cual se enmarcan perfectamente los requerimientos del Decreto-Ley 288/2011. No se trata aquí de autorizaciones ni de formalidades de las que refiere el artículo 191.2, por lo que la nulidad operaría *ex* artículo 339 y no *ex* artículo 191.2.

Por último, se introduce una novedosa norma: la responsabilidad que asume el vendedor (y también el donante) con los convivientes especialmente protegidos del artículo 65 de la Ley general de la Vivienda: ascendientes y descendientes del propietario; madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia; madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia; ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia; cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

El Decreto-Ley llega al punto de erigir en causal de invalidez del acto la desprotección de alguno de estos convivientes quienes previa acreditación de su legitimación podrán incoar proceso de nulidad del contrato. La *ratio legis* de esta norma parece hallarse en el hecho de no trasladar al Estado una problemática ocupacional que agravaría la ya existente en el país, lo cual no tiene nada que ver con la función social

de la propiedad y sí con el fin de consolidar en las normas el espíritu de justicia y protección hacia personas en especial situación. La inserción de una fórmula por la que los otorgantes expresan en la escritura notarial liberar de responsabilidad al Estado por el acto, así lo reafirma. Aquí valdría hacerse una pequeña referencia a la omisión en el artículo 65 de aquellas personas con alguna discapacidad que convivan con el propietario y no tuvieren otro lugar de residencia, las que en definitiva pueden considerarse incluidas en la denominación genérica de los casos que a juicio de la autoridad constituyan un acto injusto o inhumano, pero la mención expresa acentuaría la tutela legal a estos sujetos.

El Notario deberá asesorar de todas estos temas a los contratantes, así como también acerca del saneamiento por vicios o defectos ocultos del bien, sin olvidar que conforme con nuestro Código Civil no es posible el pacto de exoneración de la responsabilidad por evicción (artículo 342 del Código) pero sí es suprimible la responsabilidad por vicios o defectos ocultos del bien, en virtud de la autonomía de la voluntad refrendada en el artículo 312, ya que si el legislador no lo hizo para esta modalidad del saneamiento como sí lo hizo para la evicción vale el apotegma "donde la ley no distingue no cabe distinguir."

El Decreto-Ley introduce una regulación que puede ser muy polémica: la admisión expresa de la permuta con compensación dineraria, y ha de subrayarse con toda intencionalidad la palabra expresa. Si bien el tema merece un estudio independiente, oportuno y profundo valga hacer algunas precisiones.

Lo más interesante en relación con el tema que nos ocupa aquí es lo relativo a la diferencia entre la permuta con compensación dineraria y la compraventa con precio parcialmente en especie. El segundo supuesto resulta mucho menos frecuente, pero no así la hipótesis de la permuta con complemento monetario, cuya razón práctica está en la dificultad de que las cosas a intercambiar tengan igual valor, lo que exige, en ocasiones, que se entregue una suma de dinero a fin de lograr el equilibrio de las prestaciones. "*Par principe, la stipulation d'une soulte ne modifie pas la nature du contrat*." (19). Pero nada impediría la existencia de una compraventa con precio parcialmente en especie aunque no aparezca expresamente regulada y los operadores jurídicos han de

(19) En principio la presencia de dinero no modifica la naturaleza del contrato según afirman ANTONMATTEI y RAYNARD. *Vid.*, ANTONMATTEI Paul-Henry y Jacques RAYNARD, *Droit Civil Contrats Spéciaux,* 10eme édition, Litec, 2000, p. 200.

estar preparados para ello como para todas las cuestiones que de estas nuevas regulaciones puedan derivarse.

Se ha considerado que el criterio distintivo debe ser la voluntad de los contratantes (20). Sin embargo, la voluntad negocial será relevante siempre que no desvirtúe sustancialmente la naturaleza de las instituciones pues los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean (21). En una compraventa con precio parcialmente en especie, la cosa dada como complemento no puede exceder en valor al precio en sí. Tampoco en la permuta con complemento dinerario puede este ser mayor que el propio bien objeto del contrato. Y he aquí uno de los puntos que deberán provocar mayor reflexión a medida que el Decreto-Ley vaya engrasando sus mecanismos de aplicación y que la vida nos vaya mostrando –una vez más– que las cosas no son siempre negras o blancas y que los tonos grises de las relaciones jurídicas civiles exceden los que podamos imaginar.

Evidentemente, el suplemento monetario debe ser relativamente pequeño en relación con la prestación que complementa. Pero puede también darse el caso de que los valores de ambas prestaciones tengan igualdad de valor. En tal caso, adquiriría mayor relevancia el principio de la búsqueda de la voluntad negocial real para la calificación del contrato por parte del intérprete en cuestión.

El problema de la calificación del contrato en estos supuestos, no queda en el mero ámbito de la especulación teórica; muy al contrario, tiene importancia práctica, por cuanto determinará el régimen jurídico aplicable. Esto es: decidir acerca de cuáles son las normas que van a regir el negocio (22).

---

(20) *V.gr.,* artículo 1.446 del Código Civil español que regula: *"Si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes."*

(21) Salvándose el caso de los contratos atípicos en cuyos supuestos se acentúa la libertad contractual para crear relaciones jurídicas que el legislador no previó expresamente.

(22) ANTONMATTEI y RAYNARD, expresan que el complemento dinerario puede ser visto como un precio, y en tal sentido se aplicarán las reglas de la compraventa relativas a este, aunque no se afecte la calificación del contrato. *"Si la présence d'une soulte ne modifie pas, par principe, la qualification d'échange, elle perturbe toutefois son régime. La soulte doit être, en effet, considérée comme un prix, et le coéchangiste qui reçoit la soulte comme un vendeur créancier de ce prix; les règles de la vente relatives au paiement du prix s'appliquent, ce qui permet notamment au créancier de la soulte de bénéficier des garanties de paiement."* ANTONMATTEI ,P. H. y J. RAYNARD, *Droit Civil…, cit.,* p. 201.

Aunque no es secreto para nadie que era frecuente en la práctica la permuta con compensación dineraria, siempre se consideró por muchos operadores jurídicos y por los sujetos contratantes en general que esta modalidad de la permuta estaba prohibida cuando lo cierto es que nuestro Código Civil era absolutamente omiso al respecto. Para el legislador cubano, según el artículo 367 del Código, *"por el contrato de permuta las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro."* Y aunque en principio puede entenderse que se excluye el dinero (23) puesto que este es, ante todo, un medio de cambio y no un bien *strictu sensu*, debe considerarse que también es medida de valor y, en este sentido, no puede desconocerse el criterio doctrinal que admite la presencia de dinero en el contrato de permuta siempre que no lo desnaturalice, pues en tales casos la función que cumple es precisamente como instrumento para valorar y completar los bienes que constituyen objeto del contrato.

El legislador cubano en su objetivo primordial y meritorio de evitar el ánimo de lucro y la especulación en actos de permuta estableció con el Decreto-Ley 211/2000 que *"las cesiones de la propiedad de la vivienda y las permutas en las que medie propósito de lucro, enriquecimiento o explotación, o con violación de los requisitos y trámites dispuestos en la presente Ley son ilegales, y sus autores podrán ser sancionados con la pérdida de sus viviendas que fueron objeto de especulación y de los fondos obtenidos en la venta o permuta, mediante resolución fundada de la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente."* (*sic*) (24)

La redacción de la mencionada disposición fue invariablemente interpretada *lato sensu*, entendiéndose que siempre que existía dinero

---

(23) De hecho, esta es *communis opinio* entre muchos intérpretes del Código y de la legislación relativa al tema en general.

(24) La Sentencia Núm. 458 de 30 de marzo de 2001 del Tribunal Supremo Popular, confirma que el ánimo de lucro es el elemento medular para reputar la permuta ilegal, sin que importe que este sea excesivo, basta que haya realmente lucro. Así expresa en su Primer Considerando que *"admitido por la Sala de instancia la existencia de una compraventa ilegal bajo la forma de un contrato de permuta y donación, se equivoca al expresar en primer orden que el ánimo de lucro debe ser desmedido para que esta se tipifique porque la ley no cuantifica ni cualifica el lucro, sino que basta que exista el propósito con violación de los requisitos que la norma expresa para que sea decretada la ilegalidad del acto jurídico"*. El acto es, obviamente ilegal, por la existencia del ánimo de lucro, lo que contraviene la norma; pero ello no significa que toda presencia de dinero constituye lucro en el sentido del Decreto-Ley 211. *Cfr.,* DELGADO VERGARA, Teresa, "Una aproximación a la ineficacia de la permuta de viviendas por vicios o defectos ocultos", en *Perspectivas del Derecho cubano actual,* tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Reus, Madrid, 2006.

la permuta debía reputarse ilegal, cuando la norma se refería al propósito de lucro, enriquecimiento o explotación, lo cual no concurre cuando el dinero sólo cumple una función de medida de valor; además de que puede considerarse que nunca existió una prohibición legal diáfana de esta figura, en todo caso lo que siempre existió fue una prohibición fáctica y mucho desconocimiento de la verdadera naturaleza de esta variante del contrato de permuta.

La Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia ha realizado un arduo trabajo de análisis de este Decreto-Ley y ha emitido la Circular 9 de 2011 así como las Indicaciones Metodológicas, en aras de unificar la actuación notarial y dar respuesta a algunas interrogantes planteadas en la praxis notarial.

3.3. Marco regulatorio tributario: Resolución 351/2011

El artículo 4 del Decreto-Ley adiciona una sección a la Ley sobre el tratamiento tributario mediante el artículo 85 que establece que los actos referentes a la transmisión de la propiedad estarán gravados con los tributos que correspondan según lo disponga la legislación especial. La Resolución 351/2011 del Ministerio de Finanzas y Precios establece un tipo impositivo del cuatro por ciento sobre la base imponible constituida por el precio del bien, salvo que este sea inferior al valor legal, en cuyo caso la base imponible será el valor. El vendedor paga el impuesto sobre los ingresos personales en el municipio donde tiene su domicilio fiscal y el comprador liquida en el municipio donde se celebra el acto (que siempre será aquel donde esté enclavado el inmueble) el impuesto para transmisión de bienes y herencias, ambos dentro de los treinta días naturales siguientes a la formalización del acto (no de la escritura notarial como establece, con deficiente técnica, el Resuelvo, pues la escritura no se formaliza, sino el acto, la escritura es la expresión *per se* de la formalización) .

4. Epílogo

Quedan aún temas en el tintero tales como la imposibilidad, aun cuando no lo dice claramente la norma, de comprar y vender la vivienda de veraneo; o la prohibición aún presente en el artículo 74 de la Ley 65 de contratar un comodato de vivienda, proscripción ya injustificada pues su fin era evitar la simulación relativa de una compraventa mediante un comodato.

Surgen retos importantes para los operadores jurídicos: la falta de una cultura jurídica de la contratación entre los particulares en sede de compraventa, la aparición de nuevas figuras en la práctica jurídica como el precontrato de compraventa muy útil para aquellos sujetos que por determinadas razones –como puede ser la expectativa de inscripción en el Registro de la propiedad, la existencia de adeudos u otros motivos– no pueden otorgar el contrato y quieren obligarse a ello para el futuro; la inclusión de pactos en el negocio contractual, entre otras cuestiones, para las que el profesional del Derecho debe estar preparado.

La Ciencia del Derecho ha de estar en función de la creación normativa en beneficio de la sociedad. La seguridad jurídica, como valor esencial, debe presidir junto a la justicia la elaboración y la aplicación del Derecho. Señaló ATIENZA que "en la medida en que una ley sea sistemática, no deje vacíos de regulación o lagunas ni genere tampoco contradicciones, antinomias, se puede decir también que produce seguridad jurídica." (25) Ahí radica la importancia de estos ejercicios académicos en los que el discurso teórico jurídico ha de develar algunas sombras para que se haga con más fuerza la luz que ilumine el camino de perfección normativa por el que vamos avanzando con pasos firmes.

(25) ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 210.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

ANTONMATTEI Paul-Henry y Jacques RAYNARD, *Droit Civil Contrats Spéciaux*, 10eme édition, Litec, 2000.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXII, fascículo IV, octubre-diciembre, 1969.

CHINEA GUEVARA, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en *Derecho Notarial*, tomo III, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, coordinadores, Félix Varela, La Habana, 2008.

DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1977.

DEGNI, Francisco, *La compraventa*, s. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957.

DELGADO VERGARA, Teresa, *"Una aproximación a la ineficacia de la permuta de viviendas por vicios o defectos ocultos",* Perspectivas del Derecho cubano actual, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coordinador), Reus, Madrid, 2006;

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993.

GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico,* traducción realizada por Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, s. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

HAMEL, "Vente, Contrats civil", X, en PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil*, Paris, 1956; MAUSS, Marcel, *Derecho flexible*, Madrid, 1974.

MORALES MORENO, Antonio, *"El alcance protector de las acciones edilicias", Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fascículo III, julio-septiembre, 1980.

II. Fuentes legales

Código Civil de Cuba: Ley Núm. 59 de 16 de julio de 1987, Divulgación del Ministerio de Justicia, La Habana, 1988;

Código Civil de Chile: Decreto 1937 de 29 de noviembre de 1976, actualizado en año 2000, en www.paginaschile.cl, consultado el 8 de enero de 2012;

Código Civil Ecuador. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: http://190.41.250.173/rij/, consultado el 8 de enero de 2012; Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960 en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/.../leg8.pdfonsultado el 9 de enero de 2012;

Ley General de la Vivienda en ESPINOSA JIMÉNEZ, Melquiades M., Rebeca HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Ley General de la Vivienda. Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica,* Ediciones ONBC, La Habana, 2009; Ley 50, De las Notarías Estatales y su Regla-

mento, a cargo de PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Julliett ALMAGUER MONTERO, Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ (Compiladores), *Compilación de Derecho Notarial,* Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, número 4, 2005; Decreto-Ley 288 de 2011, Resolución 342/11 y Resolución 351/11 en *Gaceta Oficial de la República de Cuba,* extraordinaria, Núm. 35, de 2 de noviembre de 2011;

I*ndicaciones metodológicas 4/2011 y Circular Núm. 9/2011 de la Dirección de Notarías y Registros civiles del Ministerio de Justicia* (versiones digitales para divulgación interna en las Notarías, sin publicar).

LA VENTA MÚLTIPLE DE BIENES INMUEBLES. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA SU ESTUDIO EN EL DERECHO CUBANO

OFELIA FAJARDO ACOSTA
Registradora de la Propiedad. La Habana
FREDDY ANDRÉS HUNG GIL
Profesor Auxiliar de Derecho Civil
Universidad de La Habana

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. **2.** La venta múltiple. Naturaleza jurídica del instituto y soluciones legales. **3.** La venta múltiple y el Registro de la Propiedad. **4.** El supuesto de la venta múltiple de bienes inmuebles en la realidad jurídica cubana. Bibliografía.

1. Consideraciones preliminares

La venta múltiple o doble venta de bienes es, acaso, una de las figuras propias del estudio de los contratos en especie –particularmente la compraventa– cuyo simple enunciado adelanta, sin graves dificultades, el contenido del rubro objeto de análisis. Visto de este modo, puede ser conceptualizada como la venta sucesiva –comprende dos o ulteriores ventas– de un mismo bien por una persona a distintos compradores. Se trata, por tanto, de múltiples ventas en que se mantiene inalterable la figura del vendedor así como la cosa vendida y aparecen dos o más compradores. El problema final estriba, definitivamente, en la solución que adoptará el Derecho para conferir a uno de estos adquirentes la propiedad del bien vendido.

La venta múltiple presenta como requisitos lógicos la pluralidad de contratos válidos de compraventa, al menos dos, los cuales entrarán

en conflicto por ser excluyentes entre sí. La razón de tal incompatibilidad entre los subsiguientes contratos de compraventa estriba en la identidad en cada uno de ellos de la persona del vendedor y el objeto (cosa vendida). Obviamente, esta figura supone la existencia de distintos compradores. Por otra parte, la naturaleza mueble o inmueble de los bienes genera diversas situaciones así como modos de resolver el conflicto. La trascendencia de los bienes inmuebles y la protección que se deriva de su inscripción en el Registro de la Propiedad convierten el estudio de los supuestos de venta múltiple en un ámbito de atención privilegiado para el investigador.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, se hace necesario distinguir los requisitos o presupuestos indispensables para que se configure el fenómeno que se viene comentando.

Uno de los primeros presupuestos de cara al elemento subjetivo lo es la aparición de varios sujetos. De ellos, uno es el vendedor, quien enajena el bien, por lo general es una sola persona que puede actuar tanto por sí como a través de apoderado o mandatario (1). Resulta evidente que la regla es su actuación de mala fe pues vende el bien a una primera persona y después lo hace con una segunda o ulteriores, a sabiendas del perjuicio que con ello provoca. Por otro lado, existe una pluralidad de compradores, como mínimo dos. Estos últimos contratan con la finalidad de adquirir la propiedad de la cosa, basados en la aparente legitimación del vendedor para transmitirla.

En cuanto a la cosa objeto de la compraventa, el supuesto de la venta múltiple únicamente se verifica si la misma cosa ha sido vendida en varias ocasiones a distintas personas. Aunque tal afirmación puede parecer una verdad de Perogrullo resulta necesario recalcar que sólo en este caso se genera el fenómeno en estudio.

Otro de los presupuestos o requisitos de esta figura es la validez de las subsiguientes ventas, de modo que no puede manifestarse ninguna causal de nulidad. La nulidad de una de las ventas por encontrase inmersa en cualquiera de los supuestos reconocidos en la norma conduce a que, como afirma Rivas Martínez, "no puede reputársele de tal, y si no produce efectos, menos puede decirse que pueda producirlos frente a otra compraventa" (2).

---

(1) *Vid*. Rivas Martínez, Juan José, *La doble venta a la luz de las nuevas sentencias del Tribunal Supremo,* X Curso Iberoamericano de Derecho Registral, Universidad Autónoma de Madrid, 25 de octubre al 12 de noviembre de 2010, p. 3.

(2) *Ídem*. p. 5.

La protección que el ordenamiento jurídico concede a uno u otro comprador se encuentra supeditada a un conjunto de requisitos que deberá cumplir en la búsqueda de tal tuición. En tal sentido, la inscripción en el Registro de la Propiedad es uno de los elementos medulares a partir del cual se privilegia la adquisición de uno de los compradores frente a aquel que a pesar de ostentar un título anterior no ha desplegado la debida diligencia.

2. La venta múltiple. Naturaleza jurídica del instituto y soluciones legales

La regulación de la compraventa en el Código Civil cubano carece de una referencia específica al fenómeno de la venta múltiple. Otros ordenamientos enfatizan en la figura de la venta de cosa ajena (3). Con más precisión el Código Civil español se refiere a este instituto y establece soluciones diversas para la doble venta de bienes muebles e inmuebles.Reglamenta el tenor literal del artículo 1473 del citado Código:

— Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

— Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

— Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

La interpretación del precepto anteriormente citado, revela la problemática que versa sobre la validez de los contratos subsiguientes.De este modo, a los diversos contratos no debe faltar ninguno de los elementos o requisitos esenciales para su validez pues de faltarle alguno de ellos la discusión se torna bizantina: prevalecerá siempre la venta

(3) *Vid.* artículo 892 del Código Civil portugués, artículo 595 del Código Civil boliviano, artículo n1817 del Código Civil chileno. *Cfr.* Castillo Freyre, Mario, *Estudio sobre el contrato de compraventa,* Ediciones Legales, Lima, 2003, pp. 207 y ss.

eficaz frente a aquella nula o anulable que, por tanto, no llega a desplegar los efectos jurídicos. No obstante, uno de los aspectos más polémicos versa sobre la validez de la segunda o ulterior venta si la primera resulta totalmente eficaz.

Siguiendo la línea de pensamiento anteriormente enunciada, si la primera compraventa reúne todos los requisitos esenciales para su validez, la segunda o ulteriores ventas serían consideradas ventas en cosa ajena, pues el vendedor primigenio se habría desprendido de la propiedad de la cosa. De esta forma, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, tal y como afirma Rivas Martínez (4), circunscribe los supuestos de doble venta a aquellos casos en que la primera transmisión se ha perfeccionado por la confluencia de la oferta y la aceptación pero no se ha consumado por no haberse operado todavía los efectos de la entrega o tradición. Según esta dirección teórica sólo es posible hablar de doble venta cuando estas resultan coetáneas y la segunda venta se produce en el intervalo entre la perfección y la consumación del primer contrato.

La postura comentada anteriormente fue asumida por el Tribunal Supremo español cuando en sentencia de 3 de octubre de 1963 dejó sentado que: "*En las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del convenio a que se refiere el 1.450 en relación con los 1.254, 1.258 y 1.278, porque tal fase contractual únicamente confiere al comprador un ius ad rem sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo de los artículos 1.461 y siguientes, sino con el de su consecuencia inmediata la tradición, que exigen los artículos 609 y 1.095 por ser entonces cuando surge el verdadero ius in re sobre la cosa adquirida, con el siguiente efecto de inmediatividad sobre el inmueble y acción erga omnes para hacerlo efectivo,*

(4) *Vid.* Rivas Martínez, J. J., *La doble…, cit,* pp. 10 y ss. Comentan al respecto Díez-Picazo y Gullón: El supuesto de hecho del artículo 1.473 lo constituyen dos o más contratos de compraventa celebrados por un mismo vendedor con diferentes compradores cuando es dueño de la cosa. Si, por el contrario, perfecciona alguno y además se consuma, la venta que hiciese posteriormente sería una venta de cosa ajena, sujeta a su propio tratamiento y no al artículo 1.473. Respecto del propietario, sería un acto de disposición sobre cosa de su propiedad sin poder de disposición, lo que le legitimaría para solicitar la declaración de nulidad absoluta (Ss. de 11 de abril de 1955 y 29 de abril de 1986). *Cfr.* Díez-Picazo, Luis, Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil,* volumen II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 313.

cuya consumación normalmente se produce con el correspondiente otorgamiento de escritura pública de transmisión" (5).

Frente a la dirección teórica explicada *ut supra* se erige la llamada doctrina clásica, según la denominación que utiliza Rivas Martínez (6). De acuerdo con esta postura doctrinal nada obsta para que el fenómeno de la doble venta se presente aún después de que se haya perfeccionado y consumado la primera. La consumación de la primera venta tras la entrega o tradición de la cosa objeto de la misma conduce a que una segunda o ulterior venta realizada por el vendedor primigenio sea considerada una situación evidente de venta en cosa ajena pues este es, a todas luces, un *non dominus*. Sin embargo, aunque las diferencias apuntadas pueden conducir a afirmar que se trata de supuestos diferentes y por tanto con soluciones diversas (7), nada impide que este particular se trate en el ámbito de la venta múltiple. El problema, resulta necesario afirmarlo, estriba, en última instancia, en determinar cuál de los compradores adquirirá el dominio de la cosa doblemente vendida.

Una sentencia reciente del Tribunal Supremo español (de 5 de mayo de 2008) unifica el criterio de la Sala de lo Civil de ese alto foro al considerar que: *"La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se pude tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad, en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non domino en virtud del artículo 464 del Código Civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles"* (8). A su vez, el alto foro ibérico asume como solución del supuesto de la doble venta reconocerle el dominio a aquel que primero inscriba en el Registro de la Propiedad. Ante la claridad que ofrece el fallo comentado se reproduce textualmente el fragmento que así lo dispone: *"…si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o*

(5) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo Español de 3 de octubre de 1960, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XL, septiembre-octubre, 1964, Números 436-437, p.638.

(6) *Vid.* Rivas Martínez, J. J., *La doble…, cit.*, pp. 12-14.

(7) *Cfr.* Díez-Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema…,* II, *cit.,* p. 313.

(8) Sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de mayo de 2008, en *Repertorio de Jurisprudencia* 2008, número 5502, pp. 13227 y ss.

embargo) que sí se inscribe –venta de cosa ajena– se da lugar a una adquisición a non domino por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero. Puede parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria" (9).

En virtud de todo lo expuesto, resulta evidente que el fenómeno jurídico de la doble venta viene a ser un supuesto dentro del contrato de compraventa, es decir, una consecuencia negativa del mismo, que se configura a partir de la actuación de mala fe del vendedor. No obstante, las ventas concurrentes que lo tipifican se entienden válidas por lo que la solución ante este fenómeno no es declarar la ineficacia de ninguna de ellas, sino determinar a cuál de los compradores se debe mantener en el dominio de la cosa vendida.

3. La venta múltiple y el Registro de la Propiedad

El problema medular que surca el estudio de la venta múltiple de bienes inmuebles estriba en determinar cuál de los compradores será mantenido en el dominio sobre la cosa objeto de la compraventa. Una de las soluciones posibles a esta disyuntiva descansa en la protección que ofrece el Registro de la Propiedad a la persona que oportunamente inscribe su titularidad.

El Registro de la Propiedad como oficina pública proporciona seguridad jurídica preventiva al tráfico inmobiliario. Cubre, de este modo, con su manto protector a todo aquel que ruega la inscripción. Aunque no supone la convalidación de los actos nulos que puedan ser contenidos en sus folios (10), brinda una extraordinaria protección al titular inscrito en virtud de los principios que informan la actividad registral inmobiliaria. De este modo, se establece como presunción *iuris tantum* la exactitud de los asientos registrales de la cual se deriva la legitimación del titular inscripto para transmitir el dominio de la finca (11).

---

(9) *Ídem*.

(10) *Vid*. artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

(11) *Cfr.* artículo 38 de la Ley Hipotecaria Española y comentarios de García García, José Manuel, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 30.ª edición, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 57, 58; Díez-Picazo, Luis, Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 326.

En otro orden de cosas y, como presupuesto de la legitimación registral, figura el principio de prioridad, según el cual los efectos protectores de la inscripción se predican a favor de quien de modo diligente inscribe su titularidad frente a quien de forma negligente deja yacer su derecho. Como efecto de este principio se alza la oponibilidad de lo inscrito con respecto a lo que no lo está. Es decir, el acceso al registro de un título excluye la entrada de otros que resulten incompatibles con él (12).

Por su parte, la fe pública registral es el principio hipotecario que sustenta la eficacia propia de la inscripción, pues en virtud de este se protegerá a quien adquiera confiando en su contenido. Representa, por tanto, una confianza en lo que el Registro publica supeditada a una presunción *iure et de iure* (13). En virtud de él, quien adquiera bajo la *fides publica,* si reúne los requisitos legales, es protegido en su derecho, de modo que aun cuando reciba la propiedad de acto nulo inscrito se mantiene en su adquisición pues la inexactitud de los asientos no le afecta.

Ahora bien, ¿Qué fundamentos jurídicos determinan la protección de uno de los compradores teniendo como referencia la inscripción registral de la compraventa realizada?

---

(12) *Cfr.* artículos 17 y 32 de la Ley Hipotecaria Española y comentarios de García García, J. M., *Legislación..., cit.,* pp. 37, 53. Al respecto comentan Díez-Picazo y Gullón: "Quien primero inscribe su derecho es preferido *prima facie*, el que goza de todos los beneficios del sistema, el que cierra el Registro a cualquier otro título aunque sea de fecha anterior al que ha logrado la inscripción. Si es de fecha posterior, el cierre se origina por virtud del tracto sucesivo: el título entonces no se ha otorgado por quien figura como titular registral y, por tanto, como único legitimado *prima facie* para ello. Los títulos incompatibles u opuestos han de provenir o ser otorgados por el mismo titular registral. Así, *v. gr.,* el precepto se aplica cuando A, titular registral del dominio, vende a B y posteriormente a C. ¿Cuándo existirán títulos incompatibles u opuestos? Entendemos que sucederá siempre que sea imposible reconocer en dos personas distintas idénticas facultades: sobre el bien inmueble, emanadas de sus respectivos derechos, al mismo tiempo". *Cfr.* Díez-Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema…*, III, *cit.,* p. 325.

(13) *Cfr.* Gordillo Cañas, Antonio, "El principio de fe pública registral (I)", en *Anuario de Derecho Civil,* Núm. LXI-2, Abril 2008, p. 511: "La fe pública registral, en cuanto exponente del efecto *quoadtertios* de la publicidad y exigencia de la seguridad del tráfico inmobiliario que el Registro se propone lograr y garantizar, constituye un principio hipotecario –el más importante, sin duda–, de naturaleza neta e inequívocamente «germánica» y que, superando con mucho el efecto negativo y preclusivo de la publicidad «latina», se traduce en una presunción *juris et de jure* o en una ficción, como tantas veces se dice, de exactitud y de integridad del Registro. El tercero puede confiar en que lo que el Registro publica es la verdad –toda la verdad– acerca de la situación inmobiliaria inscrita."

De acuerdo con la doctrina, uno de los elementos que permiten ofrecer una protección desde el punto de vista registral en aras de mantener el dominio sobre la cosa objeto de la compraventa a uno de los compradores, radica precisamente en la actuación de buena fe de quien adquiere el bien.Esta consiste en el desconocimiento por parte del segundo o ulterior comprador de la existencia de la venta precedente del mismo bien a favor de otra persona y, por tanto, de que la realidad extra registral no se refleja fehacientemente en el Registro de la Propiedad. La discordancia entre esta realidad y la que consta inscrita se debe a que el título que contiene la primera venta no ha accedido a tal oficina pública y pese a haberse concertado, el transmitente originario que ostenta aún la condición de titular inscrito vende nuevamente la cosa a un tercero que adquiere de buena fe, confiando en el registro y en que el vendedor se encuentra legitimado para transmitir la propiedad del bien (14). Por su parte, este segundo comprador deberá adquirir confiando en que el titular inscrito se encontraba apto para transmitir el dominio –legitimación registral– y por lo tanto bajo la absoluta seguridad que confiere la apariencia registral.

Además de los anteriores presupuestos, el registro protege a quien inscriba con carácter diligente. Es decir, ante el supuesto de dos compradores que adquieren de un mismo vendedor en momentos distintos, el registro protegerá a quien primero traspase el umbral registral –principio de prioridad-, por lo que si el primer comprador inscribe su derecho antes de que el segundo lo haga no será necesario buscar otra solución pues su título inscrito se opone a cualquier otro que resulte contradictorio con él. En cambio, si el segundo comprador reúne los elementos reseñados con anterioridad y además inscribe su título adquisitivo, entonces se convertiría en lo que se ha llamado doctrinal-

(14) El principio de buena fe está reconocido en la ley sustantiva, no obstante, la norma hipotecaria regula la buena fe como elemento neurálgico para proteger a quien adquiere confiando en el Registro, así lo establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española, el cual dispone: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente". *Cfr.* García García, J. M., *Legislación...*, *cit.*, p. 54.

mente tercero hipotecario (15), y de este modo quedaría protegido por la fe pública registral.

El tratamiento de la tercería registral en la Ley Hipotecaria cubana, debido fundamentalmente a condicionamientos históricos, que la separa de su homóloga española, no presenta contornos bien definidos que conduzcan a su efectiva protección en nuestro Derecho. Pese a ello, la figura es reconocida en la legislación hipotecaria nacional y su aplicación puede tornarse más completa a la luz de los principios que informan el Derecho Registral inmobiliario. No obstante, la tutela del tercero hipotecario manifiesta las deficiencias de esta legislación y muestra de ello se encuentra en el silencio normativo en cuanto al supuesto de la venta múltiple de bienes inmuebles.

4. El supuesto de la venta múltiple de bienes inmuebles en la realidad jurídica cubana

El Código Civil cubano de 1987, no contempla en la regulación destinada al contrato de compraventa el supuesto de la doble venta de bienes muebles o inmuebles. El silencio normativo se extiende, además, a la figura de la venta de cosa ajena. Las nuevas regulaciones en materia inmobiliaria (16), caracterizadas por una notable especialidad, tampoco prevén la ocurrencia de estos supuestos y su oportuna solución. No obstante, ambas figuras pueden verificarse en la realidad cubana y, acaso, la problemática más acuciante versa sobre el modo de resolver el conflicto.

---

(15) La figura del tercero hipotecario se encuentra claramente dibujada en la legislación española. El artículo 34 de la LeyHipotecaria marca como requisitos de su protección la adquisición por un tercero de buena fe que haya adquirido a título oneroso de titular inscrito, que exista una discordancia entre lo que existe en el registro y la realidad jurídica civil y, por supuesto, que llegue a inscribir el dominio. Respecto a esto Roca Sastre puntualiza: "el tercero hipotecario, único en nuestro sistema, y, por tanto, incluso el que indica el artículo -32 de la Ley Hipotecaria vigente, debe reunir todos, absolutamente todos los requisitos o circunstancias exigidas por el artículo 34,1, de la misma, pues el tercero hipotecario, a pesar de sostener algunos que son varios, recibe en este aspecto el mismo e idéntico tratamiento en punto a las condiciones complementarias que ha de reunir para ser tal y merecer, en consecuencia, la protección de la fe pública del registro. Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo". *Cfr.* Roca Sastre, Ramón María, Luis Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario, tomo II–Fundamentos de la publicidad registral,* 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, p. 311.

(16) Decreto-Ley 288 de 28 de octubre de 2011.

La redacción definitiva del artículo 70 de la Ley General de la Vivienda como consecuencia de la puesta en vigor del Decreto-Ley 288 de 28 de octubre de 2011, establece como requisito a cumplimentar por el vendedor de una vivienda, acreditar la inscripción del inmueble objeto de la venta, en el Registro de la Propiedad. La inscripción registral, de este modo, queda delineada como una inscripción obligatoria (17). Aunque el cumplimiento de tal requisito es, sin lugar a dudas, una garantía para la seguridad jurídica pues asegura, en principio, que el transmitente es el titular inscripto de tal inmueble, pueden realizarse al respecto algunas consideraciones.

El Registro de la Propiedad en Cuba ofrece garantías al tráfico jurídico y su establecimiento en todos los municipios del país así como el carácter obligatorio de la inscripción, previo a la trasmisión de la propiedad de un inmueble podría parecer un muro de contención suficiente frente a la ocurrencia de la venta múltiple. No obstante, la dinámica registral inmobiliaria cubana presenta, a juicio de los autores de este trabajo, brechas a través de las cuales podrían verificarse ventas múltiples. Sin ánimo de absoluta exhaustividad algunos factores parecen justificar tal afirmación. Estos son: la carencia de acceso al registro a través de medios informáticos en red, la ausencia de conexión virtual entre el Registro de la Propiedad y las notarías y la práctica de que la publicidad registral transite por la solicitud de certificaciones de dominio y su posterior presentación al notario precisamente por la persona que puede ser protagonista de la doble venta, el vendedor.

La relativa novedad del Registro de la Propiedad en Cuba podría parecer razón suficiente para determinar que la información contenida en este no se encuentre aún disponible en la red. Aunque la informatización del registro transita por la necesaria solución de problemas materiales debe afirmarse que este particular, en la medida en que sea posible, conduciría a la extensión de la publicidad registral así como del conocimiento por parte de las personas interesadas en adquirir inmuebles mediante compraventa. Además, la continua actualización de los datos registrales en la red puede reducir la posibilidad de que una persona que ostente una certificación de dominio expedida con

(17) La inscripción en Cuba posee un carácter obligatorio, así se regula en el artículo 2 de la Resolución 114 de 29 de junio de 2007, de la Ministra de Justicia, al estipular plazos para la inscripción de los distintos supuestos de transmisión de dominio que reconoce. Este carácter obligatorio está dado por la imposibilidad de realizar transmisiones de dominio sin la previa inscripción registral.

anterioridad a una transmisión de la propiedad se valga de tal documento para generar la venta múltiple de un inmueble.

La conexión virtual entre el Registro de la Propiedad y las notarías es otra de las medidas que puede ser tomada para reducir las posibilidades de supuestos de ventas múltiples. Esta necesaria comunicación, además de generar otra vía de presentación de las titularidades al registro, establecería una dinámica más segura de trabajo entre notarios y registradores. No resultan pocas las molestias que se ocasionan con motivo de errores en la redacción de instrumentos notariales o bien de suspensiones en la inscripción de un título y es el usuario el vehículo de información entre ambas instituciones. Por otra parte, los problemas materiales que podrían advertirse en la informatización de los datos registrales tratados *ut supra*, se verían notablemente disminuidos si se tiene en cuenta que la conexión necesaria en tales casos se mueve en el ámbito del propio municipio en que se encuentran situados la notaría y el registro (18).

Por otra parte, el escaso uso que se hace en nuestra realidad de la publicidad registral a fin de conocer los datos registrales así como que las certificaciones de dominio no caduquen por el transcurso del tiempo y aún más que los datos registrales sean tomados por el notario directamente de los cuños gomígrafos en las inscripciones de inmuebles anteriores a la puesta en vigor del Decreto-Ley 288, son algunas de las razones que justifican la adopción de otras medidas adicionales como las comentadas con anterioridad para atenuar la posibilidad de que se verifiquen en la realidad supuestos de doble venta inmobiliaria.

Llegado a este punto cabe acotar que la doble venta puede acontecer en nuestra realidad, debido, fundamentalmente, a las deficiencias que se suscitan en la práctica registral. La posible solución de este conflicto, ante el silencio normativo que ya se ha comentado, estaría en manos de los tribunales, quienes deberán determinar cuál de los titulares mantendría el dominio sobre el bien. No obstante, a juicio de estos autores se considera que no debe ser obviada la seguridad que brinda el Registro de la Propiedad para el tráfico jurídico y la protección que se le otorga a aquella persona que actúa de buena fe y de forma diligente inscribe su título en el registro.

(18) *Vid.* artículo 70. 1. 2 del Decreto-Ley 288 de 28 de octubre de 2011.

Bibliografia

I. Fuentes doctrinales

CASTILLO FREYRE, Mario, *Estudio sobre el contrato de compraventa*, Ediciones Legales, Lima, 2003; *El bien materia del contrato de compraventa*, 2.ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

CORNEJO, Américo Atilio, *Derecho Registral*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis, Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* volumen II, Tecnos, Madrid, 1992; *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 30.ª edición, Civitas, Pamplona, 2009.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1924.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, "El principio de fe pública registral (I)", en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXI-2, abril 2008; Repertorio de Jurisprudencia 2008, Núm. 5502.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *La doble venta a la luz de las nuevas sentencias del Tribunal Supremo*, X Curso Iberoamericano de Derecho Registral, Universidad Autónoma de Madrid, 25 de octubre al 12 de noviembre de 2010.

ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo II–*Fundamentos de la publicidad registral*, 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1995.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, "La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios", en *Anuario de Derecho Civil,* tomo LX, fascículo I, 2007; Sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de mayo de 2008, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XL, septiembre-octubre, 1964, Núms. 436-437.

II. Fuentes legales

Código Civil, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (Anotado y concordado), a cargo de Leonardo B., PÉREZ GALLARDO, Ediciones ONBC, 2007.

Código Civil de la República Argentina, a cargo de Francisco FERRER, Graciela MEDINA, María Josefa MÉNDEZ COSTA (Directores), Código Civil comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía, tomos I-V, Rubinzal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

Código Civil de Bolivia de 2 de abril de 1976. Sistema de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación " J.D.L". Poder Judicial de Bolivia. Consejo de la Judicatura. Departamento de Sistemas e Informática. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: http://190.41.250.173/rij/. Consultado el 11 de mayo de 2008; Código Civil de Chile. Actualizado hasta el año 2000. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: http://190.41.250.173/rij/. Consultado el 11 de mayo de 2008; Código Civil de España de 6 de octubre de 1888, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

Código Civil de Perú. Decreto Legislativo 295 de 24 de julio de 1984. Red de Información Jurídica. Legislación Andina. Disponible en: http://190.41.250.173/rij/. Consultado el 11 de mayo de 2008; Código Civil de Portugal de 25 de noviembre de 1966. Disponible en: www.verbojuridico.net. Consultado el 11 de noviembre de 2008.

Ley General de la Vivienda. Leonardo B. Pérez Gallardo, Marta Fernández Martínez, Zurely Rodríguez Reina, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2004.

Ley General de la Vivienda. Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica, Melquiades M. Espinosa Jiménez, Rebeca Hernández Martínez, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.

Compilación de Derecho Notarial, Separata de Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, número 4, 2005.a cargo de Leonardo B. Pérez Gallardo, Julliett Almaguer Montero, Nancy C. Ojeda Rodríguez (Compiladores).

Ley Hipotecaria, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999; Manual del Registrador de la Propiedad, Versión número 2, ¨El procedimiento Registral¨, Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio, Ministerio de Justicia, La Habana, febrero de 2008; Decreto-Ley 288 de 28 de octubre de 2011.

LA COMPRAVENTA ENTRE CÓNYUGES. A PROPÓSITO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL DE BIENES EN CUBA

CAMELIA FAJARDO MONTOYA
Profesora Asistente de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de Oriente
JOSÉ KAREL FERNÁNDEZ MARTELL
Profesor Asistente de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.
Notario

"(…) La vida en común exige una propiedad también común, algo que directamente sirva para atender a las múltiples e importantes necesidades de la nueva familia, algo distinto de la propiedad de cada uno de los individuos que se unen para el mutuo auxilio de la vida, y la procreación y educación de la prole".
José María Manresa y Navarro (1)

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. **2.** Fundamento de la limitación a la celebración de negocios entre cónyuges. Generalidades. **3.** La compraventa entre cónyuges. Visión sustantiva y comparada. **3.1.** La compraventa entre cónyuges a razón de los disímiles regímenes económicos matrimoniales. **4.** Reflexiones sobre la construcción jurídica de la comunidad matrimonial de bienes. Necesario punto de partida para un análisis de la compraventa entre cónyuges en el contexto legal cubano. Bibliografía.

(1) Manresa y Navarro, José M., *Comentarios al Código Civil español,* (con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción de D., Francisco de Cárdenas), Tomo IX, 2.ª edición, corregida y aumentada, Madrid, 1908. pp. 5-6.

1. Planteamiento de la cuestión

El contrato ha resultado ser instrumento por excelencia para la satisfacción de intereses económicos entre los seres humanos. Ningún otro como la compraventa ha servido como pilar para el intercambio de bienes y servicios en la sociedad. Suele ser, por regla, uno de los contratos más usuales y demandados del tráfico jurídico.

No es de extrañar entonces que dentro de los elementos estructurales de índole subjetiva, de la relación contractual, figuren los cónyuges como artífices de este negocio, en razón de que como seres humanos que son, demandan no solo necesidades espirituales sino también económicas.

Cierto es, que el matrimonio genera no solo efectos jurídicos en el ámbito personal de los contrayentes, sino también implicaciones en la esfera patrimonial, que tienen su más explícita traducción en el establecimiento del régimen económico matrimonial, lo que lleva implícito la necesidad de mantener la unidad en la dirección económica y moral de la familia. Si bien, el matrimonio actúa sobre la capacidad de obrar y en general sobre la esfera jurídica de quienes lo forman, en un doble sentido: ampliándola o restringiéndola.

Es, el régimen de comunidad matrimonial de bienes el principal soporte donde se erigen los primordiales intereses familiares, y en el que, si bien se expresa en mayor grado la solidaridad de los consortes y la completa unidad de éstos, al propio tiempo restringe la posibilidad de contratar entre sí. No porque la norma lo prohíba expresamente, sino porque el propio fundamento y funcionamiento del régimen colisiona con categorías y principios de otras materias del Derecho, a saber: los derechos reales.

El vigente Código Civil cubano no contiene como su antecesor legislativo una norma imperativa que refleje abiertamente la carencia de capacidad contractual entre los cónyuges, aun cuando se dedica en el artículo 338.1 (2) a delimitar qué sujetos no podrán adquirir por compraventa los bienes, derechos y acciones. Esto hace que en el orden

---

(2) Artículo 338.1 del Código Civil cubano: *"No pueden adquirir por compra los bienes, derechos y acciones:*

a) el tutor, los de la persona que está bajo su tutela;

b) los apoderados, mandatarios y albaceas, los que tengan en administración;

c) el personal judicial y fiscal, los auxiliares judiciales y los abogados, los que estuviesen sujetos a litigios en que intervengan; y

ch) los notarios, los relacionados con los asuntos en que intervengan en el ejercicio de sus funciones."

normativo el tema propuesto se nos muestre de una manera no muy clara, dado el hecho de que será necesario el estudio de la figura en el ámbito familiar con todo y legislación, a fin de solventar los posibles dilemas.

2. Fundamento de la limitación a la celebración de negocios entre cónyuges. Generalidades

A decir de HERRERO GARCÍA (3) descifrar ante el tratamiento ofrecido por los distintos ordenamientos jurídicos si marido y mujer pueden, como partes de un contrato, realizar entre sí, las distintas figuras contractuales que prevé la propia ley no resulta tarea fácil. De hecho, la interpretación que a los diversos preceptos contenidos en las legislaciones nacionales sobre el tema, o las consideraciones que sobre él han ofrecido los juristas, en algunos casos, ante el silencio del texto positivo, y en otros, por la propia letra de la norma, son elementos que confluyen para que se ofrezcan numerosos puntos de opinión y diversas soluciones legales a dicha cuestión.

Una de las consecuencias más importantes y a la vez incorrectas de la consideración que se tuvo del matrimonio en otras épocas, y por ende, de la posición diferente de hombre y mujer respecto a la relación conyugal, ha constituido la idea de prohibición de contratación entre cónyuges, cuestión que a todas luces debió tener un desarrollo posterior diferente, tomando en cuenta la evolución ulterior de la institución matrimonial y la actual valoración del principio de igualdad que debe informar las relaciones entre los consortes.

¿Pudiera decirse que existe o ha existido una prohibición general de contratación entre cónyuges? Si tomamos como punto de partida para la respuesta a nuestra interrogante lo ocurrido al respecto en el Derecho Romano, tendremos que responder que no en todos los tiempos ni en igual magnitud. El Derecho Romano admitió como válida y posible la contratación entre esposos, salvo las excepciones que siempre y exclusivamente se han referido a donaciones directas, o bien las

(3) HERRERO GARCÍA, M.ª José, "Los contratos onerosos entre cónyuges en la Historia del Derecho Catalán y en su vigente compilación", en *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVIII, abril-junio, Madrid, España, 1975, p. 257.

encubiertas bajo otro contrato (4). De ahí que: *"omnis contractus, non cadens in donationem, potest fieri inter virus et uxurem"*.

Si bien es cierto, que en un periodo de tiempo de la historia y al amparo de determinadas condiciones en el marco familiar, conyugal y hasta económico la prohibición de contratación entre cónyuges hubiera podido estar justificada, hoy los argumentos que se sostenían en aquel entonces tienen escasa consistencia lógica y jurídica. De manera que, tal como sostiene PÉREZ-JOFRE Esteban (5) ya no resultan justificadas las explicaciones para seguir desechando tal posibilidad, que se basaban en mayor grado en los aspectos siguientes:

— La unidad de persona (6).
— Las reglas de abuso de influencia o autoridad.

---

(4) Así se deduce del párrafo 5.° de la ley 5.ª, del 6.° de la ley 7.ª, de los 3.° y 4.° de la ley 31, del 3.° de la ley 35 y de la ley 52, título 1.° del libro 24 del Digesto.

Por su parte, y como apunta MANRESA Y NAVARRO, José M., *Comentarios… X, cit.*, p. 91, las Partidas no fijaron un criterio general acerca de los contratos entre cónyuges, limitándose en la ley 4.ª a declarar: *"Quales donaciones non valen, que el marido é la muger fafazebn entre sí, despues que el matrimonio fuere acabado, e en que manera se pueden desfacer"*. Por ser la cita textual de un texto legal se ha respetado la redacción.

Todo ello hace que el prestigioso GARCÍA GOYENA, dejándose arrastrar por las ideas de otro prestigioso autor como Gregorio LÓPEZ, asumiera semejante posición en su proyecto de Código Civil de 1851 (artículo 1380) y sancionara de nulidad radical los contratos entre marido y mujer conforme dispuso la ley 55 de Toro, la cual entendió que dada la carencia de capacidad contractual que presentaba la mujer para obligarse sin licencia del marido se prohibía la negociación entre ambos.

(5) PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, José Manuel, "La evolución del Derecho de Familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges", en *Revista de Derecho Notarial,* LXXXIX-XC, julio-diciembre, Madrid, España, 1975, p. 268.

(6) En Cataluña la Dirección de los Registros, a través de su Resolución de 6 de diciembre de 1898, afirmó que no puede un mandatario vender a su propia mujer los bienes de cuya venta estaba encargado, aun cuando el Digesto autoriza aquellas ventas en que no exista el propósito de hacerse donación, porque tales disposiciones habían sido derogadas en Cataluña por el artículo 6.1 del Código Civil. Por lo cual, y con arreglo a los artículos 12 y 1458 del Código Civil se declaró no inscribible la venta. Sin embargo, como certeramente apunta MANRESA Y NAVARRO, José M., *op. cit.*, pp. 98-99, "(…) Ciertamente no nos parece muy respetuosa esta resolución con el principio de representación, pues el marido no vendía sus bienes propios sino los de su mandante, y en realidad no se trataba en el caso propuesto de una compra y venta entre marido y mujer, sino entre ésta y un tercero". "(…) no es el marido el que vende, es un tercero; no vende el marido bienes de un tercero, sino un tercero quien vende sus propios bienes valiéndose del marido de la compradora".

— Los intereses de terceros y la prohibición de traspaso de las masas patrimoniales.

— La imposibilidad de que el marido actúe al tiempo como otorgante del contrato y asista por medio de la licencia a su mujer.

— La posibilidad de cambiar mediante ellos el régimen matrimonial (7).

Al propio tiempo, y como aspectos que denotan la inoperancia de tales argumentos, puede referirse en torno a los dos primeros elementos enunciados, la marcada intención de conservar de manera intacta la posición privilegiada del hombre y en contrario, la situación subordinada de la mujer, que como ya advertíamos resulta hoy día desechable ante los cambios experimentados en este particular y la posición de igualdad que mayormente va imperando en los ordenamientos jurídicos respecto a la regulación de las relaciones entre cónyuges y que se hace extensivo al ámbito patrimonial. A ello se suman los saltos cualitativos experimentados por la mujer en relación con su capacidad civil, independientemente de su estado conyugal.

Por otro lado, respecto al tercero de los argumentos vale la precisión de que el perjuicio al tercero no tiene su origen en la condición de cónyuge, sino en la transferencia o paso de bienes o valores de un patrimonio a otro, resultando lógico que con un apropiado sistema registral unido al remedio de la acción pauliana, la situación real estará resguardada o, cuanto menos, no resultará agravada por el hecho de que el tráfico de bienes se haya efectuado entre cónyuges.

La cuarta de las objeciones expuestas también tiene sus inconsistencias, propias del mismo transcurso del tiempo, en vistas de que la propia licencia referida ha sido suprimida, dejando por ende de configurarse la situación por este argumento descrito.

Por último, lo relativo al cambio de régimen económico. Si antes la regla general constituía la inmutabilidad del régimen, hoy se presenta como una opción su posible mutabilidad, en razón de que actual-

(7) Criterio también matizado por el citado comentarista MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 94, cuando advierte y a la vez agrega una salvedad a las ideas de los señores Galindo DE VERA Y ESCOSURA respecto a las Resoluciones de 1.° de abril y 21 de junio de 1884 de la Dirección de los Registros, al exponer: "(…) Del estudio de los preceptos del capítulo 1.°, título 3.°, libro 4.° del Código, parece deducirse muy claramente que la ley ha tenido el pensamiento, al reglamentar el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, de que el régimen económico familiar no se altere en lo más mínimo una vez celebrado el matrimonio. Sin duda la garantía de los derechos de terceros le ha llevado a esa conclusión".

mente se admite la modificación de las reglas atinentes a las relaciones económicas de los consortes, mediante las propias capitulaciones matrimoniales, en un momento posterior a la formalización del vínculo y aunque ya se hubiere hecho elección de un régimen económico, de manera que, la permisibilidad de contratación entre cónyuges no resulta ser hoy una vía para burlar una inmutabilidad que no persiste.

3. La compraventa entre cónyuges. Visión sustantiva y comparada

Si damos una hojeada a la regulación de la contratación entre cónyuges, y más concretamente a la posibilidad de compraventa entre éstos en el Derecho Comparado, nos encontraremos ante el hecho de que no existe uniformidad legislativa al respecto, todo lo contrario. En la misma medida que existen ordenamientos jurídicos que admiten la compraventa entre cónyuges y enarbolan la plena libertad de contratación, otros admiten sólo tal evento en los matrimonios cuyo régimen económico es el de separación de bienes, dejando vedada dicha opción para el resto de los regímenes patrimoniales admitidos por el legislador, prohibiéndola con mayor énfasis para el régimen de comunidad de bienes.

Entre los primeros se halla el Código Civil español, que desde el propio artículo 1.323 (8) deja sentada la postura del legislador en torno a la permisibilidad de traspaso entre consortes de bienes y derechos por cualquier título, en la misma medida que le concede a éstos la facultad de celebrar entre sí toda clase de contratos. Y en lo atinente al contrato de compraventa, se colige de la letra del artículo 1.458 (9) del propio texto legal que los cónyuges tienen abierta toda opción de venderse recíprocamente bienes, asumiendo en razón de todo lo anterior tal legislación una postura a favor de la plena libertad de contratación entre los cónyuges.

Otro ordenamiento jurídico que en igual medida admite la contratación entre cónyuges, y dentro de ella la posibilidad de celebración de compraventa es Nicaragua, que en su Código Civil, específicamente en

(8) Artículo 1.323 del Código Civil español: *"Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos."*

(9) Artículo 1.458 del Código Civil español: *"Los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente."*

su artículo 157 (10), declara la permisibilidad de tal fenómeno, abarcando tal pronunciamiento incluso a los matrimonios celebrados a tenor de la legislación anterior al Código Civil que actualmente los regula.

En igual posición se ubica el ordenamiento jurídico de Panamá, que en su Código de Familia admite el traspaso de bienes entre consortes por cualquier título y propicia la celebración de toda clase de contratos, admitiéndose entre ellos el contrato de compraventa, lo que se constata de la letra del artículo 84 (11) del citado texto legal.

En sentido contrario se encuentran los ordenamientos de Venezuela y Guatemala. En el caso del primero, la letra del artículo 1.481 (12) es clara y tajante respecto a la imposibilidad de efectuar entre sí la compraventa de bienes, mientras el segundo, si bien hace la misma previsión en el artículo 1792 (13) del Código Civil, excluye tal prohibición cuando se trate de adjudicaciones en pago entre cónyuges por razón de liquidación de la sociedad conyugal.

Resulta curiosa la posición asumida por el legislador en el caso particular del ordenamiento jurídico de República Dominicana, porque en principio no admite la celebración de compraventa entre cónyuges; exceptúa de tal regla general tres supuestos, lo que se colige de la letra del artículo 1595 (14) de su Código Civil.

---

(10) Artículo 157 del Código Civil de Nicaragua: *"Es permitida la contratación entre los cónyuges y la mujer no necesita autorización del marido ni del Juez para contratar ni para parecer en juicio. Esta disposición se extiende a los matrimonios contraídos bajo la legislación anterior."*

(11) Artículo 84 del Código de Familia de Panamá: "E*l marido y la mujer podrán traspasarse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos."*

(12) Artículo 1.481 del Código Civil de Venezuela: *"Entre marido y mujer no puede haber venta de bienes."*

(13) Artículo 1792 del Código Civil de Guatemala: "*El marido no puede comprar de su mujer ni ésta de aquél, aunque haya separación de bienes. No quedan incluidas en la prohibición las adjudicaciones en pago entre cónyuges por razón de liquidación de la sociedad conyugal."*

(14) Artículo 1595 del Código Civil de República Dominicana: *"No puede haber contrato de venta entre los esposos, sino en los tres casos siguientes:*

1.º aquel en que uno de los esposos cede bienes al otro, estando separado de él judicialmente, como pago de sus derechos;

2.º aquel en que la cesión hecha por el marido a la mujer, aunque no esté separado, reconoce una causa legítima, tal como la reinversión de sus inmuebles enajenados o la del metálico que a ella pertenecían, si estos inmuebles o dinero no entran en la comunidad;

3.º aquel en que la mujer cede bienes a su marido para pagarle la suma que ella le prometiere en dote, y cuando hay exclusión de comunidad; salvándose, en estos tres casos, los derechos de los herederos de las partes contratantes, si en ello hay ventaja indirecta."

La prohibición de celebración de compraventa entre consortes también encuentra cabida en países como Uruguay y Argentina. En el primero de ellos tal particular se regula en el artículo 1675 (15) del Código Civil, mientras que en el Código Civil de Argentina la prohibición queda expresamente refrendada en el artículo 1358 (16). Autores como Bossert y Zannoni (17) consideran que en el caso particular de Argentina el fundamento de la referida prohibición descansa en la necesidad de evitar que bajo la forma de este contrato oneroso pueda encubrirse una liberalidad.

Por su parte, en el caso particular del Código Civil mexicano, en principio, los cónyuges tienen capacidad para celebrar contratos, disponer de sus bienes propios, sin que a esos efectos requieran el consentimiento de uno o de otro para ello, no así, tratándose de bienes comunes, en cuyo caso es necesario tal consentimiento para realizar actos de administración y dominio sobre ellos, lo que se aprecia en lo preceptuado en el artículo 172 (18) del referido texto legal. No obstante, cuando se trata de la celebración de contratos entre consortes es necesaria la autorización judicial, salvo que se trate de contrato de mandato para pleitos y cobranza, tal y como se regula en el artículo 174 (19). Pero, en lo atinente a la compraventa entre cónyuges, si bien no hay una prohibición absoluta en torno a su celebración, se especifica que solo se admite su celebración en caso de que el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, cuestión que encuentra su regulación en el artículo 176 (20) del Código Civil.

---

(15) Artículo 1675 del Código Civil de Uruguay: *"Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados de cuerpos."*

(16) Artículo 1358 del Código Civil de Argentina: *"El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos."*

(17) Bossert, Gustavo y Eduardo Zannoni, *Manual de Derecho de Familia,* 6.ª edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 279.

(18) Artículo 172 del Código Civil de México: *"El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para contratar, administrar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo el consentimiento de la esposa ni esta la autorización de aquel, salvo en los actos de administración y dominio de los bienes comunes."*

(19) Artículo 174 del Código Civil de México: *"Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración."*

(20) Artículo 176 del Código Civil de México: "*El contrato de compraventa solo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio este sujeto al régimen de separación de bienes."*

En igual sentido que el anterior se pronuncia el Código Civil de Puerto Rico, que solo admite la celebración de contrato de compraventa entre consortes cuando se hubiese pactado entre éstos la separación de bienes como régimen regulador de las relaciones económicas matrimoniales, o bien cuando existiera separación judicial de bienes, según la letra del artículo 1347 (21). Por último, el Código Civil de Perú en su artículo 312 (22) prohíbe expresamente los contratos entre cónyuges, incluyendo así la compraventa en caso de bienes pertenecientes a la sociedad.

3.1. La compraventa entre cónyuges a razón de los disímiles regímenes económicos matrimoniales

El análisis de la pertinencia o no de la compraventa entre cónyuges requiere una oportuna mirada al fenómeno, en dependencia del régimen económico que rija las relaciones patrimoniales entre los consortes, dado el hecho de que cada régimen tiene características propias en su funcionamiento y reglas particulares en lo relativo a la administración y disposición sobre los bienes, e incluso respecto a la titularidad de éstos.

En el caso particular del **régimen de separación de bienes** (23) en razón de sus propias características, el desplazamiento de un bien o derecho del patrimonio de un consorte al del otro, ya sea de mujer a hombre o viceversa, en virtud de un contrato oneroso, como la compraventa o en su caso gratuito, como la donación, no ofrece ninguna

(21) Artículo 347 del Código Civil de Puerto Rico: *"El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes..."*

(22) Artículo 312 del Código Civil de Perú (Prohibición de contratos entre cónyuges): *"Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad."*

(23) Es aquel sistema en el cual son claramente diferenciables los patrimonios de cada uno de los consortes, por el hecho de no conferir a los cónyuges expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. De tal suerte, la formalización del matrimonio no modifica el régimen de propiedad de los bienes, que continúan perteneciendo al cónyuge adquirente, siendo él mismo, quien administra y dispone de lo adquirido, bien se trate de los que ya eran suyos antes de la legalización del vínculo o de los obtenidos *a posteriori*. De la misma manera ocurre con relación a las deudas que se contraen y la responsabilidad por éstas, que en principio no afectan los bienes del otro consorte por dicha responsabilidad, asumiendo la misma el que la contrajo de manera individual.

particularidad que pueda distinguirlo de igual negocio jurídico que puedan celebrar dos extraños. De manera que, en principio, nada impide que tal traspaso de bienes pueda ser efectuado entre éstos si hubiesen pactado un régimen de separación de bienes. La propia organización de la titularidad de tales bienes los legitima para poder celebrar el acto negocial, pues son ellos titulares domínicos por separado, de los que pretenden sean objeto de tal desplazamiento. Es decir, atendiendo a los rasgos de este régimen nada impide la negociación entre los cónyuges, pues sus cuotas dentro de la masa matrimonial están debidamente fijadas.

En lo atinente al **régimen de participación** (24) en virtud del propio funcionamiento de éste, de manera similar al de separación de bienes durante su vigencia, a la compraventa entre consortes en tales circunstancias resulta de aplicación lo analizado para el caso de un matrimonio regido por el propio régimen de separación de bienes.

Por su parte, tratándose de un **régimen de comunidad de bienes** (25) el análisis debe partir de determinar qué bienes concretos serán objeto de la compraventa en razón de que en este caso se advierte la presencia de tres masas patrimoniales diferentes, a saber: bienes privativos de la esposa, bienes privativos del esposo y bienes integrantes de la comunidad, o como también se le denomina en algunos ordenamientos jurídicos bienes gananciales. La incidencia de la procedencia de los bienes en función de las masas patrimoniales antes mencionadas radica en que cada una de ellas tiene un particular régimen de administración y disposición.

Respecto a los bienes privativos de cada consorte, éstos tienen la plena titularidad y en tal sentido la libre administración y disposición sobre ellos, mientras, en relación con los bienes comunes o gananciales, la situación no se manifiesta de la misma manera. Sobre esto último lograremos mayor claridad cuando analicemos la naturaleza

---

(24) Este es considerado en su funcionamiento de modo análogo a los sistemas de separación durante su vigencia, teniendo en cuenta que cada uno de los consortes conserva libre administración y disposición de sus bienes, ya se trate de los adquiridos antes de comenzar a regir este sistema, como de los que por cualquier título adquieran durante su vigencia, independientemente que para determinados actos de cierta relevancia la legislación de algunos países pueda exigir la anuencia de ambos cónyuges.

(25) Su nota característica es la formación de una masa común de bienes que pertenece a ambos consortes y que ha de repartirse entre ellos o, en su caso, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido al disolverse el vínculo. Este régimen puede, a su vez, asumir diferentes variantes, en dependencia de la extensión de la masa común, *v.gr.*, comunidad universal, comunidad particular o limitada.

jurídica de la comunidad de bienes, que conducirá igualmente a concretar las peculiaridades del funcionamiento de dicho régimen.

Conforme expone PÉREZ MARTÍN (26) las tres interrogantes a responder para determinar el alcance y efecto de la compraventa entre cónyuges en virtud del régimen de comunidad son: ¿Qué bienes se venden? ¿Quién compra? ¿Con qué dinero se compra?

En el supuesto de que la venta se efectúe de un cónyuge a otro, y el bien vendido tenga carácter privativo, de realizarse el pago por el otro consorte (comprador) con dinero propio, el bien vendido ingresa directamente del patrimonio del cónyuge vendedor al del cónyuge comprador. En este caso, el bien mantiene la misma condición de bien privativo por haber sido adquirido con dinero propio, o sea, tiene igual carácter que el dinero con el que se efectúa el pago. Las respuestas se concretan entonces a que: se vende un bien privativo, compra un consorte al otro y paga con dinero propio.

Por su parte, si el pago se efectúa con dinero que tiene la condición de bien común o ganancial, el bien que se adquiera tendrá igual carácter. A esos efectos, considera el precitado tratadista (27) que un esposo actúa en nombre propio, mientras el otro adquiere en representación de la sociedad conyugal, de manera que el desplazamiento del bien se produce del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al acervo común. Las respuestas en virtud del supuesto anterior son: se vende un bien privativo, compra un consorte, pero al hacerlo paga con dinero común, cuestión que determina que el bien reciba la misma condición del dinero con que se efectúa el pago de lo adquirido.

La otra posibilidad a dilucidar se concreta a la venta de un bien común o ganancial determinado a uno de los cónyuges. En este supuesto particular no puede decirse que exista una única línea de pensamiento. De hecho, se trata de una de las situaciones en que algunas legislaciones no admiten la compraventa entre cónyuges, entre otras cuestiones, porque respecto a la masa común no existen cuotas ideales sobre las cuales los consortes tengan titularidad, de manera que los bienes y derechos que la conforman no están atribuidos individualmente a cada uno de éstos, haciéndose imposible los actos dispositivos de forma aislada como si se tratase de bienes privativos, porque efectivamente no lo son.

---

(26) PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, Tratado de Derecho de Familia, Tomo V, Vol. I, *Regímenes Económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Ed., Lex Nova, 2009,

(27) *Ídem,* p. 86.

No obstante, HERRÁN ORTIZ (28) considera admisible la compraventa entre cónyuges cuyo su objeto lo constituya un bien ganancial, siendo imprescindible para la validez del negocio que el dinero con el cual se efectúe el referido pago tenga la condición de bien privativo. En tal supuesto, se vende un bien común, figurando como vendedores ambos consortes y uno de ellos al propio tiempo como comprador, efectuándose el pago con dinero privativo. A contrario *sensu*, si el dinero con el que se efectúa el pago tiene la condición de bien común, muy a pesar de la venta, el bien objeto del negocio mantendría su carácter común.

4. Reflexiones sobre la construcción jurídica de la comunidad matrimonial de bienes. Necesario punto de partida para un análisis de la compraventa entre cónyuges en el contexto legal cubano

Desentrañar la naturaleza o construcción jurídica de cualquier institución del Derecho ha sido siempre una cuestión controvertida, no resultando diferente cuando de régimen de comunidad de bienes se trata. Es una materia que tiene una utilidad no solo teórica, sino también práctica, de mucha relevancia, al propiciar el despojo de interrogantes que pueden presentarse al interpretar y aplicar las normas reguladoras de dicho régimen, que dependen en gran medida de la concepción que sirve de punto de partida para el análisis de la figura en estudio. Este tópico ha provocado enconados debates, que han implicado la elaboración de varias teorías o posturas que tratan de enfilar el asunto, pudiendo concentrarse en tres grandes grupos.

En un primer grupo se ubica la teoría de la propiedad del marido, cuyo origen se remonta al siglo XVI y por virtud de la cual se sostenía que en la relación conyugal el marido era el único titular de los derechos constante matrimonio, lo que no era óbice para que a su disolución la mujer tuviera derechos, en virtud de que según sus principales seguidores la comunidad de bienes se muestra en lo esencial una comunidad de liquidación, cuya finalidad es precisamente asegurar la participación de la mujer o de sus herederos en las ganancias que el marido haya obtenido durante el matrimonio. Predominaba sobre todo

(28) HERRÁN ORTIZ, Ana, *cit. pos.*, Antonio Javier, *Tratado de… V,* Vol. I, *cit.*, p. 86.

en el Derecho francés y tenía apoyo en un texto de la Costumbre de París (29), en la opinión de DUMOULIN (30) y de POTHIER, y conservada, luego de la codificación por TOULLIER. Se trata hoy día, de una teoría que resulta insostenible, sobre todo a la luz de la actual línea de regulación del régimen económico matrimonial y de los efectos patrimoniales en general en los ordenamientos jurídicos, inspirada en el principio de igualdad, de manera tal que ambos consortes tienen derechos sobre el patrimonio ganancial, lo que se manifiesta no solo a la disolución del vínculo sino también durante la vigencia misma del matrimonio.

En ese mismo grupo, se incluye a decir del tratadista español O´CALLAGHAN (31) la teoría de la cotitularidad, refrendada en la regulación de los textos antiguos, en la medida en que se considera que sobre cada bien o derecho los esposos ostentan una cotitularidad. Los ordenamientos jurídicos actuales no lo conciben de tal manera, resultando improcedente su apreciación, dada la idea de que se configura como una comunidad sobre una masa patrimonial en su totalidad, en la que ambos consortes tienen los mismos derechos.

Por su parte, la teoría del patrimonio (32), perteneciente al mismo grupo, y sostenida por la doctrina científica italiana, especialmente por MESSINEO, considera a la comunidad como un patrimonio, el ganancial, considerado como patrimonio colectivo de destino, y dotado de autonomía, aunque no perfecta, al carecer de personalidad jurídica. Es

(29) El texto de la Costumbre de Paris al respecto expresaba que el marido era señor de los muebles y de los gananciales inmuebles, o sea, *"Le mari est seigneur des meubles et conqûets inmeubles"*.

(30) Para éste la esposa no era propiamente socia sino que tenía la esperanza de llegar a serlo, cuando expresa (...) *non est proprie socia, sed speratur fore*.

(31) O´CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil,* Tomo IV, *Derecho de Familia,* enero de 2001, versión digital en http://vlex.com/vid/215561 consultado en fecha 10/3/2010.

(32) En este sentido también en algún momento se pronunció la jurisprudencia española, en ocasión de la STS de 17 de abril de 1967 (Repertorio de Jurisprudencia, Aranzadi 1967/1.871) que refiere que la sociedad de gananciales es: *"una institución de Derecho de Familia que imprime su sello particular, no sólo a las relaciones personales, sino también a las patrimoniales, y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado a los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes"*. A estos efectos, *cfr.* artículo 1.344 y siguientes del Código Civil. *Vid.* MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *El Régimen económico del matrimonio,* s.ed., 2005, p. 243, versión digital en http://vlex.com/vid/322186 consultado en fecha 23/4/2010.

asumida también por autores españoles como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (33), siendo las finalidades de dicho patrimonio, esencialmente dos: la primera, el sostenimiento de las cargas del matrimonio, y la segunda, enmarcada en la obtención de ganancias, considerando ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (34) el carácter preferente del primero respecto al segundo, en virtud de que, no hay ganancias mientras existan cargas del matrimonio, y abundando además que no puede considerarse que desde el inicio exista una comunidad, en razón de que en ella se advierten dos fases, una dinámica que abarca desde el nacimiento hasta su disolución, y otra estática, que enmarca el periodo desde la disolución hasta la liquidación. Siendo así, solo se convierte en comunidad al entrar en la segunda fase, pues hasta la liquidación existe simplemente una masa de bienes cuyo destino primario es el sostenimiento de las cargas del matrimonio y es sólo con la liquidación, que se configura una comunidad que recae indiferentemente sobre la masa ganancial, ya convertida en ganancias, y liquidadas las cargas matrimoniales el remanente se atribuye y se reparte por mitad entre los cónyuges, criterio compartido también por CASTILLO TAMARIT (35).

Dicha teoría resulta insuficiente para desentrañar la esencia de un patrimonio que es común a ambos cónyuges, los cuales tienen iguales derechos de administración y disposición, y en virtud del cual se conforma un patrimonio sometido a un régimen jurídico especial, que hace que se separe del patrimonio general de cada uno de los consortes, de manera que, cada cónyuge es titular de varias masas patrimoniales, poseyendo cada una de ellas un tratamiento jurídico propio. Así, el patrimonio separado pertenece a una pluralidad de personas, concretamente, a ambos cónyuges, derivando su carácter especial de la regulación por el Derecho positivo y no de la autonomía de la voluntad de éstos, que vincula la especial afección del mismo a fines específicos del consorcio conyugal, cuestión que rebasa los intereses estrictamente individuales y particulares de cada uno de los consortes.

---

(33) DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *cit. pos.*, YAGO ORTEGA, Antonio, "Acerca de la titularidad sobre los gananciales", en *Revista de Derecho Notarial,* CIII, enero-marzo, Madrid, España, 1979, p. 379.

(34) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago, "Sociedad de gananciales, gananciali dad, bienes gananciales y ganancias", en *Revista de Derecho Notarial,* CXVI, abril-junio, Madrid, España, 1982, p. 12.

(35) CASTILLO TAMARIT, José, "Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales", en *Revista de Derecho Notarial*, CXXI-CXXII, julio-diciembre, Madrid, España, 1983, pp. 10-11.

La cuarta teoría de este primer grupo, relativa a la personalidad jurídica sostiene la idea de que la comunidad de bienes goza de este atributo, pretendiendo conceder a la sociedad de gananciales personalidad jurídica propia, independiente de la que ostenta cada uno de los consortes, cuestión que depende en gran medida de que cada ordenamiento jurídico sea capaz de dotar al régimen económico de tal condición. Entre sus principales exponentes se ubican MANRESA, GARCÍA GOYENA, MUCIUS SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE (36). Debe criticársele además el hecho de que la personalidad jurídica es un atributo de la persona, y visto que la comunidad de bienes no es una persona jurídica, no es un sujeto de derecho, no tiene personalidad jurídica propia con la que pueda contraer deudas por sí, sino que sólo puede hacerlo a través de los cónyuges como titulares de dicha comunidad.

Por último, la teoría de la comunidad *pro indiviso*, en virtud de la cual se le atribuye a la figura en estudio el carácter de copropiedad romana, con cuotas diferenciadas y transmisibles, y facultad de división de la comunidad, posición sostenida por autores como GUILARTE GUTIÉRREZ, CASTÁN TOBEÑAS, ROCA SASTRE, BONET y BATLLE (37) no resultando atinada dicha tesis para explicar la naturaleza jurídica del régimen, toda vez que, en esencia, aun y cuando los cónyuges son dueños de los bienes que conforman la masa común, no tienen por separado un derecho individual sobre cada uno de los que la integran, de manera que no les está permitido disponer separadamente sobre ellos, sino que, la participación de aquellos la ostentan globalmente en relación con la masa íntegra en tanto patrimonio separado común. Además, carece tal régimen de elementos que son connaturales a la copropiedad romana, *v.gr.*, el derecho a la división y la pertenencia a cada cotitular de una cuota intelectual.

En el segundo grupo se ubica la teoría de la sociedad, término que ha sido utilizado por algunos autores clásicos españoles (38) para la denominación a dicho régimen, aunque advirtiéndose que no se trata de una sociedad ordinaria, como la derivada del contrato de sociedad.

---

(36) BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges,* s.ed., Madrid, 1993, pp. 82-83.

(37) *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales,* Valladolid, España, 1991, pp. 76 y ss.; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *et. al, Derecho de Familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 218-219.

(38) Entre ellos pueden mencionarse a GARCÍA GOYENA, FALCÓN, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, MANRESA y CLEMENTE DE DIEGO, considerando éste último que se trata de una sociedad con rasgos propios.

Así, ROYO MARTÍNEZ (39) la identifica con una sociedad civil, pero adaptada a las peculiaridades del Derecho de Familia, o sea, una sociedad especial sin personalidad, de base familiar.

Con independencia de la precisión referida al carácter especial o limitado que se le atribuye a la sociedad para esta modalidad de régimen económico, existen argumentos suficientes para negar su identificación con tal instituto, así, *v.gr.*, tal y como advierte O´callaghan (40) la ausencia de todo ánimo de lucro, la inexistencia de la *affeccio societatis* como voluntad de conformar la sociedad y del reparto periódico de ganancias, la inaplicabilidad de las normas de la sociedad con respecto a la administración, a la disposición de los bienes, y a su disolución.

Por último, en el tercer grupo se ubica la teoría que en la actualidad posee la mayor aceptación desde el punto de vista doctrinal, y que identifica a la comunidad matrimonial de bienes con la comunidad germánica, en la que los titulares son los consortes, quienes no tienen cuotas de las cuales puedan disponer, sino simplemente participaciones, con carácter de indisponibles, intransmisibles e irrenunciables, que afectan a cada derecho o bien ganancial como integrante de un patrimonio autónomo, constituido por los derechos y bienes que conforman el acervo común, dotado de autonomía, pero sin llegar a alcanzar personalidad jurídica propia y sobre las que tienen una participación indeterminada. Visto así, la administración y disposición de los bienes y derechos que conforman la comunidad es conjunta, de manera que estos actos deben realizarse siempre de mutuo acuerdo.

En virtud de la apreciación de la comunidad matrimonial de bienes como comunidad de tipo germánica, teoría que a nuestro juicio constituye la más acertada para llegar a la esencia de la naturaleza jurídica del instituto, se derivan determinadas consecuencias que pueden considerarse parte integrante del funcionamiento y efectos de dicho régimen económico del matrimonio, a saber:

---

(39) ROYO MARTÍNEZ, *cit. pos.,* MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *et. al, Derecho de… , cit.,* p. 219.

(40) O´Callaghan, Xavier, *Compendio…, cit.*

— Se crea un patrimonio común, de modo tal que dicho patrimonio y cada uno de los bienes que lo constituyen quedan conferidos de forma conjunta a marido y mujer, originándose un patrimonio separado colectivo, independiente de los patrimonios personales de cada cónyuge, cuyos titulares son los propios consortes.

— Cada uno de los bienes o derechos gananciales que conforman el acervo común no están atribuidos individualmente por cuotas a los cónyuges, faltando en tal circunstancia el concepto de parte que es típico de la comunidad romana.

— Los cónyuges, por virtud del régimen de comunidad matrimonial de bienes tienen la obligación de permanecer en la comunidad, siendo imposible instar su división y liquidación si no es en los casos en que la ley prevé su extinción.

— No pueden los consortes disponer aisladamente por actos *inter vivos,* como si se tratase de bienes privativos, de las participaciones que respecto a cada uno de los bienes o derechos comunes les pertenecen, al existir sobre la masa común derechos y obligaciones propias, e incluso un régimen distinto de administración y disposición.

Ahora bien, ¿cómo es que influye esta situación en sede de compraventa entre cónyuges en Cuba? ¿Qué reglas legales nos permiten vislumbrar el camino? ¿Será posible que los cónyuges puedan comprarse y venderse recíprocamente sin más traba que su propia voluntad? Las interrogantes planteadas son apenas algunas inquietudes que pudieran saltar a la mente del operador jurídico. Si bien, como es sabido, ni el Código Civil proscribe dicho contrato, ni el Código de Familia, como normativa especial con prelación sobre la general, brinda reglas concretas sobre la base de compraventa entre los cónyuges. La solución a la que pudiéramos llegar dependerá en gran medida de una interpretación lógico-sistemática que seamos capaces de hacer integrando la normativa especial sobre la general.

Conforme con la letra del artículo 29 del Código de Familia impera en Cuba un único y exclusivo régimen económico del matrimonio: la comunidad matrimonial de bienes, cuyo régimen existirá desde el mismo momento de la formalización del matrimonio o desde que recaiga sentencia declarativa reconociendo la unión de hecho entre los "consortes" cuando uno de éstos no quiera o no pueda, y siempre que reúnan los requisitos de singularidad, estabilidad y buena fe

(41). Pero, este no es el único punto que agota en este sentido, sino que en los preceptos siguientes hace advertir que de conjunto a los bienes que se han adquirido desde la formalización del matrimonio o su reconocimiento judicial, aquellos obtenidos por los consortes anterior a la institución mantienen su esencia, es decir, la *voluntas legislatoris* hace confluir bienes comunes (42) y propios (43) sin que estos últimos pierdan su naturaleza por la celebración del matrimonio.

---

(41) En este sentido nos aclara la profesora MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de Familia,* Módulo II, *El matrimonio*, 5.ª Parte, Vol. II, *Régimen económico del matrimonio,* Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p.35., "(…) tal régimen económico emerge por excelencia de la celebración del matrimonio civil o religioso: entre nosotros, sin embargo, pudiera comenzar automáticamente para cualquier unión de hecho o no formalizada, que reúna los requisitos de aptitud legal en los unidos, de estabilidad y singularidad, aun sin haber sido dicha unión legalizada mediante el reconocimiento judicial o mediante la formalización con efectos retroactivos del matrimonio, baste que se pruebe en un proceso determinado la existencia de la posesión constante del estado conyugal unida a las actas de inscripción de nacimiento de los hijos, si los hubiera (artículo 22 del Código de Familia) para que se considere que existe en esa unión una comunidad matrimonial de bienes a todos los efectos legales".

(42) Artículo 30 del Código de Familia cubano: *"A los efectos del régimen que se establece en el artículo anterior, se considerarán bienes comunes los siguientes:*

1. los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingreso que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la seguridad social;

2. los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges;

3. los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges".

Artículo 31 del Código de Familia cubano: *"Se presumirán comunes los bienes de los cónyuges mientras no se pruebe que son propios de uno solo de ellos".*

(43) Artículo 32 del Código de Familia cubano: *"Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:*

1. los adquiridos por cada uno de ellos antes de su matrimonio;

2. los adquiridos durante el matrimonio por cada uno de los cónyuges, por herencia, por título lucrativo o por permuta o sustitución de un bien propio. En las donaciones y legados onerosos, se deducirá el importe de las cargas cuando hayan sido soportadas por el caudal común;

3. los adquiridos con dinero propio de uno de los cónyuges;

4. las sumas que cobre uno de los cónyuges en los plazos vencidos, durante el matrimonio, que correspondan a una cantidad o crédito constituido a su favor con anterioridad al matrimonio y pagadero en cierto número de plazos;

5. los de uso personal exclusivo de cada uno de los cónyuges".

Sin embargo, el artículo 36 del propio texto legal pone coto al *ius disponendi* de los cónyuges al sostener: *"ninguno de los cónyuges podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad matrimonial sin el previo consentimiento del otro…"*. Lo que refuerza la concepción de comunidad germánica porque al ser los titulares los consortes, no tienen cuotas de las cuales puedan disponer, sino simplemente participaciones, con carácter de indisponibles, intransmisibles e irrenunciables. De ello se interpreta la imposibilidad de actuación por uno solo de éstos sin la aquiescencia del otro, por tanto, ante los negocios que debieran asumir en la vida diaria no les quedaría más remedio que concurrir de conjunto o en situaciones excepcionales con poder suficiente y en la que no se actúe como parte en sentido formal y a la vez material. Esto es, en resumidas cuentas, un supuesto de autocontratación (44) y por ende incapaz de sobrevivir en el ordenamiento positivo cubano.

De todo cuanto hemos analizado no queda más que fijar las pautas de interpretación y actuación, de si es o no permitida la compraventa entre cónyuges bajo el suelo cubano. La que a nuestra estimación no es un fenómeno jurídico ajeno a nuestra realidad, incapaz de realización, si bien no hay normas imperativas que priven de eficacia dicho contrato, al menos en principio. Y ello se nota del artículo 334 del Código Civil para quien los elementos personales de la compraventa, vendedor y comprador, tienen la obligación de transmitir la propiedad del bien y el precio que se paga por él como contraprestación, sin que la ley haga distingos respecto a la cualidad que deban reunir. Cuestión que en buena medida sigue el tenor del artículo 338.1 del propio Código, incluso la hace extensiva a otras formas de transmisión (*cfr*. artículo 338.2 del Código Civil), al no mencionar a los cónyuges como sujetos incapaces –incapacidad relativa– de celebrar compraventas.

Para que la compraventa constituida entre marido y mujer sobreviva en Cuba son necesarias, no obstante, algunas precisiones. Primero: habrá que atenderse a la naturaleza de los bienes; y segundo, a la cualidad del dinero con que se hace pago del contrato. Por tanto, contestes con las voces de la doctrina científica que se han citado para develar el tratamiento teórico del tema, somos partidarios de la compraventa entre cónyuges sólo cuando el bien objeto de la venta lo constituya un

(44) Artículo 63 del Código Civil cubano: *"El representante no puede realizar actos jurídicos en los cuales concurra, simultáneamente, en nombre propio y de su representado o de dos o más de las partes"*.

bien propio y el dinero con que se pague la prestación resulte ser exclusivo de la otra parte, lo que se traduce en el principio de subrogación por empleo; inclusive, si se sustituye o permuta un bien propio por otro, la misma regla se mantiene, cambiando únicamente el principio de subrogación por empleo por el de automática.

Empero, el tema no se pinta de un solo color, pues hemos de advertir que el dilema se da cuando la naturaleza del bien es privativo y el dinero con que se paga pertenece a la comunidad de bienes. En tal virtud, somos del criterio que la posibilidad y realidad del negocio sería ilusorio, porque para poder contratar tendrían que acudir al divorcio, liquidar la comunidad matrimonial de bienes y quedar en estado de copropiedad por cuotas, si es que no existe objeción alguna, de lo contrario habría que extinguir el condominio. Y ¿por qué? ¡Sencillo! Si *v.gr.*, trataran de comparecer ante notario a fin de formalizar el negocio, el fedatario público se abstendría de autorizar dicho instrumento bajo el argumento de que no pueden violentar normas de *ius cogens* como la que establece el Código Civil en el artículo 63, ya que lo que pretenden realizar es un supuesto especial de contratación consigo mismo.

En la órbita notarial la figura del autocontrato o autoentrada quedaría ceñida a los sujetos intervinientes, tanto en el documento como en el negocio jurídico que se quiere realizar. Es decir, la figura atiende a los conceptos jurídicos de parte en sentido formal (que es el sujeto del instrumento) y parte en sentido material (sujeto del negocio), por lo que al ser los cónyuges los que acontecen como sujetos en el plano del instrumento y a la vez del negocio la pretensión se hace imposible porque comparecería uno de ellos por su propio derecho –en el supuesto de que el bien sea privativo–y en la otra parte lo haría acompañado de su cónyuge y en razón de la comunidad matrimonial de bienes que tienen constituida cuando el dinero es a costa del caudal común. Es un supuesto donde primaría el principio de subrogación real, en el cual un bien adquirido con dinero de la comunidad matrimonial de bienes se vuelve común, pero donde una de las partes figura a la vez como vendedor y comprador y de la que el orden legal prescinde por no admitir la figura del autocontrato.

Empero, ¿qué consecuencias tendría el hecho de que uno de los cónyuges haya manifestado su autorización para que su compañero contrate conforme establece el artículo 36 del Código de Familia? ¿Sería sanable esta situación en sede de compraventa entre consortes partiendo del supuesto que hemos aludido anteriormente? Según estima DIEZ-PICAZO, en un sentido amplio, "la autorización es una situación

derivada de una declaración de voluntad, unilateral y recepticia de una persona, que confiere a otra la facultad de obrar en su esfera jurídica en relación con sus propios intereses. En tal sentido, la autorización excluye la antijuricidad del acto y legitima la actuación del autorizado, permitiendo que dicho acto produzca sus efectos en la esfera jurídica del autorizante. Un concepto restringido del fenómeno, lo acerca a la representación indirecta. Mediante ella, una persona confiere a otra el poder de realizar negocios jurídicos dirigidos a influir en su esfera, pero actuando, el autorizado, en su propio nombre. Tiene de común con el apoderamiento el ser una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, que confiere la facultad de obrar en la esfera jurídica ajena, sólo que, a diferencia del apoderamiento, la autorización otorga la facultad de obrar en nombre propio. Puede ir unida o no a una relación obligatoria entre las partes, pero en ningún caso se confunde con ésta y no surte sólo sus efectos en la relación entre autorizante y autorizado, sino también en relación con los terceros." (45) Fácilmente se deduce la negativa hacia las interrogantes propuestas, simplemente no se puede comparecer por sí de una parte y de la otra en idéntico sentido y nombre propio. Continúa subsistiendo más que nunca el tema de la autoentrada o contrato consigo mismo y la concepción clásica que se tiene del contrato quedaría resquebrajado en magnitudes insospechadas por no confluir voluntades dimanantes de sujetos diferentes. En otras palabras, el negocio sería inexistente por falta de un elemento de existencia, como lo es la otra parte.

Nótese que hemos diferenciado entre uno y otro supuesto, dando nuestro beneplácito a la compraventa entre cónyuges cuando el elemento objetivo del contrato resultan ser bienes privativos de cada uno de los contratantes. Pero, cuando se trate de un supuesto donde existe divergencia entre la naturaleza de los bienes por ser indistintamente propios y comunes, y cuando coincida la dualidad de condición entre vendedor y comprador sobre un mismo cónyuge, entonces no habrá más que decir y negarle existencia y validez al contrato que es lo que el Derecho vigente impone. Aquí el conflicto de intereses podría llegar a convertirse en un argumento lo suficientemente previsible que solo pensar en ello haría caer por su propio peso la realización del contrato,

(45) Díez Picazo, Luis, *cit. pos.*, Rodríguez Hondares, Mildred, "El autocontrato y el conflicto de intereses en el documento público notarial", Tesis en opción al título académico de especialista en Derecho Notarial, bajo la dirección del Dr. Leonardo B., Pérez Gallardo, Universidad de La Habana, 2007, p. 58.

y ello sin contar con la 'parcialidad' con que algunos de los contratantes pudiera actuar sobre el otro si se tiene en cuenta los lazos de amor y pasiones carnales que se profesan. Lo que no deja de ser un arma de doble filo tras la llegada del divorcio, y más aún cuando es por justa causa, en la que por lo general los cónyuges entran en pugna por sus respectivos intereses.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges,* s.ed., Madrid, 1993.

BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, 6.ª edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.

CASTILLO TAMARIT, José, "Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales", en *Revista de Derecho Notarial,* CXXI-CXXII, julio-diciembre, Madrid, España, 1983.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago, "Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias", en *Revista de Derecho Notarial,* CXVI, abril-junio, Madrid, España, 1982.

GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, España, 1991.

HERRERO GARCÍA, M.ª José, "Los contratos onerosos entre cónyuges en la Historia del Derecho Catalán y en su vigente compilación", en *Revista de Derecho Notarial,* LXXXVIII, abril-junio, Madrid, España, 1975.

MANRESA Y NAVARRO, José M., *Comentarios al Código Civil español*, (con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción de D., Francisco de Cárdenas), tomo IX, 2.ª edición, corregida y aumentada, Madrid, 1908.

MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de Familia,* Módulo II, *El matrimonio*, 5.ª Parte, vol. II, *Régimen económico del matrimonio*, Félix Varela, La Habana, 2004.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *et. al, Derecho de Familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *El régimen económico del matrimonio*, s.ed., 2005.

O´CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Derecho de Familia*, enero de 2001, versión digital en http://vlex.com/vid/215561.

PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, José Manuel, "La evolución del Derecho de Familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges", en *Revista de Derecho Notarial,* LXXXIX-XC, julio-diciembre, Madrid, España, 1975.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de Derecho de Familia,* tomo V, vol. I, *Regímenes Económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación,* Ed., Lex Nova, 2009.

RODRÍGUEZ HONDARES, Mildred, "El autocontrato y el conflicto de intereses en

el documento público notarial", *Tesis en opción al título académico de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección del Dr. Leonardo B., PÉREZ GALLARDO, Universidad de La Habana, 2007.

YAGO ORTEGA, Antonio, "Acerca de la titularidad sobre los gananciales", en *Revista de Derecho Notarial,* CIII, enero-marzo, Madrid, España, 1979.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Argentina, de fecha 25 de septiembre de 1969 (edición al cuidado del Dr. Ricardo DE ZAVALÍA), Buenos Aires, 1996.

Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59 de 16 de julio de 1987, publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 9 del 15 de octubre de 1987.

Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, modificado por Ley 13/2005 de 1.º de julio, en PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Tratado de Derecho de Familia,* tomo V, vol. I, *Regímenes Económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación,* Ed., Lex Nova, 2009.

Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por Decreto Ley 106 de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1.º de julio de 1964; Ayala & Jiménez Editores, Guatemala, 1991.

Código Civil de los Estados Unidos mexicanos para el Distrito y territorios federales, en *materia común y para toda la República en materia Federal,* de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), Editorial Porrúa, México, 1988.

Código Civil de Nicaragua, 3.ª edición oficial (anotada y concordada por los Dres. Carlos A. MORALES, Joaquín CUADRA ZAVALA y Mariano ARGUELLO), Casa editorial Carlos Heuberger y Co., Managua, Nicaragua, 1931;

Código Civil de Puerto Rico de 1930 (edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN), Santa Fe de Bogotá, septiembre 1993.

Código Civil de República Dominicana, Octava edición (preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña), editorial Corripio, Santo Domingo, 1987.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982; Editorial PANAPO, 1986.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay, sancionado en 1914 (edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO), Barreiro & Ramos editores, Montevideo, 1994.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley Núm. 1289 de 14 de febrero de 1975, en vigor desde el 8 de marzo del propio año.

Código de la Familia de la República de Panamá, Ediciones La Antigua, Gaceta Oficial Núm. 22,591 de 1994.

LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

PEDRO E. MARZUILLO
Notario de la provincia de Santa Fe
2.ª Circunscripción (Rosario–Argentina)

"En los pueblos libres el derecho ha de ser claro.
En los pueblos dueños de sí mismos,
el derecho ha de ser popular".
José Martí

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Concepto. **3.** Naturaleza jurídica. **4.** Requisitos de procedencia. **5.** Diferencia entre la *exceptio* y otras instituciones. **5.1.** Derecho de retención. **5.2.** La resolución. **5.3.** El pacto comisorio. **5.4.** La *exceptio non rite adimpleti contractus*. **6.** Efectos. **7.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la institución de la *exceptio non adimpleti contractus* determinando su concepto, naturaleza jurídica, los elementos esenciales para su procedencia y efectos a la luz del contrato de compraventa inmobiliaria entre particulares.

El presente escrito no tiene por finalidad incurrir en el análisis sobre la actual legislación de permisión de la compraventa inmobiliaria entre particulares en Cuba ya que esto último importaría penetrar en la economía, política y sistema de gobierno cubanos. Es muy utilizada en la retórica internacional la palabra autodeterminación de los pue-

blos e incluso esgrimida en forma inexacta (1). En sus más aproximados conceptos se emplea para designar el derecho de los pueblos: a determinar libremente su condición política, a mantener o a cambiar su actual forma de organización política y económica y a constituirse en estado con el fin de organizar de modo propio su vida política, todos ellos sin interferencia de otros estados.

Es una realidad la compraventa entre particulares en Cuba, por lo tanto el concierto internacional deberá celebrar y acompañar junto con los cubanos tal cambio y augurarles un futuro promisorio.

2. Concepto

Los autores coinciden que el génesis de esta institución no se encuentra en el Derecho Romano pese a su nombre en latín. Sin embargo, en Roma, el vendedor no podía ser compelido a entregar la cosa hasta que el precio no haya sido pagado y el comprador contaba con la excepción de dolo. Los canonistas la dedujeron del principio de la correlación entre las obligaciones recíprocas, nacidas de una misma relación jurídica y los postglosadores, quienes construyeron la teoría de la excepción.

POTHIER enuncia y adhiere al principio de la excepción de inejecución, sin embargo, no se le puede atribuir la construcción de una doctrina general o un régimen autónomo.

De acuerdo con la teoría general del contrato la *exceptio non adimpleti contractus* consiste en la prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras esta última no ejecute la suya.

Es una facultad que deriva del principio de buena fe y del cumplimiento simultáneo de las obligaciones y a las partes les asiste el derecho de suspender el cumplimiento de éstas cuando la contraparte no garantice el cumplimiento de su prestación o no satisfaga las que tiene a su cargo, *v.gr.*, un vendedor no podría exigir el precio si no ha cumplido con entregar el bien al comprador como se había comprometido. Si bien la deuda del precio existe y los plazos se han cumplido, el com-

(1) SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Los límites del Principio de Autodeterminación de los pueblos*. Conferencia en cursos de Derechos Humanos, sitio web "Biblioteca Jurídica Virtual" Universidad de UNAM Consultado en fecha 25/10/2011 URL: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/848/21.pdf.

prador puede neutralizar directamente la acción del vendedor interponiendo la excepción de contrato no cumplido, sustentando su defensa en la falta de cumplimiento del vendedor, lo cual le resta legitimidad para exigir el derecho al pago y exonera el cumplimiento de la prestación del comprador.

Asimismo se debe precisar que en el cumplimiento del objeto de la prestación debida se deben verificar: identidad, integridad y el tiempo como elementos esenciales de las obligaciones (2).

El Código Civil cubano en su artículo 243 (3) precisa: "*Las obligaciones recíprocas o bilaterales deben cumplirse al mismo tiempo si de la ley, del acto jurídico, de la propia naturaleza de aquéllas o de las circunstancias no resulta otra cosa*". A su vez el Código Civil argentino consagra la *exceptio non adimpleti contractus* en su artículo 1.201 –inspirado en el código de Freitas, en el artículo 1.552 del Código de Chile y en los principios de DOMAT (4)– que se transcribe: "*En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo*". En Chile el artículo 1.552 del Código Civil dispone: "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*". En México la *exceptio non adimpleti contractus* se aplica igualmente a los contratos bilaterales y de acuerdo con la doctrina mexicana se desprende del artículo 1.100 *in fine* del Código Civil mexicano: "*En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*". En Colombia el principio nace del artículo 1.609 del Código Civil que establece: "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos*".

---

(2) OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C *et al*, *Derecho de Contratos Teoría General del contrato,* Editorial Félix Varela, La Habana 2006, pp. 59-91.

(3) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *CÓDIGO CIVIL de la República de Cuba Ley № 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2007, pp. 188.

(4) PIANTONI, Mario A., "APUNTES SOBRE LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" Sitio web "La Ley on line", consultado en fecha 28/10/2011, URL: http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/ document?rs=&vr=&src=search.pdf.

En Venezuela, el artículo 1.168 del Código Civil, reza: "*En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones*". Finalmente la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, dispone en su artículo 71: "*Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato*".

3. Naturaleza jurídica

Es importante precisar cuál es la naturaleza jurídica de la *exceptio* ya que ello conlleva consecuencias prácticas.

La doctrina foránea plantea la *exceptio*, bien como una *acción*, es decir, como derecho sustantivo o bien como una *excepción*, en otras palabras, como derecho adjetivo.

Si es considerada una excepción, sólo puede servir de defensa frente a la acción de cumplimiento del actor. A su vez se debe precisar si es una excepción perentoria o diliatoria. La institución objeto de análisis no tiene por finalidad extinguir la relación jurídica origen del litigio, sino postergar el ejercicio de la acción. Por esto, la *exceptio non adimpleti contractus* sería una excepción dilatoria.

Si se considera a la *exceptio* como una *acción*, puede ser incoada judicialmente por la parte incumplidora para justificar su incumplimiento, de este modo se eximiría de responsabilidad y pediría el cumplimiento a la contraparte (5), o bien puede ser ejercida como reconvención frente a una demanda de cumplimiento.

Asimismo el profesor Jorge Nader Kuri sostiene que la *exceptio* constituye un derecho sustantivo y no una excepción dilatoria y que a

(5) Piantoni, Mario A., ob. cit.

su vez como todo derecho sustantivo puede ejercerse como excepción en juicio sin cambiar su naturaleza jurídica (6).

4. Requisitos de procedencia

Para que proceda la excepción de contrato no cumplido es necesaria: 1) la existencia de obligaciones bilaterales recíprocas unidas por un vínculo de conexidad jurídica; 2) que una de las partes exija el cumplimiento de una de las obligaciones; 3) que la parte que exija el cumplimiento no haya cumplido su obligación recíproca o no hubiere ofrecido cumplirla.

La consensualidad no equivale a bilateralidad, esta última hace referencia a que si una de las partes se ha comprometido a cumplir con una prestación, lo es en miras de la contraprestación de la otra. La *exceptio* no procede en contratos unilaterales, sin embargo, cabe considerar aquellos contratos unilaterales conexos; es decir, aquellos contratos compuestos por varios que individualmente son unilaterales. En este último caso se cumple con el requisito de la bilateralidad cuando exista una verdadera interdependencia, vale decir, cuando el motivo determinante de ambas partes de obligarse recíprocamente por contratos unilaterales constituye un mismo acto.

El siguiente requisito es que una de las partes exija de la otra el cumplimiento de una obligación recíproca debida. Pero sólo procede cuando la obligación exigida al demandado tenga otra correlativa del actor y la obligación del actor deba ser cumplida con anterioridad o simultáneamente con la del demandado. El incumplimiento debe referirse a la obligación principal. El Tribunal Supremo de España, mediante Sentencia de 7 de marzo de 1983 [RJ 1983/1426] ha pronunciado: *"...Para acoger la excepción «non adimpleti contractus» no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras y tampoco es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato…".*

No procede la excepción cuando la obligación demandada por el actor no es correlativa a la del deudor excepcionante. Tampoco procede la excepción cuando pese a existir obligaciones correlativas existe una norma legal que permita ejercer esa defensa *v.gr., "tampoco está obli-*

(6) NADER KURI, Jorge, "Derecho Unilateral a incumplir los contratos bilaterales no cumplidos", *Revista de Derecho Privado*. Año 8. Núm. 24, (Ed) McGraw-Hill/Interamericana, México 1997.

gado a entregar la cosa, cuando hubiera concedido un término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase de pagar en plazo convenido" (artículo 1419 del Código Civil argentino).

Finalmente, que la parte que demanda el cumplimiento de la obligación recíproca no haya cumplido la suya previamente o no ofreciere cumplir con su obligación.

La Suprema Corte de Justicia- Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza En Sentencia del 28 de febrero de 1990 ha establecido: *"La exceptio non adimpleti contractus no puede ser invocada por quien está en mora, el fundamento de esta aseveración reside en que la exceptio asienta en el principio de buena fe contractual"*.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra (R. A. núm. 8079), Sentencia del 27 de noviembre de 1996 ha expresado*: "la excepción de contrato no cumplido no puede ser opuesta con éxito por quién incumple primero y provoca con su actitud el incumplimiento del otro, asistiendo en cambio a este último tanto la facultad de demandar judicialmente el cumplimiento del contrato, como la de instar su resolución"* Y ha establecido en sus fundamentos:

"…El perjudicado podrá exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible…

"En cuanto a la obligación del demandante se exige que sea una obligación vencida, exigible y no satisfecha. Debe no haberse cumplido ni haberse hecho oferta de cumplimiento de la misma….

"Así, se admite la excepción de incumplimiento sólo si el demandante no ha cumplido o no ha hecho la oferta…"

En este punto se pueden mencionar diversas Sentencias del Tribunal Supremo de España, entre alguna de ellas, la del 3 de marzo de 1973, en la cual se estableció que para acogerse esta excepción: *"es preciso que el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla"*.

A su vez, numerosas sentencias exigen que la parte contractual que oponga la excepción actúe de buena fe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1965, de 31 de diciembre de 1971, de 17 de abril de 1976, entre otras). Varias más establecen que las partes no pueden

excluir por pacto esta facultad de excepcionar (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981, de 22 de febrero de 1984, de 9 de julio de 1991).

5. Diferencia entre la *exceptio* y otras instituciones

5.1. Derecho de retención

Mientras el derecho de *retención* se refiere tradicionalmente a obligaciones de dar cosas corporales (exige la condición de conexión entre la deuda y la cosa), la *exceptio non adimpleti contractus* se refiere a cualquier obligación de dar, hacer o no hacer y requiere conexión o correlación de obligaciones y su cumplimiento.

Así mismo el derecho de retención funciona dentro y fuera de la esfera judicial, al igual de la *exceptio* si es entendida como derecho sustantivo y sólo podrá ser incoada como defensa procesal, si se la considera como derecho adjetivo.

El derecho de retención funciona aún sin contrato, mientras que la *exceptio* sólo se presenta con un contrato bilateral sinalagmático de prestaciones recíprocas.

5.2. La resolución

Si bien ambas instituciones proceden en obligaciones recíprocas, para que proceda la resolución es necesario que la parte actora haya cumplido su obligación, mientras que en la *exceptio* debe haber incumplimiento. La resolución puede ejercitarse extrajudicialmente por el perjudicado, siempre que la otra parte reconozca su incumplimiento y acepte la resolución; si no media conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial podrá decretarse la resolución de la obligación y determinarse la responsabilidad.

5.3. El pacto comisorio

El pacto comisorio, ya sea expreso o tácito, es una cláusula que permite a los contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo. Su naturaleza jurídica es *contractual* cuando surge del contrato o *legal* cuando no ha sido pactado expresamente en él y su efecto es la resolución, por cuanto en este punto cabe considerar lo analizado en el párrafo anterior.

5.4. La *exceptio non rite adimpleti contractus*

Mientras en la excepción de incumplimiento contractual el contrato no ha sido cumplido, en la *exceptio non rite* dicho contrato es cumplido pero no adecuadamente por no corresponder a la cantidad, calidad, manera o tiempo en que se pactó.

6. Efectos

La excepción de incumplimiento contractual no pretende la extinción del contrato, sino en primer término suspender el cumplimiento contractual para luego impulsar a la contraparte a la ejecución de su obligación debida. Sería improcedente la extinción del contrato salvo que la prolongada inactividad o pasividad de una de las partes se manifieste de manera indubitada y frustre el fin del contrato por su conducta frente a la voluntad de cumplimiento de la contraparte.

No parece procedente como efecto de la *exceptio* la resolución del contrato ya que como se analizó con anterioridad la resolución requiere un actor diligente, es decir, que haya cumplido con su obligación o se allane a cumplirla. Al ser ambas partes recíprocamente deudoras se descarta la indemnización de perjuicios. Como señala el Profesor Jorge Nader Kuri "al no surgir un estado de mora, no se produce ninguna de las consecuencias propias de la responsabilidad contractual por incumplimiento y la relación jurídica, o queda en suspenso hasta en tanto que el contumaz cumpla o se allane positivamente, o termina por resultar ya inconveniente o inútil al acreedor afectado el eventual cumplimiento tardío del deudor" (7).

La Corte Suprema de Chile ha sostenido: *"si la actora principal no ha cumplido o no ha estado llana a cumplir las obligaciones que contrajera en virtud del contrato de promesa celebrado, es forzoso concluir que no puede demandar su resolución con indemnización de perjuicios"* (8).

---

(7) Nader Kuri, Jorge, ob. cit.

(8) Conforme cita el Profesor Carlos Pizarro Wilson en su obra *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno*, sitio web "Fundación Fernando Fueyo" Universidad Diego Portales, consultado en fecha 25/10/2011, URL: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos /carlos_pizarro/ Excepcion% 20incumplimiento.pdf.

El Tribunal Supremo de España mediante Sentencia del 24 de octubre de 1986 ha dicho que: "*el éxito de la excepción no libera al deudor definitivamente de cumplir lo que le compete (no equivale a resolución, antes al contrario, supone mantener la pretensión de cumplimiento), por lo que la sentencia que la aprecia no produce cosa juzgada. Si se opone en juicio a una acción de cumplimiento, parece que puede condenarse, sin incurrir en incongruencia, a cumplimiento simultáneo o condicionado al que realice el actor*".

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia T-537/09 fecha 6 de agosto de 2009 ha pronunciado: "*Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente…*" (9).

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, Chile ha sostenido:"…*la demanda debe rechazarse íntegramente al no haber la demandante cumplido su obligación conforme al contrato de promesa y de conformidad a lo previsto en el artículo 1552 del Código civil*…". La Corte Suprema de Chile mediante Sentencia de 24 de junio de 2003 ha manifestado: "… *no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego, no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, [es] precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo...*".

7. Conclusiones

La *exceptio non adimpleti contractus* es un derecho subjetivo que es ejercido comúnmente como una excepción dilatoria por el demandado al cumplimiento de obligaciones recíprocas nacidas de un vínculo de conexidad jurídica bajo las siguientes condiciones que: 1) el actor

(9) Consultado en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-537-09.htm, el 30 de diciembre de 2011.

de la primera no haya cumplido u ofrecido a cumplir con su obligación; 2) que la obligación incumplida se refiera a una obligación principal, recíproca; 3) que el excepcionante no se encuentre en mora o que no haya provocado el incumplimiento de la contraparte.

Fundado en la buena fe y en los principios generales del Derecho pretende suspender el cumplimiento del contrato e impulsar luego a la ejecución de las prestaciones debidas. Como señala la doctrina otro efecto de la *exceptio* es enervar la acción de daños y perjuicios.

El incumplimiento mutuo descarta el pedido de resolución ya que esta institución supone que el accionante sea diligente. Asimismo no cualquier incumplimiento en los contratos bilaterales recíprocos da fundamento a la rescisión del contrato. Pero en ciertas circunstancias puede acarrear la extinción de dicho contrato fundado en la suspensión de las prestaciones del contrato por un tiempo prolongado.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

NADER KURI, Jorge, *Derecho Unilateral a incumplir los contratos bilaterales no cumplidos,* "Revista de Derecho Privado". Año 8. Núm. 24, (Ed) McGraw-Hill/Interamericana, México 1997.

PIANTONI, Mario, *Apuntes sobre la exceptio non adimpleti contractus*, sitio web "La Ley on line", consultado en fecha 28/10/2011, URL: http://www.laley-online.com.ar/maf/app/document?rs=&vr=&src0search.pdf.

PIZARRO WILSON, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno, s*itio web "Fundación Fernando Fueyo" Universidad Diego Portales, consultado en fecha 25/10/2011, URL: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/ articulos/carlos_pizarro/ Excepcion%20incumplimiento.pdf.

OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., *et al*, *Derecho de Contratos Teoría General del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba Ley 59/ 1987 de 16 de julio (anotado y concordado)* Ediciones ONBC, La Habana, 2007.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Los límites del principio de autodeterminación de los pueblos, s*itio web "Biblioteca Jurídica Virtual" Universidad de UNAM Consultado en fecha 25/10/2011 URL: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/848/21.pdf.

II. Fuentes legales

Convención de Viena, sitio web "Wikipedia" consultado el 20/12/2011 URL: http://es.wikipedia.org/wiki/Excepci%C3%B3n_de_inejecuci%C3%B3n.

Código Civil argentino, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.
Código Civil chileno, sitio web "Wikipedia" consultado el 20/12/2011 URL: http://es.wikipedia.org/ wiki/Excepci%C3%B3n_de_inejecuci%C3%B3n.
Código Civil colombiano, sitio web "Wikipedia" consultado el 20/12/2011 URL.
Código Civil cubano, Anotado y concordado por Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo**,** Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
Código Civil mexicano, sitio web "Noticias Jurídicas" consultado el 20/12/2011 URL http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l4t1.html.
Código Civil Venezolano, sitio web "Tecnoiuris" consultado el 20/12/2011 URL http://www.tecnoiuris.com/concordados/codigo-civil-venezuela/codigo-civil-libro-tercero-titulo-iii-de-las-obligaciones/295-capitulo-i-seccion-i-s-3o/2157-codigo-civil-articulo-1168.html.

LAS ACTAS NOTARIALES: ¿DESUSO JUSTIFICADO?

OLGA LIDIA PÉREZ DÍAZ
Directora de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia
Presidenta de la Sociedad del Notariado Cubano. Notaria
LÁZARO J. CORZO GONZÁLEZ
Especialista de la Dirección de Notarías
y Registros Civiles del Ministerio de Justicia
Vicepresidente de la Sociedad del Notariado Cubano. Notario.

"La más noble función de un escritor es dar testimonio, como
con acta notarial y como fiel cronista,
del tiempo que le ha tocado vivir"
Camilo José Cela

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Tratamiento histórico legislativo desigual de las actas notariales en Cuba: Hoy superado. **3.** Las actas notariales en la legislación cubana actual: ¿reconocimiento sombrío o discriminatorio? **4.** Pautas en las actas. **5.** Clasificación doctrinal de las actas en especie. **6.** Algunas consideraciones de las actas en especie. Bibliografía.

1. Introducción

Como notarios uno de los principios que más enarbolamos en defensa de la fe pública es el de autoría o redacción del instrumento público. Por ello el estudio de su naturaleza jurídica y tipologías siempre es de interés profesional.

Nuestros razonamientos y valoraciones técnicas en el orden lógico-jurídico se apoyarán en premisas teóricas, doctrinales y experiencias

prácticas, convencidos de que la intervención del Notario en la sociedad "es la garantía de estabilidad jurídica más perfecta, la que ata las voluntades con un lazo más recio, la que deja menos campo a la malicia y al error" (1).

La obra intelectual corpórea del Notario incluye escrituras y actas. De las primeras se escribe bastante en la doctrina, en cambio, al menos en la realidad cubana actual, las actas corren una suerte de "cenicienta", por su poco uso práctico, pese a la eficacia probatoria que al documento público le confiere el artículo 294 de la Ley Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica. Cabe la pregunta: ¿Por qué?

Se concurre ante Notario no solo por su imagen social positiva sino también por su agradecida función documentadora al garantizar seguridad y fiabilidad a través del instrumento público que circula en el tráfico jurídico. Es tan alta la nota de autenticidad del documento notarial que casi lo inmortaliza pues su nulidad es decretada únicamente por tribunal competente y por causales expresamente reguladas por el legislador en el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales. La eficacia privilegiada del instrumento notarial lo convierte en el medio idóneo para la tutela y la protección de derechos.

Pese a las diferencias conceptuales y técnicas, se trate de una presunción documental *iuris et de iure,* de exactitud de lo afirmado por él o *iuris tantum*, escrituras y actas gozan de efectos reconocidos en la ley por lo que no existen conflictos en sus cauces probatorios.

Al ser el acta notarial el reservorio idóneo en que históricamente se ha constatado la ocurrencia exacta de hechos o circunstancias de diversa naturaleza que el tiempo sí borra, mucho le debe las ciencias a su probanza e información documental.

Desde hace siglos se hace uso de la grandeza de la fe pública como medio probatorio. Véase por ejemplo que "... Cuando Cristóbal Colón descubre América, lleva consigo a un notario ("escribano") para que atestigüe la veracidad de lo ocurrido "A las dos horas después de media noche pareció la tierra, de la cual estarían dos leguas... El almirante llamó... a Rodrigo de Escobedo, escribano de toda la armada y a Rodrigo Sánchez de Segovia, y dijo que le diesen por fe y testimonio como él por ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de dicha isla por el Rey y por la Reina sus señores, haciendo las protestaciones que

(1) Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho Notarial,* Editorial Navarra, 1976, pp. 406 y 407.

se requerían, como más largo se contiene en los dos testimonios que allí se hicieron por escrito" (2).

Nadie duda, y en ello coincide la doctrina notarial patria, con el célebre maestro SANAHUJA Y SOLER que "... la escritura cumple y ha cumplido siempre en la historia otras finalidades jurídicas, consistentes en el encauzamiento del derecho, de acuerdo con los intereses de las partes, y en su mantenimiento y seguridad dentro de la normalidad jurídica" (3), pero ello no contrapone que, en función de la profilaxis y la prevención de litigios a la que está destinada la fe pública notarial, las personas naturales y jurídicas no conozcan los disímiles usos del acta, su contenido material, tipología, especies, requisitos, documentos necesarios para su autorización y finalidades esenciales. Un asesoramiento profesional amplio, exhaustivo y riguroso en cada notaría del país, evitaría que asuntos no contenciosos, innecesariamente se ventilen en los tribunales.

Tanto en el clausulado de las escrituras como de las actas, el Notario como profesional vierte y hace constar su ciencia, inteligencia y experiencia, capaz de adaptar la pretensión de cada persona que requiere su intervención, al marco legal vigente e instruir adecuadamente sobre el instrumento público idóneo entre aquellos que regula la legislación notarial.

Aunque el ilustre jurisconsulto aragonés Joaquín COSTA al sentenciar con sello de oro: "Notaría abierta, Juzgado cerrado", pensó en las escrituras públicas, la autenticidad interna y externa y el valor probatorio de las actas demuestran que si prescindiéramos de su uso y eficacia, quedaríamos desprovisto de un soporte documental único por probar hechos, actos o circunstancias de la vida que, por su naturaleza, no tienen técnicamente hablando, cabida en las escrituras notariales.

El acta notarial puede ser el único medio jurídico para la probanza de un hecho, acto, derecho o circunstancia relacionada con la persona o sus bienes, dentro y fuera del proceso, siendo el Notario el responsable de suministrar y crear esa prueba documental preconstruida en la que, fehacientemente da fe de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos, con el fin de no provocar perjuicios irreparables a los que confían en nuestra fe.

---

(2) "El Notario en la historia en revista Unión Internacional del Notariado", en RIN, ONPI, 2007, p. 9.

(3) SANAHUJA Y SOLER, José María, *Tratado de Derecho Notarial*, tomo II, Bosch. Barcelona, 1945, p. 217.

Convocar a la reflexión sobre algunas causas injustificadas del no uso de las actas notariales en igual medida que las escrituras públicas, dentro y fuera del mundo jurídico de hoy, y su no extensión a la variada gama de necesidades sociales es lo que nos motivó incursionar en el fascinante mundo de las actas, por ello nos preguntamos: *¿desuso justificado?*

El grado actual del uso de las actas notariales en el tráfico jurídico y fuera de él, obedece a varias razones, más prácticas que legales, aunque ciertamente no fueron favorecidas por el proceso histórico legislativo del Derecho Notarial cubano.

2. Tratamiento histórico legislativo desigual de las actas notariales en Cuba: Hoy superado

El Decreto-Ley de 29 de octubre de 1873 hizo extensivo a Cuba, la Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862 y su reglamento, la que al decir de Sanahuja y Soler "... su efecto más beneficioso no fue demoledor, sino constructivo. Perfila... el sentido institucional del notariado..." (4). La norma no distinguió entre escrituras y actas, refiriéndose solo a las primeras expresó: "... palabra con la que se refiere al original o matriz, en contraposición a copias o traslados de las matrices..." (5).

"Su defecto principal y casi único es la pobreza de doctrina respecto a la función y al instrumento..." (6), pues bien el artículo 1 de la ley orgánica hablaba de contratos y demás actos extrajudiciales, no instrumentó la forma en que se formalizarían unos y otros. Ello provocó en sede de actas que "la aparición y desenvolvimiento de esta clase de instrumentos públicos ha sido impulsada, antes por la práctica notarial que por las disposiciones legislativas".(7)

Siendo una de las notas distintivas de la función notarial su carácter legal, por ser organizada y regulada para satisfacer las necesidades sociales en cada contexto histórico, no fue de interés del legislador en el año 1862, pautar reglas, al menos mínimas, sobre la redacción y la autorización de las actas notariales.

---

(4) *Idem*, p. 195.

(5) Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial,* 5.ª edición, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001, p. 58.

(6) *Idem*, p. 27.

(7) Sanahuja y Soler, J. M., *op. cit.*, tomo II, p. 2.

Uno de los embriones de la no valoración justa de la eficacia jurídica de las actas, aún persistente, radica en que desde sus orígenes no contó con un reconocimiento legislativo expreso e inequívoco. Razonamos que ciertamente, dada las circunstancias concurrentes en que se promulga la norma, la función notarial se enmarcaba en el universo de las escrituras públicas surgidas para formalizar relaciones jurídicas como fuentes de derechos y obligaciones. No se pensó en otro ámbito competencial que no fuere el estrictamente negocial.

La práctica y las necesidades sociales impusieron que se interpretara el empleo en la norma de la frase: *los demás actos extrajudiciales*, de una forma diferenciada y con una mentalidad de adaptabilidad, de tal suerte para la fe notarial que se amplió a hechos o circunstancias que presenciaba y les constaban al fedatario, y que no podía documentar en forma de escrituras.

Se produce un proceso de transición notarial interesante pues se ensanchó el ámbito competencial de la fe pública, pero en lugar de distinguirse la naturaleza individualizada de cada especie de acta, se equiparó a otros instrumentos públicos como los testimonios por exhibición, las legalizaciones, la legitimación de firmas y la certificación de existencia, y hasta con la función de expedición de copias. La no conceptualización del acta notarial dio lugar a que no se le reconociera su naturaleza protocolizable y se asentara al igual que el resto de los asuntos en el mismo libro indicador, lo cual trascendió a la práctica notarial.

Especial comentario merece la entrada en vigor el 9 de noviembre de 1874 de un nuevo reglamento de la ley de 1862, no por responder a una técnica depurada en materia de actas, pues se sigue adoleciendo de una definición precisa e inequívoca, sino por reconocerle su órbita y su espacio, referidas a aquellos hechos jurídicos que por su índole peculiar no podían calificarse de actos o contratos.

Coincidimos en parte, "El RN de 1874 cierra esta evolución, al establecer que las escrituras y las actas pasen al Protocolo de matrices, mientras que de los testimonios es de los que hay que hacer una breve reseña en un Libro que crea, denominado Indicador. Con esta concesión llega la distinción a los RN posteriores" (8).

Es cierto que "El Código Notarial entró en vigor por la puerta ancha, con fiestas y agasajos, en Febrero 28 de 1929, celebrándose al

(8) Tamayo Clares, M., *op. cit.*, 59.

efecto el primer Congreso Notarial efectuado en Cuba" (9), no sólo por ofrecer una definición amplia y casi exacta del Notario Público sino por dejar sentado su ámbito de competencia en su artículo 2, que incluía escrituras y actas matrices de las cuales expedía copias y firmaba protocolos, sin embargo, no sistematizó ni clasificó las actas notariales, haciéndose mención a ellas en el artículo 111 (10), desde el punto de vista formal y no material.

El tratamiento jurídico ofrecido en el código a las actas fue anémico e insuficiente (véase los artículos: 124, 143, 144 y 145). Se aprecia un salto considerable del artículo 145 al 215, y luego se le dedican cuatro artículos al acta de protocolización de actos otorgados en el extranjero para surtir efectos en Cuba.

El insuficiente tratamiento legislativo en materia de actas notariales, con especial relevancia a la praxis, es a nuestro juicio otra de las causas que hoy día corran más suerte las escrituras que las actas. Nos referimos a:

— Una parca regulación normativa.

— La falta de conceptualización genérica y específica del instrumento público dada su naturaleza jurídica.

— La imprecisa distinción técnica de las actas.

— La no instrumentación de la figura del acta con igual rigor técnico que las escrituras.

— La imprecisión del contenido y de la eficacia en el mundo jurídico.

— La confusión con los testimonios.

Los flagelos respecto al tratamiento jurídico de las actas tienden a superarse, no obstante, persiste en algunas legislaciones una noción notoriamente simplista y carente de tecnicismo jurídico, al calificarse indistintamente "lo que no sea escritura es acta"; "si no contienen contratos no son escrituras"; "las escrituras tienen como contenido propio declaraciones de voluntad" o aquellos de "que todo lo que implique consentimiento es escritura".

---

(9) Llaguno, Pedro Pablo, "Dos palabras", prólogo a la edición del Código Notarial de 1929, recopilado y anotado, año 1950, Colección legislativa de Bolsillo, vol. VIII, p. 10.

(10) Artículo 111: *"Todas las escrituras y actas matrices se redactaran en lengua castellana y se extenderán en pliego entero de papel de hilo con una altura de 31 a 33 cm y un ancho de 21 a 2 cm"*.

La problemática en torno a una clasificación legal de las actas notariales, homogénea y uniforme, se mantiene e influye en una interpretación adecuada del alcance social y del valor probatorio de este tipo de instrumento público.

Sin ser una obra perfecta, en Cuba la Ley Núm. 50/1984 "De las Notarías Estatales", de 28 de diciembre, y su norma reglamentaria ofrecen pautas certeras y organizadas para la actuación notarial en materia de actas, a las que nos referiremos.

3. Las actas notariales en la legislación cubana actual: ¿reconocimiento sombrío o discriminatorio?

El legislador cubano al consagrar normativamente el principio de representación de fe pública y su ámbito competencial, en el artículo 1 de la Ley Núm. 50/1984 "De las Notarías Estatales", no fue inicialmente coherente con la instrumentación de las actas, aunque lo salva con el tratamiento y la técnica empleada en la propia norma básica y en su reglamento.

Quizás la definición incompleta de Notario que se ofrece en el referido artículo, haga que se piense más en el ámbito de las escrituras, que de las actas. Al definirlo como el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, se omitió hacer referencia a su intervención en la solemnización y la autenticación documentadora de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica en soporte de actas.

Pese a la omisión en el primer precepto de nuestra fuente básica, el legislador se crece al atribuirle al Notario en el articulo 10 inciso b), la función fedante documentadora, referida exclusivamente de hechos, actos o circunstancias, los que por su relevancia jurídica, se pueden derivar o declarar derechos o intereses legítimos o cualquier otro acto de declaración lícita. La determinación de la procedencia o no de un acta, es facultad única del Notario al ser requerida su intervención, y para ello no cuenta con una fórmula matemática, pues requiere de un análisis calificador, casuístico y lógico con apoyatura legal.

El artículo 13 de la ley notarial reconoce el principio de autoría, y al mismo tiempo, en concordancia con lo regulado en el artículo 10 antes comentado, expresamente reconoce en su inciso b, a las actas como uno de los instrumentos públicos autorizados y autenticados por Notario. Este favorable reconocimiento revela que el estudio de la teoría general del instrumento público incluye cualquier especie de actas,

reconocidas legal y doctrinalmente y demuestra el vastísimo campo de actuación en la esfera extrajudicial.

A diferencia de algunas legislaciones en que se definen a las actas notariales, como aquel instrumento público que no tiene naturaleza de escritura pública, en la norma cubana se ofrece técnicamente un tratamiento superior. Se define y se diferencian de las escrituras, se regula su estructura normativa, se clasifican por especie, se instrumentan sus formalidades, solemnidades y requisitos esenciales.

El legislador no fue miope con las actas, ni se parcializó con las escrituras. Tampoco a las últimas las intenta colocar en un peldaño superior, pues si bien no las clasificó en fórmula *numerus apertus*, sí lo hace con las actas en el artículo 85 de la Resolución No. 70/1992, dictada por el Ministro de Justicia, el 9 de junio, contentiva del reglamento de la ley notarial. Como típicas se clasifican en: de protesto; de presencia; de referencia; de protocolización; de depósito; de notoriedad; de requerimiento; de subsanación de errores u omisiones, de jurisdicción voluntaria; de declaratoria de herederos y atípicas referidas a cualquier otra que se establezcan. Ello demuestra que la falta de protagonismo de las actas notariales no tiene una fundamentación real.

La jurisdicción voluntaria en Cuba tiene marcada incidencia histórica y legislativa en la comunidad notarial internacional. La atribución legal de determinados actos de jurisdicción voluntaria como son la administración de bienes de ausentes, la consignación, la información para perpetua memoria y el sucesorio de declaratoria de herederos, si bien fue resultado del proceso de desjudicialización y modernización de instituciones jurídicas, también obedeció al reconocimiento de la eficacia probatoria de las actas notariales, pues las cuestiones de jurisdicción voluntaria transferidas a la función notarial son resueltas y documentadas únicamente en actas.

En la legislación cubana no hay distinción en torno a las pautas generales de redacción y autorización de los documentos notariales. La redacción de las escrituras y las actas se someten a reglas comunes:

— Formales: papel especial timbrado, numeración ordinal por fecha, foliación interior correlativa, letra clara con caracteres legibles, márgenes, no uso de abreviaturas, los espacios se cubren con una línea continúa o descontinúa, empleo de guarismos e idioma español.

— No instrumentación de cláusulas contrarias a derecho o la moral, de lo contrario pudieran ser declaradas nulas. Ello requiere de una cuidadosa calificación notarial y de un riguroso control de legali-

dad. "En la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión... El notario... procede a la redacción de las cláusulas, en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho demostrando su calidad de jurisconsulto... Gracias a su estudio, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal". (11)

— Su representación instrumental es a través de copias parciales o literales, las cuales se expiden a favor de las personas legitimadas. "El notario satisface plenamente a los ideales de la seguridad jurídica, no sólo por la actividad de examinar y redactar que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento... Debe guardar el secreto profesional..." (12)

— No pueden tipificar ninguna de las causales de nulidad instrumental previstas en la ley. Como profesional del Derecho, el notario tiene que garantizar que su obra sea perfecta. "La nulidad formal implica vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o en todo caso, que atentan contra la imparcialidad del funcionario fideifaciente. Su declaración judicial pudiera conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del Notario, por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión, o incluso, podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal del Notario autorizante" (13).

— Las correcciones o enmiendas que no se salven al final del texto y antes de la firma (salvo aquellas que admitan diligencias sucesivas), con la aprobación expresa de los suscribientes son nulas.

— Su redacción se ajustará a las intenciones o manifestaciones de los comparecientes, en las que la triada: *asesoramiento-calificación-imparcialidad* son decisivas para que la voluntad querida coincida con la narrada. "Una vez que las dudas o problemas han sido establecidos

---

(11) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "El quehacer del Notario en la actualidad", en *Gaceta Notarial, Revista de actualidad Notarial y Registral,* año 1, Núm. 1, marzo de 2007, Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú, p. 29.

(12) *Idem*, p. 30.

(13) Pérez Gallardo, Leonardo B., "A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales, en Derecho Notarial", tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 117.

por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en aptitud de dar consejo eficaz...” (14).

— En su estructura técnico-normativa las actas cuentan con encabezamiento, comparecencia, parte expositiva, dispositiva y autorización, salvo otorgamiento. En su narración, el notario le imprime su impronta como reflejo de su nivel profesional e intelectual. La autoría del acta, lo coloca, al igual que en las escrituras, en una relación muy directa con el compareciente.

— Aunque no cuentan con otorgamiento, en la parte expositiva el notario puede hacer constar las advertencias legales, correspondientes al tipo de acta en particular, siendo necesario que el requirente cuente con el asesoramiento profesional relativo a los efectos inmediatos y ulteriores.

— El *nomen iuris* cobra un matiz diferente, al tenerse que calificar el fedatario, el tipo de *hecho, acto o circunstancia* sometido a su fe, siendo relevante que lo documentado surta verdaderos efectos probatorios.

— Se pueden aportar minutas en las que consten las instrucciones del requirente, las cuales deben ser calificadas e interpretadas adecuadamente, a fin de que se conozca lo que se puede narrar o no en el texto, así como de los errores, los defectos, las incongruencias, las confusiones, las ambigüedades, las imprecisiones, las tachaduras y la no claridad en la exposición de las ideas, en cuyos supuestos el asesoramiento profesional no puede ser limitado, parco o errado. Hablamos de un notario con sólidos y actualizados conocimientos jurídicos y extrajuridicos, culto, con sentido de responsabilidad social y dedicación a la profesión.

— El principio de calificación es igualmente exigible por el legislador: los documentos complementarios para la autorización serán examinados para comprobar su legalidad y así lo consignará en la matriz, identificándolo, siendo relevante su aplicación.

(14) Pérez Fernández del Castillo, B., *op. cit.*, p. 29.

— En caso de adjuntarse a la matriz un documento escrito en idioma extranjero tiene que haberse traducido oficialmente, salvo que el notario lo haga, en cuyo caso así lo hará constar.

— Escrituras y actas matrices cuentan con notas marginales, algunas comunes y otras particulares. Son comunes las referidas, por citar un ejemplo, a la expedición de copias con expresión de cantidad, número de hojas y de la identificación de la persona legitimada. Es una nota específica de un acta de requerimiento la diligencia de notificación a la persona designada por el requirente o en su defecto al apoderado, en el mismo pliego que termina el acta o en anotación marginal, si procediere.

Después de referirnos a reglas comunes en la redacción, nos adentramos a un grupo de pautas que son cauces para la elaboración de las actas.

4. Pautas en las actas

El instrumento público, sin distinción en escrituras o actas, vale "para probar aquello para lo que se hicieron" (15). "Contra la prueba preconstituida en derecho, carece de eficacia la testifical" (16).

En las escrituras, el notario formaliza actos o negocios jurídicos a los que la ley expresamente exige esa formalidad para surtir efectos constitutivos, o por voluntad de las partes en función de la obtención de la prueba preconstituida, con efectos declarativos referidos a derechos y obligaciones.

Al hacerse constar en las actas aquellos actos, hechos, realidades, sucesos y acontecimientos fugaces o no, de cualquier índole, relativos al pasado o el presente alcanzan un estimable valor jurídico.

Es bien conocido el levantamiento de un acta notarial en un aeropuerto, a las pocas horas de ocurrido un accidente de aviación que causó numerosos muertos; se trataba de determinar dónde faltaba una línea amarilla, si estaban o no iluminados ciertos carteles –especialmente el cartel "NO ENTRY"– y si los puntos de luz tenían o no iluminación. El acta notarial tuvo difusión periodística y fue aportada a la

(15) Arzola Fernández, José Luis y Marzio Luis Pérez Echemendía, *Expresiones y términos jurídicos,* Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2009, p. 216.

(16) *Op. cit.*

Comisión Investigadora del Congreso; nadie planteó el problema de la competencia o incompetencia del Notario" (17), por haber existido diligencias preliminares judiciales previa a la actuación notarial.

"El valor jurídico de certeza que implica la fe pública presupone la correspondencia de la realidad y de lo reflejado, pero al mismo tiempo impone esa correspondencia, como certeza tutelada por el Derecho" (18).

Por ello "... está implícito en las líneas rectoras que secularmente han presidido la regulación de la función notarial, particularmente por el hecho de que en el ejercicio de su función al redactar escrituras y actas el notario ejerce un control de legalidad, puesto que tiene un deber legal de redactar el documento con sujeción a las leyes y denegar su autorización cuando lo pretendido con él sea contrario a ellas. Esto es algo profundamente enraizado en la conciencia social..." (19).

Son pautas rectoras en el universo de las actas el control de legalidad, vinculado al principio de veracidad del instrumento público. El notario Antonio Rodríguez Adrados, valida que, "La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial, sería, en efecto, grandemente peligrosa para la seguridad jurídica si el notario pudiera prestarla a su libre arbitrio; y sería inmensamente dañosa para el interés público y la paz social... A nadie se le ocurre que el Ordenamiento haya instituido el Notariado para dotar de la eficacia especial conocida por fe pública a actos que el mismo Ordenamiento repudia, poniendo a los ciudadanos en la necesidad de impugnar judicialmente... que de esta manera habrían adquirido una presunción de validez, una apariencia de normalidad; la misión antilitigiosa del notario se habría convertido en un incremento de la litigiosidad y en muchos casos la ilegalidad saldría triunfante. En fin, sin la sujeción a la Ley y en general al Ordenamiento, la función notarial llenaría la vida jurídica de negocios verdaderos, pero nulos, que la sumirían en un completo caos" (20).

---

(17) Rodríguez Adrados, Antonio, *Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, 1988, pp. 59-60.

(18) Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, "La fe pública como valor constitucional", en Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado español, 1994, p. 18.

(19) "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria", en revista *Escritura Pública* Núm. 46, julio-agosto de 2007, editada por Consejo General del Notariado, p. 5.

(20) Rodríguez Adrados, Antonio, "El principio de legalidad", en revista *Notario del Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre, 2007, p. 104.

El notario en las escrituras moldea la voluntad manifiesta de las partes, preexistente, preconformada y acordada, pues en ocasiones conocen el tipo de negocio jurídico que interesan formalizar, incluso hasta su denominación jurídica, en cambio, en la función documentadora en las actas, no suele ser igual, aquí es preciso calificar la procedencia de la rogación inicial, determinar cuál es el tipo de acta idónea para el logro de los fines probatorios interesados por el legitimado, pues no siempre el requirente tiene precisa su pretensión y en especial, el contenido material, para luego instrumentarlo adecuadamente en la narración del acta.

Sabiamente la doctrina notarialista ha denominado a un grupo de actas de calificación jurídica, por emitirse y hacerse constar un tipo particular de juicios, a los que el Derecho les reconoce un extraordinario probatorio por excelencia.

Juicios jurídicos, ¿qué significan? "Han de fijar hechos, significa ahondar en el caso concreto al que ha de aplicarse la norma: lo subjetivo, físico o material, económico-social o psicológico, elementos todos que sirven de ocasión, causa o condición, en base a ello ha de conocer y descubrir, sobre todo lo relativo a la voluntad y los juicios que con ella se involucran. No puede ser vista esta como una operación mecánica, sino que ha de penetrar en la realidad interpretándola, llegando a los actos y documentos aportados que figuren como antecedentes o en relación con lo que ahora se percibe; todo ello es sustrato de lo que se intenta llevar al espacio de las relaciones sociales con incidencia para el Derecho, supone valoración y operación jurídica que por aplicación directa o analogía marcan el sentido del derecho ulteriormente concretado; y, derechos, es la enunciación exhaustiva de los elementos que integran el juicio de valor que se ha de formular, interpretación de voluntad de las partes y los títulos jurídicos que se exhiben, la apreciación de la capacidad civil, la calificación de la naturaleza del acto o contrato, su validez y legalidad, la suficiente para actuar, solemnidades legales y procedimentales, ello entraña una valoración jurídica o juicio lógico" (21).

Referido al valor jurídico del documento notarial la doctrina cuenta con criterios convincentes como los expresados por Núñez Lagos: "los efectos que produce la dación de fe por ser sanción que se acompaña

(21) Castán Tobeñas, José, "Función notarial y elaboración notarial del Derecho", Editorial Reus, Madrid, 1953, p. 97.

a aquellos implica autenticidad corporal (documento indubitado), formal (documento perfecto) y de fondo (negocio perfecto)" (22).

El quehacer notarial en sede de actas no debe ser rígido, pero existen caminos que nos conducen a la obtención de un documento perfecto. Caminos que pueden traducirse de la forma siguiente:

— Intervenir con el mismo rigor científico que en el caso de la autorización de las escrituras públicas.

— Conocer en la escala de valores jurídicos del instrumento público el lugar de las actas, especies, tipología, formalidades y efectos probatorios particulares.

— Calificar que en la rogación expresa hay manifestación de voluntad, pero que no crea, modifica o extingue ningún tipo de relación jurídica.

— Hacer corresponder el hecho narrado y documentado con el objeto del requerimiento notarial.

— Respetar el diseño normativo y su orden lógico.

— Usar un lenguaje preciso para su comprensión y admisibilidad, dentro y fuera del mundo jurídico, en juicio y fuera de él, tanto por especialistas como neófitos. "En el campo judicial, el acto autenticado ha de merecer en principio la misma consideración. Autenticar consiste, en evitar toda duda sobre el hecho afirmado, imponer la fe en la declaración oficial; más claro, eliminar el juicio histórico que sobre el hecho condicionante del derecho pudiera formular el juez". (23)

— Garantizar los efectos. Como expresa el insigne maestro, SANAHUJA Y SOLER. "... el juez aprecia el hecho a través de su reconstitución mediante la prueba, el notario lo toma por percepción y conocimiento directo" (24).

---

(22) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "El valor jurídico del documento notarial", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1945, p. 59.

(23) SANAHUJA Y SOLER, J. M., *op. cit.*, I, p. 32.

(24) *Idem*, p. 60.

— Asesorar integral y acertadamente. No instruirse desde una perspectiva prejuiciada o en la creencia de mera formalidad documentadora, pues la rogación requiere interpretación técnica aguda, información y conocimientos actualizados, consejo inteligente, oportuno, sensatez y muestra de sensibilidad en su dimensión profesional y ética. Tiene que ser capaz de convencer al requirente que sus pretensiones, intenciones, voluntades, deseos e intereses, son alcanzables o no, con fundamentación de facto y de derecho, encauzándolo si fuere necesario hacia otros rumbos legales respetándose la individualidad e intimidad. "El asesoramiento debe ser imparcial, a diferencia del que da cualquier otro jurista, peculiaridad que se deriva, bien de la función pública que el Notario desempeña –como creía G. Enríquez–, bien de su vertiente profesional, privada –como dice R. Adrados–, ya que, sin ser imparcial, mal puede el Notario asesorar a partes incluso antagónicas. Pero la imparcialidad modaliza el asesoramiento notarial con diferente intensidad, según se refiera a escrituras o actas: ..." (25). Y es cierto, en las actas, el notario, previa determinación de la que procede, debe ajustarse a lo que el reglamento notarial tiene previsto para cada especialidad.

— Ser imparcial significa que el acta, no se redacte de forma precipitada, inequívoca o carente de los requisitos obligatorios e indispensables para los efectos deseados. "En tales condiciones no se debe prejuzgar" (26).

— Advertir sobre la finalidad directa, presente y ulterior, y así hacerlo constar. "... redactado el documento debe informarles sobre el sentido y las consecuencias legales de los términos en que aparece redactado el acto. Aunque en un orden lógico el asesoramiento es premisa de la redacción y la información consecuencia de ella, ésta puede hacerse en cualquier momento anterior a la firma del instrumento público" (27).

— Leer en voz alta al requirente y a cualquier interviniente, apercibiéndolos del derecho que le asiste de leerla por sí, momento especial,

(25) *Idem,* p. 34.

(26) Chinea Guevara, Josefina, "Actas notariales", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 8.

(27) Tamayo Clares, M., *op. cit.*, p. 33.

en que, el propio interesado puede detectar imprecisiones o términos, que en la lectura tradicional, quizás no oiría.

— El control de legalidad tiene matices especiales. A nuestro juicio, no solo consiste en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos, en menor o mayor grado, sino en saber documentar fehacientemente la rogación, sin la cual nunca podrá actuar el Notario, cuyas principales características, al decir de RODRÍGUEZ ADRADOS es que tiene que ser previa, determinada, licita y legitima, en caso contrario, debe abstenerse y explicar las razones.

— La intervención notarial es extrajudicial "... toda intromisión del Notario en la esfera judicial está vedada;...Este ámbito extrajudicial, y si coexistencia con los actos de instrucción judicial preventiva ha determinado dudas en algunos países sobre las aplicaciones de las actas notariales de mera constatación... "el Notario no tiene competencia para intervenir con su actuación en actos o hechos que estén *sub-judice*". El Notario puede no conocer esta circunstancia porque no se lo manifieste el requirente o por no resultarle, implícitamente, de los propios actos o hechos. En este supuesto podría actuar, pero sí en el curso de su actuación apareciera la justificación o la alegación reconocida por el requirente, de que tal circunstancia existe, deberá suspender su actuación y remitir copia de lo actuado al juez.

— El respeto a la persona del requirente, requerido y terceros, es uno de los deberes deontológicos del notario en su relación profesional, respetándose las características personales y las circunstancias o lugar del requerimiento, según el supuesto fáctico, con reconocimiento constitucional (28).

5. Clasificación doctrinal de las actas en especie

Por su contenido RODRÍGUEZ ADRADOS, (29) clasifica "cinco clases de generales de actas notariales:

(28) El artículo 41 de la Constitución de la República de Cuba le reconoce a todos los ciudadanos iguales derechos y el artículo 43 a que, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana tengan acceso a la prestación de servicios.

(29) "La clasificación reglamentaria se formó más por aluvión que en virtud

a) Actas de mera percepción, en las que el Notario expresa los pensamientos que ha adquirido por sus propios sentidos.

b) Actas de control y percepción, en las que el Notario no se limita a narrar un resultado que ha percibido por sus sentidos, sino que previamente ha llevado a cabo un cierto control de la corrección, e incluso de la legalidad, de las actuaciones mediante las cuales se ha llegado a tales resultados.

c) Actas de hechos propios del Notario, en las que éste no narra ya los hechos que ha percibido, sino los hechos que él mismo ha realizado.

d) Actas de calificaciones, que dejando atrás la esfera de los hechos, tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el Notario.

e) Y actas de manifestaciones, que tienen como fundamental contenido manifestaciones que otras personas hacen en el documento autorizado por el Notario.

Dentro de cada clase se ubican las siguientes:

— Las de mera percepción incluye: de documentos, personas y actos humanos
— De control y percepción abarca: actas de sorteo y muestreo, de publicidad comercial y las de subasta.
— Las actas de hechos propios del Notario son las de notificación y requerimiento, de ofrecimiento de pago, de remisión de documentos por correo, de protocolización y depósito.
— Las actas de calificaciones encuentran tipicidad en la de notoriedad y de subsanación de error y omisión.

Entre las cinco clases doctrinales, las actas de mera percepción constituyen la manifestación más pura del acta notarial; son las actas primarias, originarias, de las que han ido surgiendo, por especialización, las otras cuatro: por su primacía conceptual y por los constantes

---

de un estudio científico serio, y es especialmente criticable el concepto de actas de presencia porque la inmediación es de esencia de la función notarial y el Notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso."

problemas prácticos que origina una inabarcable variedad, dedicaremos a las actas de mera percepción referidas por este autor (30).

Sobre la división de las actas el propio RODRÍGUEZ ADRADOS, convoca, en nuestra opinión, a reflexiones inteligentes que nos hacen razonar que:

1. Persisten aún disquisiciones y calificaciones doctrinales no superadas totalmente dada la parquedad o imprecisión de la distinción entre escrituras y actas.

2. El universo conceptual y formal de las actas resulta tan variado que si bien justifican la clasificación doctrinal pudieren excluir otras especialidades. Véase las clasificaciones en la legislación cubana (31).

3. "... procede del Reglamento de 1935, en innovación que supuso (32) una avance un avance muy considerable con relación a los anteriores" (33). Más adelante en su obra refiere que "la clasificación reglamentaria se formó por aluvión que en virtud de un estudio científico serio, y es especialmente criticable el concepto de actas de presencia porque la inmediación es de esencia de la función notarial y el Notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso, en el acto que motiva la autorización; no hay, por tanto, ninguna acta que no sea de presencia, y de ahí la inseguridad reglamentaria sobre el contenido de la categoría, donde reúne actas muy distintas. En el fondo, lo que ocurre es que para el Reglamento todas las actas son de presencia o de referencia- sin saber muy bien qué hacer con las de notoriedad..." (34).

4. Son frutos más de la praxis y de la interpretación jurídica, que de un estudio teórico científico. Se ofrecen otras clasificaciones doctrinales a la altura de SANAHUJA, que "... podemos distinguir entre aquellas que afectan a hechos jurídicos que por su índole no pueden

(30) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas,* Junta de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 18-19.

(31) Fue previsor al reconocer las actas atípicas en el artículo 85 j las demás que se establezcan, permitiéndose con ello la autorización de otras no calificadas expresamente en el precepto.

(32) *Op. cit.*, p. 14.

(33) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, *Tratado de Derecho Notarial,* Editorial Alcoy, 1957, p. 465.

(34) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, pp. 14-15.

calificarse de actos y contratos –actas propiamente dichas, que podemos llamar materiales–, y aquellas otras en que la legislación establece el acta como manifestación formal, actas que podríamos llamar formales (el acta de otorgamiento del testamento cerrado... y el acta de deposito ante notario) (35). "Las clasificaciones de NÚÑEZ LAGOS son más técnicas; destaca, por su interés, la que contrapone:

> — Actas constitutivas. Pueden ser "formalmente" constitutivas, si es un hecho de parte (como entrega de dinero), el Notario se limita a narrarlo, es un simple acto de vista; o "sustantivamente" constitutivas, si es un acto del propio Notario (la entrega de cédula de notificación a ciertos sujetos), es la actuación del Notario la que le da los efectos legales, por y desde esta sola actuación.
>
> — Actas de mera constatación de hechos materiales, narrativa del hecho observado o percibido. Su expresión normal es el acta de presencia" (36).

5. Típicas, atípicas, activas y pasivas son otras de las clasificaciones. "Desde el ángulo de la actividad que desarrolla el Notario en cada una de ellas, la clasificación se torna un poco más complicada y por ello más rica. Siguiendo a GONZÁLEZ PALOMINO, pueden las actas contener una actividad "pasiva" del Notario, o una actividad "activa". Se refiere –claro está– a la existencia de actividad notarial en las actas-lo que reafirma-y cómo puede manifestarse en menor o mayor grado, según sea el acta de presencia o de protocolización" (37).

Las clasificaciones doctrinales fueron fuentes de nuestro ordenamiento notarial actual. Es suficiente la lectura de cada inciso del artículo 85 del reglamento de la Ley Núm. 50/1984 para percatarse de la técnica normativa empleada al clasificarse las actas en: *de protesto, de presencia, de referencia, de protocolización, de depósito, de notoriedad, de requerimiento, de subsanación de errores u omisiones, de jurisdicción voluntaria, de declaratoria de herederos y en el último inciso reconoce a las atípicas pues concluye con la expresión: las demás que se establezcan.*

---

(35) *Op. cit.,* II, p. 9.

(36) TAMAYO CLARES, M., *op. cit.,* pp. 184-185.

(37) CHINEA GUEVARA, Josefina, *Derecho Notarial,* tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 16.

6. Algunas consideraciones de las actas en especie

El acta de presencia, como expresión de mera percepción, persigue la acreditación documental de la veracidad de un hecho, acto o circunstancia que al Notario le consta como cierto por su comprobación sensorial. "Estamos, pues, ante la más clásica aplicación de la fe pública, que tiene como primer contenido, a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, 'de visu et auditu suis sensibus'; el Notario se mantiene en la 'materialidad', en la 'objetividad', o como dice para la inspección personal del Juez,... en 'las exterioridades de la cosa inspeccionada', sin otras apoyaturas conceptuales que las de índole elemental, que las máximas de experiencia de común aceptación en la vida social" (38). Precisamente a la luz de lo previsto en el artículo 10 i) de la LNE una de las funciones técnicas del notario, es dar fe de la existencia de personas u objetos, siendo innecesaria la presencia de testigos, y por su propia naturaleza, se exige que en la misma fecha de su autorización, se expida la copia autorizada, pues en caso contrario se hará referencia al día del requerimiento. Al darse fe de la existencia de una persona es obligatoria la consignación de la *hora* como exactitud de lo percibido.

El legislador fue inteligente al incluir como contenido del acta de presencia toda clase de requerimientos efectuados por una persona a otra, ofrecimientos de pago, entrega de dinero, documentos y objetos, y de existencia de personas o cosas. (Cfr. artículo 85 b) del RLN). La fe notarial no es limitada, por el contrario, se refiere a la existencia de personas, cosas u objetos y de actos humanos.

El acta de referencia prevista en el citado artículo 85 inciso artículo 85 b) del RLN o c) del RLN tipifica un acta de manifestación atendiendo a la clasificación doctrinal. Lo que escucha, el Notario, lo hace constar como una evidencia directa. El ejemplo clásico es la declaración jurada por parte del manifestante relativo a un hecho, acto o circunstancia acaecido y que le consta al requirente. Rodríguez Adrados apunta que: "Es una mera aplicación de lo que podríamos llamar la regla de oro en la redacción del instrumento público: que se sepa en todo momento quién es el que está declarando" (39).

Siendo el contenido del acta de referencia la manifestación expresa del requirente o de un tercero, sabiamente nuestra reglamentación

(38) Rodríguez Adrados, A., *op. cit.*, p. 21.
(39) *Op. cit.*, p. 50.

notarial exige que se redacte, en la medida de lo posible y pertinente, usándose las mismas palabras declaradas, apercibidos de que lo manifestado es bajo juramento, y formulándose las advertencias legales procedentes.

Como actas contentivas de hechos propios del Notario, la norma cubana, establece las asociadas con el depósito, notificación, requerimiento y de protocolización. En ellas el Notario narra lo que realiza, ejecuta, comunica, informa y comprueba, en las que tiene que tener en cuenta sus peculiaridades y exigencias legales.

Con el depósito se constata que se ha recibido en ese concepto, objeto, valores, documentos o cantidades como prenda de contrato o para su mera custodia. Resulta interesante lo sostenido por GIMÉNEZ ARNAU: "Su especialidad radica en que aunque su función sea consignar un hecho (el material de haberse realizado el depósito) constituyen también un contrato entre el Notario (depositario) y el requirente (depositante)" (40). La intervención notarial no es formal si tenemos en cuenta que es el fedatario el que determinará las condiciones para la constitución y devolución, pudiendo fijar plazos o límites a la custodia, consignar todo cuanto fuere necesario y lógico para la identificación del objeto depositado y lo relativo a la devolución constituirá una anotación al margen, con la nota distintiva que no solo firma el Notario, sino que también lo hace el depositante, su representante voluntario o legal, sus causahabientes y testigos, según proceda.

La finalidad del acta de protocolización cuya regulación se encontraba expresamente reconocida en el Código de 1929, es de incorporar por vía directa al protocolo, un documento, a fin de garantizar su identidad e integridad física, lo que convierte al Notario en un garante y custodio al impedir su extracción. Téngase en cuenta además que la protocolización de un documento privado no lo convierte en público, pero le resulta aplicable las garantías de la conservación y custodia protocolar.

"Por está razón debe acudirse al acta de depósito, y no a la de protocolización, cuando se trate de documentos que, por cualquier causa, deban presentarse original ante la Autoridad competente..." (41). En

(40) GIMÉNEZ ARNAU, E., *op. cit.*, p. 769. No obstante, es dable aclarar que tal interpretación nos llevaría al absurdo de que el propio notario autorizara un instrumento contentivo de un contrato en el que él es una de las partes, lo cual contraviene una de las prohibiciones contenidas en nuestra Ley notarial.

(41) TAMAYO CLARES, M., *op. cit.*, p. 187.

función del asesoramiento el Notario tiene que saber instruir los casos de la procedencia de cada una.

Aunque literalmente en la clasificación legal de las actas (Cfr. artículo 85), no se relacionan las de notificación, vale comentar la asunción por parte del legislador en el artículo 89 del RLNE, pues las actas que comporten una solicitud de requerimiento, pueden contener como objeto el acto de notificar en un lugar determinado y el plazo.

Ciertamente, en sentido estricto, entre notificación y requerimiento hay fronteras. Mediante la notificación se comunica una información determinada, mientras que en la de requerimiento, se requiere además una posición o actitud concreta del requerido, sea para afirmar o negar, pero sin su respuesta, no puede expedirse la copia autorizada por carecer de los efectos como medio de prueba.

De todas las especies reguladas en el multicitado artículo 85, la más difundida es el acta de declaratoria de herederos, en virtud de la cual se declara el fallecimiento intestado de una persona y quienes son sus herederos legales. Sobre su denominación se discute en la dogmática notarial, al calificarse "como un acta notarial *sui generis*, por ser considerada una típica acta de notoriedad, la que a juicio de algunos, no deja de estar incluida dentro de los actos de jurisdicción voluntaria. Es lo cierto, y sobre ello ya he expuesto algunas consideraciones, en el sentido de que la Ley de Enjuiciamiento Civil y luego las leyes procesales posteriores incluyeron la declaratoria de herederos dentro de los procesos contenciosos, sin serlo, mas bien que por una cuestión de respetar el plan seguido, por tratarse de naturaleza sucesoria" (42).

El principio de notoriedad encuentra en el acta de declaratoria de herederos un cauce perfecto, "dado el hecho de que el Notario fija el hecho del fallecimiento del causante a partir de la certificación de defunción, por un lado, y considera la procedencia de la declaración del deceso intestado mediante la exhibición de la certificación negativa de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos que expide el Registro público correspondiente, formulando igualmente la declaración de los herederos a partir no solo de los documentos filiatorios, sino de las propias declaraciones del promovente (abogado) que es quien indica la cantidad de herederos, el orden de suceder, la presencia o no de herederos incapaces para heredar por ausencia definitiva del

(42) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El acta notarial de declaración de herederos *ab intestato* como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho cubano y el español", en *Derecho Notarial*, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 75.

país, y la existencia o no de descendientes del ausente, residentes en el país, que puedan concurrir a la herencia por derecho de representación" (43).

Aduce el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS que: "Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su raíz, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones" (44).

Y es cierto, el acta de notoriedad tiene efectos legales especiales y que demuestran que la actuación del notario en materia de actas, "limitada" únicamente a lo que ve, oye y percibe, es una subvaloración de las bondades de la fe pública notarial.

Para la autorización del acta de declaratoria de herederos, el Notario califica documentos y observa pautas expresamente reguladas en el RLN. Examina el escrito de solicitud redactado siempre por representación letrada, los documentos que acrediten lo expresado y aquellos contentivos de las declaraciones de los testigos y el dictamen fiscal en su caso. La intervención testifical y el pronunciamiento del fiscal es una valoración notarial atendiendo al caso en particular, lamentablemente de poco provecho por el gremio notarial.

En concordancia con las exigencias sucesorias previstas en el Código Civil, el artículo 107 del RLNE regula los particulares que contiene el escrito de solicitud: identificación de solicitante, expresión de la solicitud y relación de los fundamentos de hecho, declaración de existencia o no de padres del causante no aptos para el trabajo y que dependían económicamente de aquel, bajo juramento, si se cuenta o no con personas incapaces para heredar, y si se ha tramitado o no diligencias preventivas.

Las líneas de actuación notarial en la autorización del acta de declaratoria de herederos responden a una hilaridad normativa-lógica. Hablamos de documentos que se acompañan al escrito de solicitud, de las pautas a seguir una vez examinados, de los efectos del dictamen fiscal, de las declaraciones contentivas, lo relativo a la devolución o no de la documentación exhibida y de la remisión en un término de tres días hábiles de una copia autorizada al registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos adscrito al ministerio de Justicia.

---

(43) CORZO GONZÁLEZ, Lázaro Juan y Rodolfo HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ: "Principios del Derecho Notarial Cubano", en *Derecho Notarial*, tomo I, bajo la coordinación de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 26.

(44) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, p. 205.

Los artículos 114 y 115 del RLNE son pautas en la autorización del acta de declaratoria, y evidencian el reconocimiento del principio de control de Legalidad. En el primero taxativamente se regulan los supuestos en que no procede su autorización, y en el siguiente en franca concordancia con la función de asesoramiento, prevista en el artículo 10 inciso ll) de la ley, orienta las líneas de actuación ante la no procedencia de la autorización.

En Cuba, la intervención del Notario en materia de actas se vió favorecida con la puesta en vigor en el año 1984 de la Ley Núm. 50 por transferirse a la esfera extrajudicial asuntos de jurisdicción voluntaria, que eran exclusivos de la magistratura. Nos referimos a las actas de administración de bienes del ausente, información para perpetua memoria y de consignación, pese a su parca regulación normativa. (Cfr. Disposición Especial Primera de la Ley y los artículos 116 al 120 de su reglamento).

Como actas de calificaciones jurídicas la legislación notarial cubana reconoce el acta de notoriedad (Cfr. artículos 85 inciso e), 103 y 104 del Reglamento Notarial), las que siempre han tenido un lugar diferente dentro del catálogo de actas en especie pues en ellas la constatación de hechos de *visu et auditu* no es similar al resto.

En el acta de notoriedad el elemento subjetivo es esencial para la actuación notarial. En ella el fedatario expresa un juicio propio sobre la base de la apreciación y práctica de pruebas, las cuales tienen que resultar suficientes para la narración y fijación fehaciente de un juicio jurídico especial sobre el cual podrán ser fundados, reconocidos o declarados derechos o legitimadas situaciones o circunstancias personales o patrimoniales. Por ello, argumentamos que el rol del Notario no es el típico y tradicional en sede de actas, pues tiene que calificar atinadamente el material probatorio aportado para emitir el juicio y así documentarlo. Sobre el uso y utilidad práctica de las actas de notoriedad, la Dirección de Notarías y Registros Civiles del MINJUS se ha pronunciado en varias oportunidades.

No porque dediquemos nuestros últimos comentarios al acta de subsanación de errores y omisiones significa minusvalía con respecto al resto de las actas pues el legislador desde los primeros preceptos de la ley y luego en la norma reglamentaria les dedica desarrollo. Véase lo siguiente:

— Subsanar los errores u omisiones en los documentos notariales siempre que no constituyan causa de nulidad o alteren sustancialmente la identidad de los comparecientes es una de las funciones técnicas del

Notario que expresamente se reconoce en el artículo 10 inciso m) de la ley.

— Entre otros requisitos se requiere la presentación por la parte interesada de las pruebas admitidas en Derecho (Cfr. artículo 48 RLNE).

— Si el error u omisión en la matriz es imputable al Notario, la tarifa correspondiente será a su cargo o de la Notaría (Cfr. artículo 49 RLNE).

— Son partes interesadas las que tienen derechos a la obtención de copias (Cfr. artículos 50 y 130 del RLNE).

— Es regulada como una de nuestras actas en especie en el artículo 10 inciso g) del reglamento.

En ocasiones suele confundirse al acta de notoriedad con la de subsanación de errores y omisiones, y viceversa, lo que invita a una profundización en el estudio de la naturaleza, los requisitos, los supuestos y la eficacia jurídica de cada una en particular, pues una autorización desacertada no solo atentaría contra la perfección de la actuación notarial sino que carecería de los efectos probatorios deseados, en el que estamos inmersos.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

ARZOLA FERNÁNDEZ, José Luís y PÉREZ ECHEMENDÍA MARZIO, Luís: *Expresiones y Términos Jurídico*s. Editorial Oriente. Santiago de Cuba. 1.ª edición. 2009.

BERMEJO, Meléndez Belén y CALLES, Vales José: *Citas de Artes y Libros*. Editorial Libsa, 1ra edición. S/A.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho*. s.e. Editorial Reus, SA. Madrid.1953.

CHINEA GUEVARA, Josefina: *Actas Notariales. Derecho Notarial.* Tomo III, Editorial Félix Varela. La Habana. 2008;

COLECTIVO de autores. "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria" en revista *Escritura Pública* Núm. 46 Julio-Agosto de 2007 editada por Consejo General del Notariado. España;

CORZO GONZÁLEZ, Lázaro Juan y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo: "Principios del Derecho Notarial Cubano". *Derecho Notarial*. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana. 2008.

DELGADO DE MIGUEL, J. F., "La función notarial", *Ponencias presentadas por el Notariado Español". VI Jornada Notarial Iberoamericana,* Quito, Ecuador. 1993.

EL NOTARIO EN LA HISTORIA EN REVISTA *Unión Internacional del Notariad*o. RIN, ONPI, 2007.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: *Tratado de Derecho Notarial.* Editorial Alcoy. 1957.

GIMÉNEZ -ARNAU, Enrique: *Derecho Notarial,* s.e. Editorial Navarra, SA. 1976.

LLAGUNO, Pedro Pablo: Dos palabras, prólogo a la edición del Código Notarial de 1929, recopilado y anotado, año 1950, *Colección legislativa de Bolsillo*, vol. VIII. La Habana, Cuba.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: "El valor jurídico del documento notarial" en *Anales de la Academia Matritense del Notariado.* Madrid. 1945.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: "El quehacer del Notario en la actualidad" en *Gaceta Notarial, Revista de actualidad Notarial y Registral,* Año 1, Núm. 1, marzo de 2007. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales. *Derecho Notarial*. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El principio de Legalidad" en revista *Notario del Colegio Notarial de Madrid.* Septiembre-Octubre, 2007.

— Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. *Consejo General del Notariado*. 1988.

RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: "La fe pública como valor constitucional" en *Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado español.* 1994.

SANAHUJA Y SOLER, José María: *Tratado de Derecho Notarial*. Tomo I y II. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1945.

TAMAYO CLARES, Manuel: *Temas de Derecho Notarial*. Quinta edición. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.

TARRAGÓN ALBELLA, Ernesto: Ponencia "El Documento Notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad". *25 CONGRESO Internacional del Notariado. Consejo General del Notariado Español.* 2007.

II. Fuentes legales:

Código Notarial cubano de 1929, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 28 de diciembre de 1929.

Ley de las Notarías Estatales, Ley Núm. 50 de 28 de diciembre de 1984, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria Núm. 3, de 1 de marzo de 1985.

Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59 de 16 de julio de 1987, 1.ª edición, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1989.

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992, Editorial Política, La Habana, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, Núm. 7, de 1 de agosto de 1992.

Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de 9 de junio de 1992, contenido en la Resolución Núm. 70 del Ministro de Justicia, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, Núm. 4, de 9 de junio de 1992.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley Núm. 7/1977 de 19 de Agosto, Editorial Orbe, La Habana, 1978, modificada por el Decreto-Ley Núm. 241 de 26 de septiembre de 2006.

Resolución Núm. 50 de 23 de febrero, del presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, Núm. 10, de 10 de marzo de 2009.

(20) *Vid. Pérez Gallardo,* Leonardo B., "Paliativos jurisprudenciales y notariales a la transmisión mortis causa de la vivienda a favor de menores que no la ocupan", en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Perú, vol. 12, 2011, pp. 309-332, *passím*.

EL ACTA DE NOTORIEDAD: RESERVORIO IDEAL DE LAS INFORMACIONES PARA PERPETUA MEMORIA

ALEXIS PÉREZ RIPOLL
Notario de la provincia de Matanzas, Cuba.
Especialista de postgrado en Derecho Notarial y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de La Habana

SUMARIO: 1. Necesarias reflexiones iniciales. **2.** Evolución histórico-legislativa de la "jurisdicción voluntaria" en Cuba. **3.** En busca de un concepto de "jurisdicción voluntaria". **4.** Una aproximación a su naturaleza jurídica. **5.** Sujetos y objeto. **6.** La información para perpetua memoria. **6.1.** Conceptualización, objeto y finalidad desde la doctrina y la legislación extranjera. **6.2.** Antecedentes normativos en Cuba. **7.** Integración de la Información *ad perpetuam* al acta de notoriedad. **7.1.** Clasificación doctrinal de las actas en especie. **7.2.** Acta de notoriedad y "jurisdicción voluntaria". **7.3.** Aspectos que distinguen al acta de notoriedad como reservorio ideal de las informaciones para perpetua memoria. **7.3.1.** Naturaleza jurídica. **7.3.2.** Un acercamiento a la "notoriedad" como su objeto. **7.3.3.** Requisitos. **8.** ¿Identidad o divergencia? **9.** Actual regulación y perspectivas de las actas de notoriedad como reservorios de las informaciones para perpetua memoria en la legislación notarial cubana. **10.** Actual regulación de la información *ad perpetuam* en Cuba. Bases para una necesaria modificación normativa. **11.** Consideraciones finales. **12.** Bibliografía.

Resumen: Tras la entrada en vigor en Cuba de la ley "De las Notarías Estatales" en el año 1985, fueron transferidas a la competencia notarial las informaciones para perpetua memoria, clasificándolas legalmente el reglamento notarial como actas independientes de jurisdicción voluntaria, obviándose la pertinencia de tramitar tales asuntos en un reservorio documental idóneo ya existente en la legislación notarial cubana: el acta de notoriedad.

Palabras claves: Jurisdicción voluntaria, informaciones para perpetua memoria, actas de notoriedad, valoración de la prueba, convicción.

Summary: After setting in practice the State Latin Notary Office Law in 1985 in Cuba, informations for perpetual memory were transfered to the notary attribution. They were classified as independent acts of voluntary jurisdiction by the notary regulations, not taking into account the possibility of processing such subjects in a suitable documental reservoir, already existing in the Cuban notary legislation: the notoriety act.

Key words: voluntary jurisdiction, information for perpetual memory, notoriety acts, proof assessment, conviction.

1. Necesarias reflexiones iniciales

La necesidad de perpetuar determinados hechos, actos o circunstancias a los fines de que se tenga conocimiento oficial de estos, unida al requerimiento de que sean revestidos de un valor probatorio que les imprima una fuerte presunción *iuris tantum* y con ello su perpetuidad más allá del presente, extendiéndose su eficacia hacia el futuro, generó el surgimiento no generalizado de la información para perpetua memoria como procedimiento dirigido al logro de tales propósitos.

El nacimiento de esta institución no se produce en sede notarial. Obedece a una construcción procesal y consecuentemente enmarcada en el ámbito competencial de los tribunales, más específicamente, en la gama de trámites carentes de *litis* a los que se ha denominado "jurisdicción voluntaria".

Desde el año 1937 experimentó el notariado cubano la novedad y revolucionaria transferencia de gran cúmulo de asuntos de "jurisdicción voluntaria" a su sede, incluidos los asuntos de información para perpetua memoria, ganándose espacio en lo que hasta entonces era sagrado en el ámbito judicial, a pesar de la inaplicación práctica de esta norma y la férrea oposición del máximo fuero de justicia de la época.

Tras la entrada en vigor de la actual ley "De las Notarías Estatales", en el año 1985, se produjo una modificación importante y definitiva

en el ámbito competencial de la "jurisdicción voluntaria", el que esta vez no encontró reticencia y permitió el conocimiento notarial de asuntos como la administración de bienes del ausente, la consignación de las deudas y la información para perpetua memoria, adquiriendo todos autonomía propia y diferenciada del resto de las actas ya reguladas en la norma notarial, ignorándose la pertinencia de tramitar los últimos en un reservorio documental ideal ya existente en la legislación notarial cubana: el acta de notoriedad.

A partir de ese momento surge la disquisición doctrinal en torno a la diferencia existente entre las actas de información para perpetua memoria y de notoriedad, en un afán de apreciar sus discrepancias, obviando que son quizás más los puntos que las conectan que aquellos que las separan.

2. Evolución histórico-legislativa de la "jurisdicción voluntaria" en Cuba

La historia legislativa cubana ha conocido la tramitación de asuntos no contenciosos inherentes al *instituto* en estudio en la sede notarial. Aunque pudiese parecer muy novedosa la tendencia de trasladar al ámbito notarial determinados asuntos de la "jurisdicción voluntaria", ello no representa una novedad en suelo patrio.

Casasús, al referirse a los antecedentes histórico-legislativos de la "jurisdicción voluntaria" en Cuba, expone que: "En nuestro derecho antiguo, los alcaldes conocían de las cuestiones que impropiamente llama nuestra ley de jurisdicción voluntaria". (1) El resultado de este sistema, por el que se les concedía, a veces, toda la fortuna de la familia y cuyos efectos después eran irremediables, aconsejó la necesidad de ofrecer un remedio, de lo cual se encargó la comisión redactora de la ley de 1855.

Ello fue motivo para que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 9 de diciembre de 1865 se preceptuara que todas las actuaciones de la "jurisdicción voluntaria" se practicarían en los juzgados de primera instancia y ante escribano,

(1) Casasús, Juan, *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cubaconforme a la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Cuba y España desde la fundación de ambos, numerosas sentencias de tribunales franceses, belgas e italianos y de la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana,* Tomo III, Editorial Lex, La Habana, 1945, p. 7.

consignándose en el papel timbrado correspondiente. Nótese el rol del escribano en este contexto.

Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 141, inciso 1) autorizó, igualmente, a los jueces municipales a ejercer la "jurisdicción voluntaria" siempre que quedaran expresamente autorizados por la ley en cada caso. Esta excepcionalidad a partir del año 1919 devino en regla, invirtiéndose los roles juzgadores en esta sede.

Ya adentrado el siglo XX en su cuarto decenio, entra en vigor la Ley de 17 de diciembre de 1937, conocida como Ley Notarial. A través de esta se produjo una adición al artículo primero del Código Notarial vigente desde el año 1929, transmitiendo al notario las facultades atribuidas a los jueces y tribunales en todos (2) aquellos actos de "jurisdicción voluntaria."

Voces doctrinales de la época llegaron a expresar: "(...) La Ley Notarial abre un anchuroso campo al profesional del notariado; sin restarle seriedad ni garantía, ganarán los procedimientos esa prontitud que informa las actividades todas de la vida moderna; contribuirá, en gran modo seguramente, a descongestionar los Juzgados, disminuyendo las labores que pesan sobre ellos, para beneficio de los Juzgados mismos y de los que allí acuden. Amén de las ventajas y comodidades que comporta para las partes el poder tramitar y resolver en derecho, en el ambiente íntimo, aunque no despojado de austeridad, de una Notaría, los asuntos que obligaban a recurrir a los templos de Themis, no por sagrados menos ingratos para los no habituados a su comercio con la diosa." (3)

---

(2) Por su parte, el artículo IV de esta revolucionaria ley, especificó el ámbito competencial de los notarios en sede de "jurisdicción voluntaria", asignando a los fedatarios el conocimiento y resolución de los siguientes asuntos: 1. De la ley de Enjuiciamiento Civil: a) Prevención del abintestato cuando se solicitare por parte legitimada. b) Declaración de herederos abintestato. c) Testamentarías. d) Adopción. e) Elevación a escritura pública de testamento hecho de palabra. f) Apertura del testamento cerrado. g) Información para perpetua memoria. h) Subastas voluntarias judiciales. i) Actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio. 2. De la Ley Hipotecaria:a) Documentos no inscriptos en su momento e imposibles ya de inscribir con la mera instancia de parte e inscripción de las posesiones. 3. Del Código Civil: a) Consejo de Familia. b) Testamento Ológrafo.4) Del Código de Comercio:a) Habilitación de libros del comercio. 5. De la ley del Registro Civil y su reglamento:a) Actos relativos a las secciones de nacimiento y ciudadanía. b) Subsanaciones de errores y omisiones no esenciales.c) Inscripciones solicitadas fuera de término.d) Cambio, adición y modificación de nombres y apellidos. 6. Del Decreto Ley 206 de 10 de mayo del año 1934.a) El divorcio por recíproco disenso.

(3) Carbonell Barberán, Ramiro, *Legislación notarial*, Editorial Cultural, La Habana, 1939, pp. 11-12.

Sólo tres años después, la progresista Constitución de 1940 prescribe en el tercer párrafo de su artículo 170 que: "Sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al Poder Judicial", reafirmando el artículo 197 que "En ningún caso podrán crearse tribunales, comisiones u organismos a los que se conceda competencia especial para conocer de hechos, juicios, expedientes, cuestiones o negocios de las jurisdicciones atribuidas a los tribunales ordinarios."

En ese momento se cuestionaban los profesionales del gremio jurídico si existía o no una contradicción entre los preceptos constitucionales y la ley de 1937 que atribuía a los notarios el conocimiento de tales actos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, mediante Resolución de fecha 5 de diciembre de 1940, se pronunció ante las interrogantes planteadas por los juristas acerca de la existencia o no de la citada contradicción normativa que el párrafo tercero del artículo 170 de la Constitución de 1940, que se refería concretamente a la función de "juzgar", no a la "función judicial en toda su extensión". (4)

Dispuso que, mientras el Tribunal Supremo de Justicia no declarare la inconstitucional de la Ley de 17 de diciembre de 1937, el Ministerio de Justicia entendería como válidas y eficaces las resoluciones dictadas por los notarios en los asuntos de que conocieran con arreglo a dicha norma.

Años más tarde, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo dictó la Resolución Hipotecaria número 9 de 16 de junio de 1947, en la que estatuye que sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al Poder Judicial (...) disponiendo que:"es claro, que los Notarios a partir de la Constitución, no tienen facultades para resolver en estas cuestiones sometidas hoy expresamente a la jurisdicción del Poder Judicial. Además por el art. 170 de la Constitución quedó derogada la facultad que a los Notarios dio la Ley de 17 Dic. 1937 para hacer declaratorias de herederos *abintestato*." (5)

Al adoptar esta decisión, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo cubano resolvió sobre un extremo que sólo al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales competía. No existe precepto constitucio-

---

(4) *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino, "El acta notarial de declaración de herederos ab intestato como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho cubano y el español, en *Derecho Notarial*, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 71.

(5) *Ibidem*, pp.71-72.

nal alguno que faculte a autoridad distinta a pronunciarse en cuanto a la inconstitucionalidad de una norma. En consecuencia con ello, la Ley de 1937 no fue efectivamente derogada.

Este orden de cosas se mantuvo inmutable tras la promulgación de la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974 y seguidamente la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977 (6), las que continuaron atribuyendo competencia exclusiva en sede de "jurisdicción voluntaria" a los tribunales.

La Ley 50 de 28 de diciembre del año 1984 de las Notarías Estatales, marcó la fecha en que fueron restituidos al gremio notarial parte de los asuntos que le fueron despojados en el ámbito de la "jurisdicción voluntaria" tras la inaplicación de la Ley de 1937. Significó un hito importante para el derecho cubano.

La Ley actualmente latente y el reglamento de entonces, atribuyeron el pleno conocimiento de determinados actos de "jurisdicción voluntaria" como la consignación, la administración de bienes del ausente y la información *ad perpetuam memoriam*, la que alcanza desde esta fecha su permanencia en sede notarial como un acta con existencia propia. (7)

3. En busca de un concepto de jurisdicción voluntaria

El amplio contenido que a la "jurisdicción voluntaria" se atribuye, dificulta la precisión en cuanto a su concepto. El fin que permite caracterizar a los actos que integran este ámbito de asuntos es la tutela o protección de los derechos de los particulares.

Existen varios elementos que caracterizan y definen esta institución, en los cuales se puede apoyar la delimitación efectiva de su concepto. Entre estos se encuentran:

1. El planteamiento de la "jurisdicción voluntaria" como contrafigura de la contenciosa.
2. El carácter heterogéneo de los actos que la integran.

(6) Ley Núm. 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral.

(7) *Cfr*. Art. 10 c) de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1984 "De las Notarías Estatales" y Art. 85, inciso h) de la Resolución 70 de 9 de junio de 1992 del Ministerio de Justicia, actual reglamento de la ley notarial.

3. El carácter jurisdiccional de los asuntos.
4. La inexistencia de cosa juzgada.

A modo de resumen y en un intento muy propio de este autor por arribar a una conceptualización de la figura en estudio, debe entenderse por "jurisdicción voluntaria" aquella institución jurídica inoficiosa de múltiple ámbito competencial (judicial, notarial y registral), signada por la ausencia de *litis* o contradicción de partes que engloba un conjunto de relaciones jurídicas que se unifican por una finalidad común, generalmente determinada por el reconocimiento o constatación de la existencia de ciertos derechos o hechos y carente de fuerza de cosa juzgada en cuanto a los pronunciamientos que competen a los tribunales.

4. Una aproximación a su naturaleza jurídica

Al tratar este tópico se pone de manifiesto la desorientación histórico-doctrinal y legislativa que ha sellado a la "jurisdicción voluntaria", fundamentalmente como consecuencia de la disputa entre su carácter judicial o administrativo.

Las teorías (8) que giran en torno a su naturaleza jurídica se debaten entre la consideración de la institución como jurisdiccional, administrativa o ecléctica.

(8) Teoría de la de la actividad no jurisdiccional. El sector de la doctrina que se afilia a la misma, encabezado por REDENTISEGNI y ALCALÁ-ZAMORA, niega el carácter jurisdiccional de la "jurisdicción voluntaria", aunque sin precisar cuál es su verdadero carácter. La teoría de la actividad administrativa, entiende que la "jurisdicción voluntaria" es una actividad administrativa desprovista de cosa juzgada por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para producir estos efectos, aunque habitualmente es asignada a los órganos jurisdiccionales. La escuela filosófica, en voz del profesor CHIOVENDA, postula al respecto que "no hay jurisdicción voluntaria, sino simple administración. La teoría intermedia defiende la idea de que aunque la jurisdicción voluntaria debe ser considerada como una función administrativa, presenta ciertas características que la diferencian del resto de los actos administrativos y la aproximan a la actividad jurisdiccional. La teoría de la actividad negocial, seguida por teóricos como DE MARINI y en cierta medida por CASTÁN TOBEÑAS, quienes afirman que las actividades de la "jurisdicción voluntaria" se ubican fuera de la disciplina de Derecho Procesal, enfocándose en la labor de notarios y registradores civiles, para su desempeño. Al respecto *vid*. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional,* tomo II, segunda parte, Proceso Civil, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, p. 762 y ss.

Este autor se afilia a la concepción administrativa, amén de que, en cierta medida, deba ser considerada como jurisdiccional, más que por correspondencia con esta, porque actualmente se mantienen un porciento elevado de sus asuntos en la sede judicial.

Respecto a la inexactitud del término "jurisdicción voluntaria" y su esencia misma y en estrecha vinculación a su naturaleza jurídica, la Unión Internacional del Notariado Latino se ha pronunciado en la primera de las conclusiones de su XX Congreso celebrado en Cartagena, Colombia en 1992, al entender que "(…) en realidad la «Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa» no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada." (9)

Muchas han sido las formulaciones que se han realizado en el afán de corregir su incongruente denominación. Las que tampoco resultan claras y son ambiguas, pues todos los asuntos que se someten a la consideración y actuación notarial son de naturaleza no contenciosa.

Al respecto, este autor entiende que lo más importante no es su denominación sino el reconocimiento de su posible instrumentación en sede notarial; no obstante, ha planteado NIETO SÁNCHEZ (10) que las materias no contenciosas, atribuidas por ley a otros funcionarios, entre ellos los notarios, se deberían denominar más acertadamente administración voluntaria. En especial las conferidas al notario debieran ser conocidas como administración voluntaria notarial.

5. Sujetos y objeto

Como sujetos de la "jurisdicción voluntaria" se encuentran en primer lugar el o los promoventes, los que pueden ser personas naturales o jurídicas. A estos sujetos no se les puede asignar el calificativo de partes a tenor de que no ejercitan derecho de acción.

Otro de los posibles sujetos intervinientes son las otras personas relacionadas con el acto, opositoras o no, siempre vinculadas con lo

(9) *Vid.* Conclusiones del XX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Cartagena, Colombia, en el año 1992, en NIETO SÁNCHEZ, José, "Competencia notarial en asuntos no contenciosos", *Revista Jurídica del Notariado Español*, número 9, edición extraordinaria, Madrid, 2008, p. 84.

(10) *Vid.* NIETO SÁNCHEZ, José, *op. cit.*, p.107.

que se ha promovido y que pueden ser llamadas por el juez o acudir voluntariamente, aunque no formulen oposición.

El ministerio público es otro de los imprescindibles sujetos en los actos de "jurisdicción voluntaria", pues en la generalidad de los supuestos es necesario escuchar la opinión fiscal, en especial, cuando la solicitud afecta intereses públicos, se refiere a la persona o los bienes de menores de edad o discapacitados mentalmente, se relaciona con la tramitación con los bienes o derechos de un ausente declarado como tal judicialmente o cuando en cualquier otro caso así lo disponga la ley. (11)

A pesar de que algunos autores como CABRANES BLANCO y BALMASEDA DEL TORO (12) reconocen al órgano competente que conoce del trámite de "jurisdicción voluntaria" como sujeto, no considera este autor que deban entenderse como tal a jueces, notarios o registradores, pues estos son quienes valoran, deciden y autorizan el acto pedido por los sujetos. En el caso puntual del notario, tal y como no es sujeto del instrumento, al menos en el sentido clásico o común, tampoco lo será en relación con los actos que lo integran; sean o no inherentes a la "jurisdicción voluntaria". El notario es, por sobre todas las cosas, su autor.

En relación con el objeto de la "jurisdicción voluntaria" CABANELLAS (13) plantea que existe doble objeto para esta. De una parte, dar solemnidad a ciertos actos y de otra pronunciar determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar.

En Cuba, aunque no se desconoce esta dualidad de objeto, sí se aprecia cierta división en el mismo, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los órganos que la tramitan, principalmente en cuanto a las funciones que desempeñan.No obstante, este autor considera que el objeto de la "jurisdicción voluntaria" es tan heterogéneo como igual carácter reviste la institución.

---

(11) *Cfr.* Arts. 583 y 584 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

(12) *Apud. Vid.* CABRANES BLANCO, Cristina y Yuseli Sidey BALMASEDA DEL TORO, *op. cit.*, pp. 31-33.

(13) *Vid.* CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,* tomo IV, p. 54, *cit. pos.* CABRANES BLANCO, Cristina y Yuseli Sidey BALAMSEDA DEL TORO, *op. cit.*, p. 23.

6. La información para perpetua memoria

Dentro de los trámites que conforman la mal llamada "jurisdicción voluntaria" se encuentra la información para perpetua memoria o *ad perpetuam,* la queha sido introducida dentro de este tipo de procedimientos con ausencia de *litis* con el propósito de satisfacer disímiles solicitudes y en los más variados campos del derecho.

Para Manresa y Navarro, (14) el antecedente de esta institución se encuentra en las declaraciones que emitían los testigos de manera previa a los procesos, en aquellos supuestos en que existían indicios de que al momento de la substanciación de estos, los mismos podrían encontrarse ausentes o aquejados de alguna enfermedad impeditiva de su futura declaración.

No fue hasta la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el año 1881, que se distinguió entre la declaración de testigos que pudiera derivar contienda de aquellas que no, pasando las primeras a la jurisdicción contenciosa y la segunda al libro III relacionado con la "jurisdicción voluntaria".

A sólo 14 años de la promulgación de la ley decimonónica, avanzados de pensamiento de la época, como el ilustre notario español Fernández Casado, se cuestionaron la existencia de inconvenientes para que estas primeras declaraciones no litigiosas fueran realizadas ante notario, sin que ello implicara una intromisión en las facultades jurisdiccionales del juez.

Al respecto entendía que: "Las informaciones testificales recibidas por notario son voluntarias, no presuponen necesariamente una actuación notarial definida, y pueden utilizarse lo mismo en el juicio que fuera de él por el carácter indeterminado que ostentan, constituyendo un fin por sí mismas, aunque más tarde sean susceptibles de utilizarse como medios de prueba, y bajo este concepto pueden caer y caen bajo el criterio del juez sentenciador." (15)

---

(14) *Vid.* Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, tomo VIII, Arts. 1811 al 2030, p. 671.

(15) Fernández Casado, Miguel, *Tratado de notaría,* tomo I, imprenta de la viuda de Minesa de los Ríos, Madrid, 1895, p. 692.

6.1. Conceptualización, objeto y finalidad desde la doctrina y la legislación extranjera

¿Qué se entiende como información para perpetua memoria?La enciclopedia jurídica española conceptualiza al acta de información para perpetua memoria como aquella que "tiene por objeto hacer constar de una manera permanente ciertos hechos que pudieran desaparecer u olvidarse en el transcurso del tiempo." (16)

Siguiendo una misma línea de conceptualización, a partir de su objeto, MANRESA Y NAVARRO afirma que "estas informaciones tienen por objeto la justificación con testigos de ciertos hechos, al que quien los promueve interesa queden consignados de un modo solemne, a fin de que consten en lo sucesivo, y no puedan desaparecer, olvidarse o desfigurarse en el transcurso del tiempo." (17)

CASASÚS, por su parte, la define partiendo de su finalidad al afirmar que "esta institución tiene por fin hacer constar, con la solemnidad que el órgano judicial imprime a sus decisiones, la existencia de un hecho que interesa al promovente de la información." (18)

Especial atención merecen los conceptos ofrecidos por MARTÍNEZ DE NAVARRETE (19) y CHINEA GUEVARA (20), quienes amplían el objeto de la información para perpetua memoria al entender, el primero, que consiste en la averiguación o prueba que, por trámites de la "jurisdicción voluntaria" y a prevención, se realiza para constancia futura de alguna cosa. La segunda autora, en cambio, entiende que tiene como fin lograr la memoria de un hecho, acto o circunstancia que interesa al derecho y para ello se busca la veracidad oficial que ofrece el notario con la autorización de sus documentos.

La mayor diferencia entre ambos conceptos estriba en que la destacada profesora y notaria limita su procedencia a la trascendencia jurídica que se pueda atribuir al hecho, acto o circunstancia que se documente, fundamento más que lógico al resultar imposible concebir

---

(16) MOUTON OCAMPO, Luis, *et. al., Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 19, Francisco Seix Editor, Barcelona.

(17) MANRESA Y NAVARRO, José María, *op. cit.,* p. 671.

(18) CASASÚS, Juan, *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cubaconforme a la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Cuba y España desde la fundación de ambos, numerosas sentencias de tribunales franceses, belgas e italianos y de la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana,* Tomo IV, Editorial Lex, La Habana, 1945, p. 222.

(19) *Apud.* MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alfonso, *Diccionario Jurídico Básico,* Editorial Eliasta, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 125.

(20) *Apud.*CHINEA GUEVARA, Josefina, *op. cit.*, p. 75.

como objeto de estas actas a cualquier hecho que se quiera perpetuar, al margen de su relevancia para el derecho.

No obstante, estos conceptos no permiten definir con meridiana claridad cuál es el objeto mismo de la institución, pues toda acta tiene como contenido, un hecho, acto o circunstancia y su finalidad más inmediata es la perpetuidad de lo contenido en ella como forma de generar el valor de la prueba preconstituida.

Su contenido no ha sido precisado ni por las legislaciones procesales ni notariales, si bien ello no implica una desregulación de esta figura. En el contexto latinoamericano sobresalen los reconocimientos que las normas notariales de Costa Rica (21) y Honduras (22) realizan de esta institución como trámites de la "jurisdicción voluntaria" en sede notarial, aunque sin brindar pautas sobre qué debe entenderse por la misma.

Por su parte, la "Ley de asuntos no contenciosos ante notario" de Puerto Rico entiende por informaciones para perpetua memoria a aquellas autorizadas para perpetuar hechos en que no esté planteada una controversia y no puedan resultar en perjuicio de persona cierta y determinada, ni se pretenda utilizar para conferir una identidad a una persona". (23)

El estudio de la legislación adjetiva chilena resultó de suma utilidad para comprender el alcance que para el legislador en ese país tienen las informaciones para perpetua memoria. Con la promulgación del Código Procesal Civil, Ley 7130 de 16 de agosto de 1989, la información para perpetua memoria y la información fuera de juicio vuelven a separarse normativamente. (24)

Según dispone el artículo 897 del Código Procesal Civil chileno, la información *ad perpetuam* tiene por finalidad "la demostración, mediante prueba testimonial, de determinados hechos que interesen de modo principal al promovente". Mediante tal redacción estos procedimientos pasan a constituirse en diligencias de estricto resorte indi-

---

(21) *Cfr.* Art. 129 de la Ley 7764/1943, Código Notarial de Costa Rica.

(22) *Cfr.* Art. 59.6 del Código de Notariado de Honduras de 16 de diciembre de 2005.

(23) *Cfr.* Art. 2.4 de la Ley 282 de 21 de agosto de 1999, "Ley de Asuntos no Contenciosos ante Notario" del estado libre asociado de Puerto Rico. Nótese que es imposible empelarla a los fines de acreditar la identidad de una persona, lo cual constituye el uso más extendido en Cuba en los últimos años en esta sede.

(24) La información fuera de juicio de los artículos 165 a 169 del Código anterior, pasan con el nuevo a los artículos 250 a 253, bajo el acápite de "Pruebas Anticipadas" (Capítulo II) dentro del Título IV de las "Medidas Cautelares", manteniendo en esencia sus mismas características.

vidual, cuyo interés se centra en la declaración ante autoridad judicial sobre hechos en los que el proponente tiene particular interés.

6.2. Antecedentes normativos en Cuba

Su conocimiento, históricamente sometido a la jurisdicción civil de los tribunales en Cuba, como se ha expuesto *supra*, aunque matizado por la intervención notarial que concedió en esta sede la ley de 1937, compete en la actualidad cubana a los notarios, tras la promulgación de la actual ley "De las Notarías Estatales" el 28 de diciembre del año 1984.

Los antecedentes normativos y procesales cubanos de esta figura se evidencian del análisis del artículo 2001 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, la que a tenor de dicho precepto, entendía estos asuntos como la práctica que de determinadas informaciones debían realizar los jueces, siempre que las mismas no estuvieran referidas a hechos de los que pudieran resultar perjuicios a una persona cierta y determinada, encargándose la "jurisprudencia" de la época de distinguir las situaciones fácticas ante las que debían considerarse aplicables.

La obligatoriedad de la participación fiscal era tan importante en esta sede que la ley adjetiva decimonónica cubana preceptuaba que no podrían ser admitidas estas informaciones sin previa escucha del fiscal del partido, lo que una vez evacuado generaría su admisión con intervención del propio fiscal en la citación de los testigos que la parte interesare, dando fe el actuario y luego el notario, de la identidad de los mismos, debiendo exigir de estos, si fueran desconocidos, la presentación de dos testigos de conocimiento, así como el auto que aprobó la información inserto en el testimonio de la escritura traída para probar dicho extremo. (25)

Una vez practicada la información, preceptuaba el artículo 2004 de la expresada norma la remisión del expediente al ministerio fiscal para su revisión y de entender suficiente lo practicado, solicitaba el fiscal que se aprobara la información y luego, hallándolo procedente el juez, se dictaba el auto que disponía su aprobación. (26)

Tras la entrada en vigor en de la Ley 7, "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral", de 19 de agosto de 1977, se reguló la infor-

(25) *Cfr.* Art. 2003 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
(26) *Idem.* Art. 2005.

mación para perpetua memoria como parte del libro quinto relativo a la "jurisdicción voluntaria", específicamente en el capítulo cuarto.

La referida ley procesal facultaba a los Tribunales Municipales Populares para practicar estas informaciones siempre que de las mismas no resultare perjuicio a persona cierta y determinada, tramitándose en todo caso con la previa citación fiscal. (27)

Se hace referencia en su artículo 596 a que una vez admitida la información serán examinados por el juez los testigos propuestos por el solicitante en relación con los hechos presentados.

Además del examen de los testigos, el tribunal podía disponer la práctica de cuantas diligencias de prueba a su juicio fueran pertinentes para la adveración de los hechos de la información que se pretende.

Luego del análisis del material probatorio, el tribunal dictaba auto por el cual declaraba no haber lugar a la información solicitada de no encontrarlo suficiente o, de estimarlo bastante, la aprobaría por medio de idéntica resolución en cuanto hubiere lugar en derecho. (28)

Tales eran las regulaciones de la información para perpetua memoria en Cuba a tenor de la predecesora legislación. Sus usos fueron diluyéndose con el tiempo en la práctica judicial cubana, quedando estos asuntos prácticamente en el olvido y reducidos, tras su transmisión competencial a la sede notarial, a cuestiones únicamente relacionadas con la existencia de errores u omisiones en los nombres y apellidos de las personas, cuando no prefería el fedatario actuante acudir a las ventajas que en esta materia ofrece el acta de notoriedad.

7. Integración de la Información *ad perpetuam*al acta de notoriedad.

7.1. Clasificación doctrinal de las actas en especie

A los fines de lograr diferenciar cada una de las actas notariales en especie y de entender la exacta ubicación que por su naturaleza, objeto y finalidad corresponde al acta notarial de notoriedad, se hace necesario ilustrar la clasificación de las mismas de manera muy sucinta.

(27) *Cfr.* Art. 595. Ley 7 de 27 de septiembre de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto/Ley 141 de 27 de septiembre de 2006.

(28) *Cfr.* Art. 597 y ss. de la ley de trámites civiles.

Por su contenido, RODRÍGUEZ ADRADOS, clasifica cinco clases generales de actas notariales:

a) Actas de mera percepción, en las que el notario expresa los pensamientos que ha adquirido por sus propios sentidos.

b) Actas de control y percepción, en las que el notario no se limita a narrar un resultado que ha percibido por sus sentidos, sino que previamente ha llevado a cabo un cierto control de la corrección, e incluso de la legalidad, de las actuaciones mediante las cuales se ha llegado a tales resultados.

c) Actas de hechos propios del notario, en las que éste no narra ya los hechos que ha percibido, sino los hechos que él mismo ha realizado.

d) Actas de calificaciones, que dejando atrás la esfera de los hechos, tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el notario.

e) Y actas de manifestaciones, que tienen como fundamental contenido manifestaciones que otras personas hacen en el documento autorizado por el notario.

Dentro de cada clase se ubican las siguientes:

1. De mera percepción: de documentos, personas y actos humanos
2. De control y percepción: actas de sorteo y muestreo, de publicidad comercial y las de subasta.
3. De hechos propios del Notario: notificación y requerimiento, de ofrecimiento de pago, de remisión de documentos por correo, de protocolización y depósito.
4. De calificaciones: Actas de notoriedad y de subsanación de error y omisión.

Es suficiente la lectura de cada inciso del artículo 85 de la norma reglamentaria, para percatarse de la técnica normativa empleada al clasificarse las actas en: deprotesto, de presencia, de referencia, de protocolización, de depósito, de notoriedad, de requerimiento, de subsanación de errores u omisiones, de "jurisdicción voluntaria", de declaratoria de herederos, reconociendo en el último inciso a las atípicas, pues concluye con la expresión: las demás que se establezcan.

7.2. Acta de notoriedad y "jurisdicción voluntaria"

En opinión de NIETO SÁNCHEZ, (29) lo realmente esencial de la declaración congresual, de Madrid en 1950, desde el punto de vista de la competencia notarial en expedientes de "jurisdicción voluntaria", es que atribuye al notario una función relativa a la apreciación de la prueba y no solamente creadora de pruebas. O sea, el notario como valorador de la prueba y encargado de apreciar su suficiencia en el afán de demostrar las pretensiones o solicitudes de las personas rogantes de sus servicios.

De esta manera, el notario, en sus funciones como autor de las actas de calificaciones jurídicas, no sólo es un generador de pruebas fuera del proceso, sino que deviene igualmente en un valorador de la misma para declarar la certeza de algún hecho.

De ahí que, en las actas de notoriedad, el notario ha de valorar las declaraciones de los testigos de conjunto con otros medios de prueba, para concluir o desestimar en su caso la notoriedad de los hechos respecto de los que se solicita su actuación.

La intervención del notario en la autorización de las actas de notoriedad está impregnada de la labor probatoria presente en cualquier tipo de procedimiento judicial o extrajudicial. Se compone de una primera fase encaminada a la producción de las pruebas ante el órgano o autoridad competente. En esta fase confluyen elementos de mero carácter fáctico encaminados a demostrar los hechos, a los cuales se suman otros de tipo jurídico, traducidos en la aplicación de las normas que determinan los requisitos de admisibilidaddel medioprobatorio.

La otra fase de la apreciación de la prueba es aquella que no es libre, sino reglada, propia de aquellos sistemas jurídicos en los que la ley directamente les asigna el valor, como sucede en Cuba y en todos los países del notariado latino.

Una vez fijados los hechos, se procede a la declaración de estos como notorios, al igual que como sucede en el proceso judicial. Es posible que la rogación que se realiza al notario incluya una actividad ulterior, como lo puede constituir la declaración de derechos que se derivan o dimanan directamente de los hechos cuya notoriedad se declara. (30)

---

(29) *Vid.* NIETO SÁNCHEZ, José, *op. cit.*, p.100.

(30) Tal y como sucede en el Acta de Declaración de Herederos Abintestato, por medio de la cual se declara la notoriedad del fallecimiento intestado de una persona y previa demostración del vínculo de parentesco existente entre los presuntos herederos con el causante, así como de que estos se encuentran en el

Esta forma perfeccionada y evolucionada del acta de notoriedad, es el cauce procedimental y medio técnico idóneo, que permite afirmar al notario como sujeto titular de la competencia en asuntos de "jurisdicción voluntaria". Precisamente este carácter del acta de notoriedad aparece magníficamente expuesto por NAVARRO AZPEITIA, quien es citado por NIETO SÁNCHEZ y ha expresado que " (…) en Francia y en Italia no son otra cosa que solemnes actas de evidencia por acopio de declaraciones solventes e imparciales, mientras que, "(...) en España, por darse en sus trámites el complejo de calificación admisiva, comprobación de hecho, publicidad resguardadora de intereses de terceros y declaración autorizadora, que caracterizan la declaración *in-volentes,* constituyen el molde en el cual han de vaciarse verdaderos procedimientos notariales...". (31)

De tal manera, el notario se forma su propia e íntima convicción y con autoridad declaratoria para imponer el hecho notorio a cuantos traten de negar los derechos y consecuencias que del mismo se deriven y a cuantas autoridades deban proteger el logro de los derechos y el ejercicio de las acciones a que de lugar.

En las actas de notoriedad, según se ha expuesto, el notario desarrolla un verdadero procedimiento de formación sucesiva, dejando constancia documental de todas sus actuaciones. No obstante, no debe desentenderse el notario de que la declaración de notoriedad ha de afectar a personas que no han intervenido en el expediente y es necesaria la existencia de la constancia documental de todo cuanto ha realizado el fedatario a lo largo del procedimiento de "jurisdicción voluntaria", transcripto en el cuerpo del acta de notoriedad. Dicha constancia documental es vital para que en su día se pueda contrastar el razonamiento notarial.

Del mismo modo que en el procedimiento judicial las actuaciones se documentan y dan lugar a autos, que servirán eventualmente para la revisión en vía de recurso y siempre serán fundamento de la autoridad de la sentencia, en el procedimiento notarial el acta dejará constancia de lo actuado por el notario y de los fundamentos intrínsecos de su declaración.

---

grado más próximo que prescribe la ley y de que no hay más causahabientes que los manifestados por el rogante, se produce a favor de los mismos el llamamiento a la herencia y con este del derecho de aceptar o repudiar la misma, al constituir el instrumento público título sucesorio.

(31) *Vid.* NIETO SÁNCHEZ, José, *op. cit.,* pp. 100-101.

Al respecto y como indicador de la necesidad de que exista constancia documental de lo actuado por el notario, Miguel FENECH ha expresado que: "...El juicio instantáneo, en un solo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y ello por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos**.** Dios para juzgar no necesita proceso." (32)

Desde el segundo congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid, en el año 1950, se ratifica la necesidad de que regresen a la sede notarial todos los asuntos de "jurisdicción voluntaria" o no contenciosos. Esta vez con una perspectiva nueva, aportando el documento técnico adecuado para que el notario realice las funciones relativas a la "jurisdicción voluntaria": el acta de notoriedad.

Existen dos peculiaridades en el acta de notoriedad que la convierten en instrumento idóneo para el conocimiento de la "jurisdicción voluntaria", en especial de las informaciones para perpetua memoria:

Produce todos los efectos del documento público notarial, en tanto su eficacia no es atacada en juicio declarativo. Se reputan como exactos los hechos por ella acreditados.

2) El notario sólo será responsable de aquellas declaraciones del acta por él mismo formuladas (33) pero no de la veracidad intrínseca de las pruebas ante él producidas.

7.3. Aspectos que distinguen al acta de notoriedad como reservorio ideal de las informaciones para perpetua memoria

Tras la búsqueda de la verdadera esencia en sede notarial de las informaciones para perpetua memoria, se hace necesario analizar los aspectos que determinan la inclusión de estos asuntos como contenido de las actas notariales de notoriedad, criterio al que apuesta este autor todo el empeño de la presente investigación.

7.3.1. Naturaleza jurídica

Como primer elemento para lograr convicción en relación a la pertinencia de calificar a las informaciones para perpetua memoria como

(32) FENECH, Miguel, *El proceso penal,* Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 17, *cit pos.,* NIETO SÁNCHEZ, José, *op. cit*., pp. 101-102.

(33) Tales como el lugar y fecha de autorización o racionalidad del juicio que emite.

contenido de las actas de notoriedad, debe hacerse referencia a su naturaleza jurídica y a la regulación que a este instrumento se ofrece en la normativa notarial cubana.

Como exponente de las actas de calificaciones, el acta de notoriedad es merecedora de una gran variedad de efectos probatorios. "Acredita dentro y fuera del mundo jurídico, la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales se pueden fundar, declarar o reconocer derechos, o legitimar diversos hechos, situaciones o circunstancias de cualesquiera de nosotros, personal o patrimonial con relevancia jurídica, por lo que su subestimación y poco uso carecen de lógica y fundamentación." (34)

Su primordial distinción sobre el resto de las actas radica en el rol que desempeña el elemento subjetivo, o sea su autor, al implicar por parte de este una acuciosa calificación, no sólo de documentos presentados a los fines de acreditar la veracidad de lo requerido por el rogante, sino también de manifestaciones o declaraciones prestadas por la "partes" o por terceros en torno al objeto mismo del acta.

Por estas razones ha sido definida por Delgado de Miguel como: "El efecto más importante de la intervención notarial, la fe pública, es el medio más idóneo creado por el Derecho, para garantizar la certeza de las situaciones jurídicas (...)." (35)

Tras la búsqueda de la naturaleza jurídica de estas actas, no se encontrará mejor respuesta que la basada en su propia esencia y finalidad, pues comprende conceptos que se apartan de la pura autenticación o legalización como función característica de las actas notariales, llegando a formar, al decir de Sanahuja y Soler (36) , una institución autónoma dentro del Derecho Notarial.

7.3.2. Un acercamiento a la "notoriedad" como su objeto

Autores como Pérez Díaz y Corzo González (37) , estudiosos de la

---

(34) Pérez Díaz, Olga Lidia y Lázaro Juan Corzo González, "El acta de notoriedad en el derecho positivo cubano: una referencia especial", en *Norte Notarial,* Revista del Colegio de Notarios de la Libertad, Perú, Año 1, núm. 1, p. 143.2.

(35) *Vid.* Delgado de Miguel, Juan Francisco, "La función notarial", *Ponencias presentadas por el Notariado Español, VI Jornada Notarial Iberoamericana,* Quito, 1993, p. 254, *cit. pos.* Pérez Díaz, Olga Lidia y Lázaro Juan Corzo González, "El acta de notoriedad…, *op. cit.,* pp. 2-3.

(36) *Vid.* Sanahuja y Soler, José María, *op. cit.,* p.112.

(37) *Vid.* Pérez Díaz, Olga Lidia y Lázaro Juan Corzo González, "El acta de notoriedad…, *op. cit.*, p. 143.4.

obra de NAVARRO AZPEITIA y SANAHUJA Y SOLER, exponentes de la primera de las concepciones, manifiestan que para los expresados autores lo notorio es sinónimo de comúnmente sabido en un lugar o círculo social.

Esta opinión, tomada de un importante sector de la doctrina procesal encabezada por CHIOVENDA, reduce considerablemente la aplicación del acta de notoriedad, pues la limita a la comprobación de la notoriedad de un hecho ya notorio, que en la mayoría de los casos no necesitará de prueba ni tramitación alguna; así ocurre con la constancia del ejercicio de un cargo público.

La segunda de las manifestaciones, entiende como notorio el hecho tenido por cierto por la gran mayoría de las personas que mantienen relaciones habituales con aquellos a los que se refiere o afecta el hecho que se trata de acreditar. Por esa razón es definida como una notoriedad relativa, pues la declaración notarial, el juicio, versará sobre si el hecho está o no suficientemente acreditado para esas personas. Esta es la posición dominante y más extendida por la práctica notarial.

La determinación de la notoriedad de un hecho resulta sumamente compleja, pero a la que indudablemente debe el notario arribar para la autorización del acta. El contenido material del acta de notoriedad es la narración de un hecho sobre el cual se emite un juicio jurídico que recae sobre el pasado.

Analizada la naturaleza jurídica de estas actas y su objeto o esencia misma: la notoriedad, es indudable la absoluta similitud con el acta de información para perpetua memoria. En las últimas, a pesar de su ya comentada imprecisa naturaleza, el notario debe llegar a convicción sobre el hecho que se informa o lo que sería lo mismo, debe logar comprobar la notoriedad de éste.

7.3.3. Requisitos

Como apunta RODRÍGUEZ ADRADOS, (38) la rogación en las actas de notoriedad ha de ser previa, a instancia de parte, determinada, o sea, conocida y bien precisa al momento de la solicitud. A su vez debe ser lícita, y un elemento trascendental es hacer corresponder la profesionalidad, autoría, imparcialidad y legalidad con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(38) *Apud.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones…, op. cit.,* pp. 53 y ss.

— Comprobar el interés legítimo del requirente.

— Precisar y narrar el hecho, acto o circunstancia sometido a notoriedad a los efectos de que este quede debidamente determinado en el instrumento público.

— Solicitar, relacionar y practicar cuantas pruebas resulten pertinentes, incluyéndose testifical, de reconocimiento u otra.

— Formular las advertencias legales procedentes al caso.

— Examinar y calificar las pruebas presentadas.

— Fijar en la parte dispositiva el juicio de notoriedad con la expresión: "resulta suficientemente probada o comprobada".

A estos requisitos los autores PÉREZ DÍAZ y CORZO GONZÁLEZ añaden, en irrestricto respecto al reglamento notarial, que "El Notario tiene que ser cuidadoso en la calificación y razonamiento, a los efectos de comprobar si con respecto al hecho, acto o circunstancia que se intenta someter a notoriedad, se ha interpuesto demanda en juicio declarativo; por tramitación ante los tribunales o porque haya recaído sentencia firme; la existencia de contradicción entre partes o perjuicios a terceros, o si la declaración de lo notorio fue acreditado con anterioridad, en cuyo caso se abstiene de actuar. Igualmente si el material probatorio no justificare la notoriedad pretendida." (39)

Al margen de que la actual regulación normativa de las actas de información para perpetua memoria en Cuba es carente de requisitos propios, resultan los antes expuestos ejemplos vivos de lo que cumple el notario en suelo patrio al momento de autorizar un acta de información para perpetua memoria, lo que indica que al autorizar las mismas el fedatario se adscribe a los requerimientos que la doctrina y la legislación prevén para las actas de notoriedad, realizando un razonamiento lógico de simple analogía *iuris*.

8. ¿Identidad o divergencia?

Ante la exposición de tales criterios doctrinales y legales se hace necesario retomar una interrogante básica de este trabajo ¿Son iguales o diferentes las actas de notoriedad y de información para perpetua memoria?

(39) PÉREZ DÍAZ, Olga Lidia y Lázaro Juan CORZO GONZÁLEZ, "El acta de notoriedad…, *op. cit.,* pp.143.3-143.4.

Reafirma la existencia de esta sinonimia ARAGONÉS ANDRADE, para quien "en tan reglamentario sentido entendida, la materia de las actas de notoriedad, es la misma que la de las informaciones para perpetua memoria, de la que se ocupa, como acto de jurisdicción voluntaria." (40)

Se suma a este criterio, el esgrimido por DE LA CÁMARA, cuando afirma que las informaciones de perpetua memoria, "propias de la función notarial debieran ser excluidas de la competencia judicial, para lo que no habría inconveniente al hallarse en desuso, sustituidas por las actas de notoriedad." (41)

En ese propio sentido, MONTERO AROCA ha expuesto que las informaciones para perpetua memoria han quedado "prácticamente en desuso por la importancia de las actas notariales de notoriedad." (42)

Los autores antes citados afirman el desuso de las informaciones para perpetua memoria a partir de la aproximación entre el objeto de estas y el de las actas de notoriedad, al punto de que la segunda puede subsumir a la primera.

Autores cubanos contemporáneos como MARIÑO SOTOMAYOR, ORDELÍN FONT y VEGA CARDONA, (43) consideran que no se puede afirmar la existencia de una identidad entre ambas, basándose en los juicios que emite el notario en cada una de ellas. Para ello alegan que el objeto de las actas de notoriedad es la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los que posteriormente se fundarán o declararán derechos y que estos hechos no han sido presenciados por el notario, por lo que se hace necesaria la emisión de un juicio de notoriedad por su parte. En tal sentido consideran que la dación de fe va dirigida a la comprobación de la notoriedad del hecho, sin que sea necesario demostrar o probar el mismo.

---

(40) ARAGONÉS ANDRADE, José, "Novedades del Reglamento Notarial", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XI, septiembre, Núm. 129, Madrid, 1935.

(41) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", Ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, JDCN, 1975, *cit. pos.*, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, "Jurisdicción Voluntaria", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho Notarial,* tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 136.

(42) MONTERO AROCA, Juan, *et. al.,* Derecho Jurisdiccional, *op. cit.*, p. 908.

(43) *Vid.* MARIÑO SOTOMAYOR, Estrella, Jorge Luis ORDELÍN FONT y VEGA CARDONA, Raúl José, "Las actas de información para perpetua memoria: "Consideraciones para su perfeccionamiento en el Derecho Notarial cubano", en formato digital, (inédito), p. 15.

Al respecto muestra este autor su discrepancia, toda vez que es precisamente en este tipo de acta, perteneciente junto con las actas de subsanaciones de errores y/u omisiones al grupo clasificatorio denominado de calificaciones jurídicas, donde la labor del notario se amplía mucho más, rebasando la simple percepción o constatación de hechos, sino que implica una importante labor intelectual del fedatario, estando facultado para solicitar o exigir cuanta prueba de las admitidas en derecho estime necesarias para comprobar la notoriedad del hecho sometido su consideración.

Téngase en cuenta que lo declarado notorio se presume verdadero mientras no se pruebe lo contrario. Este argumento impide que se relève al notario de la obligación de probar o demostrar el hecho de manera previa a la declaración de su notoriedad.

Tan importante resulta que el notario estime suficientemente probado el hecho, que si no se logra ello, no obtiene entonces convicción en relación al mismo y resultaría imposible la autorización del acta, debiendo abstenerse de actuar.

En relación a la información para perpetua memoria, sostienen los autores antes citados, que su diferencia radica en que las pruebas que se aportan se dirigen a demostrar la existencia de un hecho y no a la notoriedad del mismo. Este criterio, lejos de configurar una verdadera diferencia, desemboca en una evidente similitud, pues, en sede de notoriedad, igual destino depara al material probatorio que se aporta. Como se ha expresado ya, sólo después de demostrada la existencia u objetividad del hecho resulta posible declarar su notoriedad.

No basta con la demostración del acontecimiento fáctico para que se entienda configurada la información para perpetua memoria en relación con el mismo, sino que debe existir un pronunciamiento notarial dirigido a perpetuar este una vez demostrado, no existiendo nada más parecido a ello que la declaración de la comprobación de la notoriedad.

Igualmente sostienen que la ley de trámites civiles cubana exige la adveración de la información que se pretende, sin necesidad de demostrar que existe una publicidad o conocimiento relativo del hecho. Ante esta posición es obligatorio cuestionarse: ¿Acaso para adverar o dar por válido el hecho no se requiere de contar con pruebas de la existencia del mismo? ¿Acaso ello no implica la demostración de la notoriedad relativa ya comentada?

Por supuesto que resulta imprescindible, pues siempre se ha regulado en la tramitación de las informaciones para perpetua memoria una fuerte carga de prueba, en la que los propios autores han recono-

cido juega un rol determinante la prueba de testigos, (44) lo que denota la existencia de un conocimiento parcial o relativo del hecho por parte de las personas que prestarán declaración en relación al mismo.

De no existir ese relativo conocimiento ni en el orden testifical ni documental, no existiría material probatorio para demostrar la existencia del hecho y en consecuencia sería imposible perpetuarlo. Ello conduce una vez más a la obligatoriedad de la calificación de "lo notorio" en sede de informaciones para perpetua memoria.

Ante todo lo anterior, resulta evidente que no estamos en presencia de dos instrumentos notariales distintos, sino de uno sólo y preexistente: el acta de notoriedad. Debió el legislador haber dispuesto la tramitación de las informaciones *ad perpetuam* por la vía de la misma sin requerir desatar la inventiva en un afán de crear un acta de nuevo tipo que sólo generó inexactitud y en la práctica devino en su inaplicación e inutilización, siendo suplantada por el acta de notoriedad, reservorio al que evidentemente pertenecen.

La ubicación de las informaciones para perpetua memoria dentro del contenido de las actas de notoriedad genera una nueva interrogante. ¿Es una especie cualificada de las actas de notoriedad?

No se trata de una relación género-especie, pues la propia inexactitud en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de las informaciones *ad perpetuam* lo impide. Además, no existe una finalidad marcada dentro de la última ni cuenta con un objeto *sui géneris* determinado, ni por doctrina, ni legislación alguna que le ofrezca un tratamiento diferenciado, sino que debe entenderse como un asunto que deja de poseer existencia propia e independiente tras su paso a la competencia notarial y se diluye en el contenido de las actas notariales de notoriedad.

9. Actual regulación, y perspectivas de las actas de notoriedad como reservorios de las informaciones para perpetua memoria en la legislación notarial cubana

El acta de notoriedad queda comprendida en la formulación general del inciso b) del artículo 10 de la ley notarial. Por su parte el reglamento notarial la regula expresamente en el inciso e) del artículo 85, al clasificar las actas.

(44) Exégesis misma de la información *ad perpetuam*.

El antes mencionado precepto legal de la norma reglamentaria reconoce como actas de notoriedad a aquellas que "acreditan la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales podrán ser fundados, declarados o reconocidos derechos o se legitimen hechos, situaciones o circunstancias personales o patrimoniales con trascendencia jurídica." (45)

La concepción antes ofrecida constituye, a juicio de este autor, abarcadora y de amplio espectro, permitiendo anchar el ámbito de aplicación de los asuntos que por medio de estas actas se instrumentan. Tuvo el legislador de la ley notarial la agudeza de brindar a este especial instrumento una regulación a la altura de su trascendental importancia, dentro de cuyo contenido queda incluida conceptualmente la información ad *perpetuam*.

No obstante, en lo que pudiera calificarse como una enrevesada clasificación de las actas, el artículo 85 reglamentario ubica también a las actas de notoriedad como especies distintas de las actas de "jurisdicción voluntaria" y de declaratoria de herederos *abintestato*.

En relación con la citada clasificación legal que ofrece el controvertido precepto, cabe referir que con la misma se realiza una interpretación restrictiva de lo que como contenido del acta notarial de notoriedad se entiende, a la vez que plasma el legislador de 1984 una definición abarcadora, bordada y bien acabada de la misma, lo cual es en esencia contradictorio.

Téngase en cuenta que se regula como acta atípica la declaratoria de herederos *abintestato,* (46) tratamiento que de modo similar se brinda a las actas de "jurisdicción voluntaria", no obstante encontrarse incluida, como se ha expresado *supra*, dentro del ámbito de las segundas, siendo precisamente este uno de los aspectos polémicos del paso de estos asuntos a la competencia notarial en Cuba. Estas actas de delación hereditaria, como insiste este autor en denominarlas, igualmente son consideradas en la doctrina como típicas actas de notoriedad. (47)

---

(45) *Cfr.* inciso e) del Artículo 85 de la Resolución 70 de 9 de junio de 1992, contentiva del Reglamento de la ley "De las Notarías Estatales".

(46) *Cfr.* Art. 10, inciso c) de la ley "De las Notarías Estatales" en relación con Art. 85, inciso i) y 106 y ss. de la Resolución 70 de 9 de junio de 1992, contentiva del Reglamento de la ley "De las Notarías Estatales".

(47) *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino, "El acta notarial de declaración de herederos *ab intestato* como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho cubano y el español,en Derecho Notarial, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 75.

Se ha tomado como ejemplo el acta de declaración de herederos *abintestato* para intentar realizar un análisis análogo en relación con el tema propuesto en el presente trabajo. Ante la realidad evidenciada de que el acta de declaratoria de herederos es un trámite de "jurisdicción voluntaria" y a su vez una típica acta de notoriedad, cabría entonces cuestionar si la "jurisdicción voluntaria" en sede notarial, en especial la información para perpetua memoria, cuya autorización actualmente corporifica un acta independiente, sería igualmente contenido para un acta de notoriedad y de esa forma debería taxativamente ser regulado.

Completan la regulación normativa cubana de esta acta los preceptos 103 y 104 del reglamento notarial, relativos a los requisitos a tener en cuenta para su autorización y a las circunstancias ante las que el notario deberá abstenerse de actuar respectivamente.

En relación al primero de los preceptos enunciados, se precisa que la solicitud o rogación corra a cargo de persona que demuestre interés en el hecho, acto o circunstancia cuya notoriedad se pretenda acreditar, los cuales deberá aseverar bajo su responsabilidad y previamente advertido, lo cual es totalmente coincidente con lo que en sede de perpetua memoria sería la promoción o solicitud de la misma. (48)

Destaca del propio artículo la redacción del inciso b), el que faculta al notario para exigir cuantas pruebas estime necesarias para comprobar la notoriedad pretendida, con lo que queda satisfecha la necesidad de aportar pruebas y la valoración que de las mismas debe realizar el fedatario y que las informaciones para perpetua memoria precisan (49), lo que se logra sin necesidad de requerimientos modificativos de clase alguna en materia legislativa.

Finalmente, el inciso c) obliga al notario autorizante del acta de notoriedad a hacer constar el resultado de todas las pruebas ante él practicadas así como cualquier otra incidencia que se hubiese realizado por parte del mismo para el logro de la convicción precisada, tal y como en sede de informaciones para perpetua sucede, al relacionar el notario autorizante todas las diligencias practicadas y las pruebas de que se dispone a los fines de dejar constancia documental de lo razo-

(48) *Cfr.* Art. 103, inciso a) del Reglamento de la ley "De las Notarías Estatales" contenido en la Resolución 70 de 9 de junio de 1992, en relación con el Art. 595 de la ley de trámites civiles.

(49) *Cfr.* Art. 597 de la Ley 7 de 27 de septiembre de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto/Ley 141 de 27 de septiembre de 2006.

nado y pueda desprenderse de ello la racionalidad con la que el notario ha arribado a convicción sobre el hecho del que informa.

Por su parte, el segundo de los preceptos enunciados (artículo 104), indica la abstención notarial cuando se acredite el establecimiento de demanda en juicio declarativo con respecto al hecho, acto o circuns tancia cuya notoriedad se interesa (50), cuando el asunto se encuentre en tramitación ante los tribunales o respecto al mismo haya recaído sentencia firme, (51) o cuando sea manifiesta la contradicción entre las partes o se deriven perjuicios a terceros, (52) cuando se acredite que el hecho, acto o circunstancia ha sido declarado notorio con anterioridad. (53)

Ante la insuficiencia de la pruebas para justificar la notoriedad cuya declaración se solicita al notario, (54) debe abstenerse de actuar, lo cual indica evidentemente que al igual que en sede de perpetua memoria, (55) deberá arribarse a convicción sobre el hecho en cuestión como requisito para que proceda la declaración de su notoriedad.

En tal sentido resulta suficiente la normativa prevista en sede de actas de notoriedad para satisfacer los requerimientos que en el orden de naturaleza jurídica, objeto, finalidad y requisitos demanda la institución de la información *ad perpetuam*.

10. Actual regulación de la información *ad perpetuam* en Cuba. Bases para una necesaria modificación normativa

La ley 50 de 28 de diciembre de 1984, "De las Notarías Estatales", subsume dentro de su regulación general del inciso b) del artículo 10, el contenido de cualquier tipo de acta, dando cabida por semejante amplitud a las actas de información para perpetua memoria, así como a cualquier otra, (56) siendo el referente más exacto de la tramitación notarial de los asuntos de "jurisdicción voluntaria", la regulación del inciso c) del propio artículo, precepto en el que la nueva ley da cabida

(50) *Cfr.* Art. 104, inciso a) del reglamento notarial.
(51) *Idem.* Art. 104, inc. b).
(52) *Ibidem.* Art. 104, inc. c).
(53) *Ibidem.* Art. 104, inc. d).
(54) *Ibidem.* Art. 104, inc. e).
(55) *Cfr.* Art 598 de la Ley 7 de 27 de septiembre de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto/Ley 141 de 27 de septiembre de 2006.
(56) Al respecto, téngase en cuenta la abierta redacción que se establece en el inciso j) del artículo 85 del reglamento notarial, al fijar como la última de las clasificaciones legales de las actas "las demás que se establezcan"

al conocimiento y tramitación notarial de los asuntos sucesorios de declaratoria de herederos y de divorcio.

La disposición especial primera de la propia ley adjetiva establece cuales son los asuntos de "jurisdicción voluntaria" en los que se abstuvieron de actuar los tribunales a partir de la entrada en vigor de la ley notarial, entre los que se incluye la información para perpetua memoria, disponiendo su transferencia a la función notarial, sin indicar a través de qué instrumento se corporificarían. (57)

Siete años después de entrada en vigor la nueva ley notarial cubana de 1984, es dictada por el Ministerio de Justicia la Resolución 70 de 9 de junio de 1992, contentiva del actual "Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales". Esta norma reglamentaria expresamente regula en el inciso ch) de su artículo 85 una nueva clasificación de las actas notariales, al definirlas como de "jurisdicción voluntaria", agrupando dentro de ellas a las de administrador de los bienes del declarado judicialmente ausente, las de consignación de la deuda y las de información para perpetua memoria, (58) preceptuando como común denominador de todas su objeto, o sea, " hacer constar hechos o actos que han producido o deban producir efectos jurídicos" en lo que pudiera calificarse como general y ambigua definición, fácilmente absorbida por la del acta de notoriedad.

Con esta regulación general quedaba sin definir la verdadera esencia de las actas de información para perpetua memoria a la luz de su nuevo ámbito competencial. ¿Cuál sería el uso que debería ofrecer el notario a la misma? ¿Cómo tramitarla? ¿Con qué requisitos? ¿Intervendría el fiscal?

Estas interrogantes no logran quedar despejadas de la lectura del resto del articulado de la norma reglamentaria, pues solo la sección

---

(57) Cabría preguntarse si no se especificó este último extremo, por entenderse que la norma era suficientemente clara y rica como para contar con el instrumento público capaz de subsumir estos trámites, con lo que este autor está conteste, o por simple decisión de conferir a la norma reglamentaria ministerial, que con posterioridad habría de dictarse, las posibilidades de desarrollo legislativo al respecto.

(58) Nótese que queda fuera de esta denominación el acta de declaratoria de herederos abintestato, a pesar de poseer idéntica naturaleza. Esta sui géneris acta es regulada de manera independiente en el inciso i) del propio artículo 85 del reglamento notarial, al parecer por rezago procesal, debido a que en sede judicial era entendido como parte del proceso sucesorio y no integrante de la "jurisdicción voluntaria", a pesar de serlo. Cfr. Art. 535 y ss. de la Ley 7 de 27 de septiembre de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto/Ley 141 de 27 de septiembre de 2006.

octava retoma el tema bajo el título "De las actas de declaratoria de herederos y otras de jurisdicción voluntaria". La misma dedica casi todos sus artículos al desarrollo de la tramitación notarial del acta de declaratoria de herederos (59) y no así a las tres actas comprendidas dentro del grupo de la "jurisdicción voluntaria".

Sólo el artículo 117 de la sección mencionada se refiere al acta de información para perpetua memoria. Este se limita a esclarecer que de versar el hecho, acto o circunstancia de que se trate sobre el estado civil de las personas, deberá el notario solicitar al rogante la presentación de la correspondiente certificación expedida por el Registro del Restado Civil.

Ante tan limitada regulación, quedaron sin solución las interrogantes planteadas anteriormente, toda vez que surgía para el derecho notarial cubano un nuevo tipo de acta y tanto la ley como sus normas de desarrollo silenciaron en relación a temas tan importantes como el procedimiento para su tramitación.

Si bien el reglamento notarial no desarrolló el procedimiento o reguló los requisitos para la autorización de estas actas, si realiza una expresa remisión (60) a la ley de trámites civiles, (61) la que nutre al notario de los elementos necesarios para la tramitación de la información. De sus preceptos, no derogados, se deduce la necesidad de la participación del fiscal en el asunto, así como el resto de los requerimientos, en especial la práctica de cuantas pruebas sean admitidas en derecho, a excepción, por supuesto, de la de confesión judicial y del reconocimiento judicial. (62)

Esta supletoriedad no es fundamento válido para la exigua e insuficiente regulación que la ley y el reglamento notariales realizan en sede de informaciones para perpetua memoria. Tras su paso a la competencia notarial, debió el legislador atemperar los preceptos que anterior-

---

(59) Cuyo nombre más acertado pudiese ser el de Acta de delación o llamamiento a la herencia, teniendo en cuenta que no es posible declarar heredero cuando tal condición no se adquiere, existiendo incluso el título sucesorio, hasta tanto no es aceptada la herencia por el llamado a la sucesión.

(60) *Cfr.* Disposición Especial Segunda de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1984 "De las Notarías Estatales".

(61) *Cfr.* Art. 595 y ss. de la Ley 7 de 27 de septiembre de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto/Ley 141 de 27 de septiembre de 2006.

(62) Las que nunca se configurarían en esta sede, dada la ausencia de litis y parte contraria en el primero de los casos: y por la no intervención del juez en el segundo supuesto, aunque pudiese encontrar esta última un equivalente en las actas de presencia.

mente eran aplicables para el desarrollo de esta institución a las nuevas circunstancias, de manera que quedaran subsumidos dentro de los requisitos para la tramitación de las actas de notoriedad.

Téngase en cuenta que a pesar de que ambas normas, la procesal y la notarial, poseen naturaleza adjetiva, difieren en su ámbito de aplicación, en las funciones encargadas a notarios y jueces y muy particularmente, en relación con los principios ordenadores del Derecho Notarial y los configurativos del proceso civil.

A criterio de este autor, la dualidad de regulaciones que signa a las informaciones para perpetua memoria sólo contribuyó a oscurecer aún más su posible aplicación tras incorporarse al ámbito notarial.

Por tal motivo, no se encuentra ajustada la permanencia del articulado de las informaciones *ad perpetuam* en la ley procesal civil, cuando ya estos no son asuntos de la competencia jurisdiccional, lo cual impone su expresa derogación. Debe contar el reglamento notarial con los aspectos necesarios para el desarrollo de estos asuntos, limitándose la remisión a normas procesales a los inevitables asuntos relacionados con la prueba, aspecto en el que la ley rituaria es siempre supletoria.

En este afán, el desarrollo normativo del procedimiento a seguir para estos asuntos logra satisfacción en los artículos 103 y 104 del reglamento notarial. No obstante, cualquier desarrollo legislativo de un procedimiento que informe la tramitación de la información *ad perpetuam*, debe ser legislado de manera sencilla y flexible, pues las herramientas básicas para su autorización se encuentran establecidas en los preceptos que regulan el acta de notoriedad.

En consecuencia con lo anterior, se hace necesario distinguir que la remisión de estos asuntos al fiscal debe establecerse de manera facultativa y a criterio discrecional del notario, tal y como sucede en sede de actas de declaratoria de herederos (63), pues no siempre se precisa de tal proceder, habida cuenta que en ocasiones el material probatorio es suficiente para arribar a convicción, sin requerir de la intervención del ministerio público.

En otro ángulo de análisis de la regulación del instituto en estudio, el artículo 120 de la norma reglamentaria refiere que deberán atenerse los notarios, para la autorización de cualquiera de las actas comprendidas como de "jurisdicción voluntaria", a las formalidades y requisitos generales regulados para la autorización de las actas.

(63) *Cfr.* Art. 109, inciso b) del reglamento notarial.

Este precepto resulta innecesario dada su redacción, pues es evidente que toda acta que se autorice deberá cumplir los requisitos y formalidades que a tales instrumentos impone la ley, aunque expresamente en el tipo de que se trate el legislador no lo exprese, por lo que no agrega herramientas adicionales para la tramitación de este asunto ante el notario y no resuelve los vacíos de la norma.

En consecuencia, puede el reglamento notarial vigente ser calificado como ambiguo, al establecer con parquedad y carencia de herramientas propias una regulación independiente para las actas de información para perpetua memoria, falto de una adecuada definición de su contenido y alcance y de requisitos propios, sino importados del proceso civil. Estas deficiencias normativas obedecen más que a una defectuosa técnica legislativa, a la imposibilidad de hacerlo en términos precisos, dada la identificación de la información *ad perpetuam* con el acta de notoriedad, de lo cual el legislador no se hace eco, tendencia que se extiende a la regulación del resto de los asuntos de "jurisdicción voluntaria" en sentido general.

No se intenta abogar en este trabajo por una mejor y más completa regulación independiente de la información para perpetua memoria como acta diferenciada, ni por diseñar un procedimiento propio para la realización de estos asuntos. Se pretende reflexionar en relación a que la independencia normativa ofrecida hasta hoy a esta acta, requería hacerse acompañar de un desarrollo legislativo igualmente independiente, con el que no cuenta la legislación notarial y el que en el orden teórico resulta improcedente validar.

A esta altura del análisis, se trata de que las informaciones para perpetua memoria, se diluyan dentro del contenido de las actas de notoriedad (64), con lo cual dejarían de tener sentido y necesidad de existencia

(64) Criterio compartido por NIETO SÁNCHEZ cuando se cuestiona si las actas de notoriedad son aplicables al reconocimiento de todo tipo de derechos y legitimación de situaciones personales o patrimoniales, o solamente en aquellos casos en que una disposición legal lo disponga expresamente, analizando como uno de los supuestos las informaciones ad perpetuam, debido a que su regulación, detenida en el tiempo desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no se ha conferido expresamente a la competencia notarial. Ante ello considera que el acta se permite paralegitimar hechos y situaciones de todo orden cuya justificación pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. Ello le lleva a concluir que las actas serán aplicables, al menos, en el ámbito de otros expedientes establecidos en las leyes al objeto de realizar averiguaciones o pruebas que se hacían judicialmente o a prevención, para hacer constar hechos que pudiesen afectar en lo sucesivo al interés o al derecho de los que las solicitan. Al respecto, *vid.* NIETO SÁNCHEZ, José, *op. cit.*, p. 166.

propia los escasos preceptos que la ley y el reglamento notariales preceptúan hoy en relación a las mismas, encaminados a una inevitable derogación, lo cual evidentemente representaría un esfuerzo y labor legislativos que escapan a las posibilidades y permisiones de este autor.

11. Consideraciones finales

Concluyendo este análisis,ha quedado demostrado que las actas de notoriedad, por su típica naturaleza jurídica, objeto y finalidad, así como por el rol que desempeña el notario en su autorización, constituyen el reservorio idóneo en sede notarial para documentarlas informaciones para perpetua memoria.

Se evidencia una identidad entre ambas figuras, pues toda acta de notoriedad es contentiva de información relacionada con un hecho, acto o circunstancia con relevancia o trascendencia para el derecho y que es perpetuada y fijada a través de la declaración notarial de su notoriedad.

La regulación normativa vigente en sede de actas de notoriedad resulta suficiente para dar cabida alas informaciones para perpetua memoria pues, el concepto legal ofrecido por el reglamento notarial a las primeras, resulta sumamente abarcador y subsume con holgura el previsto para las informaciones *ad perpetuam* en la norma reglamentaria, sin requerirse modificación legislativa al respecto,

Resulta posible a tono con la actual legislación que los notarios autoricen en un acta de notoriedad, a los fines de dar solución a las solicitudes que hasta ahora se resolvían por la vía de la autorización del acta de información para perpetua memoria, sin aguardar por una modificación,necesaria pero futura, de la legislación notarial, siempre que se exhiba como estandarte el cumplimiento en todo casode las normas vigentes en la materia.

Las bases para la modificación de la actual regulación de las informaciones para perpetua memoria, encuentran su génesis en la reformulación de los preceptos que las clasifican y desarrollan como actas independientes a las de notoriedad, lográndose la permanencia exclusiva de estas últimas en la legislación notarial, como consecuencia de las posibilidades que su amplio espectro y múltiples aplicaciones permiten, ante las que la información *ad perpetuam* palidece y pierde sentido jurídico e identidad propia, deviniendo su existencia totalmente innecesaria, al menos en sede notarial, en la que el notario cuenta con una superior y más completa herramienta: el acta de notoriedad.

12. Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

ARAGONÉS ANDRADE, José, "Novedades del Reglamento Notarial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XI, septiembre, Madrid, 1935.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Procedimientos Civiles Especiales,* primera edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1987.

CABRANES BLANCO, Cristina y Yuseli Sidey BALMASEDA DEL TORO, "La jurisdicción voluntaria en asuntos de familia", trabajo de diploma en opción del título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2000, (inédito).

CARBONELL BARBERÁN, Ramiro, *Legislación notarial*, Editorial Cultural, La Habana, 1939.CASASÚS, Juan, *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cuba conforme a la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Cuba y España desde la fundación de ambos, numerosas sentencias de tribunales franceses, belgas e italianos y de la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana*, Tomo III, Editorial Cultural, La Habana, 1945.

CASASÚS, Juan, *Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en Cubaconforme a la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Cuba y España desde la fundación de ambos, numerosas sentencias de tribunales franceses, belgas e italianos y de la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana*, Tomo IV, Editorial Lex, La Habana, 1945.

COBAS COBIELLA, María Elena, Antonio PÉREZ HURTADO y Nancy de la Caridad OJEDA RODRÍGUEZ, "La jurisdicción voluntaria", en *Revista Jurídica*, número 19, abril-junio, año IV, La Habana, 1988.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", ponencia presentada en el Segundo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, JDCN, 1975.

DIEGO LAFFERRIERE, Augusto, *Curso de Derecho Notarial,* EditorialLulucom, Entre Ríos, 2008.

FENECH Miguel, *El proceso penal,* Editorial Bosch, Barcelona, 1956.

FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de notaría*, tomo I, imprenta de la viuda de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1895.

GÍMENEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial,* Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

GRILLO LONGORIA, Rafael, *Derecho Procesal Civil II*. Parte Especial. Los procedimientos en particular, Universidad de La Habana, La Habana, ___.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, tomo VIII, Editorial Cultural, La Habana, 1945.

MARIÑO SOTOMAYOR, Estrella, Jorge Luis ORDELÍN FONT y VEGA CARDONA, Raúl José, "Las actas de información para perpetua memoria: "Consideraciones para su perfeccionamiento en el Derecho Notarial cubano", Santiago de Cuba, 2011. (inédito).

MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alfonso, *Diccionario Jurídico Básico,* Editorial Elias-

ta, Buenos Aires, 1995.
MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, tomo II, segunda parte, Proceso Civil, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1993.
— *et. al.*, Derecho Jurisdiccional II (Proceso Civil), Editorial Tirant Le Blanch, Valencia, 2001.
MOUTON OCAMPO, Luis, *et. al.*, *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 19, Francisco Seix Editor, Barcelona, ____.
NIETO SÁNCHEZ,José, "Competencia notarial en asuntos no contenciosos", *Revista Jurídica del Notariado Español*, número 9, edición extraordinaria, Madrid, 2008.
PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Duodécima Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
PÉREZ DÍAZ, Olga Lidia y Lázaro Juan CORZO GONZÁLEZ, "El acta de notoriedad en el derecho positivo cubano: una referencia especial", en *Norte Notarial*, Revista del Colegio de Notarios de la Libertad, Año 1, núm. 1, Perú, 2011.
PÉREZ DÍAZ, Olga LidiayLázaro Juan CORZO GONZÁLEZ, "Las actas notariales: ¿Desuso justificado?, versión en formato digital (inédito), 2011.
PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, *et al*, *Derecho Notarial*, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho Notarial,* tomo II, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, Juliett ALMAGUER MONTERO y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C. (compiladores), *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, tomo III, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
SANAHUJA Y SOLER, José María, *Tratado de Derecho Notarial*, tomo II, Bosch. Barcelona, 1945.
SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, volumen III –*Legislación hipotecaria, notarial y sobre derechos reales*, Editorial Lex, La Habana, 1954.
TAMAYO CLARES, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, quinta edición, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.
VERDEJO REYES, Pedro, *Derecho Notarial*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988.

II. Fuentes legales

Constitución de la República de Cubacon las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria Núm. 7 de primero de agosto de 1992.
Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.
Ley Núm. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil de la República de Cuba,

anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo Bernardino PÉREZ GALLARDO, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

Ley Núm. 50 de 28 de diciembre de 1984, "De las Notarias Estatales", Departamento de Divulgación, MINJUS, La Habana, 1998.

Ley Núm. 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba: primera reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1983.

Ley Núm. 83 de 11 de julio de 1997, "De la Fiscalía General de la República", Departamento de Divulgación, MINJUS, La Habana, 1998.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 7 de enero de 2000. (En formato digital).

Ley Núm. 282 de 21 de agosto de 1999 "*Ley de asuntos no contenciosos ante notario*" del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. (En formato digital).

Ley Núm. 75 del 2 de julio de 1987.

Ley Notarial de Puerto Rico.(En formato digital).

Ley Núm. 7764 de 1943. Código Notarial de Costa Rica. (En formato digital).

Ley Núm. 139 de 14 de julio de 194, Ley de Informaciones Posesorias de Costa Rica. (En formato digital).

Código de Notariado de Honduras de 16 de diciembre de 2005. (En formato digital).

Ley núm 139 de 14 de julio de 1941, Ley de Informaciones Posesorias de Costa Rica. (en formato digital).

Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1946 modificada por Decreto 45 de 19 de enero de 2007. (en formato digital).

Decreto/Ley Núm. 141 de 26 de septiembre de 2006.

Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria número 33 de 27 de septiembre de 2006.Resolución No. 70 de 9 de junio de 1992, Reglamento de la ley de las Notarías Estatales, Ministerio de Justicia, 1998.

Dictamen 33 de 14 de abril de 1986 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, Juliett ALMAGUER MONTERO y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C. (compiladores), *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Dictamen 69 de 22 de julio de 1986 y Dictamen 6 de 2 de octubre de 2003 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, Juliett ALMAGUER MONTERO y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C. (compiladores), *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Dictamen 1 de 25 de marzo de 2009 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, (en formato digital).

Dictamen 62113 y 62113 de la Contraloría General de la República de Chile, de 27 de diciembre de 2006.

Sitios webs visitados

— http://vlex.com.ve/tags/perpetua-memoria-753834, visitado el 22 de octubre de 2011.
— http://fd.uo.edu.cu/asignatura/notarial, visitado el 29 de octubre de 2011.
— http://www.slideshare.net/dlsaavedra/703-2006-perpetua-memoria visitado el 29 de octubre de 2011.
— http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD&param6=1&nDictamen=9959&strTipM=T visitado el 29 de octubre de 2011.

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN: DISPOSICIONES SOBRE LA SALUD

ALICIA B. RAJMIL
Notario
ROBERTO A. LUCERO ESEVERRI
Notario

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El derecho a la salud y a decidir sobre el propio cuerpo como derecho fundamental de todas las personas. Derechos personalísimos. **III.** Libertad, igualdad y dignidad. **IV.** Consentimiento informado. **V.** Derecho de autoprotección: directivas anticipadas en materia de salud. **1.** Concepto. **2.** Su contenido. **3.** Forma. **4.** Necesidad de su registración. **VI.** La cuestión en el Derecho argentino. **VII.** Capacidad y autonomía en la toma de decisiones concernientes a la salud. **VIII.** Función notarial. **IX.** Conclusiones.

Resumen: El derecho de toda persona al más alto nivel de salud y a decidir sobre su propio cuerpo integran aquellos derechos personalísimos, que han sido reconocidos desde hace tiempo como universales, inalienables e inherentes a todos los seres humanos.

La instalación del consentimiento informado como ineludible en el ámbito de la salud, propicia que el médico brinde una información sincera y exhaustiva al paciente, lo cual redunda en una comprensión más cabal sobre la enfermedad que lo aqueja, sobre su pronóstico y sobre su futuro, también le permite decidir sobre ello.

Los actos de autoprotección son aquellos en los cuales una persona deja plasmada, de manera fehaciente, directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno que le impida expresarse por sí misma. En el ámbito de la salud, estas directivas, cobran trascendencia en nuestros tiempos, cuando la ciencia ha multiplicado la cantidad de tratamientos médicos y terapias diferentes que en pos del sostenimien-

to de la vida, muchas veces van en desmedro de su calidad. La escritura pública es el instrumento idóneo para brindar las mayores garantías a estas decisiones, especialmente en cuanto a autenticidad, seguridad y certeza, a fin de asegurar que se respeten en el futuro.

El tema se vincula de manera insoslayable con la esencia ética, humanística y social de la función notarial.

Palabras claves: salud, autonomía, consentimiento informado, autoprotección, directivas anticipadas

Abstract: People's rights to enjoy the highest level of health and decide over their own body constitute those third party rights which, for a long time, have been recognized as universal, inalienable and inherent to all human beings.

The establishment of the informed consent as unavoidable in the health sphere propitiates doctors to provide the patients with honest and thorough information resulting in a full understanding by the patient of his/her illness, prognosis and future, allowing the individual to make an informed decision.

Living wills are those acts by which a person manifests, in a reliable way, directives of a varied nature to make his/her will be respected in the event of a possible loss of self-government and expression.

In the health sphere, these directives become significant at a time when science has multiplied the number of medical treatments and therapies which in the pursuit of sustaining life may, at times, worsen its quality.

The public deed is the appropriate instrument to guarantee the fulfillment of a patient's decisions, particularly with regards to its authenticity, security and certainty and the assuarance that these are respected in the future.

The subject is inescapably linked to the ethical, humanistic and social essence of the notarial function.

Key words: health, autonomy, informed consent, living will, advanced directives

I. Introducción

Recientes desarrollos tecnológicos y científicos, que a diario se registran en el ámbito de la salud, impactan en los sistemas de valores, plantean nuevos paradigmas y generan interrogantes y cuestiones problemáticas que involucran a los profesionales de la salud y a los profesionales del Derecho. Si bien se ha multiplicado la cantidad y eficacia de tratamientos médicos y terapias diferentes en pos del sostenimiento de la vida, no siempre conllevan un mejoramiento de su calidad. También es necesario reconocer que en muchos sistemas de salud, los avances científicos y tecnológicos en la materia sólo están al alcance de minorías privilegiadas. Los principios de libertad, igualdad y dignidad cobran relevancia en este ámbito.

Una materia nueva pero en pleno desarrollo como la Bioética marca claros rumbos en la interrelación de la ciencia médica y la ciencia jurídica con los derechos fundamentales de los seres humanos. "Se trata, por cierto, de nuevos problemas que involucran el concepto de hombre que tenemos para nosotros mismos y para los demás; nuestro concepto de vida y de muerte y nuestro criterio y prudencia para que los avances tecnológicos sean usados para mejorar la calidad de vida y de muerte, y le otorguen prioridad al respeto a la persona humana y su dignidad" (1). El reconocimiento del paciente como agente moral autónomo (2) y el respeto a su voluntad en relación con las decisiones que afectan al propio cuerpo ocupa un lugar relevante en el actual esquema de salud y fundamenta la nueva doctrina del consentimiento informado.

El Derecho plantea así, entre otras, dos cuestiones insoslayables: a) el acceso igualitario al sistema de salud y a los tratamientos más avanzados, responsabilidad prioritaria de las políticas públicas de cada país en este área, y b) el derecho de cada persona a decidir sobre cuestiones concernientes a su salud y a su propio cuerpo, tanto para consentir como para rechazar los tratamientos que se les propongan. En este tema, sensible y actual, centraremos el presente trabajo, haciendo especial referencia a su desarrollo en nuestro país.

Cabe analizar si el esquema médico-legal imperante es adecuado para afrontar los acontecimientos que caracterizan a los modernos tratamientos médicos y al estado actual de la investigación.

---

(1) *Vid.* HOOFT, Pedro Federico. "Bioética, Derecho y Ciudadanía", Editorial Temis SA, Bogotá, 2005, p. 2.

(2) *Idem,* p. 19.

El reconocimiento del Derecho de Autoprotección y su aplicación concreta en materia de salud significan un avance trascendente en el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de las personas, y sin dudas, propicia su ejercicio igualitario.

Se impone pues, analizar el rol que juega el Derecho en este ámbito y su eficacia en la búsqueda de nuevas formas e instrumentos jurídicos adecuados. Como notarios, depositarios de la fe pública, operadores del Derecho y asesores naturales de las personas, debemos brindar respuestas ágiles y eficaces que garanticen la vigencia y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

II. El derecho a la salud y a decidir sobre el propio cuerpo como derecho fundamental de todas las personas. Derechos personalísimos

El reconocimiento del derecho de toda persona al más alto nivel de salud y a decidir sobre su propio cuerpo se vincula estrechamente con la protección de los derechos fundamentales de las personas. Integran aquellos derechos que han sido reconocidos desde hace tiempo como universales, inalienables e inherentes a todos los seres humanos, no obstante su sistemática violación a largo de la historia.

El mundo de la posguerra, conmovido ante las desvastadoras consecuencias de los conflictos bélicos**,** promovió el desarrollo de los derechos humanos con su incorporación en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).(3)

Desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos (4), y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad (5).

---

(3) *Vid.* Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., *Derecho de Autoprotección,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p.14.

(4) Especialmente a partir del Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966.

(5) *Vid.* Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., "Derecho de Autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Año 1, Núm. 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, p. 56.

Como resultado de esta evolución, hoy los derechos humanos no se refieren sólo a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos crueles e inhumanos, sino también a los derechos personalísimos, garantistas de la personalidad, y entre ellos cobra relevancia el derecho a la salud y a la toma de decisiones sobre el propio cuerpo, junto a otros derechos fundamentales como la identidad, la intimidad, el trabajo, la vivienda digna, la educación, la no discriminación y la integración plena en la sociedad. (6) Se reconoce de esta manera el rol trascendente del Derecho en la vida cotidiana de las personas y en la satisfacción de sus necesidades inmediatas. (7)

Es importante señalar que las nuevas normas internacionales otorgan primordial relevancia a la voluntad de las personas y a su protagonismo en toda decisión que les afecte. Se reconoce en ellas al ser humano como sujeto pleno de sus derechos y no como mero objeto de control o protección, más allá de la edad, la enfermedad, el sexo, la discapacidad o de cualquier situación de vulnerabilidad que lo afecte.

Las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) (8) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (9), responden a estos nuevos paradigmas.

La Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994, al igual que las constituciones más modernas, además de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y les otorga jerarquía constitucional. Por su parte la CDPD ha sido aprobada en nuestro país por la ley 26.378, aunque aún no cuenta con rango constitucional.

En nuestro país Llambías (10) ha definido los derechos personalísimos o derechos de la personalidad como derechos innatos del hombre, cuya privación implicaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad.

Estos derechos presentan como caracteres los siguientes: son innatos, puesto que acompañan a la persona desde su concepción en el

(6) *Vid.* Calo, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad", Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000, p. 55.

(7) *Vid.* Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., *op. ult. cit.*, p. 58.

(8) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989.

(9) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006.

(10) *Vid.* Llambías, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General,* Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. p.183.

seno materno y durante toda su vida, por ello también se caracterizan por ser vitalicios. Son inalienables, en cuanto no son susceptibles de enajenación. Imprescriptibles, dado que no se pierden por su no uso o abandono, extrapatrimoniales y absolutos, toda vez que se ejercen *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que los lesione.

Santos CIFUENTES clasifica estos derechos según refieran a la integridad física, la libertad e integridad espiritual. Dentro de los primeros encontramos el derecho a la vida, la salud y el destino del cadáver. La libertad abarcaría los derechos al movimiento, a la expresión del pensamiento, a la realización de los actos jurídicos, a la utilización de la fuerza física y espiritual. La integridad espiritual supone el derecho al honor, la imagen, la intimidad y la identidad. (11)

III. Libertad, igualdad y dignidad

La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son los derechos fundamentales más relevantes en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Este paradigma implica: a) el predominio de la Constitución, como centro del sistema jurídico, por sobre la voluntad libre del legislador; b) la preeminencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social y cotidiana de las personas y c) un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que significa también un mayor y decisivo protagonismo de los jueces. (12)

La libertad es la facultad de elegir o de determinarse. Por ella podemos hacer o no hacer, por ella el hombre se autodetermina, haciendo muchas cosas que no las haría si no las quisiese hacer. La conducta procede de la propia voluntad, sin que exista coacción insuperable (13).

La autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad, ha sido definida como la decisión de una persona derivada de sus pro-

(11) *Vid.* CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, p. 320.

(12) *Vid.* BARBERO, Dariel O. y DABOVE, María Isolina, "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2.ª Circunscripción,* Graficarte, Núm. 1, Año 1, Rosario, 2009, pp. 28-32.

(13) *Vid.* CASIELLO, Juan, Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954, p.346.

pios valores y creencias es intencional, planificada, se basa en un conocimiento y un entendimiento adecuados y no está sujeta a coacción interna ni externa.

En materia contractual, la misma se encuentra plasmada en el art. 1197 del Código Civil argentino, y es justamente en los contratos, donde la autonomía tiene su mayor despliegue: *"las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma."*, lo que implicaría, para las partes intervinientes, que el contrato constituye la ley que regirá esa relación contractual. Asimismo el Código Civil Cubano, en sus artículos 310 y 312, establece que el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad", pudiendo éstas establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario. Similar norma contiene el Código Civil español que en su artículo 1.255 dispone: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

En cuanto a la exteriorización de la voluntad en forma unilateral, podríamos hablar de autodeterminación, que sólo encontraría límites en las normas de orden público. Es decir, que dicha autonomía no puede realizar actos contrarios o violatorios de las normativas señaladas, las cuales no pueden suplirse ni ser dejadas de lado.

Pero debemos advertir y comprender los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico con respecto a la autonomía y a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad de aquellos anteriormente ignorados por el Derecho, como los enfermos y los menores de edad (14) La voluntad de la persona cobra, sin lugar a duda, fundamental relevancia cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo y su salud.

El desarrollo del principio de igualdad y no discriminación es, quizás, la piedra angular en la evolución de los derechos humanos. Este principio se formaliza en el campo internacional a partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Originariamente se refería a "la igualdad formal o igualdad ante la ley" con una visión abstracta del ser humano,

(14) CALO, Emanuele, *op. cit.*, p. 285.

pero el posterior desarrollo de los derechos sociales lo torna insuficiente, se comienza a hablar entonces de "igualdad de oportunidades". Se demanda una mayor igualdad en los hechos y para ello es necesario partir del reconocimiento de las diferencias existentes entre los seres humanos.

La moderna Constitución española de 1978 reconoce claramente el principio de igualdad, gozando de jerarquía constitucional los tratados internacionales referentes a este principio. Así, su artículo 10 establece: *"1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

La Constitución de la Nación Argentina refiere a la igualdad ante la ley en su artículo 16. La noción formal de igualdad, como dijimos, parte de una concepción abstracta del hombre. En ella no hay preocupación alguna respecto de las desigualdades físicas, psíquicas, culturales o económicas de los individuos. Este escenario ha llevado a considerar a todas las personas dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer la actividad conforme su propia voluntad (15). Un concepto más sustancial de la igualdad como igualdad de oportunidades se incorpora en el artículo 14 bis, pero recién se expresa con mayor contundencia en el artículo 75 inc. 23 incorporado a la Carta Magna argentina en la reforma del año 1994, que se refiere a las medidas de acción positiva o como algunos las han llamado: de discriminación inversa. Son aquellas que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En la actualidad, las personas en situación de vulnerabilidad deben contar con las mismas oportunidades y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos que las demás personas. El principio de igualdad se vincula hoy de manera inescindible con el ejercicio pleno de los derechos y el respeto a la voluntad de las personas, más allá de sus circunstancias.

La dignidad hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad, pues las personas pueden

(15) *Vid.* Barbero, Dariel O. y Dabove, María Isolina., *op. cit.*, p. 37.

modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad. La dignidad se explica en buena medida por la "autonomía" propia del ser humano. El sentido etimológico de la palaba digno deriva del adjetivo latino *dignus*, que se traduce por "valioso"; es el sentimiento que nos hace sentir valiosos, sin importar nuestra vida material o social.

La dignidad se basa en el reconocimiento de la persona de ser merecedora de respeto, más allá de sus características físicas, psíquicas o sociales.

La libertad, la igualdad y la dignidad son principios que deben regir toda decisión que se adopte sobre la salud y por consiguiente la vida de cada persona.

IV. **Consentimiento informado** (16)

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de una suficiente información éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. El concepto comprende dos aspectos: que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el médico revele la adecuada información al paciente (17). Bidart Campos entiende que se trata de conductas autorreferentes (18), es decir, que no afectan la moral, el orden público ni los derechos de terceros y que partiendo de este presupuesto cada ser humano tiene derecho a decidir todo cuanto se vincula con su salud, su vida y su bienestar. (19)

---

(16) Epígrafe basado en el trabajo original "Directivas anticipadas en materia de salud", presentado por Roberto A. Lucero Eseverri en coautoría con Mónica R. de Dios. IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur–30 de Agosto al 1.° de Septiembre de 2007–Punta del Este–Uruguay.

(17) Highton, Elena, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Núm. 1 Daños a la Persona*, Ed. Rubinzal Culzoni, p.170.

(18) La Constitución Nacional Argentina proclama en su art. 19 que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

(19) *Vid.* Bidart Campos, Germán J, "Por un derecho del bienestar de la persona" en Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamercianas de Bioética (cita 39), *cit. pos.*, Hooft, Pedro Federico, *op. cit.*, p.19.

La moderna doctrina del consentimiento informado nace en los Tribunales norteamericanos en cuyas resoluciones se destaca junto al fundamento jurídico el carácter del postulado ético. Así, en el año 1914, el Tribunal de Nueva York dicta una de las resoluciones más emblemáticas e influyentes, con ocasión del caso "Scholoendorff vs. Society of New York Hospital", al examinar un interesante supuesto, consistente en la extirpación de un tumor fibroide del abdomen de un paciente durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica. Se trataba de una laparotomía explorada y en la que el paciente había dejado expresamente aclarado que no quería ser operado. En el fallo, el juez Cardozo consideró que "todo ser humano de edad adulto y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacer con su propio cuerpo. Por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que se puede reclamar legalmente los daños." No obstante lo anunciado por la Corte, la sentencia fue absolutoria para el médico que había realizado la intervención quirúrgica con la oposición expresa del paciente, pues la demanda se había centrado en la responsabilidad del hospital por los daños causados por cirujanos que utilizaban sus instalaciones.

A raíz de este fallo, en Estados Unidos se formó un importante cuerpo jurisprudencial que marcó las diferentes etapas que han presidido el desarrollo del consentimiento informado hasta adquirir los contornos actuales.

En el Derecho comparado, el consentimiento informado es ampliamente reconocido. Es importante destacar que, ya desde el año 1986, España lo contempla en su ley nacional de sanidad (art. 10) y posteriormente en el "Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología". Este documento, también conocido como Convenio de Oviedo, fue suscripto en 1997 por los Estados Miembros del Consejo de Europa y entró en vigencia el 1.º de enero de 2000. En su art. 5.º prohíbe llevar a cabo intervención alguna sin el consentimiento informado y libre del paciente.

La doctrina del consentimiento informado se desarrolló en base a dos valores: a) el principio de la autonomía de la voluntad y b) el principio de maximización de la salud. El otorgamiento de este consentimiento parte de una relación especial de confianza y de intercambio con el dador de salud quien acuerda realizar el tratamiento dentro de las limitaciones establecidas.

La tradición médica paternalista, basada en un saber médico incuestionable, desconoció a largo de la historia la voluntad del paciente y su participación a la hora de adoptar decisiones.

En efecto, durante siglos, la relación médico-paciente fue de tipo verticalista, esto es, el médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente. Podía ocultar información y resolver según su sabiduría pero también según sus propias creencias y valores. Al galeno competía la decisión desde el lugar del "poder-saber" y el paciente, al ser ajeno al conocimiento, no tenía participación alguna en dicho proceso. En el antiguo modelo se exigía del enfermo obediencia y confianza al médico, y éste por su parte cumplía con su deber al buscar el máximo beneficio para el paciente que generalmente se entendía como el sostenimiento de la vida a cualquier costo.

El principio de "beneficencia", que no se vincula en este caso a la caridad, significa extremar los posibles beneficios y minimizar los daños. La beneficencia, la autonomía y la justicia son considerados los tres principios de la Bioética desde el Informe Belmont (Comisión creada en Estados Unidos en el año 1974 para analizar las bases éticas de la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina) (20).

El desarrollo de la ciencia trajo como consecuencia la posibilidad de curar enfermedades y sostener la vida mediante tratamientos e intervenciones médicas, a veces cruentos e invasivos, y que no siempre favorecen el mantenimiento de su calidad. Por otro lado el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano y el respeto a su voluntad y autodeterminación introdujeron en el plano médico el protagonismo del enfermo, su derecho a conocer su situación, a obtener información auténtica y clara sobre la enfermedad que padece, los posibles tratamientos a seguir, sus consecuencias positivas y negativas, su pronóstico de vida, las diferentes alternativas que se le presentan y las posibles implicancias, derivaciones, posibilidades de éxito o de fracaso de la terapéutica que se le indica así como las consecuencias de rechazarla.

Debemos advertir también que la proliferación de juicios de mala praxis médicas planteó a los profesionales de la salud la necesidad de contar con el consentimiento previo del paciente ante cualquier tratamiento o intervención de la que pueda derivar un daño y por consiguiente una responsabilidad profesional. No en vano los seguros médicos son hoy práctica común en todos los centros de salud.

---

(20) *Vid.* HOOFT, Pedro Federico, *op. cit.,* p. 18 y ss.

Pero la realidad es que los actuales paradigmas internacionales en el ámbito de los derechos humanos que, como decíamos, priorizan la voluntad de las personas y su decisión en todos los asuntos que les incumban, han impactado también la relación médico-paciente. Quizás en este ámbito es donde más claramente se evolucionó y se comenzó a otorgar relevancia a la voluntad de la parte más vulnerable, sin cuyo concurso disminuyen las posibilidades de éxito de cualquier tratamiento.

En la actualidad la voluntad expresada a través del consentimiento informado es un presupuesto esencial en la relación médico-paciente que se traduce en una significativa mejora de la calidad asistencial. Ha llegado a la medicina desde el Derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que éste ha realizado a la ciencia médica por lo menos en los últimos siglos. Hoy, constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

Las más recientes leyes sobre salud reconocen una amplia gama de derechos esenciales del paciente que deben ser respetados por los profesionales de la salud, entre otros, derecho a ser asistido sin discriminación alguna basada en creencias religiosas, ideas políticas, condiciones socioeconómicas, credos o religiones, ideas políticas, razas, sexo, edad, orientación sexual u otras circunstancias de su vida; el derecho a recibir un trato digno y respetuoso; el derecho a la intimidad y a la confidencialidad, y especialmente la autonomía de su voluntad en el sentido de aceptar, condicionar o rechazar determinados tratamientos. El médico pone su saber y su idoneidad a disposición del enfermo pero en última instancia compete al paciente el derecho a decidir.

La regla del consentimiento informado supone, y quizás cobra aquí su real dimensión, que toda persona puede rechazar el tratamiento que se le indica, es lo que actualmente se conoce como "negativa Informada". Por ello se ha dicho que la exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno. El consentimiento es, por tanto, la justificación misma de la legitimidad del acto médico basado en el derecho del paciente a su autonomía y autodeterminación.

Se podría decir que existen dos puntos de vista diferentes respecto al deber de informar del médico, por un lado tenemos el deber de información como presupuesto del consentimiento informado y por otro el deber de información como presupuesto indispensable para llevar a cabo un tratamiento determinado, de esta manera, la información

como derecho autónomo del paciente se configura como aquel derecho a conocer la información disponible para su diagnóstico y tratamiento, sin estar orientado a otra finalidad que el conocimiento por el paciente de su estado de salud.

Existen situaciones límites en las que diferentes derechos de igual entidad entran en colisión. El ejercicio de la autonomía de la voluntad puede en ocasiones oponerse al sostenimiento de la vida (*V. gr*. negativa a ser tratado en virtud de creencias religiosas). Cada caso merecerá seguramente un análisis particular y un juicio de ponderación (21), pero debemos admitir que "no todo lo posible resulta éticamente aceptable" (22). Creemos en el respeto a la voluntad libremente expresada del paciente cuando éste cuenta con información clara y suficiente y con pleno discernimiento para comprender las consecuencias de su decisión.

En cuanto a la forma de exteriorización del consentimiento informado, no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del mismo, no obstante ello, es importante advertir la necesidad de instrumentar por escrito el consentimiento del paciente, fundamentalmente considerando la corriente jurisprudencial mayoritaria en Argentina que pone en cabeza del médico la carga de tener que probar haber obtenido el correspondiente consentimiento informado por parte del paciente.

Frecuentemente se presentan situaciones en las que la intervención del médico debe hacerse con suma urgencia, cuando la mínima demora puede ocasionar la muerte del paciente o lesiones irreversibles y no hay posibilidades de recabar su consentimiento o la de sus familiares. Este caso, conocido como privilegio terapéutico, permite al médico actuar lícitamente en esa forma, amparado por el estado de necesidad, hasta regularizar la salud del paciente. Debe evaluarse restrictivamente a fin de evitar que se invoque ante situaciones en las que no corresponden.

---

(21) "…cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". Sobre los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso Español *vid*. Barbero, Dariel en Revista Núm. 2 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe 2.ª Circunscripción. P. 101 y ss.

(22) Azvalinsky, Alejandro en "Jornada Provincial de Reflexión: Derechos y Deberes de los Pacientes en la Relación Médico Asistencial"–Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe, 13.09.2006.

El paciente puede retirar su consentimiento en cualquier momento, y esta decisión debe respetarse una vez que haya sido completamente informado de sus consecuencias.

V. Derecho de autoprotección:directivas anticipadas en materia de salud. 1. Concepto. 2. Su contenido. 3. Forma. 4. Necesidad de su registración

1. Concepto

El Derecho de autoprotección, definido claramente como "un derecho", es el de todo ser humano a decidir libremente sobre su vida y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. La dignidad inherente a toda persona, cualesquiera sean sus circunstancias, y la igualdad en el ejercicio de sus derechos dan sustento incuestionable a estas decisiones (23). Se ejerce a través del acto jurídico denominado "acto de autoprotección" en el cual una persona deja plasmada su voluntad de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma.

En el ámbito de la salud suele hablarse de directivas anticipadas o voluntad anticipada. Parte de la doctrina se ha referido a "testamento vital", término que consideramos erróneo ya que se trata de disposiciones para la vida y no para la muerte (24); "mandatos para la propia incapacidad" (25), término también equívoco en la actualidad en la legislación argentina. La expresión "autoprotección" nació a propuesta de la delegación española en las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz en 1998, y si bien también ha sido criticada por ser demasia-

(23) *Víd.* Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz, *Derecho de autoprotección*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 6.

(24) *Vid.* Art. 3607 Código Civil argentino.

(25) *Vid.* Art. 1963 Código Civil argentino *"El mandato se acaba: …4.º por incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario" Cfr.* 1732 del Código Civil español, el cual establece: *"El mandato se extinguirá también por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que el mismo hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor."*

do amplia, con esa denominación se han creados los registros pertinentes en nuestro país y es la terminología más empleada en nuestro medio.

La enfermedad, la discapacidad, la edad avanzada u otras circunstancias pueden enfrentarnos, a lo largo de nuestra vida, con la imposibilidad de gobernarnos a nosotros mismos o a nuestro patrimonio, poniéndonos en situación de vulnerabilidad. (26)

Estas situaciones dificultarán o impedirán la auténtica expresión de nuestra voluntad así como nuestra participación en las decisiones que nos afecten, frecuentemente vinculadas con nuestra salud y atención médica. Otras personas deberán decidir entonces sobre nosotros. Los actos de autoprotección pretenden que, llegada esa instancia, nuestra voz sea escuchada y se respete nuestra voluntad, deseos y valores. Procuran evitar de esta manera que se nos prive de nuestra condición de sujetos de derechos para convertirnos, ante la pérdida de nuestro discernimiento, en meros objetos de protección.

El avance de la tecnología y de la ciencia médica así como un mayor conocimiento de las personas sobre las enfermedades y sus consecuencias plantean nuevas inquietudes con respecto al futuro. El éxito obtenido desde la medicina en la prolongación de la vida es un gran aliciente pero también una creciente preocupación. Sabemos que el ser humano en la actualidad vive más años pero también sabemos que ello no significa que pueda sostener en ese tiempo el ejercicio de su autonomía y dignidad. Enfermedades degenerativas, antes desconocidas, tratamientos y terapias médicas invasivas que en pos de sostener la vida atentan muchas veces contra su calidad, constituyen consecuencias indeseadas de este progreso. Pero este conocimiento nos brinda la oportunidad de planificar nuestro eventual futuro, anticipándonos a esa situación.

Por otro lado la familia se ha fragmentado, muchas personas viven solas, aún en compañía y comprenden que las decisiones sobre su vida, si en algún momento no pueden tomarlas por sí mismas, estarán en manos de seres que ignoran sus sentimientos y deseos.

Los actos de autoprotección, anclados en los nuevos paradigmas a los que hemos hecho referencia al comienzo del presente trabajo, rescatan la voluntad humana como soberana en las decisiones autorreferentes. En ellos la persona establece directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro. Involucran tanto deci-

---

(26) *Vid.* Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., *Derecho de Autoprotección, op. cit.,* p.3.

siones respecto de su vida como de sus bienes y cobran, sin duda, especial relevancia en cuanto a las decisiones sobre salud.

Originariamente se fundó la legitimidad de este derecho en normas constitucionales, en convenciones internacionales sobre derechos humanos y en sus principios. El camino recorrido desde entonces en nuestro país nos permite afirmar que una incipiente legislación provincial y nacional (27), la jurisprudencia y la doctrina más recientes, diferentes proyectos de leyes que se tratan en las legislaturas del país, contundentes conclusiones de congresos y reuniones científicas avalan y reafirman su vigencia y validez.

En Argentina estos actos, si bien sustentados en la normativa mencionada, han nacido en el ámbito notarial y se vinculan con su esencia ética, humanística y social. Los Dres. María Isolina Dabove y Dariel Barbero nos dicen: "… esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos". (28)

Ante la posibilidad de enfrentarnos a nuestra propia vulnerabilidad, los actos de autoprotección constituyen una herramienta que permite proyectar con equilibrio el futuro.

Con diferentes denominaciones y matices es amplia la recepción de esta figura en el Derecho Comparado. Estados Unidos (considerada como la cuna del Living Will), Alemania, Italia, España, Francia, Austria, México, Uruguay, entre otros países, con diferentes regulaciones reconocen el derecho de las personas a prever su futuro e impartir directivas para ello.

En Argentina, a partir de la reciente ley nacional 26.529, estas directivas anticipadas gozan de pleno reconocimiento legal pero, aún antes de su sanción, la doctrina ya se había expresado a favor. Así, Gustavo Carmelo Díaz sostuvo que las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica del consentimiento informado y que la eficacia de las mismas debe ser admitida en todos los casos en que el paciente no puede

(27) Ley Nacional 26.529; leyes 4.263 y 4.264 de la provincia de Río Negro; 2.611 de la provincia del Neuquén; 6.212 de la provincia del Chaco y ley 14.154 de la provincia de Buenos Aires.

(28) Disertación antes de la sanción de la ley 26.529 en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe–2da. Circunscripción–08/10/08.

expresar su voluntad en materia de tratamientos médicos y no solo en casos de enfermedad terminal, la finalidad de ellas es preservar la inviolabilidad de la persona y el respeto de su dignidad y convicciones (29).

La jurisprudencia argentina por su parte da cuenta de fallos, aún anteriores a la mencionada ley, en los cuales de una u otra manera, se priorizó el respeto a la voluntad del paciente. En este ámbito resulta pionera la sentencia dictada por el Juzgado Criminal y Correccional de Transición Núm. 1 de la ciudad de Mar del Plata en fecha 25.07.2005, a cargo del Dr. Pedro Federico HOOFT, en la que, luego de un enjundioso análisis, se reconoció la validez de las directivas anticipadas. En el caso se promovió acción constitucional de amparo tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un acto de autoprotección con relación a la persona de "M", quien había expresado su opinión contraria al recurso de los denominados medios artificiales a permanencia frente a la evolución progresiva de su enfermedad. Cabe aclarar que la Sra. "M" había otorgado Escritura Pública de Autoprotección en la cual expresó su voluntad inequívoca de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia. Así el juez HOOFT resolvió hacer lugar a la acción entablada resolviendo sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas –actos de autoprotección– ya que se trata de una decisión adoptada libremente, con pleno discernimiento y con capacidad para autodeterminarse.

El reconocimiento de las directivas anticipadas en materia de salud encuentra su fundamentación en los principios de igualdad, libertad y dignidad, a los que ya hemos hecho referencia. También respaldan plenamente su validez los nuevos paradigmas que otorgan prioritaria relevancia a la voluntad de las personas y a su derecho a participar y a expresarse en toda cuestión que le concierna, sin discriminación de ninguna naturaleza.

Escribió Borges: "…conversé con filósofos que sintieron que dilatar la vida de los hombres era dilatar su agonía y multiplicar el número de sus muertes" (30); así también se expresó Juan Pablo II poco antes de su muerte: "No quiero más tratamientos terapéuticos, quiero morir dignamente".

---

(29) *Vid.* CARMELO DÍAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 67.

(30) *Vid.* BORGES, Jorge Luis, "El Inmortal", en *El Aleph,* 1949.

Sin perjuicio de las convicciones personales de cada uno, no cabe duda, que si el enfermo dejó expresamente determinado de manera anticipada, su voluntad de vivir, aún por medios artificiales, o de evitar dichos tratamientos, deberá siempre respetarse ésta como expresión máxima de la libertad humana.

2. Su contenido

Diferentes circunstancias de la vida a las que hacíamos referencia, como la vejez, la soledad, dolencias físicas o psíquicas y conflictivas relaciones familiares, plantean en las personas acuciantes inquietudes sobre su futuro , en el que desean intervenir de manera protagónica y no simplemente esperar su llegada. La vida de cada persona, sus valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos, así como la realidad que la circunda convertirán al acto de autoprotección que otorgue en único, diferente y especial. Es por ello que su contenido suele referirse a cuestiones de lo más variadas: directivas sobre su vida cotidiana, el lugar de residencia, cuidados personales, higiene, alimentación, el cuidado de mascotas, la compañía de personas allegadas, administración y disposición de bienes, la designación del propio curador para el caso de un futuro proceso judicial de incapacidad, entre otras.

Como vemos las alternativas son múltiples y es imposible incluirlas en una fórmula general. No obstante, podemos afirmar que la preocupación por la atención futura de la salud suele ser una constante cuando ya se reconoce sin lugar a dudas la autonomía y la relevancia de la voluntad personal en este ámbito y cuando la ciencia ha multiplicado la cantidad de tratamientos médicos y terapias diferentes.

Ya nos referimos a la importancia del consentimiento informado. Pero si el paciente se encuentra inconsciente o privado de discernimiento en el momento de establecer el criterio a seguir respecto de su tratamiento médico, decidirán los familiares más cercanos, de acuerdo a sus propios criterios, o los médicos en razón del principio bioético de beneficencia aplicarán la terapéutica que consideren más conveniente para sostener la vida del paciente (31). Cuando se trata de enfermedades terminales, la familia, normalmente no estará conforme con

(31) Conforme con el art. 9.° de la ley argentina 26.529: "El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente,

la forma que se llega al final de la vida, lo que trae habitualmente confrontaciones con y en el equipo de salud (32). Las decisiones adoptadas no siempre respetarán la voluntad del enfermo. Se procura soslayar estas situaciones por medio de la instrumentación de las directivas anticipadas médicas a través de un acto de autoprotección.

De esta manera se deja asentada anticipadamente la voluntad con respecto a la aceptación o negativa de determinados tratamientos médicos, la indicación de los médicos de confianza, los nosocomios e instituciones de salud, los datos de la obra social y demás indicaciones que el otorgante considere pertinentes para recibir el tratamiento en salud que considera adecuado y para evitar futuros conflictos.

En ocasiones las directivas anticipadas en materia de salud son generales y expresan preferencias, valores, deseos. Pero frecuentemente la persona en conocimiento del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad desea preservar su dignidad, evitar el encarnizamiento terapéutico y ahorrarles a sus seres queridos dolorosas decisiones. En estos casos las indicaciones son más concretas y específicas. Las directivas así vertidas constituyen un verdadero consentimiento informado adelantado. Es fundamental el asesoramiento médico adecuado que permita a la persona tomar sus decisiones con el conocimiento previo suficiente sobre sus alcances y consecuencias. (33)

Es frecuente también que el otorgante designe a una o a varias personas para que lo representen, llegado el caso, ante los profesionales de la salud y ante ellos exprese e interprete la voluntad del enfermo de acuerdo a sus instrucciones, situación actualmente admitida por la legislación y la jurisprudencia a pesar de tratarse del ejercicio de derechos personalísimos.

---

y *no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.* Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

(32) *Vid.* Hutt, Efraín, "Pacientes Terminales" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe,* Segunda Circunscripción, Núm. 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009, p. 5.

(33) El otorgamiento de directivas anticipadas en materia de salud está expresamente previsto actualmente en el art. 11 de la ley 26.529. *Vid.* Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., *op. ult. cit.* p. 26 y ss. De los mismos autores: "Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)" en La Ley del 1/12/2009. p. 1.

3. La forma

La escritura pública es el instrumento idóneo para plasmar de manera fehaciente la voluntad de las personas y sus decisiones con respecto a su salud y a su vida. Debemos comprender que estas directivas serán consideradas cuando la persona no pueda expresarlas por sí misma, por ello es necesario dotar al acto de las mayores garantías de autenticidad, seguridad y certeza.

La escritura pública confiere fecha cierta y matricidad. Asimismo es la herramienta adecuada para garantizar la voluntad bien deliberada, la intención y la libertad de su autor. Resultan fundamentales las entrevistas previas, que servirán al escribano para interpretar cabalmente la voluntad de su requirente y le permitirá a su vez brindarle el asesoramiento necesario sobre el alcance y las consecuencias del acto a otorgar.

4. Necesidad de su registración

La publicidad de los actos es una necesidad imperante en un mundo globalizado como el que vivimos. ¿Qué sentido tiene estipular algo que no llega a conocimiento de quienes deben aplicarlo? De este modo, la registración de los actos jurídicos pasa a ser de vital importancia.

La Registración nos permite conocer: a) la existencia de un acto de autoprotección; b) los datos que permiten individualizar la respectiva escritura pública; c) el lugar de guarda de la primera copia; d) su vigencia; e) la legitimación del peticionante (34).

En la actualidad contamos en nuestro país con una creciente tendencia a la Registración de los Actos de Autoprotección. En Marzo de 2005 fue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la entidad pionera en la creación de un Registro de Actos de Autoprotección, seguido por los Colegios de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Chaco, Córdoba y Entre Ríos.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en reunión de Junta Ejecutiva realizada el 15 de mayo de 2009, aprobó la creación de la Comisión de Autoprotección con el fin de difundir el tema en las distintas provincias argentinas, responder a las inquietudes de los colegas

(34) *Vid.* Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis R., "Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires" en *Revista del Notariado*, Núm. 880, Buenos Aires, 2005. p. 312.

que manifiesten su interés y colaborar con los colegios notariales para la creación de los registros de autoprotección en todas las jurisdicciones del país.

A través de ésta Comisión, el Consejo Federal del Notariado Argentino brindó charlas y talleres en casi la totalidad de las Provincias Argentinas, lo que motivó que durante el año 2009 se crearan Registros de Autoprotección a cargo de los Colegios de Escribanos de las Provincias de San Juan, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en Asamblea General de fecha 17 de Diciembre de 2009, aprobó por unanimidad y aclamación la creación del Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección con el objeto de reunir y mantener actualizada la información con respecto a los actos de autoprotección inscriptos en los registros de los colegios notariales de todo el país, que permite de manera ágil y eficaz obtener información segura sobre la existencia de un acto de autoprotección otorgado en cualquier localidad de la República Argentina.

En el año 2010, las Provincias de Mendoza, Formosa y Salta crearon Registros de Autoprotección en sus demarcaciones, continuando así con la idea de poder conocer la existencia de un acto de autoprotección en cualquier punto del país; sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios, brindando respuesta eficaz y concreta a nuevos y cada vez más pertinentes requerimientos de la sociedad ante las actuales inquietudes que plantea en las personas su preocupación por el futuro.

Los registros prevén un sistema de información restringido, protegiendo la privacidad del acto, y en general sólo posibilitan la expedición de certificaciones a: a) los escribanos que hubieran intervenido en el otorgamiento del acto registrado, sus reemplazantes legales o miembros del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos; b) el otorgante del acto por si o a través de apoderado con facultades expresas conferidas a esos fines en el instrumento público respectivo; c) las personas designadas por el otorgante en el texto de la escritura de otorgamiento a los fines del cumplimiento de las directivas contenidas en el mismo; d) juez competente; e) Funcionarios del ministerio público; f) Representantes de los centros de salud.

La posibilidad de consulta por parte de los representantes de centros de salud es una importante herramienta a la hora de tomar conocimiento sobre la aceptación o negativa de su paciente a someterse a un determinado tratamiento o a la utilización de soportes vitales.

La creación de estos registros constituye un avance trascendente en la protección de los derechos fundamentales de todas las personas y especialmente de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, consideramos necesaria la creación de registros similares en otras jurisdicciones, junto con la creación de un sistema informático que permita la consulta interjurisdiccional.

Es nuestro deber como notarios hacer conocer a la comunidad sus derechos, como así también buscar las herramientas jurídicas necesarias para poder cumplir con este objetivo.

VI. La cuestión en el Derecho argentino

La fuente de autorización primaria de la decisión de tratar o no tratar emana del paciente. Este derecho para autorizar el tratamiento es independiente de la naturaleza de la enfermedad y de su estado evolutivo (35).

En Argentina, el primer reconocimiento del consentimiento informado emergió de la ley de ejercicio de la medicina Núm. 17.132 donde se establecieron pautas claras en relación al deber de informar de los profesionales de la salud, disponiendo en el art. 19 inc. 3.º que éstos *"están obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, tentativas de delito o suicidio. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alineación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz"*.

La Ley Nacional Núm. 24.193 de trasplantes de órganos incorporó el deber de brindar información con respecto a los riesgos de la operación, sus secuelas físicas y psíquicas para asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido la información suministrada.

La Ley Núm. 24.798 de lucha contra el sida, en su art. 6.°, establece que el profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento.

(35) *Vid*. Recomendaciones del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, cit. pos GHERARDI, Carlos R. en *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001, p.387.

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, en su art. 19 señala: "Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana."

La ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sancionado la ley básica de salud (Ley 153) en la cual en su art. 4.º inc. h, establece concretamente el derecho de las personas a la solicitud por parte del profesional actuante de su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos.

La Ley Núm. 3.076 de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, la cual, en su artículo 2.° establece que todo paciente tiene derecho a *"que se le brinde toda información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente"*, *"que, previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informe sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de discapacidad, etcétera, para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia"* y finalmente establece expresamente la posibilidad de *"rechazar el tratamiento propuesto"* y de *"morir con dignidad"*.

En la Provincia de Tucumán, se ha sancionado la Ley Núm. 6.952, que establece los derechos del paciente y especialmente reconoce el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, a morir con dignidad, estableciendo el art. 1.° inc. 18 el derecho a manifestar su conformidad o disconformidad por la atención recibida.

En los casos de operaciones mutilantes, ya el Código de Etica de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa (por escrito) del enfermo. Así, en su art. 15.° determina que el médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración) sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles.

Sin lugar a dudas, fue trascendente en la materia la sanción de la Ley 26.529 de "Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado" de fecha 21.10.2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20.11.2009.

La Ley se opone claramente a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente y reconoce el derecho de este último a ser protagonista en toda decisión que involucre su

salud (36), enunciando en su artículo 2 como derechos del paciente los de: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

El inciso e) del artículo 2, al referirse a la autonomía de la voluntad expresa: *"Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimiento médicos o biológicos que involucren su vida o su salud."*

El artículo 5 de la mencionada ley define el consentimiento informado como *"la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados"*.

Cabe destacar, el artículo 11 de la Ley 26.529 que reconoce el derecho de toda persona a disponer directivas anticipadas de salud. Establece dicho artículo: "Directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

Las provincias de Río Negro (Ley 4.263 y 4.264) y Neuquén (Ley 2.611), prevén el derecho de las personas competentes ("mayor de edad, capaz y libre") para dictar instrucciones anticipadas en materia de salud.

En la provincia del Chaco se sancionó la ley 6.212 que modifica el C.P.C.C. de esa provincia, reconoce el Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los

(36) *Vid.* Rajmil, Alicia Beatriz y Llorens, Luis Rogelio, comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, Núm. 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010, p. 220.

magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano.

En la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.154 el 14/07/2010 que modifica la ley orgánica del notariado de la provincia y dispone que el colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad y regula a continuación su funcionamiento.

Hemos hecho referencia a la jurisprudencia que recepta estos actos y a la creación en nuestro país de los Registros de Actos de Autoprotección. En la actualidad diversos proyectos legislativos en la materia están siendo analizados en las legislaturas.

VII. Capacidad y autonomía en la toma de decisiones concernientes a la salud

Los cambios operados en el Derecho en relación con la capacidad jurídica de las personas y la autonomía de la voluntad cobran superlativa importancia cuando se trata de adoptar decisiones en el delicado ámbito de la salud. Una primera y fundamental cuestión a dilucidar es la aptitud requerida para ello. La más reciente normativa internacional adoptada en el proceso de especificación de los derechos humanos reconoce cabalmente que todas las personas tienen derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les conciernan. Por cierto que las referidas a la salud no constituyen una excepción y podemos afirmar que así es aún en el caso de aquellas personas sujetas a un régimen legal de protección, como los niños o las personas con discapacidad.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, opinión que deberá ser tenida en cuenta en función de su edad y madurez (art 12).Y su artículo 5 nos habla de la responsabilidad de los padres y de la comunidad de impartirle al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención entre los cuales se encuentra por supuesto, su derecho a la salud.

En nuestro país la ley nacional 26061 recepta este postulado y lo profundiza aún más. Así, se establece que el interés superior de la niña, niño y adolescente significa la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Sin dudas, es de plena aplicación en el ámbito de la salud.

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana. El artículo 24 declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez.

La ley argentina 26.529 sobre los Derechos del Paciente frente a los Profesionales de la Salud, como lo hemos señalado, reconoce en su artículo 2 inciso e) el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Recepta de manera clara el espíritu y la normativa de la CIDN y de ley 26.061.

En igual sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en el artículo 3, como el primero de sus principios, el respeto a la dignidad inherente, a la autonomía individual, incluída la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas con discapacidad. El artículo 25 en su inciso d exige a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un *consentimiento libre e informado*.

El artículo 12 de dicho pacto internacional afirma que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, que se les debe proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,

asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona

Desde la Bioética se habla de competencia o autonomía moral en relación a la aptitud de las personas para arribar a una deliberada, reflexiva y madura decisión con respecto a su propia salud, con comprensión cabal de su significado y sus consecuencias, aunque padezca limitaciones de otra índole.

Debemos comprender que este concepto se contrapone al rígido régimen de capacidad jurídica de las personas regulado en la legislación que se enmarcó en el positivismo legalista del Código Civil francés de 1.804, fuente de inspiración del proceso de codificación del siglo XIX. Su expresión fue el binomio capacidad-incapacidad y se tradujo en la sustitución de la voluntad de las personas consideradas incapaces por la ley por la de su representante legal en todos los actos de la vida civil. Estas disposiciones, vigentes aún en países que han aprobado las referidas convenciones, como es el caso del Código Civil Argentino, exigen hoy una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados en la materia.

Sabemos que si bien en ocasiones la sustitución de la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad se sostiene en el afán de protegerlas, al mismo tiempo implica otorgar a éstas el estatuto de un objeto y privarlo con ello de su jerarquía de ser humano, dueños del derecho a disfrutar de su vida y de su autonomía en todo aquello en que las circunstancias lo permitan. (37)

Los nuevos derechos, como los llama Emanuel CALÒ (38) importan pues, más allá de la edad, la enfermedad o la discapacidad, la participación del paciente, en la mayor medida posible, en la toma de decisiones sobre terapias y tratamientos médicos, y la obligación para ello de brindarle información adecuada, con el concurso de sus representantes legales cuando sea necesario. (39)

---

(37) *Vid.* RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio, *Derecho de Autoprotección, op. cit.,* p. 3.

(38) CALO, Emanuele. *op. cit.,* p. 285.

(39) Ley Núm. 18473 de Uruguay sobre Voluntad Anticipada (art. 7.º):"… cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante". Ley Núm. 2611 de la provincia de Neuquén, República Argentina (art. 11, último parr): "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

Quien puede expresarse en cuestiones que afectan a su propio cuerpo o a su salud, es lógico que pueda hacerlo anticipadamente plasmando de manera fehaciente su voluntad en documento idóneo.

El derecho de toda persona a expresar su opinión y a que la misma sea tenida en cuenta en toda decisión que le concierna de acuerdo a su madurez y desarrollo no debe encontrar escollos en el ámbito de la salud y menos aún detenerse ante interpretaciones restrictivas del Derecho, ya sea en atención a la edad o a la declaración judicial de incapacidad.

Por los motivos expresados no acordamos con las leyes (40) que exigen la mayoría de edad y la capacidad jurídica del sujeto como requisito para otorgar directivas anticipadas sobre su salud. Cada caso amerita un análisis particular pero, según nuestro criterio, tratándose de actos autorreferentes de carácter personalísimo basta la aptitud para comprender cabalmente las consecuencias de la decisión adoptada, más allá de las medidas de apoyo que cada persona requiera en la toma de decisiones. Nadie puede ser privado del derecho a ser oído en este ámbito.

VIII. Función notarial

El tema analizado en el presente trabajo se vincula estrechamente con el notariado latino y su función. El trato personalizado con sus requirentes, la ética y la idoneidad jurídica, características de la labor diaria del escribano, aseguran su eficacia en la búsqueda y diseño de estrategias y herramientas jurídicas que garanticen la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas.

El derecho de autoprotección requiere, quizás más que otros, de la labor artesanal y personalizada del notario, como intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, como asesor natural y calificado, como creador del documento válido y eficaz que recepte cabalmente esa voluntad, para que sea respetada cuando el sujeto no pueda expresarse por sí mismo. El escribano es el profesional idóneo para dar respuestas adecuadas a esta inquietudes que se presentan cada vez con mayor pertinencia en nuestra sociedad

El notariado desempeña un rol fundamental en los grandes cambios del mundo jurídico, es el primer intérprete de las reformas legis-

(40) La misma Ley 18473 de Uruguay, por ejemplo, requiere que la persona sea mayor de edad y psíquicamente apta.

lativas, brega por las modificaciones necesarias pero también implementa y aplica los nuevos criterios en su diaria labor.

Resulta pertinente recordar que el escribano, por delegación del Estado, da fe de los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran, garantiza la fecha cierta de dichas declaraciones y les otorga matricidad, lo cual permite contar con el instrumento en el momento oportuno y salvaguardarlo de alteraciones, pérdidas o substracciones.

Estas directivas anticipadas, nuevas en cuanto a su desarrollo por responder a necesidades e inquietudes de la vida actual y el progreso, deben ser asumidas como un desafío por el notario, en su doble función: como jurista en la interpretación de las leyes y como operador del derecho y creador de formas aptas para instrumentar válidamente la voluntad de los particulares.

De esta manera debe el escribano actualizarse y capacitarse para ofrecer respuestas idóneas ante este nuevo requerimiento de la sociedad.

IX. Conclusiones

En primer lugar debemos concluir en que la vigencia y validez del derecho de autoprotección en el ámbito de la salud resulta incuestionable. Normas internacionales, constitucionales y nacionales hoy no dejan lugar a dudas sobre su legitimidad, que se reconoce ampliamente en el Derecho Comparado.

También debemos destacar que el tema se vincula con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas, aquellos inherentes a la libertad, a la igualdad y a la dignidad de todos los seres humanos más allá de su edad, sexo, discapacidad, enfermedad o cualquier otra circunstancia. En esta materia nadie puede considerarse excluido de responsabilidad.

El escribano desde su actividad diaria debe contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, no sólo aquellos que protegen sus intereses patrimoniales sino también y fundamentalmente sus derechos personalísimos, con herramientas jurídicas, ágiles y eficaces. Los actos de autoprotección constituyen una respuesta válida y adecuada en este camino.

Bibliografía

BARBERO, Dariel O. y DABOVE, María Isolina, "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2.ª Circunscripción*, Graficarte, Núm. 1, Año 1, Rosario, 2009.

BORGES, Jorge Luis, "El Inmortal", en *El Aleph*, 1949.

CALO, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad", Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000.

CARMELO DIAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot.

CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995.

GHERARDI, Carlos R., *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001.

HIGHTON, Elena, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Núm.1 Daños a la Persona,* Ed. Rubinzal Culzoni.

HOOFT, Pedro Federico. "Bioética, Derecho y Ciudadanía", Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005.

HUTT, Efraín, "Pacientes Terminales" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, Núm. 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., "Derecho de Autoprotección" en Revista del Instituto de Derecho e Integración, Año 1, Núm. 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, Núm. 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010.

TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., "Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires" en *Revista del Notariado*, Núm. 880, Buenos Aires, 2005.

ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CUBA. OBSTÁCULOS E INCENTIVOS

RAFAEL ROSELLÓ MANZANO
Profesor Asistente de Derecho Civil
Juez de la Sala 2.ª de lo Civil y de los Administrativo
del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana

SUMARIO: 1. Generalidades. **2.** El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Cuba. **2.1.** Cultura jurídica y preparación de los operadores del Derecho. **2.2.** Gratuidad de la representación letrada e información *ex ante* sobre el proceso. **2.3.** Problemas alrededor de la incapacitación judicial y de la relación incapacitado-tutor. **2.4.** Celeridad de la justicia, medidas cautelares y ejecución de las sentencias. **2.5.** Oralidad, accesibilidad del lenguaje jurídico y condiciones de la sede del órgano jurisdiccional. **3.** ¿Por qué no se litiga en Cuba en materia de discriminación o igualdad de las personas con discapacidad? **4.** A modo de conclusión. **5.** Bibliografía.

1. Generalidades

El derecho de acceder a la justicia no constituye ni mucho menos una preocupación nueva, social y culturalmente hablando. Las formas en las que el género humano ha organizado su vida implican todas algún tipo de desigualdad y asimetría: ventajas para el grupo dominante que se traducen en mayor o menor medida en necesarias desventajas para el resto. Entre las artes, la literatura abunda en ejemplos de personas que por su condición social o económica no encontraron la justicia en los órganos estatales que supuestamente la impartían, desde el campesino kafkiano de un cuento con extraordinarios matices filosóficos como lo es "Ante la ley", de obligada cita cada vez que se habla del tema, hasta el héroe que representa Edmundo Dantés, el Conde de

Montecristo, injustamente condenado por un crimen que no cometió, y que decepcionado de la justicia impartida por el Estado, regresa para vengarse por su propia mano. En épocas oscuras de la historia de la humanidad y en escenarios distintos geográficamente, el imaginario popular creó otros héroes que se perpetuaron a través de la tradición oral y escrita y cuyo papel esencial era defender a los pobres y desvalidos, que por serlo, no encontraban amparo sino represión en las vías formales de administración de justicia.

Alcanzada, al menos en vía de principio formalmente positivizado, la igualdad ante la ley, reivindicación de las revoluciones burguesas y antes de la revolución de independencia de las Trece Colonias, ha sido arduo el camino de la comprensión de que dicha igualdad formal no es suficiente, por lo que se necesita la igualdad material, entendida como un grupo de oportunidades y condiciones establecidas a manera de punto de partida para el ejercicio de sus derechos a personas que por alguna razón están en desventaja respecto del resto.

En este contexto, el derecho de acceso a la justicia es tan importante porque se convierte en presupuesto o herramienta para el ejercicio del resto de los derechos que pueden ser vulnerados o deben ser reconocidos por los órganos jurisdiccionales. El reconocimiento formal de un derecho debe complementarse necesariamente con el acceso efectivo al sistema de justicia para obtener su tutela.

El acceso a la justicia se relaciona claramente con el derecho a la igualdad, a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación, regulados en nuestra Constitución de la República de 1976 en los artículos 41 y 42, complementados por el muy importante artículo 9 del propio cuerpo legal.

Los enfoques tradicionales del derecho de acceso a la justicia lo circunscriben al acceso a los órganos jurisdiccionales en control del Estado, y por tanto su contenido se identificó en sus inicios con la tutela judicial efectiva, el debido proceso y otras garantías procesales de orden constitucional. Pronto el concepto sería objeto de precisión y expansión en dos sentidos: i) el objeto de acceso o ¿a qué se accede?, y ii) el contenido y formas de acceso o ¿de qué tipo de acceso se habla? La primera de las cuestiones tiene su ampliación decisiva sobre la base del pluralismo jurídico y del surgimiento de los medios alternativos de solución de controversias. Mucho se ha hablado y escrito de ambos y una exposición detallada excede los propósitos de este trabajo. No obstante, resultan necesarias algunas consideraciones. Al pensamiento de que el pluralismo jurídico representa un intento por disminuir el papel del Estado y su función legislativa, se debe oponer la poderosa idea de

que no es posible, sobre todo en el entorno latinoamericano, que el Estado sea el único creador del Derecho, ignorando las normas que rigen a las comunidades originarias mucho tiempo antes de 1492. Los Estados latinoamericanos son en su mayoría multiculturales e incluso plurinacionales, realidad que han reconocido las novísimas constituciones de Ecuador y Bolivia, por lo que el acceso a la justicia de los pueblos originarios pasa por la aplicación de sus propias normas, así como la utilización de sus propias instancias y métodos para la solución de sus conflictos, todo ello aparejado con las consiguientes normas de competencia y coordinación.

Por su parte, los medios alternativos de solución de conflictos marcan una expansión en el sentido de incluir no solamente el acceso a los tribunales estatales, sino también a cualquier otro mecanismo de respuesta a controversias jurídicamente relevantes. Conocidas son sus ventajas: menores costes, menor tiempo de resolución de la controversia, mayor especialización, mayor flexibilidad y sencillez en los procedimientos y mayor prontitud en la ejecución.

En Cuba, el Estado ostenta el monopolio de la justicia legítima, con escasos espacios para los medios alternativos de solución de conflictos, la mayoría en sede empresarial, y a los que naturalmente, sustraída la actividad de empresa de la iniciativa privada, no tienen acceso los discapacitados en tanto personas naturales.

No resulta necesario en nuestro país el pluralismo jurídico, pues no existe una presencia significativa de otras etnias que entren en conflicto con la producción legislativa y la administración de justicia por parte del Estado central. La participación social en la administración de justicia se garantiza por los jueces legos, quienes son propuestos por las organizaciones de masas en asambleas de base en centros de trabajo, barrios, zonas rurales y centros de estudio, según sea el caso, y son elegidos por el órgano legislativo que corresponda al nivel de cada Tribunal, a tenor de lo dispuesto en los artículos 49 y siguientes de la Ley Núm. 82, de los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997.

En cuanto al otro objeto de ampliación, las características del acceso a la justicia, un buen punto de partida lo fue, como se dijo arriba, el derecho que tiene la persona de acudir al órgano que ejerce la jurisdicción cuando considere lesionados o violados sus derechos o intente hacerlos valer. Este derecho, reconocido de una forma u otra en la mayoría de los textos constitucionales, comprende el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para ventilar en ellos las controversias relativas a actos públicos o privados que

incidan de alguna manera en su esfera jurídica, la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que apoyen su pretensión y de contradecir los esgrimidos por el contrario que le perjudiquen, solicitar y obtener cuando sea procedente medidas cautelares para evitar daños que no sean reparables cuando se dicte la resolución judicial definitiva, derecho a representación letrada en todas las fases del proceso, obtener un fallo definitivo en un lapso de tiempo adecuado y sobre la base de la aplicación de normas jurídicas y procedimientos previamente establecidos por los órganos competentes y obtener la pronta y acertada ejecución del fallo cuando este le es favorable. Sin embargo, a simple vista se observa que todo esto no es suficiente: ¿de qué sirve el reconocimiento formal del libre acceso a los órganos jurisdiccionales y el derecho a representación letrada en todas las fases del proceso, si no se tienen medios para afrontar los costes que dicho proceso y dicha representación entrañan?¿Se puede realmente solicitar que se diriman las controversias que atañen a la esfera jurídica de una persona, o presentar argumentos y pruebas, u obtener un fallo basado en la norma previamente establecida, cuando la persona no conoce sus derechos ni la forma de ejercitarlos?

La formulación del derecho de acceso a la justicia debe pues realizarse sobre la base de mínimos en los textos constitucionales, con obligado desarrollo en las leyes ordinarias, que incluyan la cultura jurídica de los titulares, entendida como conocimiento de sus derechos y de las formas para ejercitarlos y defenderlos y el diseño de procesos judiciales y medios alternativos económicamente accesibles que diriman de forma justa, breve, eficiente y no discriminatoria los conflictos en los que se vean inmersos los titulares, y ejecuten de esa misma forma sus decisiones.

2. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Cuba (1)

La situación de las personas con discapacidad quizá sea la más grave, entre los grupos que se ven privados del acceso a la justicia. Las limitantes que impone de manera absoluta la incapacidad judicialmen-

(1) La exposición basa su estructura en algunos de los puntos que se regulan o recomiendan, según sea el caso, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

te declarada y las características de los sistemas de justicia hacen que en muchas ocasiones los discapacitados ni siquiera puedan luchar en la vía judicial contra la exclusión.

El problema del acceso a la justicia tiene para los discapacitados dos aristas: i) la posibilidad de luchar contra la discriminación en la vía judicial y ii) la posibilidad general de acceso a la justicia en los asuntos en los que son parte: reclamación de derechos de propiedad o de crédito, indemnizaciones por daños y perjuicios, o en los que son testigos o aportan algún material probatorio.

Son varios los factores que inciden en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, entre los cuales podemos señalar:

— Desconocimiento de sus derechos y falta de recursos económicos para ejercitarlos.

— Desconocimiento y falta de preparación en los operadores del sistema jurídico, principalmente jueces, fiscales y abogados sobre temas de discapacidad.

En Cuba, la acción destacada del Estado por medio de las múltiples instituciones que se ocupan del tema, garantiza, en medio de las conocidas precariedades de la economía, la existencia de políticas públicas para la atención a los discapacitados. Sin embargo, es mi opinión que dichas políticas, estructuradas desde el poder central, han contribuido sin quererlo a perpetuar la errónea asociación de discapacidad con incapacidad e inferioridad, privilegiando el enfoque del discapacitado como sujeto de asistencia social y no como sujeto de derecho. Esta idea se hace patente, como veremos más adelante, en sede legal y jurisdiccional, donde se priva de manera absoluta y radical al individuo de su capacidad de obrar y se le nombra un tutor que en lo adelante sustituirá la voluntad de la persona con discapacidad en vez de apoyarlo en la toma de sus propias decisiones.

2.1. Cultura jurídica y preparación de los operadores del Derecho

En sentido general y no solo para los discapacitados, no existen políticas públicas eficaces para eliminar la llamada “pobreza legal” o desconocimiento de los derechos de que las personas son titulares. Ello es especialmente importante, debido a que se conoce de antiguo que el ejercicio de los derechos, y su reclamación cuando son vulnerados es una cuestión directamente proporcional con el conocimiento y la cultura en relación con los mismos.

A fuer de ser honestos con nosotros mismos, no es hasta fechas relativamente recientes que en los cursos de pregrado de la carrera de Derecho se introdujo con fuerza la temática de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que un por ciento significativo de nuestros juristas apenas tocó alguno de los aspectos puntuales en asignaturas de la disciplina Derecho civil y en Derecho laboral y penal. Todavía hoy no se imparten cursos monográficos sobre la materia en la enseñanza pregraduada y en algunos cursos de posgrado se toca el tema de manera tangencial. Ello trae como consecuencia la incomprensión del tema por los operadores jurídicos, con la consiguiente desprotección que acarrea el no poder enfocar el tema de la discapacidad de forma integral. El adecuado ejercicio profesional debe hacer acompañar a la imprescindible sensibilidad humana, la no menos imprescindible solvencia en los conocimientos relativos a nuestra profesión respecto de la discapacidad y su relevancia en el plano del Derecho.

2.2. Gratuidad de la representación letrada e información *ex ante* sobre el proceso

Es claro que por las características de la oferta laboral a los discapacitados y por los problemas que estos afrontan para trabajar, en la mayoría de las familias con miembros discapacitados el ingreso *per capita* es menor. Por ello, el acceso a la justicia en estos casos puede pasar también porque los costes del proceso sean accesibles al discapacitado. En Cuba, los servicios de la abogacía los presta de manera exclusiva la Organización Nacional del Bufetes Colectivos (ONBC), que en el Decreto-Ley Núm. 81 de 8 de Junio de 1984, sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, se define como una organización "de interés social". Con amparo en esta idea, en 1986 fue aprobado un acuerdo entre la ONBC y el extinto Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio) para brindarle servicios jurídicos exentos o con rebaja de pago a determinados sectores de la sociedad, con amparo en el artículo 48 del Reglamento del Decreto-Ley Núm. 81, que se puso en vigor por la Resolución Núm.142 de 18 de diciembre de 1984, que prescribe la posibilidad de la exención del pago de los servicios jurídicos. En fecha tan reciente como el 2 de abril del 2010, la Junta Directiva Nacional de la ONBC, en su reunión ordinaria, adoptó el Acuerdo Núm. 1689, respecto a la exención de pago del servicio jurídico a personas naturales. Al respecto se dispone que la exención, de carácter excepcional, tiene lugar cuando el pago

del servicio no pueda ser asumido por el interesado por carecer de recursos suficientes y no tener familiares convivientes obligados a la prestación de alimentos y siempre que la insolvencia económica sea acreditada, preferiblemente de forma documental y por declaración jurada ante el director del bufete.

Los bufetes colectivos en Cuba solo prestan servicios exentos de pago en los siguientes casos:

— Procesos sobre filiación, patria potestad, reconocimiento de hijos menores de edad y los vinculados con la pensión alimenticia de éstos.

— Procesos especiales de divorcio por justa causa, cuando puedan ser afectados los intereses de los hijos menores habidos del matrimonio y cuando se litiga pensión para el cónyuge.

— Incidentes sobre pensión alimenticia.

— Procesos administrativos por aplicación de la Ley General de la Vivienda.

— En aquellos casos que resulten lesionados intereses patrimoniales de menores de edad, o incapacitados.

— En los casos de interés técnico, o trascendencia social, previa autorización del Director Provincial.

La enumeración no parece ser taxativa, aunque sería oportuna una referencia a los discapacitados, pues la mención de la incapacidad se refiere únicamente a la judicialmente declarada, como es obvio. Sin embargo, su inclusión también se puede intentar por la vía de la trascendencia social, que evidentemente está presente, aunque sin dudas el procedimiento burocrático para la autorización es más engorroso. En todo caso, se echa de menos una solución intermedia entre los extremos del pago total de la tarifa establecida y la exención absoluta de pago, que pudiera consistir en tarifas diferenciadas para personas en situación de discapacidad que no son necesariamente insolventes, aunque sus ingresos son por norma sensiblemente menores que los del resto. El hecho de que la norma mencione solamente como atendibles para la exención los procesos que se generen a consecuencia de la lesión de intereses patrimoniales de los incapacitados, es reflejo de una visión limitada, directamente relacionada con la deficiente regulación en nuestra legislación civil de los derechos inherentes a la personalidad y el resarcimiento del daño moral. Es significativo que no se incluyen en la exención de pago los asuntos en los cuales se pueda comparecer por derecho propio, norma que está pensada evidentemente para suje-

tos plenamente capaces y no contempla los casos en los que las características de la persona hacen que con independencia de que la ley le franquee la posibilidad de comparecer al proceso por derecho propio, deben hacerlo siempre mediante representación letrada en razón, por ejemplo, de discapacidad intelectual. A todo ello se suma que no hay un adiestramiento específico a los abogados para comunicarse en lenguaje de señas en caso de clientes sordos e hipoacúsicos, y un número importante de bufetes, al menos en la Ciudad de La Habana, tienen barreras arquitectónicas que hacen sumamente difícil el acceso de personas con discapacidades motoras. Sin embargo, no todo son sombras, pues la información *ex ante*, es decir, todo lo relativo a los trámites a seguir, duración del proceso, cómputo de los plazos, consecuencias de los actos procesales, puede ser suministrada a los discapacitados por la vía de las consultas, las que son gratuitas en todos los bufetes colectivos. En el sistema de Tribunales existen departamentos de atención al público, pero las quejas sobre la actuación del Tribunal en la tramitación del proceso, se dirigen por escrito a dichos departamentos, y son contestadas por la Sala que tramita el asunto o por la vicepresidencia correspondiente de igual manera.

En el caso de los Tribunales, pero también con un argumento válido para los bufetes de abogados, el lenguaje jurídico sigue siendo inaccesible para los no juristas, por lo que las providencias, autos y sentencias, no son entendibles para ellos, lo que refuerza la dependencia del discapacitado respecto de su representación letrada.

Como se dijo arriba, una de las muestras de la concepción del discapacitado como objeto de protección y no como sujeto de derecho es el hecho de que existiendo en la literatura científica un amplio abanico de discapacidades mentales, con su gravedad correspondiente, la incapacitación judicial en nuestros tribunales es total, y priva por tanto totalmente de su capacidad de obrar al que es sometido al proceso con éxito. No hay medias tintas. En esto juega un papel fundamental el desconocimiento por parte de los profesionales del Derecho acerca de los diferentes tipos de discapacidad y sus características, ignorando muchas veces las diferencias subjetivas de cada caso, y los posibles derechos y actos que puedan ser ejercitados a pesar de la discapacidad.

2.3. Problemas alrededor de la incapacitación judicial y de la relación incapacitado-tutor

El tutor que se le nombre sustituirá al discapacitado en todas sus decisiones. No existe ninguna norma legal, ni es frecuente un pronun-

ciamiento judicial que lo obligue a ejercer su función tomando en cuenta, cuando esto sea posible y necesario, la voluntad del discapacitado. De hecho, la formulación del artículo 137 del vigente Código de Familia, en su apartado segundo, plantea que la tutela tiene por objeto *"la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido judicialmente incapacitados"*. Sin embargo, el propio Código parece abrir el camino al ejercicio de determinados actos por el tutelado, cuando en el artículo 151 expresa que el tutor representará al incapacitado en todos los actos civiles y administrativos, salvo en los que la ley disponga expresamente que el incapacitado puede realizarlos por sí mismo. Queda claro que un respaldo legal para el ejercicio de la tutela teniendo en cuenta en cada caso que sea posible la voluntad del tutelado puede encontrarse de forma indirecta en la obligación del tutor de proveer a la recuperación o adquisición de la capacidad por el tutelado, aunque sin dudas lo correcto sería su inclusión expresa como norma de cumplimiento imperativo, a fin de que sea valorada por el Tribunal en la correspondiente rendición de cuentas. Por cierto que sería útil pensar la forma de hacer rendir cuentas de su gestión de manera eficaz ante el Tribunal a los directores de establecimientos asistenciales que en virtud del artículo 150 en relación con el 147 del Código de Familia, son tutores de los mayores de edad incapacitados internados en dichos establecimientos. Su condición particular no los exime de esta obligación.

En la misma línea de razonamiento, para los discapacitados que trabajan en el propio establecimiento asistencial, y siendo el director del establecimiento al mismo tiempo empleador y tutor, se crea un conflicto de intereses al que no creo que se le haya prestado suficiente atención y que amerita un control por parte de la Fiscalía y de los Tribunales.

La opinión del discapacitado debería tenerse en cuenta también en caso de que el tutor pretenda internarlo en un establecimiento asistencial, aunque la autorización del Tribunal requerida por la ley en su artículo 155, apartado primero, garantiza que la decisión no sea unipersonal. De cualquier manera, sería conveniente establecer la obligatoriedad de la audiencia al incapacitado, cuando las características de su padecimiento lo permitan, no solo en las decisiones sobre su internamiento, sino también sobre el tratamiento que con él se seguirá, extremos que son tan importantes como los actos de dominio, en los que tradicionalmente se fija la atención del Tribunal, y para los que tampoco se regula la consulta a la voluntad del incapacitado. Pareciera

que lo patrimonial preocupaba más al legislador, cuando el abuso y el maltrato en la esfera personal son por lo menos igual de importantes.

También y desde el punto de vista estrictamente procesal, el tutor puede con autorización del Tribunal, transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el incapacitado, lo que apoya la idea sabida de que el incapacitado lo es también para instar al órgano jurisdiccional, y no constituye excepción para ello el que haya recuperado su capacidad *de facto*, caso en el cual no puede él mismo promover la extinción de la tutela y la recuperación *de iure* de su capacidad de obrar, ni participar en la rendición de cuentas del tutor ante el Tribunal. La acción para recuperar la capacidad en este caso debe ejercitarla el tutor (con clara posibilidad de intereses contrapuestos por parte de quien quiere mantener el control sobre los bienes del incapacitado judicialmente), o el Fiscal.

De forma general, la incapacitación, que debería ser excepcional, es la regla que en los casos que se promueve con éxito, veda el acceso a la tutela judicial efectiva de los discapacitados que son objeto de ella, con escasos medios de defensa propios ante el tutor que se les nombra, quien los sustituye en todos los actos civiles y administrativos, y sobre el que no existe una norma que al menos lo incentive a tener en cuenta la voluntad del discapacitado. Esta situación se extiende claramente al ámbito procesal, y a pesar de que las decisiones como transigir o allanarse están sujetas a una autorización del Tribunal, el discapacitado declarado incapaz no puede actuar por sí, ni siquiera en los casos en que *de facto* haya recobrado la capacidad y pretenda del Tribunal que desencadene las consecuencias jurídicas que de dicha recuperación dimanan, visto que el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE), es claro en afirmar que solo son capaces para comparecer e instar al Tribunal quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y los que no, tendrán que hacerlo mediante sus representantes legales. Por lo cual, el que ha recuperado su capacidad (o bien nunca ha sido incapaz, y lo han declarado ignorándolo él mismo), o necesita un cambio de tratamiento por su mejoría, o quiere poner a consideración del tribunal su internamiento, en todo caso tendría que acudir al Fiscal, en aplicación de los artículos 46 y 47 de la LPCALE. Se echan de menos figuras más flexibles de protección que encuadran perfectamente en nuestra tradición jurídica, como la curatela, o bien el Betreuer alemán.

Es cierto que tomar en cuenta los deseos del discapacitado para la designación de la persona que ejercitará la protección, así como la definición casuística y pormenorizada de los actos para los cuales resulta

incapacitada la persona es una tarea que requiere de esfuerzo del Tribunal (es seguramente más fácil incapacitar de plano y totalmente), pero resulta estrictamente necesario. Además del control jurisdiccional, el discapacitado debe poder en todo momento reclamar contra la actuación del tutor o curador, cuyo metro de actuación diligente debe estar integrado sobre todo por los deseos e intereses del discapacitado, siempre que no sean perjudiciales para el mismo, claro está. La participación activa del discapacitado debe ser un elemento principal en el control jurisdiccional sobre la actividad del tutor: la apropiación de los bienes por parte de este último es perfectamente posible, y es falsa la idea de que frecuentemente no hay patrimonio del que apropiarse, más bien es todo lo contrario (piénsese si no en los inmuebles del tutelado).

Aunque se establece el examen del discapacitado que se pretende declarar incapaz, sería conveniente fijar, mediante una instrucción del Tribunal Supremo Popular, el contenido y la forma de dicho examen, que en muchas ocasiones se limita a indagar por la ubicación espacio-temporal del supuesto incapaz, en lugares poco adecuados, sin la privacidad necesaria, con el discapacitado bajo el efecto de medicamentos sedantes, y en general en condiciones que no propician la formación de un juicio correcto.

El juez debe convertirse en lo que está llamado a ser por ley, la figura central del proceso, a quien el dictamen médico (nótese que deben ser dos médicos distintos del de asistencia) no lo vincula necesariamente, como prueba de lo cual, la mencionada LPCALE lo autoriza a, oído el parecer de los médicos, o si conforme con su impresión personal lo estimare conveniente, podrá disponer otras medidas para confirmar la incapacidad. Como dije arriba, la audiencia adecuada del discapacitado, explorar su voluntad, la audiencia del cónyuge o pariente más cercano que no haya solicitado la incapacitación, la difícil tarea de fijar el ámbito y alcance de la incapacidad, la designación adecuada de tutores, y en el caso que se decida, la adopción de formas más flexibles de protección, representan retos para el órgano jurisdiccional para los que el auxilio de equipos asesores multidisciplinarios puede representar una solución adecuada. En este sentido, es relevante la Instrucción Núm. 187 del Tribunal Supremo Popular, de fecha 27 de diciembre de 2007, que en su cuarto POR CUANTO, argumenta: *"La complejidad y características especiales de los asuntos en materia de familia y la experiencia alcanzada al respecto por algunos países, evidencian la conveniencia de que, en los asuntos que se requiera, nuestros tribunales puedan recabar el parecer de un equipo técnico asesor multidisciplinario, que posibilite el acceso de los jueces a criterios profesionales especializa-*

dos en esta materia, que los provea de mayores y mejores elementos para sus decisiones, en aras de satisfacer hondos intereses humanos, afectivos y sociales de las personas involucradas en el proceso." Dicha instrucción se completa con la Núm. 191 del Alto Foro, que extiende, si bien excepcionalmente, la posibilidad de actuación del equipo asesor multidisciplinario en los procesos civiles.

2.4. Celeridad de la justicia, medidas cautelares y ejecución de las sentencias

En lo relativo a la celeridad de la justicia, aspecto sin dudas vital en materia de discapacidad, los períodos de duración de los procesos en materia civil y familiar son altamente satisfactorios en Cuba. El tiempo medio de duración de un proceso civil ordinario es de cuatro a seis meses, en dependencia de su complejidad, y los procesos de incapacitación tienen una duración media de dos meses. Este elemento se conecta lógicamente con la posibilidad de emplear medidas cautelares, posibilidad ensanchada con la incorporación de todo un elenco de ellas por vía de reforma de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y (recientemente) Económico, aplicables al proceso civil en virtud de la ya mencionada Instrucción Núm. 191 del Tribunal Supremo. Es de destacar finalmente la atención esmerada que desde hace años ha puesto nuestro sistema de Tribunales en la ejecución de las sentencias dictadas en procesos civiles y contenciosos administrativos. Siempre he pensado que no es suficientemente comprendida a nivel social y por algunos operadores del Derecho en nuestro país la importancia de la ejecución de las decisiones de los Tribunales: cuando esto no se logra el individuo no encuentra respuesta en el sistema de justicia para sus necesidades, pierde la confianza en éste, e intenta ejecutar lo fallado por sí mismo. En el caso de las personas en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los discapacitados y en general los ancianos, por razones obvias es necesario poner especial énfasis en este componente imprescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, brindándole todo el apoyo por parte del órgano jurisdiccional y las fuerzas del orden público.

2.5. Oralidad, accesibilidad del lenguaje jurídico y condiciones de la sede del órgano jurisdiccional

Toda la normativa internacional sobre la materia y en especial las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condi-

ción de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4 a 6 de marzo de 2008, coinciden en recomendar la oralidad como forma más beneficiosa de organizar el proceso para el justiciable discapacitado. Con independencia de las opiniones a favor y en contra respecto a si en definitiva la oralidad hace más expedito el proceso, cuestión que no abordaré en este trabajo, queda claro que con la oralidad se fortalece el principio de inmediación, vital en la búsqueda de la verdad por el órgano jurisdiccional. Con el diseño de un proceso civil predominantemente escrito, queda mucho por avanzar en nuestro país en este sentido. Sin embargo, debe notarse que se ha mejorado en la presencia de los jueces en la práctica de las pruebas, sobre todo las testificales. La propia Instrucción Núm. 187 citada, invita al Tribunal a agotar las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, convocando a las partes a comparecencia, aunque sin dudas cuesta trabajo que los Tribunales, acostumbrados a la escritura, pongan en práctica esta idea.

Especialmente conveniente puede resultar también la aplicación de la conciliación como vía de solución al diferendo entre las partes, extremo que franquea el artículo 772 de la LPCALE que establece la posibilidad de conciliar entre las partes, *"... cuando el tribunal aprecie que se hace necesario o aconsejable que las partes alcancen mayor grado de comunicación al objeto de establecer, o resolver por sí mismas, algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas"*.

Es conocida la necesidad de que las resoluciones judiciales se redacten en términos sencillos y accesibles, en justo equilibrio con el rigor técnico, pero en ambos aspectos es necesario aún trabajar, máxime cuando en los procesos intervengan como partes o testigos, personas discapacitadas. Tampoco se ha avanzado lo suficiente en facilitar el ejercicio de los derechos en los casos para los que no se requiere representación letrada, adoptando formularios de fácil manejo a los que tengan acceso especialmente las personas con discapacidad. Lo mismo sucede en la instancia administrativa, con trámites especialmente complejos y dilatados en materia de negocios de disposición sobre bienes inmuebles, que pueden frustrar el ejercicio de los derechos del público en general y de los discapacitados en particular.

Existen finalmente otras condiciones que resultan ser vitales para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Entre ellas se cuentan la garantía de transporte adecuado para llegar a la sede del Tribunal, la eliminación de barreras arquitectónicas, y la presencia en los mismos de personal especializado (intérpretes, trabajadores socia-

les) que apoyen al discapacitado durante su intervención en el proceso, cuestión esta última perfectamente garantizable en nuestra realidad.

3. ¿Por qué no se litiga en Cuba en materia de discriminación o igualdad de las personas con discapacidad?

En Cuba, los litigios para reparar situaciones de discriminación o en general para defender la igualdad de las personas con discapacidad, no son frecuentes. Es obvio que la litigiosidad no es ni mucho menos imprescindible, sobre todo cuando sus bajos índices son el reflejo de un adecuado reconocimiento de los derechos de los discapacitados y de su ejercicio pleno en la sociedad. Sin embargo, esto no siempre sucede así, y en nuestro caso en particular creo que entre las principales causas de este fenómeno se encuentran:

— La actuación del Estado en la atención a los discapacitados, resultado de una política integral que en la gran mayoría de los casos es eficaz y soluciona un grupo de necesidades a nivel básico.

— La incultura individual y como grupo de la reclamación de sus derechos en la vía jurisdiccional, que se acompaña del derecho más comúnmente ejercitado de dirigir peticiones y quejas a las autoridades, reconocido en el artículo 63 de la Constitución.

— La sustracción del ámbito judicial del control de constitucionalidad, que limita la posición de los jueces en un posible litigio en el que se viole el principio de igualdad y no discriminación reconocido en los artículos 41 y 42 de la Constitución, ya sea por el actuar de la administración o por la promulgación de una disposición normativa.

— La configuración de la responsabilidad de la administración como responsabilidad por culpa en los artículos 26 de la Constitución y 96 del Código Civil, que dificulta las reclamaciones, cargando al administrado con la prueba de que el daño se ha causado "indebidamente", y requiriendo, como rezago histórico, la declaración de ilicitud del acto por una autoridad estatal superior a la que causó el daño, y diferente del Tribunal competente (aunque sí que se podría reclamar la responsabilidad civil de los Jueces por algún caso de discriminación o negligente aplicación de la ley en virtud de los artículos 61 y 62 de la LPCALE en relación con el 81 y siguientes del Código civil).

4. A modo de conclusión

En Cuba, el advenimiento de un nuevo sistema político a mediados del siglo pasado trajo como consecuencias un grupo de reivindicaciones en el orden social entre las que se encontraron también las de las personas discapacitadas. Sin embargo, se hace necesario trascender la concepción de que los discapacitados son objetos de protección por el Estado y la sociedad, para reconocer que son sujetos de derecho. Ello implica, hasta donde sea posible, la defensa de sus propios intereses, la actuación de sus propios derechos y su reclamación cuando sean vulnerados. Si bien es totalmente inhumano un diseño social en el que el hombre sea el lobo del hombre, y cada uno cuide exclusivamente de sí mismo, tampoco es aconsejable uno en el que se coarte en demasía la actuación individual en aras del interés social. En este contexto se inscribe el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Al reconocimiento de sus derechos, se deben sumar las condiciones materiales y humanas para su ejercicio, y para su reclamación cuando son vulnerados, procesos que deben comenzar con la toma de conciencia de que dichos derechos existen y que pueden y deben ser ejercitados. La defensa de los derechos es en general, y no solo para los discapacitados, una cuestión de cultura. En un entorno social como el cubano, en el que el analfabetismo está erradicado, las tasas de escolaridad son significativamente altas, la educación y la salud son gratuitas y de amplio acceso para todos y la actuación judicial siempre ha propendido a la defensa de las personas más vulnerables, creemos que la garantía plena del derecho de acceso a la justicia de los discapacitados es una meta perfectamente lograble hacia la que ya se encaminan esfuerzos.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. L.E.P, La Plata, 1987.

CAPPELLETTI, M., *et al.*, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 1996.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el Ombudsman", *en: Justicia y sociedad*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1994, pp. 859-906.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Ed. IIJ-UNAM, México, 1974.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*, IIDH, San José de Costa Rica, 2000.

II. Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Núm. 7, del 1 de agosto de 1992.

Código Civil de la República de Cuba, Ley Núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006 de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Núm. 33, de 27 de septiembre del 2006.

Ley Núm. 65/1988 de 25 de diciembre, *Ley General de la Vivienda* (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

Ley No. 82/1997 de 11 de julio, De los tribunales populares, en: http://www.gacetaoficial.cu/html/tribunalespopulares.html, disponible el 9 de junio del 2010; Instrucción Núm. 187/2007 de 27 de diciembre, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; Instrucción Núm. 191/2009, de 14 de abril, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Núm. 17, de 18 de mayo de 2009.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA. EL CASO CHILENO: LAS RETÓRICAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LENTA EVOLUCIÓN SOCIAL

MAURICIO TAPIA R.
Profesor de derecho civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile (mtapia@derecho.uchile.cl)

Resumen: *Las Constituciones Políticas aseguran a los ciudadanos derechos fundamentales que tienen, al menos teóricamente, incidencia en las relaciones privadas de familia. Describiendo la experiencia del derecho chileno, la exposición intenta demostrar que la supuesta constitucionalización del derecho civil en esta materia –a diferencia de lo que puede ocurrir en materia civil patrimonial– se produciría, al menos en teoría, mediante el publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales, contenidas en las Constituciones y en algunos tratados internacionales, tendrían en la reforma de las leyes civiles. Tomando como ejemplo las dos instituciones fundamentales del derecho de familia, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es más bien retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas "sociales" que sólo pueden enunciarse en esta exposición.*

1. Objeto de la exposición. Esta exposición aborda la supuesta influencia de las declaraciones de derechos fundamentales, declarados y garantizados solamente en las Constituciones y en algunos tratados internacionales, en la reforma de las leyes civiles (1).

Revisando, en el derecho chileno, las dos instituciones fundamentales del derecho de familia, esto es, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es más bien retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas "sociales" que sólo se enuncian en esta exposición.

2. Plan. Para estos efectos, la exposición abordará sucesivamente: **(I)** El matrimonio y otras regulaciones de la convivencia, las declaraciones de la Constitución Política y la evolución legislativa; y, **(II)** La filiación, las declaraciones de la Constitución Política y la evolución legislativa. Antes, a modo de Introducción, se efectuarán algunas precisiones acerca de las modalidades que puede asumir la constitucionalización de derecho civil y su aplicación a las instituciones de familia en el derecho chileno.

Introducción

3. Enumeración. Las modalidades de intervención de la Constitución en el derecho civil pueden ser, en teoría, tres distintas **(A).** Sin

(1) V. para una visón general en el derecho chileno de la denominada "constitucionalización del derecho civil": Domínguez, A. Ramón, "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. XCIII, p. 107, y Guzmán, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile,* Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001. El tema es de actualidad y una prueba de ello son los interesantes trabajos sobre la materia que contiene el libro en homenaje al *Sesquicentenario del Código Civil* preparado por la Universidad de Chile: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Codificación y constitucionalización del derecho civil"; Schmidt, Claudia, "La constitucionalización *del derecho de familia*"; Brauner, María Claudia Crespo y Lobato Anderson, Cavalcante, "El nuevo Código Civil brasileño y la constitucionalización del derecho de la familia"; Navarro, Enrique, "Constitucionalización del derecho civil", Fernández, Miguel Ángel, "Constitución y autonomía de la voluntad", in Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (dir.), y Ríos, Sebastián (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación,* Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, 2 T. Pueden también consultarse los interesantes trabajos publicados en la colección: La constitucionalización del derecho chileno, Universidad Austral de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

embargo, sólo una de ellas parece pertinente para el derecho de familia, al menos en la realidad del derecho chileno y, particularmente, después de las últimas reformas constitucionales del año 2005 **(B)**.

A) Modalidades de intervención de la Constitución en el derecho civil

4. Generalidades. En un estudio de la profesora Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, que tuvo la gentileza de publicar en un libro homenaje a los 150 años del Código Civil de Andrés BELLO, preparado por la Universidad de Chile, podemos encontrar un lúcido análisis acerca del tema objeto de esta exposición y, en particular, acerca de las formas que puede revestir la intervención constitucional en el derecho civil (2). Estas modalidades son, en esencia, tres distintas: **(i)** La supremacía constitucional; **(ii)** El denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales; y, **(iii)** La utilización del recurso constitucional de "protección" para la cautela de intereses civiles.

5. (i) Supremacía constitucional. Las normas de la Constitución, y los tratados internacionales incorporados a su texto, se sostiene que deben prevalecer por sobre el resto del ordenamiento jurídico, lo que incluye naturalmente al Código Civil. Esta forma de influencia de la Constitución sobre las leyes civiles se verificaría mediante la declaración de inconstitucionalidad de ciertos textos, de manera preventiva antes de su entrada vigencia, o de manera correctiva una vez que se encuentran en vigor. La constitucionalización del derecho civil operaría, según este mecanismo, como una orientación impuesta a las leyes civiles mediante los denominados derechos fundamentales, que impediría la promulgación de leyes que los vulneren o, lo que es más frecuente por la anterioridad de los textos civiles, que instaría a la modificación de las leyes civiles en vigor que resulten opuestas a los derechos fundamentales que progresivamente se van reconociendo.

Por las razones que expondré, en mi opinión, es éste el mecanismo por el que, al menos en el derecho chileno, es posible sostener que la Constitución tendría en teoría un efecto en la regulación civil de las familias.

(2) Me refiero al artículo "Codificación y constitucionalización…", *op.cit.*, p. 1193 y s.

6. (ii) Efecto horizontal de los derechos fundamentales. En segundo lugar, mediante esta modalidad se sostiene que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y particularmente aquellos que tienen una connotación "civil" inmediata (como son los derechos de la personalidad recogidos en su texto) pueden invocarse no sólo en conflictos que oponen a los particulares frente al Estado, sino también en los que se suscitan entre particulares entre sí. Este fenómeno suele denominarse *efecto horizontal de los derechos constitucionales* (3).

En efecto, la Constitución, que contiene un catálogo de derechos y de garantías considerados fundamentales, no sólo representa una defensa de los particulares contra los excesos del Estado, sino que también establece un conjunto de valores o principios que impone límites, aunque de contornos borrosos, a la actuación de los particulares en sus relaciones con otros particulares. Es ésta utilización de las normas constitucionales la que se denomina usualmente *efecto horizontal de los derechos fundamentales* (4). En el derecho chileno, la jurisprudencia, gracias al extendido desarrollo del recurso constitucional de protección, ha aceptado que se invoque directamente un derecho constitucional en conflictos entre particulares, como los originados por el incumplimiento de un contrato, o en materia de responsabilidad civil, en que algunas sentencias han utilizado el artículo 19 núm. 1 y 4

(3) V. para una visión general de esta materia en el derecho chileno: JANA, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", in *Los derechos fundamentales,* seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 53; Carlos PIZARRO, "Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung", Gaceta Jurídica, 1998, núm. 221, p. 7; y, ALDUNATE, Eduardo, "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", *in La constitucionalización…*, *op.cit.*, p. 13 y s.

(4) La expresión efecto *horizontal* se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto *vertical* en que sólo resultan oponibles tales derechos a las acciones de entes públicos (es el contraste entre coordinación y subordinación). En el lenguaje jurídico alemán (derecho en que esta discusión ha alcanzado un mayor desarrollo) se utiliza la expresión *drittwirkung* para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En el lenguaje jurídico anglosajón, en adición al *horizontal effect*, se ha introducido la nomenclatura de *privatisation of human rights.* El efecto horizontal puede ser, a su vez, *directo* o *inmediato (unmittelbare Drittwirkung)* e *indirecto* o *mediato (mittelbare Drittwirkung),* según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos también vinculantes para los privados o sólo un rango de principios que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores que subyacen a ellos. V. JANA, Andrés, *ibidem*, p. 53.

de la Constitución para conceder la reparación del daño moral en materia contractual (5).

Este fenómeno plantea un problema considerable desde el punto de vista del Código Civil, pues si los principios constitucionales relativos a materias de derecho privado tienen un efecto entre particulares, ¿qué función queda para el Código Civil?, ¿sus principios y reglas resultan ahora prescindibles? No cabe duda de que la invocación de la Constitución en conflictos entre privados muestra el vigor y la elasticidad de sus preceptos. Pero esa práctica involucra algunos riesgos. Las normas constitucionales son expresión de principios considerados fundamentales por la sociedad. Estos principios tienen contornos borrosos y generalmente se presentan de una forma dialéctica (privacidad *versus* libertad de prensa, por ejemplo). En consecuencia, constituyen más bien un "*marco abierto de bienes jurídicos que están en conflicto recíproco*" (6). La materialización de esos principios generales y abstractos en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador y, particularmente, al Código Civil. La denominada *constitucionalidad del derecho civil* en este ámbito no supone un abandono del Código, sino una nueva "mirada" sobre sus categorías y reglas esenciales, que siguen siendo imprescindibles para resolver los casos específicos. Así, por ejemplo, el respeto constitucional de la *integridad física* puede llevar a concluir que el daño corporal sufrido por la infracción contractual debe ser reparado, pero ello nada nos dice acerca de la naturaleza de esa reparación, de su alcance y de sus límites. Estas últimas cuestiones son los típicos problemas que el derecho privado, en más de veinte siglos de evolución, ha intentado resolver mediante leyes y prácticas judiciales que, por ejemplo, extendieron la reparación al *pretium doloris*, precisado las reglas sobre legitimación activa y exigido la previsibilidad de los daños como límite de la reparación. Esta riqueza normativa corre el riesgo de despreciarse cuando las sentencias fundan su decisión no en las normas del Código Civil y costumbres judiciales, sino en la aplicación directa de normas constitucionales que tienen valor de principios generales, pero cuyos contornos son enormemente difusos. Esa misma indeterminación es una fuente de inseguridad jurídica, pues sobre la base de esas normas de la Constitución pueden plantearse las soluciones más peregrinas.

---

(5) V. por ejemplo, Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, RDJ, T. XCI, sec. 1.ª, p. 100.

(6) Barros, Enrique, "Tensiones del derecho actual", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. LXXXVIII, p. 17.

Pero no corresponde extenderse aquí sobre esta modalidad de intervención de la Constitución en las instituciones civiles. En efecto, como ya se adelantó, al menos en materia de familia y en la experiencia chilena, la influencia de la Constitución en el derecho civil se percibe no tanto como una aplicación directa de sus derechos en conflictos entre particulares, sino más bien como una preponderancia –cuyo alcance práctico se examina en esta exposición– de los principios constitucionales en la renovación de algunas instituciones del Código Civil.

7. (iii) Recurso de protección. El derecho chileno carece de una acción procesal civil de urgencia, que asegure una protección rápida y efectiva a una vulneración grave de algunos de los derechos patrimoniales previstos en la legislación civil. Por esto, y al menos desde comienzos de la década de 1980, se comenzó a utilizar masivamente el denominado "recurso constitucional de protección", para suplir ese vacío. Este recurso asegura una protección rápida de ciertos derechos, agredidos por acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, y son conocidos por las Cortes de Apelaciones (art. 20 de la Constitución). Su naturaleza es cercana a la del *référé* del derecho francés y del derecho belga, el *amparo* del derecho argentino y al *mandado de segurança* del derecho brasileño (7).

Ahora bien, mediante esta herramienta procesal también es perceptible una cierta influencia de la Constitución en el derecho civil. En efecto, frente a la ausencia de otras acciones cautelares efectivas, el recurso de protección ha sido utilizado profusamente en el derecho chileno, con el objeto de buscar una tutela efectiva de algunos derechos civiles. En atención a que el recurso de protección sólo procede cuando existe agresión a alguno de los derechos que prevé la Constitución, y entre tales se encuentra el derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorporales (art. 19 Núm. 24 de la Constitución), la práctica judicial ha tendido a multiplicar la invocación de este derecho en conflictos entre particulares. Así, la jurisprudencia de las Cortes chilenas, condujo progresivamente a reconocer, de manera sistemática, la existencia de

(7) Un estudio comparado del recurso de protección puede encontrarse en la interesante obra del profesor de la Universidad de Chile y ex Fiscal de la Corte Suprema, Enrique Paillas, *El recurso de protección ante el derecho comparado. Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, 3.ª ed.

un derecho de propiedad sobre los créditos emanados de los contratos (8). En otros términos, por ejemplo, para hacer aplicable el recurso de protección en un conflicto que opone a un arrendador y a un arrendatario, se declara la existencia de un derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados de ese convenio (9). Esto ha llevado, como lo ha destacado una parte de la doctrina chilena, a una aplicación directa de las normas constitucionales en conflictos en entre particulares, sin la mediación de la rica tradición civil. Esto provoca, como ha señalado Carlos Peña, generalizar una práctica constitucional procesalmente avanzada, pero argumentativamente arcaica (10); o lo que es peor, fundada en una forma elemental de justicia de equidad (11).

Sin embargo, como se desprende, esta práctica judicial chilena afecta principalmente los derechos civiles patrimoniales, y se vincula directamente al fenómeno descrito de *efecto horizontal de los derechos fundamentales*.

Por esto, corresponde dejar hasta aquí esta exposición sobre las formas de intervención de la Constitución en el derecho civil, para centrarse en aquella que tiene potencialmente una mayor importancia en el derecho de familia, esto es, la *supremacía constitucional*, que puede sostenerse que acaba de ser reforzada por la última reforma constitucional chilena.

B) Reformas constitucionales de 2005 y su influencia en la constitucionalización del derecho de familia

8. Control de constitucionalidad antes de la reforma. Antes de la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno, encargado de velar por la constitucionalidad de leyes, sólo podía efectuar un control preventivo en el proceso de formación de las leyes, y que tenía efectos generales (antiguo artículo 82 de la Constitución). En efecto, el control

(8) En el derecho chileno, existe un estudio, teórico, bastante completo sobre el estatuto de las cosas incorporales: Alejandro Guzmán, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 2.ª ed.

(9) Un examen acabado de este fenómeno en la jurisprudencia chilena en: Jana Linetzky Andrés y Marín González Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

(10) *Práctica constitucional y derechos fundamentales,* Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, p. 154.

(11) V. en este sentido, Jana Andrés y Marín Juan Carlos, *Recurso de protección..., op.cit.*

correctivo de constitucionalidad de las leyes, esto es, luego de su entrada en vigencia, estaba entregado a la Corte Suprema, quien resolvía mediante el *recurso de inaplicabilidad*, con efecto *inter partes*, sólo en el juicio para el que fue pronunciado, manteniendo su plena vigencia el precepto legal que había sido declarado inconstitucional (antiguo artículo 80 de la Constitución).

9. Control de constitucional después de la reforma. La reforma constitucional del año 2005, efectuada por la ley Núm. 20.050, modificó radicalmente esta situación. En la actualidad, el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para: **(i)** Efectuar el *control preventivo* de las leyes, con efectos generales; **(ii)** Resolver la *inaplicabilidad* correctiva por inconstitucionalidad de un precepto legal, que se intente hacer valer en cualquiera gestión judicial, con efectos entre partes; y, **(iii)** Resolver la *inconstitucionalidad* de un precepto legal, declarado inaplicable conforme a lo señalado en el número (ii) anterior, con efectos generales (art. 93 de la Constitución). Para esto último, la Constitución concede acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable (12).

Como se entiende, esta reforma puede resultar trascendental, en el futuro, para el tema objeto de esta exposición, por cuanto el denominado principio de *supremacía constitucional*, relevante en la denominada constitucionalización del derecho de familia, cuenta con una herramienta poderosísima en la actualidad para hacerlo efectivo: la posibilidad de que cualquier persona solicite la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución, y que esa declaración tenga efectos generales.

Tal vez la aplicación de estas nuevas competencias del Tribunal Constitucional chileno puedan en el futuro hacer variar la conclusión un tanto sombría de esta exposición, acerca de la pobre influencia que

(12) Sobre esta reforma de las competencias del Tribunal Constitucional chileno, puede consultarse los siguientes estudios, aparecidos en la colección Reforma Constitucional, Zúñiga, Francisco (coord.), Santiago, LexisNexis, 2005: Colombo Juan, "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia" (p. 551 y s.); Nogueira, Humberto, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005, de la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de su sentencia" (p. 593 y s.); Ríos, Lautaro, "El nuevo Tribunal Constitucional" (p. 627 y s.); Gómez, Gastón, "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno" (p. 651 y s.); Fernandois, Arturo, "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?" (p. 685 y s.).

han tenido los textos constitucionales en la modificación de las leyes civiles, como se señala a continuación.

I. Matrimonio y otras regulaciones de la convivencia Constitución Política y evolución legislativa

10. Generalidades. Como es sabido, los códigos que siguieron el modelo francés, como el Código Civil chileno, no le destinan un libro especial a la familia, sino que su regulación se encuentra entre las normas del *derecho de las personas*, conforme a la filosofía individualista que lo inspiró. La familia aparece como un anexo de las personas, pues existen personas sin familia. Pero en realidad la mayoría de las instituciones del *derecho de las personas* suponen a la familia: el apellido se hereda de la familia, el domicilio puede estar condicionado por el de la familia, la privacidad puede proteger también un ámbito familiar reservado, etc. Si dejamos fuera el *derecho sucesorio*, en el Código Civil el *derecho de familia* se estructura sobre las consecuencias personales y patrimoniales de dos instituciones: *matrimonio* y *filiación*.

Si examinamos la regulación originaria del matrimonio en el Código Civil **(A)**, podremos apreciar cuánto se oponía a las solemnes declaraciones constitucionales y de los tratados internacionales, particularmente de aquellos en vigor en las últimas décadas **(B)**. Veremos que la respuesta del derecho civil, para adaptarse a estos principios, ha llegado, pero con bastante retardo en materia de matrimonio y de otras regulaciones de las convivencias **(C)**.

A) Regulación original del matrimonio en el Código Civil

11. Un modelo discriminatorio y poco libertario de familia. La regulación civil del matrimonio y de la filiación depende, como se sabe, directamente de la organización social del país de que se trate, particularmente de la económica. En la sociedad chilena de la primera mitad del siglo xix, organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal de las relaciones familiares, resulta entendible que el Código Civil no innovara y reconociera el modelo normativo de familia que provenía del derecho castellano. Es curioso observar cómo revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, *"príncipe de la familia"*, la gobernaba como

monarca absoluto. El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido. La denominada *potestad marital* le otorgaba amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer, y la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado (la separación de bienes era parcial, o decretada judicial y excepcionalmente). Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres, como asimismo los derechos de alimentos. Los hijos debían obediencia al padre, quien podía recluir al mayor de dieciséis años hasta por seis meses en un establecimiento correccional y desheredar al menor de veinticinco años si contraía matrimonio sin su asenso. El padre ejercía la *patria potestad* sobre los bienes del hijo, pasado a un curador esta facultad, y no a la madre, en caso de impedimento. Finalmente, los hijos *naturales* eran excluidos de la sucesión intestada por los *legítimos* y carecían de *patria potestad*, e incluso el reconocimiento por los padres de los hijos de dañado ayuntamiento podía impugnarse. Naturalmente, las uniones de hecho eran ignoradas por el derecho privado chileno (13).

B) Principios constitucionales y Tratados internacionales

12. Igualdad y libertad. Evidentemente, este modelo de regulación civil de la familia nunca fue muy consistente con los principios constitucionales o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En particular, el estatuto civil de la familia contenía una regulación desequilibrada entre los derechos y deberes del hombre y de la mujer, con severas discriminaciones en perjuicio de la mujer y, por lo demás, privaba de todo reconocimiento legal a otras formas de unión diferentes al matrimonio. Esto, naturalmente, se oponía abiertamente al ***principio de igualdad*** constitucional. Este principio tenía una larga historia en las Constituciones chilenas, pues había sido reconocido por primera vez, mucho antes de la dictación del Código Civil de Andrés Bello de 1855, en el artículo 24 del Reglamento Constitucional de 1812. El artículo 12 Núm. 1 de la Constitución de 1833 –bajo cuya vigencia se dictó el Código Civil– señalaba que "*La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1.° La igualdad ante la ley*". Esa disposi-

(13) Una descripción de la regulación original del Código Civil chileno en materia de familia, y de su posterior evolución, en: Tapia, Mauricio, Código Civil 1855-2005. *Evolución y perspectivas,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 102 y s.

ción fue reproducida en la Constitución de 1925, y se encuentra prevista, actualmente, en los artículos 1.° y 19 Núm. 2 de la Constitución de 1980. En este último artículo, se insertó, además, la siguiente regla, aplicación del principio de igualdad: "*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*" (14). La legislación puede, por tanto, establecer distinciones entre las personas, siempre que no sean arbitrarias, tal como parecen serlo algunas de las previstas en la regulación original del Código Civil.

Por otra parte, cabe tener presente que la Constitución chilena señala que la soberanía encuentra sus límites en los derechos fundamentales que reconoce en su texto, así como en los *tratados internacionales*, ratificados y vigentes, y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos (art. 5.°) (15). Y según la opinión mayoritaria de la doctrina nacional estos tratados tendrían un rango constitucional, o al menos un rango claramente superior a la de una ley simple. Es así que por esta remisión explícita de la Constitución, la regulación del Código Civil de las relaciones de pareja debe necesariamente ajustarse a los siguientes tratados ratificados por Chile:

(i) *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (16 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989. Este tratado obliga a los Estados partes, en particular, a asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges al momento del matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (arts. 3 y 23 Núm. 4).

(ii) *Convención americana sobre derechos humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica* (22 de noviembre de 1969), incorporado a la legislación chilena en 1989, establece obligaciones análogas a las del anterior Pacto (art. 17 Núm. 4).

(iii) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (18 de diciembre de 1979), incorporado a la legislación chilena en 1989. En su artículo 16 obliga a los Estados par-

(14) Sobre la consagración del principio de igualdad en el derecho constitucional chileno, puede consultarse VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA Humberto, Derecho Constitucional, Santiago, *Editorial Jurídica de Chile*, 2005, 2.ª ed., T. I, p. 214 y s.

(15) Según la reforma constitucional de 1989, efectuada por la Ley Núm. 18.825.

tes a eliminar toda discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en especial, a otorgar los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución, los mismos derechos personales entre marido y mujer, y análogas facultades en materia de adquisición, goce y disposiciones de bienes.

Por otra parte, las severas restricciones impuestas a los cónyuges, quienes no podían elegir la forma en que se suscribiría el matrimonio, ni optar por diferentes regímenes de bienes, ni divorciarse, así como el desconocimiento y falta de regulación de las parejas estables, heterosexuales u homosexuales, formadas al margen de matrimonio, transgredía abiertamente a la ***libertad***, proclamada solemnemente en la Constitución, y que es el sustrato de un gobierno democrático. Este principio, inaugura la Constitución de 1980: *"Las personas nacen libres…"* (art. 1.°) (16).

En todos estos aspectos, la evolución del derecho civil no fue inmediata, sino que siguió, con bastante retardo, la lenta evolución de las costumbres. La historia de la modificación de las leyes civiles siempre ha estado bastante lejos de precipitarse por la adaptación a los principios constitucionales o de los tratados internacionales.

C) Evolución de las costumbres y del derecho civil

13. Lenta evolución social. En efecto, más que una influencia de los textos constitucionales o internacionales -que sin embargo son con frecuencia citados como uno entre varios fundamentos en la discusión parlamentaria- las modificaciones legales fueron impulsadas por la lenta, aunque inexorable, transformación de las costumbres. Sólo tardíamente el derecho civil reaccionó.

La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia del modelo de familia que reconocía el Código Civil (17). La concentración de la población en las ciudades y la especialización de la

(16) Al respecto, Sobre la consagración del principio de igualdad en el derecho constitucional chileno, puede consultarse VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional, op.cit.*, p. 234 y s.

(17) V. una evolución de la regulación en materia de familia en el derecho chileno, esp.: SOMARRIVA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario de su promulgación),* Santiago, Editorial Nascimento, 1955, p. 39; LIRA, Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho,* Santiago, Imprenta Nascimento, 1944, p. 27; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, "Un siglo de evolución legislativa en lo familiar", Revista de Derecho y Jurisprudencia (Chile), T. XLIX, p. 99; RIOSECO, Emilio, "El

economía condujeron a que la familia dejase de ser, para un importante número de individuos, un soporte orgánico y económico (18). La mujer se ha ido incorporando al trabajo remunerado y los avances médicos le permitieron controlar la maternidad (19). Estos fenómenos, así como el control de la mortalidad infantil y el aumento de la esperanza de vida, condujeron también a la disminución del número de hijos por matrimonio y al surgimiento de familias *monoparentales* (11,6 % de las familias chilenas según el *Censo 2002*). Por otra parte, a los hijos se le conceden tempranas libertades, la edad de iniciación sexual disminuye y también la entrada en el mercado laboral. La elevada competitividad del mercado conduce, por lo demás, a postergar la decisión de casarse en beneficio del desarrollo de proyectos profesionales y también a la prescindencia del matrimonio como condición para formar una pareja o tener hijos. Esta relativización del matrimonio también se aprecia en la fragilidad de un elevado número de relaciones conyugales, en el recurso frecuente a la separación y nulidad (y ahora al divorcio), y en la tendencia a reconstruir nuevas relaciones aportando frecuentemente hijos de anteriores relaciones, formando las denominadas *familias recompuestas*. Finalmente, en una sociedad progresivamente democrática y tolerante, tales fenómenos sociológicos coexisten en grados diferentes y con una pluralidad de concepciones morales o religiosas acerca de las relaciones de familia.

14. La aún más lenta evolución del derecho civil. Todos estos cambios sociológicos se reflejaron lenta e incluso tardíamente en el derecho civil chileno, pues salvo la laicización del matrimonio (1884), las modificaciones importantes comenzaron a introducirse en el segundo cuarto del siglo XX.

Varias razones pueden explicar esta lentitud. Ante todo, la subsistencia, a pesar de estos cambios, de muchas de las reglas del Código Civil, es también una prueba de la reacción natural del derecho frente a las mutaciones sociales. La legislación actúa con mucho retraso frente a los cambios, en gran medida porque las reglas jurídicas de derecho

---

Código Civil y la evolución del derecho de familia", *Revista de la Universidad de Concepción* (Chile), 1956, núm. 98, p. 541 y *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. LIII, p. 11; TAPIA Mauricio, *Código Civil…, op.cit.,* p. 102 y s.

(18) Pero esta afirmación es demasiado general. Una ley reciente (núm. 19.749) contiene estímulos a la creación de "microempresas familiares".

(19) V. en este sentido, el interesante y completo estudio de MONGE, Luz, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme, tesis,* Université Paris II, 2000.

común contenidas en el Código, que son flexibles y abiertas, se adaptan con facilidad a éstos. ¿Cuántas transformaciones sociales acarreó la *Independencia*? y, sin embargo, el Código Civil chileno, cerca de cuarenta años después, recogió reglas derecho común que venían elaborándose desde Roma y conservó buena parte del derecho castellano en materia de familia. Como afirmaba Georges RIPERT, el derecho es pasado y para que los cambios presentes se reflejen en normas jurídicas, generalmente debe esperarse que pasen a formar parte de ese mismo pasado (20). Por esto François GÉNY sostuvo que para la humanidad el pasado, en particular la tradición jurídica, es una carga excesivamente pesada (21).

Además, otra explicación de este fenómeno, es que los juristas, los *operadores del derecho*, tienen una posición naturalmente reservada frente a los cambios, lo que provoca un retardo en la reacción del derecho: *"encargados de formular, explicar, aplicar las reglas de derecho, los juristas las consideran como indispensables para la vida social; por esto, no piensan sino en mantenerlas"* (22).

Por esto, frente a la apología entusiasta de las *"metamorfosis sociales"* (23) o de la *"révolte des faits contre le code"* (24), cabe también pensar en una insurrección de la ley contra los hechos, o simplemente de la *"resistencia de la ley a la evolución de las costumbres"* (25). Naturalmente, en esta resistencia a los cambios también influye el valor simbólico del Código Civil, que ha retrasado su modificación.

A esto se debe agregar que en cuestiones vinculadas a las relaciones de familia el debate público acerca de la función del derecho está impregnado de concepciones morales. Por esta razón, las modificaciones efectuadas son progresivas y responden casi siempre a soluciones de *compromiso* o *transacciones* entre las diversas posiciones.

En realidad, como ha sostenido Jean CARBONNIER, lejos de la vanguardia o la reacción, la posición ideal del legislador sería de una pru-

---

(20) En efecto, nadie mejor que Georges RIPERT ha descrito esta tensión entre los cambios sociales y la resistencia del derecho, que sólo tardíamente se pliega a las evoluciones: v. *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, 2.ª ed., p. 10.

(21) *Science et technique en droit privé positif* (1915), v. II, p. 376.

(22) RIPERT, Georges, *Les forces..., op.cit.,* p. 8.

(23) SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui (Première série. Panorama des mutations),* París, Dalloz, 1964, 3.ª ed.

(24) MORIN, Gaston, *La révolte des faits contre le code,* París, Bernard Grasset éditeur, 1920.

(25) RIPERT, Georges, *Les forces..., op.cit.,* p. 47.

dente y reflexiva observación de los cambios sociales: *"la ley debe acompañar el cambio de la sociedad, sin precipitarlo ni tratar de frenarlo"* (26).

15. *"A cada uno su familia, a cada uno su derecho"* (27)**.** La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron progresivamente esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales. La familia en el derecho moderno, como afirmó lúcidamente Jean CARBONNIER, pasa a tener un carácter funcional, es *"un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad"* (28). En efecto, el derecho civil en materia de familia dejó de trazar normativamente un modelo de vida y pasó simplemente a preocuparse de remediar los conflictos (patrimoniales y personales) que surgen cuando se frustran los proyectos familiares. La función *didáctica* fue reemplazada por una visión *terapéutica*, y refleja una concepción del Estado liberal más bien dirigida a asegurar una *neutralidad* frente a sus súbditos que a dirigir sus vidas íntimas. *"Todas las familias felices se parecen, pero las familias infelices son infelices cada una a su manera"*, comienza explicando TOLSTOÏ en *Ana Karenina*. En efecto, estas reformas muestran un repliegue del ordenamiento jurídico (como ocurre también en el derecho comparado (29)), un retroceso tardío fundado en los principio de *igualdad* y de *libertad* constitucionales que ya fueron descritos, y que deja un espacio mayor de *autodeterminación* -de *no derecho* como afirmaba Jean CARBONNIER- que puede ser

(26) *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* París, LGDJ, 2001, 10a ed., p. 50.

(27) CARBONIER, Jean, *Essais sur les lois,* París, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 2.ª ed., p. 181.

(28) *Ibídem*, p. 185. En *Estudios Públicos* existe una traducción del examen de Mary Ann GLENDON acerca de la evolución del derecho en ese mismo sentido (*Revista del Centro de Estudios Públicos*, Chile, 1999, núm. 76, p.137). En Chile, BARROS, Enrique, "La ley civil ante las rupturas matrimoniales", *Revista del Centro de Estudios Públicos* (Chile), 2002, núm. 82, p. 5.

(29) V. una visión del estado del *derecho de familia* en la Unión Europea: GRANET, Frédérique, "L'opportunité d'une réforme d'ensemble: convergences et divergences des droits européens de la famille", París, *Revue Droit de la famille,* hors-série, diciembre 2000, p. 6. Respecto del derecho francés: v. THERY, Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* París, ODILE, Jacob, *La documentation Française,* 1998; y, DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps,* París, Odile Jacob, La documentation Française, 1999.

completado por la pluralidad de nociones de familia que coexisten en las sociedades contemporáneas. Un espacio que no queda vacío de normas, pues es generalmente completado por reglas *no jurídicas* provenientes de la misma familia, de los usos sociales o de la religión.

Por esto, se trata de una visión rotundamente *igualitaria* e *libertaria* (y, en tal sentido, es coincidente con la ideología original del Código Civil), que considera a la familia como una entidad funcional a los diferentes proyectos de vida de los individuos: *"a cada uno su familia, a cada uno su derecho"* (30). Por esta razón, como concluía el mismo Jean CARBONNIER, se puede afirmar que *"si hubiera algo nuevo en las reformas del derecho de familia, no sería su concepción de la familia, sino su concepción del derecho"* (31). El *derecho de familia* para a ser así un ordenación neutra (si ello es posible, porque la neutralidad es sí misma una ideología) que debe aplicarse a diferentes modelos de familia (un *derecho de "familias"*). De ahí que la vieja estructura del *Libro Primero* dedicado a las *Personas* resulta en alguna medida coincidente con esta nueva ideología: la familia es una noción funcional a las personas. Esta marcada visión *individualista* parece impregnar el derecho privado contemporáneo, pues a pesar de que la Constitución haya insistido solemnemente en el reconocimiento y protección de la *familia* (art. 1.°), la preeminencia otorgada al individuo mediante los *derechos de la personalidad* resulta evidente. Por lo demás, si éstas declaraciones de principio de la Constitución han conducido a algunos a sostener la examinada *constitucionalización* de *derecho de familia*, cabe la pregunta de a qué familia se refiere. La Constitución, llamada a ser el ordenamiento fundamental de todas las relaciones jurídicas, ¿debería interpretarse que prefiere un modelo familiar por sobre otros?

Pero al mismo tiempo, esta nueva concepción del *derecho de familia*, que exalta la *igualdad* y la *autodeterminación*, pone cuidado en cautelar los intereses de los hijos, que aún no pueden autogobernarse y que generalmente sufren las consecuencias más graves de la frustración de los proyectos familiares. Es la finalidad, por ejemplo, de la creación de tribunales especiales de familia. En este último sentido, como se expondrá, las modificaciones del *derecho de familia* nacional resultan acentuadamente *protectoras* (32).

---

(30) CARBONNIER, Jean, *Essais..., op.cit.,* p. 181.

(31) *Ibidem,* p. 189.

(32) En este sentido, una aproximación general a estas reformas en: BARROS, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", in *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno,* Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999, p. 39.

Las reformas del Código Civil en materia de familia son las más importantes de que fue objeto su texto.

16. Matrimonio (la tardía ampliación de la *libertad*). En la redacción original del Código Civil, las cuestiones matrimoniales estaban entregadas a la Iglesia Católica. El único modelo de familia era el fundado en el matrimonio, el resto de las parejas eran *disidentes* o simplemente pecadoras. En Chile no tuvimos la *Revolución* (ni la guillotina), que "estimuló" la secularización materializada por el Código NAPOLEÓN. Sin embargo, luego de una tormentosa gestación, se dictó en 1884 la *Ley de Matrimonio Civil* que secularizó el matrimonio, creándose evidentemente un registro civil para las inscripciones. Pero las condiciones de validez y las formas de disolución reconocidas (como la nulidad), siguieron muy de cerca al derecho canónico. Limitando severamente la libertad proclamada solemnemente en las Constituciones, el divorcio vincular sólo se reconoció ciento veinte años más tarde (*Nueva Ley de Matrimonio Civil,* núm. 19.947, que tuvo también una agitada discusión (33)), aunque la práctica de la nulidad fraudulenta como método de divorcio (un divorcio de mutuo acuerdo sin protección ni para el cónyuge desfavorecido ni para los hijos) se había masificado desde 1925 (34). En realidad, desde esa época (1925) se introdujo en nuestro derecho el divorcio vincular porque, como afirma Enrique BARROS, la práctica masiva de la nulidad no se debió a que la ley contuviera un resquicio insalvable, sino a que en ese época los jueces ya no se sintieron autorizados para pasar por sobre la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo (35). Este cambio de mentalidad en nuestra jurisprudencia, según un comentario escrito por Arturo ALESSANDRI hace más de 70 años, se debe a que la conciencia nacional acepta como humana y conveniente la ruptura de un vínculo cuya subsistencia es perjudicial (para la sociedad, cónyuges e hijos)

(33) Esta ley se completa con un *Reglamento* (Decreto Supremo núm. 673, del Ministerio de Justicia, 30 de octubre de 2004), que regula esencialmente las formalidades de celebración e inscripción del matrimonio y el registro de mediadores.

(34) V. en este sentido, TAPIA Mauricio, "Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio civil", *Revista del Centro de Estudios Públicos* (Chile), 2002, núm. 86, p. 232.

(35) "La ley civil...", *op.cit.,* p. 12.

(36). Sin embargo, la nulidad fraudulenta significaba también un trámite engorroso y relativamente costoso, y según el *Censo 2002,* del total de parejas que se declararon separadas (más de medio millón de personas) sólo un 10 % se encontraban anuladas. Por lo demás, la nulidad quedaba también entregada al azar de la integración de la sala del tribunal colegiado que se pronunciará sobre ella, puesto que algunos ministros eran reticentes a concederlas. En este sentido, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* no introdujo en verdad el divorcio vincular en Chile, sino que lo democratizó (y en esto está presente, también, el principio de igualdad constitucional).

Esta *Nueva Ley de Matrimonio Civil* representa un *estatuto de compromiso*, una solución transaccional en un debate impregnado de convicciones morales acerca de la naturaleza del matrimonio y de la realidad incuestionable de las rupturas matrimoniales. Así, la ley reconoce el divorcio por culpa (que, sin embargo, no hace más que profundizar los conflictos y frustrar cualquier posibilidad de reconciliación), y el divorcio por cese irremediable de la convivencia (que exige el plazo de un año desde le cese de la convivencia en caso de acuerdo entre los cónyuges, o tres años en caso contrario) (37). Los plazos parecen prudentes frente a otras propuestas que se discutieron en el Parlamento (tres y cinco años, respectivamente), porque resulta infructuoso forzar una reconciliación que será replanteada en el juicio y porque los conflictos no deben eternizarse obstaculizando acuerdos favorables a los hijos y retardando innecesariamente la formalización de nuevas familias. Pero a la vez, como un gesto de tolerancia y de buena voluntad

---

(36) Comentario a sentencia, Corte Suprema, 28 de marzo de 1932, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. XXIX, sec. 1.ª, p. 351. Según una *Encuesta Cep* (Santiago de Chile, diciembre 2002), un 22,7 % de los encuestados está muy de acuerdo y un 53,8 % está de acuerdo con la afirmación de que el divorcio es la mejor solución cuando una pareja no puede resolver sus problemas conyugales (http://www.cepchile.cl/).

(37) Existe una abundante bibliografía sobre la reforma del matrimonio. V. esp. Barrientos, Javier y Novales, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno. Ley núm. 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad,* Santiago, LexisNexis, 2004; Corral. Hernán, *Ley de divorcio: Las razones de un no,* Santiago, Editorial Universidad de Los Andes, 2001; Court, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil núm. 19.947 de 2004 analizada y comentada,* Bogotá, Universidad Adolfo Ibáñez-Legis, 2004; Ramírez, Mario, "Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil", *in* Martinic, María Dora (coord.), *Nuevas tendencias..., op.cit.,* p. 53; Tapia, Mauricio, *"Nulidad y divorcio...", op.cit.,* p. 232; y, Veloso, Paulina, "Hernán Corral: Ley de divorcio: las razones de un no", *Revista del Centro de Estudios Públicos* (Chile), 2002, núm. 87, p. 279.

hacia la confesión mayoritaria, se otorgó efectos civiles al matrimonio religioso y se reconocieron nuevas causales de nulidad tomadas del derecho canónico (38). En efecto, según el *Censo 2002,* un 70 % de la población se declara católica (39), aunque el porcentaje de parejas casadas sigue bajando y en el año 2001 la mayoría de los chilenos afirmaba que el divorcio cae dentro de la *"moral personal"* (40).

La validez civil del matrimonio religioso no es una idea nueva (41), y la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* contempla algunos resguardos para cautelar el principio de igualdad y evitar abusos. Cualquiera entidad religiosa puede celebrarlo siempre que goce de personalidad jurídica de derecho público (según las normas de la ley núm. 19.638, denominada *ley de cultos*), pero para que produzca efectos civiles debe inscribirse en el Registro Civil dentro del plazo de ocho días (momento en que se constata nuevamente la concurrencia de las condiciones legales de validez, art. 26) (42). Como señalara Jean CARBONNIER, parece *"saludable, psicológicamente, dejar que cada pareja se forme la idea de poder otorgarse su propia constitución"* (43).

Asimismo, se reconocieron nuevas causales de nulidad tomadas del derecho canónico (como el error sobre cualidades personales o la incapacidad para comprender y comprometerse en deberes y derechos matrimoniales), que en realidad suelen operar como verdaderas causales de divorcio. Luego de años de convivencia, de planes compartidos, del nacimiento de hijos, de formación de un patrimonio, la ruptura matrimonial es la prueba de un proyecto de vida común que

---

(38) Afortunadamente, la propuesta de crear un matrimonio opcional indisoluble fue rechazada, porque era previsible que originaría presiones indebidas y que, fracasado el matrimonio, se recurriría de todas formas a nulidades simuladas.

(39) Indice que parece mantenerse estable en los últimos años. Según una *Encuesta Cep,* diciembre 2004, un 69,4 % de los encuestados se declara sentir más cercano de la religión católica (http://www.cepchile.cl/).

(40) Encuestas Fundación Chile 21 y Universidad Alberto Hurtado.

(41) Al momento de la discusión de la Ley de Matrimonio Civil en 1884, Julio ZEGERS lo propuso, argumentando que para una gran mayoría de los chilenos sólo el matrimonio religioso era considerado válido. V. en este sentido, ALESSANDRI, Arturo, "Precedencia del matrimonio civil al matrimonio religioso", Santiago, Imprenta Universitaria, 1916, p. 20.

(42) En un artículo escrito en 1916, Arturo ALESSANDRI, hostil al reconocimiento civil del matrimonio religioso, consideraba que la única forma de que esto fuera aceptable era precisamente dando igualdad de oportunidades a las entidades religiosas y conservando el carácter de "contrato civil" del matrimonio para el derecho privado. V. "Precedencia del matrimonio civil...", *op.cit.,* p. 20.

(43) *Essais..., op.cit.,* p. 275

funcionó por un tiempo y que por cualquiera razón terminó en un fracaso, y no de algo que jamás debió existir por vicios originarios. A pesar de esto, y de su difícil apreciación, las nuevas causales constituyen innegablemente una solución jurídica menos violenta para las parejas católicas. Así, obtenida la nulidad canónica, podrá hacerse valer la misma causal ante el juez civil.

Para prevenir decisiones irreflexivas y resolver todos los problemas personales y patrimoniales generados por la ruptura matrimonial esta ley contempla, además, normas de protección de los hijos (de su "*interés superior*", particularmente relevante en la definición de su cuidado personal (44)). También introduce la *compensación económica* en favor del cónyuge que se dedicó al hogar y a los hijos, que intenta disminuir la disparidad que la ruptura provoca en las condiciones de vida, y que toma en cuenta no sólo la pasada inactividad laboral de un cónyuge, sino que también su edad, estado de salud, calificación profesional, patrimonio, etc. (45). Finalmente, esta ley prevé un llamado a conciliación obligatorio y una mediación facultativa. En realidad, el divorcio y la nulidad deberían someterse estrictamente a estas mismas reglas protectoras, pues en ambos subyace una dolorosa ruptura con los mismos problemas prácticos: división del patrimonio común, protección del cónyuge menos favorecido y de los hijos. Sin embargo, la ley establece algunas asimetrías (¿violación del principio de igualdad?), como en materia de llamado a conciliación (previsto para el divorcio) y en la mediación que se declara no proceder en las causales de nulidad (art. 71) (46).

Por otra parte, esta ley regula la *separación de hecho* (arts. 21 y s.) e introduce la *separación judicial* (arts. 26 y s.), que pone término al régimen de bienes (sociedad conyugal y participación en los gananciales) y suspende algunos derechos y obligaciones personales (como el deber de cohabitación y fidelidad), permitiendo regular judicialmente las relaciones mutuas entre cónyuges y respecto de los hijos. En realidad, se trata también de una alternativa al divorcio, destinado a las parejas que no puedan por convicción acceder a él, como se prueba al

(44) V. sobre el denominado *"interés superior de los hijos",* párrafo 73.

(45) Acerca de esta compensación económica: Turner, Susan, *Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la Nueva LMC de Matrimonio Civil, Revista de la Universidad Austral de Chile*, 2004, vol. XVI, p. 95; Tapia, Mauricio, "Prestaciones pecuniarias entre cónyuges. Compensación económica. Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley núm. 19.947)", inédito.

(46) V. Tapia, Mauricio, "Nulidad y divorcio...", *op. cit.,* p. 232.

constatar que ambas figuras comparten prácticamente las mismas causales.

Todas estas normas fueron complementadas por las reglas orgánicas y procesales de la *Ley de Tribunales de Familia* (núm. 19.968), cuyo propósito es concentrar y resolver pronta y adecuadamente el conjunto de cuestiones judiciales vinculadas al *derecho de familia* que se siguen de la ruptura (cuidado personal de los hijos, visitas, alimentos, etc.).

17. ¿Y el concubinato? (la deuda pendiente de igualdad). La codificación no consideró a los concubinos, y se afirma que en esto influyó la opinión del propio NAPOLEÓN. En la discusión del Código Civil francés, NAPOLEÓN sostuvo que si los concubinos ignoran el derecho, al mantenerse deliberadamente al margen del matrimonio, el derecho, por su parte, debe también ignorarlos. Puede considerarse un atentado importante al *principio de igualdad*, pero en una sociedad fundada en una visión cristiana de la familia y sacramental del matrimonio, el concubinato era más bien excepcional. Sin embargo, en parte por efecto de las *leyes laicas* (muchas parejas católicas recalcitrantes contraían sólo el matrimonio religioso (47)), a principios del siglo XX el concubinato era una realidad social preocupante, y más de la tercera parte de los hijos nacían fuera del matrimonio (48). Actualmente, según el *Censo 2002,* un 8,9 % de la población declara ser conviviente (49) y el 55,56 % de los hijos nacidos en el año 2004 fueron extramatrimoniales (según el *Servicio de Registro Civil e Identificación*). Este fenómeno tiene, como se sabe, varias causas: la pluralidad de concepciones acerca de las relaciones de pareja; la postergación de los planes familiares en beneficio de proyectos profesionales; el temor al fracaso matrimonial, que conduce a muchas parejas a convivir antes del matrimonio (50), etc. Incluso la igualdad introducida entre los hijos matri-

(47) Situación que terminó con la ley núm. 4.808 de 1930, que dispuso que si no se celebra el matrimonio civil antes que el religioso, aquél debía contraerse en el plazo de ocho días bajo apercibimiento de sanciones penales. Estas reformas, se deben a Arturo ALESSANDRI.

(48) V. los *Anuarios estadísticos* de 1911 a 1914, citados por Arturo ALESSANDRI: "Precedencia del matrimonio civil...", *op. cit.,* p. 20.

(49) Según una *Encuesta Cep,* diciembre 2004, un 9,6% de los encuestados declara ser conviviente (http://www.cepchile.cl/).

(50) Según una *Encuesta Cep*, diciembre 2002, un 14,3 % está muy de acuerdo y un 52 % de acuerdo, con la idea de convivir antes de casarse (http://www.cepchile.cl/).

moniales y no matrimoniales por las reformas de la filiación, puede considerarse como un incentivo para no contraer matrimonio.

A pesar de esta realidad social, y a diferencia de varios derechos comparados que otorgan un estatuto al concubinato estable y continuo (51), el sistema jurídico chileno no contempla una regulación orgánica. Algunas indicaciones al Proyecto de *Nueva Ley de Matrimonio Civil* perseguían reconocer los *"hogares no matrimoniales"*, pero no eran más que un intento declarado de entregar esta *moneda de cambio* para impedir el reconocimiento del divorcio vincular. Puede sostenerse que una regulación es necesaria porque, así como ocurre con el matrimonio, en el concubinato se presentan problemas que interesan al derecho privado: la protección de los hijos, particularmente al momento de la ruptura; la protección de los terceros frente a esta "apariencia de matrimonio"; y, la protección del concubino, que se dedicó preferentemente al hogar y a los hijos comunes, al momento de la ruptura o de la muerte de su pareja. Un avance importante en la regulación del concubinato, en cuanto a las relaciones entre padres e hijos, fue dado por la reforma de la filiación (ley núm. 19.585). Los *hijos de los concubinos* (más bien, todos los hijos nacidos fuera del matrimonio) se sujetan a normas sobre cuidado personal y *patria potestad* similares a las establecidas para los hijos matrimoniales. Pero las relaciones personales y patrimoniales entre concubinos (y frente a terceros) permanecen en una nebulosa, y varios han sostenido la necesidad de dedicarse seriamente a regularlas en la medida en que exista naturalmente un consenso social en tal sentido (las encuestas de opinión, y las estadísticas mencionadas, son buenos indicadores) (52).

No obstante, tampoco es correcto concluir que el concubinato es ignorado completamente por el derecho positivo nacional. Diversas

---

(51) Por ejemplo, en Francia, el artículo 515-8 del Código Civil, introducido por la reforma de la ley de 15 de noviembre de 1999, dispone que *"el concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven como pareja"*. La definición no es novedosa, sino que confirmó una noción de concubinato ya consagrada por la Corte de Casación, que lo entiende como una *"relación estable y continua"* (v. por ejemplo, 3.ª Sala civil de la Corte de Casación, 17 de diciembre de 1997, Dalloz 1998, p. 111, nota J.-L. Aubert). El texto legal aclaró simplemente que el concubinato puede existir entre personas del mismo sexo.

(52) V. por ejemplo, Martinic, María Dora y Weistein, Graciela, "Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho", in Schmidt, Claudia y Martinic, María Dora (dir.), y Urrejola, Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op.cit.*, p. 13.

disposiciones aluden al concubinato y le otorgan algunos efectos civiles aislados (53). El propio Código Civil, según la reforma de la filiación (núm. 19.585), afirma que el "concubinato" de la madre con el supuesto padre sirve de base para una presunción judicial de paternidad (art. 210). La ley sobre abandono de hogar y pago de pensiones alimenticias (núm. 14.908), declara solidariamente responsable al pago de la pensión alimenticia al *concubino* del alimentante (art. 18) (54). La legislación social reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la concubina que ha tenido hijos con el trabajador muerto (arts. 43 y 45 ley núm. 16.744) (55). Asimismo, el legislador la ha declarado beneficiaria del seguro obligatorio de accidentes de la circulación (art. 31 ley núm. 18.490) (56). Por otra parte, la jurisprudencia nacional reconoció tempranamente la existencia del concubinato y le atribuyó algunos efectos civiles patrimoniales si ninguno de los concubinos tiene un vínculo matrimonial no disuelto (en particular, la formación en determinados casos de una comunidad de bienes o de una sociedad de hecho entre los concubinos (57)). Asimismo, la jurisprudencia ha tendido a conceder la acción de indemnización de perjuicios al concubino por los daños provenientes de la muerte de su pareja (58).

---

(53) V. sobre los efectos civiles del concubinato en Chile el temprano estudio de Humberto Pinto, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Santiago, Editorial Nascimento, 1942, publicado en la colección de estudios dirigida por Luis Barriga.

(54) También en materia de conflictos familiares, más allá de estas regulaciones pertenecientes al ámbito del derecho privado, puede citarse como ejemplo la ley de violencia intrafamiliar (núm. 19.325), que comprende en el concepto de familia al "conviviente".

(55) Esta ley se refiere a la concubina eufemísticamente como *"la madre de sus hijos"* que *"hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte"*.

(56) De la misma forma que la ley anterior, este texto se refiere a la concubina como *"la madre de los hijos naturales de la víctima"*.

(57) V. entre las innumerables sentencias: Corte Suprema, 31 de julio de 1943 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Chile, T. XLI, sec. 1.ª, p. 88); Corte Suprema, 3 de mayo de 1957 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia,* Chile, T. LIV, sec. 1.ª, p. 71); Corte Suprema, 14 de diciembre de 1970 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia,* Chile, T. LXVII, sec. 1ª, p. 583); Corte Suprema, 6 de abril de 1994 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Chile, T. XCI, sec. 1.ª, p. 30). V. sobre otros efectos civiles del concubinato en Chile: René Ramos, P., Derecho de familia, 2 T., Santiago, *Editorial Jurídica de Chile*, 2003, 4.ª ed.

(58) V. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1945 (*Gaceta de los Tribunales*, 1945, T. I, p. 232), respecto de una pareja sólo unida por un matrimonio religioso; y, Corte Suprema, de 5 de marzo de 2002 (ingreso 326-01).

De manera consistente con la realidad social, algunos proyectos de ley en curso pretenden regular algunos efectos patrimoniales (atribuyéndole el carácter de un cuasicontrato de comunidad) (59) u otorgar un estatuto orgánico (comprendiendo aspectos personales y patrimoniales) al concubinato heterosexual estable y continuo (60). Existen, por lo demás, algunos argumentos fundados en los tratados internacionales vigentes en apoyo de estos proyectos (61). Naturalmente, no se trata de crear otro matrimonio (¿acaso los concubinos no persiguen precisamente escapar de éste?), sino de regular algunos de sus efectos civiles para proteger a terceros, a los concubinos y a sus hijos cuando existen conflictos o se disuelve la convivencia por ruptura o muerte. En todo caso, si llegan a término estas modificaciones sería preferible introducir su regulación sistemática en el *Libro Primero* del Código Civil, porque se trata de una institución perteneciente al *derecho de familia* (o de las *familias*), aprovechando algunos de los numerosos vacíos en su texto que dejaron las sucesivas reformas en materia de filiación.

18. ¿Y la convivencia homosexual? (una deuda aún mayor de igualdad) Superadas, o en camino de superarse, las discriminaciones en razón de sexo (entre hombres y mujeres), el paso natural, como ha ocurrido en otros países, es superar las que se fundan en las opciones sexuales de los individuos. Existe un consenso progresivo de que tales opciones pertenecen a la esfera privada de las personas. La transformación de la concepción ideológica del *derecho de familia,* aludida más arriba, involucra una mayor tolerancia hacia las parejas homosexuales, particularmente hacia la convivencia homosexual estable y continua. Pero como todos los cambios sociales, esta mayor tolerancia se ha ido imponiendo lentamente. Así, en una muestra de opinión realizada en Santiago en el año 2000, un 57,3 % de los encuestados declaraba que los médicos deberían "*investigar más las causas de la homosexualidad para evitar que sigan naciendo gays*" y un 31,6 % consideraba que la homosexualidad debiera ser prohibida por ir en contra de la "*natura-*

(59) *Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato*, de 15 de octubre de 2003 (Boletín núm. 3377-07). En línea: http://sil.senado.cl/pags/index.html.

(60) *Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho,* de 7 de abril de 2004 (Boletín núm. 3494-07). En línea: http://sil.senado.cl/pags/index.html.

(61) V. en este sentido, Martinic, María Dora y Weistein, Graciela, "Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho", *op.cit.,* p. 13.

leza humana" (62). Pero una encuesta idéntica, realizada en 1997, había arrojado porcentajes mayores respecto de esas mismas afirmaciones, de un 70,6 % y un 45,2 %, respectivamente. Según un estudio de 2002, el 35% de los chilenos estaría de acuerdo con el "*matrimonio homosexual*", y esa cifra se elevaría al 50,9% en el rango de edad de entre 18 a 29 años, cuestión que demuestra, como afirmaba Jean CARBONNIER, que cada época tiene su tolerancia (63). Por otra parte, en el ámbito criminal, se despenalizaron en 1999 las relaciones sexuales consentidas entre hombres mayores de edad (antiguo artículo 365 del Código Penal, según la reforma de la ley núm. 19.617). Sin embargo, subsisten graves discriminaciones en perjuicio de la homosexualidad, como quedó en evidencia recientemente con el fallo que privó a una madre del cuidado personal de sus hijas por mantener una convivencia homosexual estable y continua (64). Paradójicamente, la ausencia de una regulación orgánica de la procreación asistida en Chile puede beneficiar a parejas homosexuales (al menos las lésbicas), aunque es necesario reconocer que existen ciertas prácticas "conservadoras" de los establecimientos que las efectúan (que las aceptan generalmente sólo para parejas casadas y "maduras"). Como ha ocurrido en el mundo, y como lo hicieron antes los movimientos feministas, las parejas homosexuales han comenzado a asociarse para defender sus intereses y exigir reformas legales (por ejemplo, el *Movimiento de Integración y Liberación Homosexual*).

Ahora bien, los problemas civiles que presentan las uniones homosexuales son similares pero no idénticos a los que plantea el concubinato heterosexual. Estos últimos parecen precisamente querer escapar de la institución del matrimonio, a la que tienen legalmente acceso (salvo existencia de un vínculo anterior no disuelto, lo que ocurría frecuentemente hasta el reconocimiento del divorcio vincular), aunque sí buscan beneficiarse de algunos de sus efectos civiles (sobre todo patri-

---

(62) Encuesta efectuada entre septiembre y diciembre de 2000 por la *Fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social* (Ideas), entre la población adulta de la Región Metropolitana.

(63) Estudio de la *Fundación Iniciativas para la Democracia, la Educación y la Acción Social* (Ideas) y la Universidad de Chile.

(64) Fallo de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004. Según señala Juan Ignacio CORREA en un comentario a esta sentencia, las organizaciones *Libertades Públicas, Fundación Ideas y Clínica de Acciones de Interés Público de la UDP*, junto a la afectada, denunciaron al Estado de Chile ante la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* por considerar que esta sentencia viola, entre otros textos, la *Convención sobre los Derechos del Niño*. V. CORREA A. Juan Ignacio, "Caso jueza Atala: ¿y el interés de los niños?", *Revista Capital* (Chile), 2005, núm. 150, p. 128.

moniales) y de derechos sociales o previsionales. Las parejas homosexuales buscan precisamente lo contrario, esto es, el reconocimiento de una forma de unión o matrimonio en su favor, al que la ley les prohíbe todo acceso (art. 102 Código Civil), para aprovecharse de sus ventajas personales y patrimoniales (incluso, eventualmente acceder a la procreación asistida o a la adopción), pero también para conseguir una mayor legitimación social. Y en este sentido existen dos modelos en el mundo: o bien de les otorga acceso al contrato de matrimonio con todos sus derechos (como ha ocurrido en Bélgica, Holanda y España (65)), o bien, se crea un *contrato de unión civil*, regulando sus efectos personales y patrimoniales. Este último es el camino seguido, por ejemplo, en Francia con la ley sobre el *Pacto civil de solidaridad* (1999), que introdujo este contrato en el *Libro Primero* del Código Civil (art. 515-1 y s.). Esta ley francesa muestra el carácter necesariamente híbrido de estas uniones civiles, porque a pesar de que se define como un *contrato,* se prohíbe celebrarlo entre parientes o con personas casadas (art. 515-2). Inspirado en esta experiencia comparada, e invocando también algunos tratados internacionales vigentes, un proyecto de ley chileno en curso busca crear un "*contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*", definiéndolo como un tipo de familia aunque negándole la calidad de matrimonio, con el objeto de otorgarle algunos efectos civiles (sobre todo patrimoniales) y de regular su terminación (66).

El éxito de éste u otros proyectos análogos –como el que prepararon el profesor Carlos Pizarro y el autor de este artículo–, dependerá naturalmente de la evolución que pueda tener la sociedad nacional en los próximos años.

19. Régimen de bienes (ampliación de la libertad). Las modificaciones del *derecho de familia* también afectaron profundamente los *regimenes de bienes del matrimonio*, previstos esencialmente en el *Libro*

(65) Y al menos, formalmente, en el año 2002, en Buenos Aires. En efecto, la Legislatura de Buenos Aires aprobó, el 13 de diciembre del 2002, una ley de unión civil *"conformada libremente por dos personas, con independencia de su sexo u orientación sexual"*. Tales uniones, según esta ley, *"tendrá en sus derechos y obligaciones un tratamiento similar al de los cónyuges"*.

(66) Proyecto ley sobre *Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo,* 10 de julio de 2003 (Boletín n°3283-18). En línea: http://sil.senado.cl/pags/index.html.

Cuarto (títulos XXII y XXII-A) y en el *Libro Primero* (título VI) del Código Civil, cuyas múltiples sutilezas son imposibles de inventariar aquí (67).

Consistente con su ideología original en materia de familia, el Código Civil establecía la sociedad conyugal como régimen obligatorio del matrimonio (un severo atentado a la *libertad*). Una primera ley permitió el *pacto de la separación total de bienes* (núm. 5.521, y antes Decreto-Ley núm. 328) como capitulación matrimonial y otras facultaron a convenirlo durante el matrimonio (núm. 7.612 y 10.271) (68). Por otra parte, se introdujo el *patrimonio reservado de la mujer casada* (núm. 5.521) y se modificó el régimen de administración de la sociedad conyugal, que sigue siendo el régimen supletorio (arts. 135 y 1718 Código Civil), respecto de los actos que necesitan autorización de la mujer (núm. 18.802 (69) y 19.585 (70)). Sin embargo, el marido sigue siendo el representante y administrador de la sociedad conyugal, y muchos se preguntan si no es tiempo de suprimir esta discriminación en perjuicio de la mujer estableciendo una administración común, que se ajuste más al principio constitucional y a los tratados internacionales.

Por otra parte, se introdujo un nuevo régimen de *participación en los gananciales,* un tercer régimen matrimonial que puede convenirse al momento o durante el matrimonio, que intenta combinar independencia en la administración de los bienes con equidad en la distribución final de las utilidades, y que se presenta como un modelo útil cuando ambos cónyuges desarrollan actividades remuneradas (núm. 19.335, arts. 1792-1 a 1792-27 Código Civil) (71).

---

(67) V. sobre esta materia en general, puede consultarse: Ramos, René, *Derecho de familia, op. cit*.

(68) V. sobre estas reformas: Somarriva, Manuel, *Evolución..., op.cit.,* p. 283; Lira, Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho, op.cit.,* p. 55; y, Alessandri, Arturo, "El Código Civil chileno y sus reformas", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. XLV, p. 37. *op. cit.,* p. 49.

(69) V. sobre esta reforma: Ramos, René, "Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", *Revista de la Universidad de Concepción* (Chile), 1988, núm. 184, p. 21.

(70) Esta última, respecto de la aceptación o repudiación de una herencia (art. 1225 inc. final).

(71) V. Barros, Enrique, "Por un nuevo régimen de bienes del matrimonio", *Revista del Centro de Estudios Públicos* (Chile), 1991, núm. 43, p. 139; y, Schmidt Hott, Claudia y López R. Gissella, "Régimen de participación en los gananciales", in Schmidt, Claudia y Martinic, María Dora (dir.), y Urrejola, Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op.cit.,* p. 35.

Finalmente, se destaca que, además del divorcio vincular que disuelve el matrimonio y en consecuencia el régimen de bienes, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* (núm. 19.947) introdujo la *separación judicial* que también pone término a la sociedad conyugal y al régimen de participación en los gananciales (art. 34).

20. Situación de la mujer (una igualdad a medias). Antes de analizar las modificaciones en materia de filiación, es necesario efectuar algunas observaciones acerca de la *situación de la mujer*, porque es en materia de *derecho de familia* donde se encontraban las mayores discriminaciones civiles en su contra. En la redacción original del Código Civil, la mujer fue drásticamente disminuida en derechos en relación al marido, que poseía preponderantes facultades patrimoniales y personales sobre ella y sobre los hijos. Asimismo, la mujer era incapaz de ejercer toda tutela o curaduría (salvo algunas excepciones); el adulterio tenía a su respecto consecuencias más graves; necesitaba la autorización del marido para aceptar una legitimación o un reconocimiento de filiación natural en su favor; y, era inhábil para servir de testigo en un testamento solemne. Esta situación se prolongó por bastante tiempo (al menos hasta el segundo cuarto del siglo XX). Es curioso leer en el libro dedicado al centenario del Código Civil (1955), de Manuel SOMARRIVA, la siguiente pregunta que encabeza uno de sus párrafos: "*¿Puede afirmarse que la mujer sea biológica e intelectualmente inferior al hombre?*". Afortunadamente, este autor respondía que esto era simplemente "*un mito*" (72). Pero el solo planteamiento de la pregunta es sugestivo de la condición social de la mujer en esa época.

En la actualidad, la desaparición progresiva de esos prejuicios y la evolución social sobre el rol de la mujer es evidente, como lo demuestra su incorporación masiva al trabajo remunerado (el 46,7 % de las mujeres entre 25 y 54 años trabaja según el *Censo 2002*), el avance en los niveles de escolaridad y los otros progresos sociales descritos al inicio de este subtítulo. En materia de familia, cabe destacar el papel importante que ejecuta en la actualidad como "*jefa de hogar*", pues según el *Censo 2002* el 85,1 % de las familias *monoparentales* y el 11,5 % de las familias *biparentales* están a cargo de la mujer (el 31,5 % de los hogares en Chile estarían liderado por una mujer) (73).

---

(72) *Evolución..., op.cit.,* p. 258.

(73) V. sobre estos cambios sociológicos: LEHMANN, Carla, "Mujer, trabajo y Familia: realidad, percepciones y desafíos. Análisis sobre la base de la encuesta CEP de diciembre 2002", *CEP Chile, Puntos de referencia,* 2003, núm. 269; y, PÉREZ,

El derecho civil evolucionó considerablemente durante el siglo XX en materia de *igualdad* de la mujer, de una forma muy similar a las propuestas efectuadas en 1915 por Luis CLARO (74). En efecto, la desaparición de estas discriminaciones y la plena *igualdad civil* de la mujer fue restablecida progresivamente (leyes núm. 5.521, 7.612, 10.271 y 18.802), como se aludió a propósito de los regimenes de bienes del matrimonio, hasta la desaparición de su último grave vestigio, la incapacidad relativa en régimen de sociedad conyugal (75). En tal sentido, resulta gráfico que la antigua descripción del Código Civil acerca de los roles del marido (protección) y de la mujer (obediencia) fuera sustituida por una concepción de colaboración recíproca y fidelidad (art. 131 y s. Código Civil).

Respecto de los *hijos*, en caso de separación, la mujer fue obteniendo progresivamente un derecho cada vez más amplio de custodia, hasta que la ley núm. 18.802 le concedió en tales casos el cuidado personal de todos los hijos menores no importando su sexo. La ley núm. 19.585 confirmó esta regla, aunque reconociendo valor al acuerdo de los padres y facultando al juez para modificarlo en interés de los hijos (art. 225 Código Civil).

Por otra parte, recientemente se reconoció en favor del cónyuge no propietario, la institución protectora de los bienes familiares, se modificó en favor de la mujer la administración de la sociedad conyugal, se reconoció en caso de divorcio o nulidad del matrimonio la compensación económica (que beneficia al cónyuge que se dedicó al hogar común y a los hijos) y se mejoró su situación hereditaria como cónyuge sobreviviente.

Sin embargo, subsisten graves atentados al *principio de igualdad* en estas materias. Por una parte, el hombre sigue siendo en el Código Civil (art. 1749) el jefe y administrador de la sociedad conyugal, cuestión que presenta graves problemas cuando la ruptura de hecho no se formaliza en una disolución del vínculo (y del régimen de bienes); y, por

---

Cecilia (Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer), "Una mirada a la familia y a la mujer" (en línea, consultado 4/04/2005, http://www.gobiernodechile.cl/discursos/discurso_ministrosd.asp?idarticulo=463).

(74) "Condición civil de la mujer. Necesidad de la reforma del Código Civil", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. XII, p. 217.

(75) V. sobre esta evolución legislativa: CLARO, Luis, "Proyecto de reforma del Código Civil", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Chile), T. XII, p. 1, e ibidem; y, DOMÍNGUEZ, A. Ramón, "Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales", *Revista de la Universidad de Concepción* (Chile), 1988, núm. 184, p. 7.

otra parte, en ausencia de acuerdo, la *patria potestad* de los hijos (derechos patrimoniales sobre sus bienes) corresponde al padre (art. 244 Código Civil) (76). Pero las discriminaciones actuales más graves en perjuicio de las mujeres no provienen del derecho civil, sino que se producen en el ámbito laboral o asistencial, en las desigualdades de acceso al trabajo y de remuneraciones, en las generadas en materia de prestaciones garantizadas por la salud privada, o incluso en el trato que la publicidad comercial les otorga (77).

Finalmente, se destaca que la Constitución fue reformada simbólicamente en 1999, por la ley núm. 19.611, cuyo título resulta pretencioso en relación a su contenido: "*Establece la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer*". La reforma se limitó a sustituir en el artículo 1.° la expresión "los hombres" por "las personas" y en el artículo 19 núm. 2 a agregar la declaración "hombres y mujeres son iguales ante la ley".

II. Filiación. Constitución Política y evolución legislativa

21. Generalidades. El matrimonio y la filiación son las dos instituciones principales del *derecho de familia*. Aquél interesa preferentemente a los cónyuges, el segundo, a los hijos (o a los "*niños*", término que acentúa su fragilidad y la necesidad de protección).

Es imposible estudiar el derecho de la filiación, afirmaba el tantas veces citado Jean CARBONNIER, sin participar en las emociones colectivas que suscita (78). Profundamente mediatizado por la prensa, los conflictos de familia tienden a ser analizados desde la perspectiva de sus patologías escandalosas, de las aberraciones a que expone la vulnerabilidad de los niños. Indudablemente, las reglas de filiación persiguen resolver varios problemas que se originan en las relaciones entre

(76) Lamentablemente, ésta y otras discriminaciones continúan sufriendo las mujeras: v. MATUS, Verónica y *al.*, *Los derechos de la mujer en Chile: un reporte sombra,* Nueva York, Centro legal para derechos reproductivos y políticas públicas, 1999; JARAMILLO, Betzie, "Mujeres y discriminación. Nena, qué será de ti", *Diario La Nación* (Chile), 10 de abril de 2005. V. También el completo estudio de: NOVALES, Aránzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: las premisas invisibles,* Santiago, Liberalia Ediciones, 2004.

(77) V. en este sentido las interesantes conclusiones del estudio del SERNAC, "Publicidad comercial emitida en Chile. Análisis des de la perspectiva de género y consumo", diciembre 2004 (en línea, consultado 15/4/2005, http://www.sernac.cl/Contenido/Atach/1198/Publicidad%20y%20Género.Etapa%20II.%202005.pdf).

(78) Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, T. II, París, PUF, Thémis droit privé, 2002, 21.ª ed., p. 198.

padres de hijos, aunque los más graves son objeto de la represión penal. Pero, ante todo y de forma preventiva, como explica ese mismo autor, las reglas de la filiación tratan de designar, de identificar, a aquellos más aptos "*para asegurar la socialización del niño, para impulsarlo hacia adelante, por la autoridad parental y la herencia*" (79). ¿Cómo designarlos? La pregunta es importantísima porque una vez designada esta persona mediante las normas de la filiación se producen una serie de efectos jurídicos: además del estado civil, se fijan los otros atributos de la personalidad funcionales del niño (nacionalidad, nombre y domicilio); siendo el menor incapaz, queda sujeto al cuidado personal de la persona designada, quien administra sus bienes, lo representa y responde por los daños que cause a terceros; surgen todos los otros derechos y obligaciones recíprocas personales y patrimoniales entre padres e hijos (educación, obediencia, alimentos, etc.); y, se fijan los derechos hereditarios recíprocos.

La primera reacción es, por supuesto, establecer la filiación entre el niño y quienes lo procrearon, sus padres biológicos. Pero esta realidad "natural" no es sinónimo necesariamente de aptitud para encargarse de los hijos (ni de amor), y así el derecho nacional les niega toda prerrogativa a los padres que se hayan opuesto al establecimiento de una filiación que terminó siendo acreditada por pruebas biológicas. En realidad, el *derecho de familia* contemporáneo sigue confiando fuertemente en la *voluntad* -esa vieja ideología del Código Civil, dependiente de la *libertad*- para establecer la filiación, para designar a los titulares de derechos y obligaciones sobre los hijos, declarando aptos: a los padres que se casaron y tuvieron hijos; al padre que decide reconocer espontáneamente a un hijo; a los padres que deciden adoptar un niño; a los padres que decidieron someterse a procedimientos de procreación asistida; al padre que vive en concubinato con la madre del hijo; o, a quienes se comportan en la práctica como padres del niño, pues la posesión notoria del estado civil no es más que "*la aptitud para criar al niño demostrada por los mismos hechos*" (80).

Pero al mismo tiempo que designar a los más aptos para encargarse de los hijos, y fijar sus derechos y obligaciones, el *derecho de familia* moderno se preocupa especialmente, siguiendo su inspiración terapéutica, de los conflictos civiles conexos, entre los que se cuentan: los medios de reclamación de una filiación resistida (acciones de filiación);

(79) *Ibidem.*
(80) *Ibidem.*

las objeciones al establecimiento de una filiación (impugnaciones); las dificultades que se presentan en el cuidado personal o en la administración de los bienes y representación; y, los problemas que surgen entre los padres, al momento de la ruptura de su relación, sobre el cuidado personal y la patria potestad de los hijos.

Ahora bien, si examinamos la regulación originaria de la filiación del Código Civil **(A)**, podremos identificar, como en el caso del matrimonio, cuánto se oponía a las solemnes declaraciones constitucionales y de los tratados internacionales específicamente aplicable a los menores **(B)**. Veremos que la respuesta del derecho civil, para adaptarse a estos principios, ha llegado, pero con bastante retardo, de manera similar a lo ocurrido en materia de matrimonio **(C)**.

A) Regulación originaria del Código Civil

22. Un modelo discriminatorio (y odioso). Respecto del establecimiento de la filiación y los derechos entre padres e hijos, el Código Civil contemplaba graves discriminaciones arbitrarias entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos (y de dañado ayuntamiento, adulterinos e incestuosos), que podían explicarse por la concepción confesional que el Código tenía del matrimonio, pero que tenían un carácter abiertamente contrario al principio de igualdad constitucional y que con el tiempo devinieron en odiosas. Esta regulación original era también coincidente con el desconocimiento casi sistemático del concubinato en la codificación decimonónica.

B) Principios constitucionales y tratados internacionales

23. Principio de igualdad y sus aplicaciones en materia de filiación. Como se expuso en otra parte de este estudio, los textos constitucionales reconocían, mucho antes de la dictación del Código Civil y su estatuto filiativo discriminatorio, el principio de igualdad.

Asimismo, en esta materia, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, contienen también deberes a cargo de los Estados:

(i) *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (16 de diciembre de 1966), obliga a los Estados partes, en particular, a asegurar la igualdad de derechos y la no discriminación entre las personas, inclusive por razones de "nacimiento" (arts. 2 Núm. 1 y 26). Según este tratado internacional, la no discriminación comprende extender

igualitariamente las "medidas de protección" a los niños, sin efectuar distinciones por nacimiento (art. 24 N°1).

(ii) *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (19 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989, establece la necesidad de reconocer "medidas de protección" a favor de los niños, sin discriminación alguna (art. 10).

(iii) *Convención americana sobre derechos humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica* (22 de noviembre de 1969), establece la proscripción de discriminaciones por cualquier motivo, entre ellos el de nacimiento (art. 1° Núm. 1); la necesidad de que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera como a los nacidos dentro del matrimonio (art. 17 Núm. 5); y, la exigencia de que la ley reconozca "medidas de protección" a favor de los niños (art. 19).

(iv) *Convención sobre los derechos del niño* (20 de noviembre de 1989), incorporada a la legislación chilena en 1990, establece la obligación para los Estados de asegurar a cada niño, sin distinción alguna (incluidas distinciones por nacimiento) el respecto de sus derechos (art. 2.°); la consideración en todas las decisiones públicas (incluidas las legislativas) del denominado "interés superior del niño" (art. 3 Núm. 1); el derecho del niño a un nombre, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7 N°1); y, el deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8) (81).

C) Evolución de las costumbres y del derecho civil

24. La lenta evolución social. La lenta evolución social condujo a una mayor consideración de la suerte de los hijos y a concluir que el matrimonio no es la única forma de construir relaciones filiales, de fundar una familia. Más arriba se mencionó, a propósito de las familias *monoparentales* y del concubinato, que en la actualidad más de la mitad de los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio. No debe tampoco olvidarse, como concluye el lúcido ensayo de la antropóloga Sonia

(81) Para una exposición acabada de las obligaciones impuestas en estos tratados internacionales en relación con el estatuto de filiación, v. el completo trabajo de López, Gissella, *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001, p. 53 y s.

MONTECINO, que históricamente una parte importante de la población nacional se construyó gracias al mestizaje fuera del matrimonio entre mujeres mapuches y hombres españoles: una madre india que procreaba, criaba y educaba a los hijos en soledad, frente a un padre ausente y casi "*genérico*" (82). Esa ausencia, lejos de ser excepcional, fue más bien la condición normal en la que creció históricamente una gran parte de la población. Una cultura del "*huacho*", expresión evidentemente desdeñosa, pero simbólica de un fenómeno social masivo, de una discriminación que era amparada por el propio texto del Código Civil (texto que, por lo demás, ignoró completamente a los *indígenas*). Desde esta perspectiva, las modificaciones legales en materia de filiación, que se detallan a continuación, no hacen más que reconocer una realidad bastante antigua y bien cimentada en nuestras costumbres.

25. La aún más lenta evolución del derecho civil. En materia de filiación el Código Civil experimentó importantes modificaciones de su texto, pero tardíamente, a partir del segundo cuarto del siglo XX (83). En verdad, las discriminaciones entre los hijos fueron progresivamente eliminadas (leyes núm. 5.750 y 10.271) desde el segundo cuarto del siglo XX, en beneficio de una sola distinción reconocida en el año 1998: hijos matrimoniales y no matrimoniales (ley núm. 19.585) (84).

---

(82) MONTECINO, Sonia, *Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno,* Santiago, Editorial Sudamericana, 1991.

(83) La bibliografía es también abundante. En cuanto a las obras generales, v. esp.: ABELIEUK, M. René, *La filiación y sus efectos*, 2 T., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000; COURT, Eduardo, *Nueva ley de filiación,* Santiago, Editorial Conosur, 2000, 2.ª ed.; y, SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia,* Santiago, LexisNexis, 2004. Sobre la reforma de 1998, v. esp. los artículos publicados en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno* (*op. cit.*): BARROS, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", p. 39; BERSTEIN, Ricardo, "Las acciones de filiación en el Código Civil chileno", p. 199; BUSTAMANTE, Luis, "Las acciones de estado: principios comunes y acciones de reclamación de filiación no matrimonial en el Código Civil reformado", p. 225; GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", p. 185; SCHMIDT, Claudia, "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación", p. 155; y, VELOSO, Paulina, "Principios fundamentales que inspirar el nuevo estatuto de filiación", p. 19.

(84) Un excelente estudio comparativo acerca esta reforma de la filiación y su homóloga (y anterior) argentina en: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Lineamiento del régimen de la filiación biológica en Argentina y en la reciente reforma al Código Civil chileno", *in El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno, op.cit.,* p. 105.

Esta reforma de la filiación del año 1998 (ley núm. 19.585) es coincidente con la tendencia mundial, ya mencionada, de repliegue del derecho en el ámbito de la familia, cumpliendo con los mencionados tratados internacionales ratificados por Chile (diez años más tarde de su incorporación a la legislación chilena). Esta reforma intervino precisamente en los dos ámbitos principales de la filiación que se mencionaron: en su establecimiento y en la resolución de conflictos. Por una parte, terminó con las discriminaciones entre los hijos que reconocía originalmente el Código Civil (*principio de igualdad*), y, por otra parte, acentuó la protección de los hijos en los conflictos que puedan generarse entre sus padres (*interés superior del hijo*) (85).

26. La igualdad en la reforma de la filiación. La modificación de la filiación operada por la ley núm. 19.585 introdujo una amplia *igualdad* de derechos entre los hijos, provengan o no de una relación matrimonial, como lo exige el texto de la Constitución (arts. 1.° y 19 núm. 2) y los tratados internacionales (en especial, el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica). De esta forma, siguiendo los criterios mencionados en párrafos anteriores, se perfeccionaron los mecanismos para designar a los más aptos para encargarse de los hijos y se igualaron los derechos con indiferencia del tipo de filiación establecida.

Pero la ley, como se sostuvo en la reforma (*Mensaje*), no puede inventar un matrimonio donde no existe y por eso conservó, con otra nomenclatura, dos categorías: hijos matrimoniales y no matrimoniales. ¿Es realmente necesaria esta discriminación? Analizando las disposiciones y teniendo presente la tolerancia que asume el *derecho de familia* frente a los modelos de relaciones humanas, la única razón para mantener esta distinción es *probatoria* y se reduce fundamentalmente a la aplicación de la presunción *pater is est,* que sólo opera plenamente en la filiación matrimonial (86). En efecto, las diferencias entre estos dos órdenes de filiación se reducen a una cuestión de prueba de la condición de hijo (sobre todo, respecto del padre, porque la maternidad se prueba siempre por el parto, art. 183). Las diferencias son adjetivas y

(85) Una descripción de la regulación original del Código Civil chileno en materia de filiación, y de su posterior evolución, en: Tapia, Mauricio, *Código Civil...*, *op.cit.*, p. 123 y s.

(86) V. Barros, Enrique, "Notas históricas y comparadas...", *op.cit.,* p. 42.

no de fondo, porque los efectos de ambas filiaciones son prácticamente idénticos. Más aún, la reforma de la *filiación adoptiva* (el tercer tipo de filiación), le atribuyó a ésta los mismos efectos que la establecida por naturaleza. Así, estas tres filiaciones son diferentes en su forma de constitución o en su prueba, pero una vez establecidas producen fundamentalmente las mismas consecuencias, porque lo relevante para el *derecho de familia* contemporáneo es regular equitativamente las relaciones entre padres e hijos, siendo indiferente cómo esas relaciones se hayan establecido o acreditado. Cabe entonces la pregunta de si no sería en el futuro conveniente reconocer una sola filiación, una sola calidad de hijo –como parece exigirlo la evolución social– que pueda ser establecida por diversos medios, como el matrimonio, el concubinato, el reconocimiento espontáneo, el parto respecto de la madre, la procreación asistida respecto de ambos padres (y, si se acepta, la maternidad subrogada respecto de los padres que la contratan), la investigación de la maternidad o la paternidad, la posesión notoria del estado o la adopción. Después de todo, simbólicamente el calificar de "no matrimonial" a un hijo ¿no es acaso desdeñoso? El matrimonio sigue siendo la principal forma de constituir la familia y una fuente valiosa de estabilidad para los hijos (una garantía de su "*interés superior*"), pero no es la única, y las estadísticas muestran así que más de la mitad de los hijos nacen en Chile fuera del matrimonio.

En todo caso, la reforma de la filiación del año 1998 intenta otorgar *derechos iguales* a hijos, fundamentalmente de la manera siguiente:

(i) En primer lugar, esta reforma reconoce una especie de *derecho a la identidad***,** un derecho a conocer sus progenitores, a establecer la filiación. Junto con contribuir a conocer su *identidad*, las modificaciones legales insisten en la *voluntad* como criterio para asignar a los más aptos para hacerse cargo de los hijos.

Tratándose de filiación matrimonial, el niño ya estaba bastante protegido antes de la reforma por la prácticamente irrefragable presunción *pater is est* (art. 184 Código Civil), cuyas condiciones de aplicación se simplificaron (aunque otorgando una posibilidad más amplia de impugnación, art. 212 Código Civil).

Pero es en filiación no matrimonial donde se producían las mayores inequidades. La redacción original del Código Civil no permitía investigar la filiación. Con posterioridad, se aceptó en el año 1935 únicamente para que el hijo ilegitimo reclamara alimentos (ley núm. 5.750). En el año 1952 (ley núm. 10.271), se autorizó para obtener la calidad de hijo

natural, pero de manera limitadísima sobre la base de documentos que contuvieran una confesión manifiesta de paternidad (87).

Por su parte, la reforma de la ley núm. 19.585 otorgó un amplio margen al *reconocimiento voluntario* de la paternidad y maternidad -y regula adecuadamente también sus mecanismos de *repudiación*-, considerándola como una forma socialmente deseable de establecer la filiación y de asignar el cuidado de los hijos (arts. 186 y s. Código Civil). Frente a los padres reticentes, la reforma concede además *acciones de filiación* que consagran una *libre investigación* de la patenidad y la maternidad, reconociendo los medios de prueba biológicos (como la prueba de ADN) y valorando también la posesión notoria del estado civil, e incluso prefiriéndola cuando existe contradicción entre tales pruebas (arts. 195 y s. Código Civil). Además, el legislador estableció una *presunción grave* en contra de quien se niegue injustificadamente a someterse a un peritaje biológico (art. 199 inc. 2.° Código Civil) y una *presunción judicial* de paternidad contra el concubino de la madre (art. 210 Código Civil). Finalmente, como se adelantó, la reforma consagra una verdadera *pena civil* al declarar que cuando la filiación se establece judicialmente en oposición del padre o de la madre, éstos quedan privados de todos los derechos personales y patrimoniales sobre el hijo (art. 203 Código Civil).

Sin embargo, esta reforma no fue una garantía efectiva del *derecho a la identidad* de los hijos extramatrimoniales. Según estadísticas del *Servicio de Registro Civil e Identificación*, desde la entrada en vigencia de la ley núm. 19.585 y hasta marzo de 2002 se había logrado sólo la determinación judicial de la filiación de dos mil setenta y dos personas. El promedio anual de hijos reconocidos sólo por uno de sus padres no bajó ostensiblemente. La mediocre efectividad de la ley en este ámbito se debió principalmente a tres razones: a la existencia de una duplicidad de juicios (uno en el tribunal de menores para citar a confesar judicialmente la paternidad o maternidad y otro en el tribunal civil, en juicio ordinario de lato conocimiento, para reclamar la filiación); a la exigencia de acompañar a la reclamación "antecedentes suficientes" (cartas, etc.) que hagan "plausibles los hechos en que se funda", condición que fue interpretada estrictamente por los jueces privando en definitiva de la acción a los hijos fruto de una relación ocasional que no dejó huellas escritas; y, a que la prueba biológica (ADN) con fre-

(87) Las leyes núm. 17.999 y 19.089 perfeccionaron el reconociento voluntario, sin variar radicalmente estas reglas.

cuencia no se llevaba a cabo por negativa del demandado y los tribunales no consideraban la *presunción grave* de negativa injustificada como suficiente y precisa para establecer la filiación. La reciente ley núm. 20.030 intentó solucionar estos problemas. En primer lugar, se unificó la confesión judicial y la reclamación de filiación en un sólo procedimiento, que será conocido por los *Tribunales de Familia* y que contempla la realización inmediata de la prueba biológica si el demandado no comparece, o si niega o pone en duda la filiación (art. 199 bis Código Civil). En segundo lugar, se eliminó la exigencia de "antecedentes suficientes" para la interposición de la demanda de reclamación de filiación (derogándose el art. 196 Código Civil). Finalmente, la negativa injustificada a someterse a un examen biológico se considera en la actualidad una *presunción legal* de paternidad o maternidad (luego de efectuadas dos citaciones) y se establece expresamente que el juez puede dar a las pruebas biológicas valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad (actual art. 199) (88).

(ii) En segundo lugar, también se introdujo la igualdad en los derechos y obligaciones personales (*cuidado personal*) y patrimoniales (*patria postestad*), que ahora corresponden a los padres tanto respecto de los hijos matrimoniales como de los no matrimoniales. La *patria potestad* antes se limitaba a los hijos legítimos, cuestión que planteaba serias dificultades prácticas en la administración de los bienes y la representación de los hijos naturales. Luego de la reforma, persisten algunas asimetrías entre los padres, porque en caso de separación corresponde a la madre y no al padre el cuidado personal de todos los hijos y, estando juntos, es el padre y no la madre quien ejerce, a falta de acuerdo, la *patria potestad*. En lo demás, las relaciones entre padres e hijos, ciertamente inspiradas en el respeto de su *interés superior*, siguen estando fundadas en una relación de subordinación sintetizadas elocuentemente en una regla que recuerda uno de los *diez mandamientos*: *"los hijos deben obediencia y respeto a sus padres"* (art. 222 Código Civil).

Vinculado a estos derechos y obligaciones, los *alimentos* también fueron modificados de manera importante en el Código Civil, suprimiéndose la distinción entre alimentos *congruos* y *necesarios*, aumen-

(88) Desde el punto de vista formal, con una técnica discutible esta ley derogó íntegramente un artículo del Código Civil (art. 196) e introdujo un nuevo "artículo 199 bis".

tando el límite edad para solicitarlos y borrando algunas discriminaciones entre hombres y mujeres. Pero en esta materia las garantías más eficientes son las procesales, y así algunas leyes reforzaron, por ejemplo, la presunción de que el alimentante tiene los medios para otorgarlos (ley núm. 14.908, según reforma de la ley núm. 19.741). Sin embargo, sigue afirmándose que los alimentos son aquellos para vivir de acuerdo a la "*posición social*" del alimentario, fórmula más bien anacrónica y un tanto sesgada que está difícilmente en concordancia con la normas de la *Convención de los derechos del niño* (art. 2.°) (89).

(iii) En tercer lugar, una modificación simbólica en favor de la igualdad de derechos, pero que también acarrea importantes efectos prácticos, es que el hijo no matrimonial pasó formalmente a integrar la familia del padre o madre respecto del que se establece la filiación. Antes, se repetía cruelmente que el "*hijo natural no tiene abuelos*", pues las normas sucesorias negaban los lazos familiares que efectivamente podían existir en la realidad. En la actualidad, los hijos no matrimoniales pueden heredar de sus abuelos por derecho representación de sus padres (art. 986 Código Civil), pueden demandar a sus abuelos alimentos si sus padres carecen de los medios suficientes (art. 232 Código Civil), pueden ser cuidados personalmente por el abuelo en carácter de tutor o curador (art. 367), etc.

(iv) Finalmente, la igualdad también alcanzó al *derecho sucesorio*, desapareciendo las discriminaciones en perjuicio de los hijos naturales, que llevaban la mitad de lo que correspondía a los legítimos.

Originalmente los hijos legítimos excluían totalmente a los naturales. La situación de estos últimos fue mejorada en 1952 (ley núm. 10.271), atribuyéndoles la mitad de lo que correspondiera al hijo legítimo (90). Manuel Somarriva afirmaba (1955) sobre esta reforma que "*no se puede criticar al legislador no haber llegado a la equiparación absoluta de ambas clases de hijos. Podrá ser odiosa la diferencia para el hijo natural, pero ello obedece a fines de gran utilidad social: defender la institución del matrimonio base de la familia y por ende de la sociedad*" (91).

---

(89) V. Recabarren, Paula, "El régimen alimentario. Un análisis a la luz de los derechos fundamentales", in Schmidt, Claudia y Martinic, María Dora (dir.), y Urrejola, Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op.cit.*, p. 187.

(90) Además, esta ley núm. 10.271 confirió a los hijos naturales y a su descendencia legítima la calidad de asignatarios de la cuarta de mejoras.

(91) *Evolución..., op. cit.*, p. 371.

Pero ya se expuso la evolución que sufrió el *derecho de familia*, que tiende a dejar el diseño de cada modelo de familia a la decisión de los individuos. El derecho "de familia", pasó en gran medida a ser un derecho "para las personas", como un instrumento para la realización de sus proyectos.

Por otro lado, como argumento *económico* para defender estas discriminaciones, se sostenía que los hijos legítimos o matrimoniales participaban activamente en la creación del patrimonio familiar y que era lógico, en consecuencia, que aprovecharan de forma preferente sus beneficios. El argumento no podía evidentemente generalizarse, pero aún en los casos en que tal afirmación respondiera a la realidad de la construcción del patrimonio familiar, no debe desconocerse tampoco que son esos mismos hijos legítimos quienes durante la vida de sus padres aprovecharán de mejor forma tales recursos, debiendo contentarse con frecuencia el hijo natural con una exigua pensión de alimentos (92).

Aunque la cuestión sobrepase los fines de esta exposición, tampoco debe olvidarse que hay un fuerte argumento político para sostener la igualdad sucesoria entre los hijos. En Francia, Jean-Louis HALPÉRIN, a quien se deben profundos estudios sobre esta materia, afirmó en un conocido ensayo histórico que gran parte de las querellas "civiles" de la década que sucedió a la *Revolución* se debieron a los diversos intentos por regular las sucesiones y la condición de los hijos. El propósito político de los *revolucionarios* era evidente: afirmar por la fuerza de la ley una igualdad de los hijos en la sucesión, con el fin de atraer nuevos partidarios a su causa (los hijos perjudicados por las leyes del *Ancien Régime*), e impedir que los padres pudieran utilizar la libertad de testar para sancionar a los "*hijos patriotas*" (93). Pueden identificarse algunas similitudes con lo que sucedió en Chile a propósito de la cuestión de los mayorazgos y vinculaciones, y la forma en que los resolvió Andrés BELLO. En todo caso, esta reflexión permite concluir que en el presente podía ser conveniente que gobierno democrático apoyara su autoridad declarando solemnemente iguales a los hijos no matrimoniales, que representan cerca de la mitad de los hijos nacidos en la actualidad en Chile. Por lo demás, tales discriminaciones entre hijos también se oponían a normas constitucionales y a tratados vigentes, como ya se mencionó.

---

(92) En este sentido, los comentarios de René RAMOS, "Análisis crítico de la ley núm. 19.585", *Revista de la Universidad Austral de Chile,* 1999, vol. 10, p.125.

(93) V. HALPERIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil,* París, PUF, 1992, esp. p. 93.

En definitiva, la ley núm. 19.585 introdujo una igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales en la sucesión del o los padres respecto de los que se estableció legalmente la filiación no matrimonial (art. 988). Así, desaparecen al menos teóricamente los órdenes de la *sucesión irregular*. Pero subsisten ciertos órdenes de sucesión "irregular" o "anómalo" respecto del causante que tuvo la calidad de hijo ilegítimo o no matrimonial, pues a su respecto es imposible que concurran en los órdenes de sucesión los ascendientes o colaterales de los que técnicamente carece según su condición jurídica (94). Aunque, como se dijo, en el presente el hijo no matrimonial queda incorporado en la familia del padre respecto del que se estableció la filiación, y pasa al menos "a tener abuelos", a los que puede suceder por derecho de representación de sus padres (art. 986 Código Civil) (95).

27. Interés superior de los hijos. La reforma de la filiación también se funda en el denominado *interés superior del hijo* (esp. art. 242 inc. 2.° Código Civil), principio inspirado en tratados internacionales vigentes (*Convención sobre los derechos del niño*). La expresión es evidentemente valorativa y jerárquica: unos intereses (los del niño) priman sobre otros (los de los padres). El afán protector de los niños, de aquellos que no tienen la suficiente madurez para ejercer con libertad sus derechos, justifica aquí una excepción al principio de igualdad de derechos (y de intereses) proclamada por la Constitución. El Código Civil en esta materia no se desprendió de su rol didáctico y declara solemnemente que la preocupación fundamental de los padres debe ser este "*interés superior*", procurando otorgarles a los hijos su mayor "*realización espiritual y material*" y guiarlos en el "*ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*" (art. 222). Así, el Código Civil parece entender que el *interés superior del niño* consiste en criar hijos bien alimentados, bien educados y buenos ciudadanos (la cercanía con las ideas de la *Ilustración* es evidente). Estos programas de conductas son declaraciones de (buenas) intenciones que que-

(94) Como concluye, DOMÍNGUEZ, A. Ramón, "Las reformas al derecho sucesoral de la ley 19.585", *Revista de la Universidad de Concepción* (Chile), 1998, núm. 204, p. 80.

(95) Sobre la reforma de esta ley en materia de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales pueden consultarse los siguientes estudios: DOMÍNGUEZ, A. Ramón, *ibidem,* p. 73; RAMOS, René, "Análisis crítico...", *op. cit.,* p. 125; y, Rodríguez, Q.Ambrosio, "Cambios relativos a los órdenes de sucesión introducidos por la ley núm. 19.585", *in El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno, op.cit.*, p. 89.

dan fundamentalmente entregadas a la conciencia de cada persona, o de cada familia. Sin duda, varios de estos *intereses superiores* se pueden cautelar de manera efectiva mediante normas *sociales* o *asistenciales*: un acceso igualitario, oportuno y completo a la salud; una mayor justicia social en la educación impartida por los organismos públicos y privados (quizá la más evidente y urgente deuda social de garantía efectiva de los intereses del niño); derechos laborales o asistenciales en beneficio de su mantención y cuidado (96), etc. Más allá de estas medidas sociales, el derecho privado cuenta, por su parte, con medios muy limitados en esta materia, pues es incapaz de imponer modelos de paternidad y sólo puede cautelar el respeto de los intereses de los hijos cuando surgen problemas. En efecto, es en los conflictos entre sus padres donde este *interés superior* tiene un efecto práctico evidente: si el niño es maltratado, su interés superior exige entregar su custodia al otro padre (art. 225 Código Civil); si las visitas del padre que no es titular de su cuidado personal perjudican su bienestar, su *interés superior* puede justificar suspenderlas o restringirlas judicialmente (art. 229 Código Civil); si la relación de los padres se rompe (separación judicial, nulidad o divorcio) los acuerdos o decisiones judiciales que se adopten deben cautelar "especialmente" ese interés de los hijos (art. 85 ley núm. 19.947), etc. En definitiva, el derecho civil protege el *interés superior de los hijos* fundamentalmente frente a las amenazas provocadas por las crisis de sus propios padres, acentuando el carácter *terapéutico* del *derecho de familia* contemporáneo.

Por otra parte, la presunción de que la inmadurez del niño le impide gobernarse en la vida civil (y, por tanto, perseguir y defender sus intereses), no puede conducir a desconocer que el niño tiene una opinión, un juicio en formación y que en ocasiones, por lo demás, es bastante certero. Por esto, el Código Civil reconoce actualmente el *derecho del niño a ser oído*, en todos estos conflictos de familia (art. 227, según la modificación de la ley núm. 19.968 sobre *Tribunales de familia*) (97). Naturalmente, esta consideración de la palabra del niño debe tomarse con cautela, porque si bien la honestidad parece ser una virtud de la infancia, su inexperiencia los hace muy vulnerables a las mentiras de los adultos (sobre todo, de quien tiene a cargo su cuidado exclusivo).

---

(96) Como las establecidas por la ley núm. 19.905, que concede un permiso especial para los trabajadores en caso de enfermedad grave de los hijos.

(97) V. un análisis de este derecho en la ley chilena y en el derecho comparado en: LATHROP, Fabiola, "El derecho del niño a ser oído", in SCHMIDT, Claudia y MARTINIC, María Dora (dir.), y URREJOLA, Bárbara (coord.), *Instituciones de derecho de familia, op.cit.*, p. 144.

Por eso, quizá la más eficiente protección de los intereses del niño no provenga del Código Civil, sino de las leyes orgánicas y sustantivas que crearon los *Tribunales de familia* y que concentraron el examen de los conflictos de sus padres sobre la base de estos dos *principios rectores*: el *interés superior del niño* (o adolescente) y su derecho a ser oído (ley núm. 19.968, esp. art. 16). Después de todo, la principal y permanente amenaza a los intereses de los niños proviene precisamente de la inestabilidad de la relación de sus propios padres.

28. Filiación adoptiva. La adopción es el tercer mecanismo de filiación, y su regulación se funda en la voluntad de los padres y en la protección de los intereses del niño. Los propósitos de la institución de la filiación, descritos en párrafos anteriores, se cumplen perfectamente en el caso de la adopción, pues ¿existe una forma más perfecta de asegurar el bienestar del niño que entregar su cuidado a quienes tenazmente han buscado la paternidad? Una modificación legal reciente (contenida en la ley núm. 19.620, que deroga las leyes núm. 7.613 y 18.703), introdujo un modelo único y radical de adopción, que pone término a la filiación sanguínea y da origen a una nueva, de forma también consistente con las disposiciones de la *Convención sobre los derechos del niño* (98). Esta modificación se inspira en principios similares a la reforma de la filiación por naturaleza (interés superior del adoptado, derecho del niño a ser oído, etc.). Valorando la fuerza de los lazos filiales que se establecen por la adopción, esta ley concede al adoptado la calidad de hijo con todos los derechos y obligaciones previstos en el Código Civil para la filiación por naturaleza (art. 37) (99).

Estas normas son parte del estatuto general de la filiación, pues se refieren a una de las tres modalidades de filiación que reconoce el *derecho de familia*, y su lugar natural debiera ser el *Libro Primero* del Código Civil y no una ley anexa.

---

(98) V. sobre esta modificación: Corral, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002; y, Martinic, María Dora, "Algunas consideraciones en torno a la ley núm. 19.620 de 1999 sobre adopción de menores y la convención sobre derechos del niño, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1999", *in* Martinic, María Dora (coord.), *Nuevas tendencias*..., *op.cit.*, p. 83.

(99) El derecho busca imitar con la adopción la filiación por naturaleza. Así, una ley dispone que son considerados "indígenas" (para los efectos de la *ley de protección indígena*), los descendientes de éstos incluyendo los adoptivos (ley núm. 19.253, art. 2).

29. Conclusión. Las Constituciones Políticas aseguran a los ciudadanos derechos fundamentales que tienen, al menos teóricamente, incidencia en las relaciones privadas de familia. Describiendo la experiencia del derecho chileno, la exposición intentó demostrar que la supuesta constitucionalización del derecho civil en esta materia –a diferencia de lo que puede ocurrir en materia civil patrimonial– se produciría, al menos en teoría, mediante el publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales, contenidas en las Constituciones y en algunos tratados internacionales, tendrían en la reforma de las leyes civiles. Tomando como ejemplo las dos instituciones fundamentales del derecho de familia, el matrimonio y la filiación, se concluye que el papel de estas declaraciones constitucionales es más bien retórico, pues a pesar de su temprana existencia, las leyes civiles no han sido reformadas oportunamente por su efecto, sino tardíamente y por otras causas "sociales" que sólo fueron enunciadas en esta exposición.

ROL DEL NOTARIO EN LOS CONTRATOS MERCANTILES REGULADOS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO NICARAGÜENSE

BETSY BALTODANO SÁNCHEZ
Abogado y Notario Público de Nicaragua
Asociada, Molina & Asociados Central Law

SUMARIO: Introducción. **1.** El notario como garante de la seguridad jurídica preventiva. **1.1.** Conceptos y fundamento en el sistema jurídico nicaragüense. **1.2.** De la seguridad jurídica. **1.2.1.** Seguridad jurídica sustancial. **1.2.2.** Seguridad jurídica formal. **2.** Contratos mercantiles formales en el contexto nicaragüense. Inscripción registral obligatoria. **2.1.** Los sujetos intervinientes. **2.1.1.** La representación orgánica. **2.1.2.** La representación voluntaria. **2.2.** Contratos mercantiles notariados. **2.2.1.** El Contrato social. **2.2.1.1.** El objeto social. **2.2.1.2.** Órganos societarios. **2.2.1.2.1.** Órgano de gobierno. **2.2.1.2.2.** Órgano de administración. **2.2.2.** Constitución como comerciante. **2.2.3.** Establecimiento de sucursal de sociedad extranjera. **2.2.4.** Transmisión de buque mercante. **2.2.5.** Hipoteca naval. **2.2.6.** De la inscripción en el Registro Público Mercantil. **3.** Falsedad documental y causas de nulidad en el sistema legal nicaragüense. **3.1.** De la falsedad. **3.2.** De la nulidad. **3.3.** Modos de subsanar los errores del notario. **4.** De las faltas más frecuentes en el ejercicio del notariado. Responsabilidades y sanciones. **4.1.** Errores más frecuentes en el ámbito mercantil. **4.2.** De las responsabilidades del notario público. **4.2.1.** De la responsabilidad penal. **4.2.2.** De la responsabilidad civil. **4.2.3.** De la responsabilidad disciplinaria. **4.2.4.** De la responsabilidad fiscal. **5.** Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Las relaciones contractuales mercantiles en Nicaragua constituyen una realidad normativa y socioeconómica. En este entorno se visualizan contratos *ad solemnitatem* o formales que exigen, para su perfeccionamiento, el otorgamiento de escritura pública. Este suceso jurídico común y propio en cualquier contexto jurídico, adquiere particulares dimensiones en el nuestro, por el hecho de que pertenecemos a un sistema notarial *numerus apertus* –con los peligros y fragilidades que para la seguridad jurídica este tipo de sistema propicia– unido a una sedimentación de malas prácticas e importantes vacíos normativos. Estos factores han generado que en la práctica notarial el fedatario público nicaragüense se encuentre en encrucijadas legales que no puede desentrañar o que desentraña a su leal saber y entender, no siempre con debido acierto.

Dada la situación anterior, es necesario –al rato urgente– identificar, desde la academia, esas malas prácticas y en su caso las limitaciones u omisiones normativas que no abonan a un sano ejercicio del notariado y a la par formular propuestas de mejoras con fundamento dogmático; es este justo el nudo que pretende deshilar el presente trabajo.

1. El notario como garante dela seguridad jurídica preventiva

1.1. Concepto y fundamentos en el sistema jurídico nicaragüense

De gran importancia consideré iniciar mi trabajo de investigación destacando la seguridad jurídica que imprime el notario en los actos que autoriza, lo cual tiene una gran incidencia en el aspecto jurídico económico del país y por ende en su desarrollo, puesto que dota de mayor valor legal los documentos notariales, preparándolos para el tráfico jurídico con un documento legitimador con mayores garantías para las partes y para terceros. Esta seguridad jurídica es preventiva ya que protege los derechos de los ciudadanos desde el momento en que nace el documento y durante su desarrollo extrajudicial.

Este sistema de seguridad jurídica preventiva es propio de los países latinos, en los que se integra al notario como fedatario público, constituyendo un mecanismo al servicio de la seguridad jurídica preventiva de litigios. Nicaragua se inserta en este sistema.

En la XIV Jornada de Derecho Notarial (1), se definió la seguridad jurídica como "la certeza, por parte del sujeto, de las normas vigentes, el conocimiento de las mismas y las consecuencias que de ellas se deriven".Consideran que, "el notario juega un papel fundamental en la construcción de esa seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos al redactar documentos con el debido control de legalidad".Y definen la seguridad jurídica preventiva como "aquella que evita los procedimientos judiciales, se cierra y culmina con la actuación y autorización notarial, de tal forma que el control de legalidad se efectúa por el notario en el mismo momento de la celebración del negocio jurídico"(párr. I y VI).

En el sistema jurídico nicaragüense, el principio de legalidad está expresado en la Constitución Política, la que en su art. 183 establece que "ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República".

De ahí, que nadie puede actuar al margen de la Ley y corresponde al notario público realizar el control de legalidad cuando redacta en documento notarial la manifestación de voluntad de las partes en un negocio jurídico, ejerciendo de esta forma su rol asesor como profesional del derecho. Así lo acoge en Nicaragua la Ley del Notariadovigente, al imponer a los notarios públicos la obligación de redactar los instrumentos que ante ellos se otorgaren, previa verificación de los aspectos de capacidad, legitimación, así como asesorar a las partes en los aspectos legales del mismo. (2)

En un rápido recorrido por el Código de Comercio de la República de Nicaragua encontramos que prima la libertad de forma en los contratos mercantiles; sin embargo, se nominan algunos contratos en los que taxativamente la norma exige la forma notarial, entre los que podemos mencionar:la constitución de sociedades o compañías mercantiles, la apertura de sucursal de sociedad extranjera, la transmisión de propiedad del buque naval y la hipoteca naval.

La mayoría de figuras contractuales reguladas por el Código de Comercio no requieren de la forma notarial para su validez, provocando que en el negocio jurídico no se estructure bajo reglas claras, lo que genera incertidumbre entre las partes, referente al alcance del negocio, las responsabilidades, derechos y obligaciones de las partes. Situacio-

---

(1) Castro Girona, Juan Ignacio, "Notarios Latinos" Recuperado el 05 de marzo de 2012, de Notarios Latinos: http://www.notarioslatinos.com/nota.php?id=253.

(2) Arts. 10, 15, numerales 10, 23, numerales 2 y 28 LN.

nes e incertidumbres que no acontecen con los contratos mercantiles formales, tal como veremos más adelante.

Es importante destacar que el legislador en la redacción del Código de Comercio ha reconocido la escritura pública como medio deprueba de las obligaciones mercantiles (3), con lo cual nos deja ver claramente la importancia de pasar las obligaciones mercantiles por el filtro notarial, si se desea dotarlas de seguridad jurídica.

1.2. De la seguridad jurídica

El otorgamiento y autorización de la escritura pública notarial es la forma por la cual el negocio jurídico mercantil (formal) se legitima y perfecciona, requiriendo además de la voluntad de los sujetos de la relación mercantil, la intervención del notario como profesional del Derecho para que redacte el documento apegado a la ley, sin inclinación a ninguna de las partes, sino únicamente dirigido por la ley, quien al autorizarlo le imprima la fe pública, con la que ha sido envestido.

El acuerdo de voluntades, contenido en una escritura pública e impregnada de fe pública, constituye un documento dotado de seguridad jurídica sustancial y formal.

La seguridad jurídica sustancial del documento público notarial estriba en la certeza que produce para el acto que contiene, de tal manera que en regla de principios, se espera que la relación jurídica material, contentiva en el instrumento público, cumple con los requisitos de ley, luego de la asesoría y autorización notarial.La seguridad jurídica sustancial exige del notario alta solvencia intelectual respecto de las diferentes relaciones jurídicas materiales que su actuación moldeará formalmente.

La seguridad formal no es más quela confianza que le imprime el revestimiento formal de la relaciónmaterial en un instrumento público. En el sistema jurídico nicaragüense, conforme con la Ley del Notariado anexa al Código de Procedimiento Civil de primero de enero de 1906, en adelante LN, la redacción de las escrituras públicas deben seguir las formalidades que en la ley se establecen para ser válidas, siendo por consiguiente absolutamente nulos los instrumentos públicos que no reunieren las solemnidades que previene la Ley, salvo excepciones (4).

En las líneas que siguen veremos lo que implica la seguridad jurídica sustancial en la escritura pública y los aspectos que forman parte

(3) Art. 111 CC.
(4) Art. 67 LN, arts. 2365, 2368, 2371 y 2372 C.

de la seguridad jurídica formal, así como los efectos que produce en el otorgamiento del documento público, la intervención notarial.

1.2.1. Seguridad jurídica sustancial

Como quedó dicho en líneas anteriores, la seguridad sustancial tiene su fundamento en actos ajustados a Derecho que expresen la voluntad e intereses reales de los otorgantes. En este sentido, es importante resaltar que sin la intervención del notario como un profesional del Derecho, conocedor de las leyes, no sería posible lograr la seguridad sustancial en un negocio entre partes.

En Nicaragua, la Ley del Notariado delega en el notario la responsabilidad de redactar, autorizar y guardar los instrumentos que ante él se otorguen,así como el deber de asesoramiento a las partes, respecto al acto que están otorgando y las advertencias del caso. Los documentos notariales deben ser redactados con la profesionalidad de un graduado de Derecho, conformecon el art. 23 del Decreto Núm. 63-99 (5).

En cuanto a las relaciones mercantiles, el Código de Comercio establece la obligación de constituir en escritura pública, entre otros, las sociedades mercantiles,señalando los requisitos de rigor que debe tener la escritura pública so pena de nulidad si no se cumplen; sin embargo, en la redacción de este tipo de escrituras, la función asesora del notario es de gran trascendencia para orientar a los otorgantes respecto a las particularidades que sobre la sociedad a constituir deben tener en consideración las partes y no sólo dejar normado las generalidades.Sobre esto hay mucha deficiencia en el notariado nicaragüense, lo cual queda evidenciado al momento de la inscripción dela escritura constitutiva del contrato social, deficiencias que percibe el registrador público en el ejercicio de su función calificadora, conllevándolo a la inadmisibilidad de su asiento registral. En entrevista que sostuvimos con el personal de ventanilla del Registro Público Mercantilde Managua, que recepciona documentos, se dice que el 40 % de las escrituras que se presentan al año para su inscripción son retenidas por falta de requisitos de Ley, tanto de forma (del instrumento) como de fondo (de la relación jurídico material).

Uno de los aspectos de la seguridad sustancial es el control de legalidad que el notario realiza en la elaboración del documento notarial.

---

(5) Reglamento de la Ley Núm. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua", publicado en *La Gaceta, Diario Oficial,* Núm. 104, de 2 de junio de 1999.

El notario da fe de los actos jurídicos que ocurren en su presencia y lo hace conforme con las leyes, por lo que es deber del notario calificar la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial, cerciorándose de que éstos se ajusten a los requisitos establecidos para su autorización. Esto es el control de legalidad que hace el notario del acto que se contiene en la escritura pública.

La Ley del Notariado impone al notario nicaragüense el deber de aplicar el control de legalidad, no sólo sobre la capacidad de los otorgantes, sino también sobre el negocio mismo, debiendo el notario verificar aspectos de legitimación y autorizar únicamente actos lícitos (6). Cuando el notario ajusta la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico, estamos en presencia de un acto válido.

Sólo el documento notarial produce unos efectos específicos sobre el negocio que contiene. Es la llamada autenticidad de fondo, en cuya virtud no solamente se presume que el negocio existe, sino que es válido y eficaz. La autenticidad del documento se presume por su calificación de fedatario público, y así lo reconoce el sistema jurídico nicaragüense, el que establece que las escrituras públicas son un medio de prueba, de manera que los "documentos públicos"–categoría en la que se encuentran las escrituras públicas– "hacen prueba, aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste" (7).

1.2.2. Seguridad jurídica formal

Siendo la escritura pública el elemento que da forma al contrato, la seguridad jurídica formal descansa en el documento mismo. Interesa saber cuáles son los efectos que produce este documento y que deviene del reconocimiento que las leyes le dan.

En Nicaragua, los efectos ligados al otorgamiento de documento público –de gran trascendencia para la seguridad jurídica de los ciudadanos– se encuentran en su utilización como: título de legitimación, como medio de prueba y como título ejecutivo.

Veamos a continuación esos efectos que produce el documento notarial que le da seguridad jurídica formal al mismo.

El documento notarial como un título de legitimación.Esto significa que el documento público elaborado por el notario como fedatario

(6) Arts.15, 11; 23, 2,3 LN.
(7) Art. 2374 C, y art. 1125 Pr.

público y redactado con arreglo a la ley, es un título de legitimación que tiene una doble eficacia; una, en cuanto a que se presume cierto lo contenido en el mismo y la otra, que es legal en cuanto a su validez. Es un instrumento de derecho que sólo puede ser destruido por falsedad o nulidad, ambas declaradas judicialmente.

Según Núñez Lagos (8) "por esa situación jurídica en cuanto a la verdad y a la legalidad y porque debido a la intervención del notario el documento hace fe, incluso contra terceros, el instrumento notarial es título de tráfico y a consecuencia de ello nace la presunción de su integridad respecto de esos terceros".

El Código Civil de Nicaragua (9), recoge la eficacia legitimadora al exponer que, "el documento otorgado por las partes ante cartulario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para prueba de la cual ha sido otorgado, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él en los términos simplemente enunciativos, con tal que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal".

Otra característica de la eficacia legitimadora de las escrituras públicas es que son inscribibles en los registros públicos, toda vez que la escritura pública cumpla con los requisitos de forma, que los otorgantes tengan capacidad para el otorgamiento del acto contenido y la validez de los actos dispositivos contenidos en ellos.

En Nicaragua, para que puedan inscribirse, anotarse o cancelarse los documentos en el Registro Público Mercantil, deberán constar en escritura pública, ejecutoria firme, documento administrativo o cualquier otro instrumento público o documento auténtico, expresamente autorizado por la Ley para ese efecto, tal como lo establece el artículo 35 de la Ley Núm. 698 "Ley General de los Registros Públicos", publicada en La Gaceta Núm. 239 del 17 de diciembre de 2009, en adelante LGRP.

El documento notarial como medio de prueba.La escritura pública es un medio de prueba preconstituida, no sólo en el sentido de que se ha formado antes del proceso, sino también para que produzca los efectos de prueba; esto en los casos de actos que la ley no exige la forma escrita. También podemos referirnos a la eficacia constitutiva del documento público cuando se trata de negocios que para su validez deben constar en escritura pública, como es el caso de la constitución de sociedades y el testamento, entre otros.

---

(8) Núñez Lagos, Rafael "El valor jurídico del documento notarial", Madrid, 1945, p. 72

(9) Art. 2384 C.

Para Josefina CHINEA la eficacia probatoria de la escritura pública es mayormente extra procesal, puesto que dentro del proceso es un medio más de prueba a ser valorado por el judicial; sin embargo, extrajudicialmente es la única prueba utilizable para demostrar la existencia de un acto jurídico.La dimensión procesal y extraprocesal del documento notarial en función probatoria integra el fin último de toda escritura pública, un fin preventivo, consecuencia de una justicia cautelar que es anti litigiosa por excelencia.

El documento público, por su propia naturaleza, goza de una presunción de autenticidad que traslada la carga de la prueba a la parte que lo impugna, y si ésta no propone prueba al respecto el documento se considera auténtico y le será perjudicial.

El Código Civil de Nicaragua (10) acoge la eficacia probatoria de la escritura pública, al establecer: "Los documentos públicos hacen prueba, aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros" (11).

El Código de Comercio, por su parte establece que las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban mediante las escrituras públicas (12).

El valor legal del documento público abarca el hecho, acto o estado de cosas documentado, la fecha en que se realizó y la identidad del fedatario público y del resto de los intervinientes, debiendo extender también la regla legal al lugar en que se produjo esa documentación. Ello será así mientras no se demuestre su falsedad material.

El documento notarial como título ejecutivo. El que una escritura pública sea documento suficiente para fundamentar un derecho en la vía procesal, deviene de los efectos que la ley le otorga como un documento suficiente para exigir el cumplimiento forzado de una obligación que en él consta.

En Nicaragua, el Código de Procedimiento Civil, artículo 1685, determina que "los instrumentos que traen aparejada ejecución, pertenecen a cinco categorías: 1.º Los instrumentos públicos…"; y continúa en el art. 1686 que, a esta clase pertenecen…"las escritura públicas originales o de primera saca, otorgadas según las leyes, y las copias posteriormente sacadas del protocolo con las formalidades legales".

---

(10) Art. 2374.
(11) Arts. 1117 y 1127 Pr., arts. 2357 y 2364 C.
(12) Art. 111 CC.

Según el artículo citado, todas las escrituras públicas prestan mérito ejecutivo, sin embargo la fuerza ejecutiva –procesalmente– despliega sus efectos cuando el negocio jurídico contenido en la misma genera créditos líquidos, vencidos y exigibles o tratándose de contratos con prestaciones específicas conforme las obligaciones contraídas por sus otorgantes.

2. Contratos mercantiles formales en el contexto nicaragüense. Inscripción registral obligatoria

Habiendo abordado las generalidades que a este trabajo de investigación interesa, referidas al valor del documento elaborado y autorizado por notario público y el cómo y porqué está calificado como un elemento esencial para el tráfico jurídico, considero oportuno entrar en materia mercantil y exponer sobre los actos mercantiles en los que el sistema jurídico nicaragüense demanda como requisito formal que conste enescritura pública.

Empezaré delimitando el ámbito mercantil y su fundamento legal. Según el Código de Comercio vigente, para calificar un acto como mercantil se vale de dos criterios, el subjetivo, que atiende al sujeto que interviene en el acto, tal como lo establece el art.1, al regular que los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio; y el criterioobjetivo, que reputa como actos y contratos de comercio los que en él se determinan, aunque no sean comerciantes las personas que lo ejecuten.

Dicho lo anterior, las relaciones jurídicas de naturaleza mercantil, son las que se derivan de la realización de los actos mercantiles, o del ejercicio del comercio. Con lo dicho, dejo delimitado el ámbito espacial sobre el que analizaré la labor del notario público.

2.1. Los sujetos intervinientes

En un primer aspecto de las relaciones mercantiles realizadas ante notario, me referiré a los sujetos intervinientes, situación fundamental para el notario que debe calificar la capacidad y legitimación de los comparecientes, quienes pueden ser personas naturales en nombre propio, o bien como representantes de una persona jurídica.

Las personas naturales pueden hacerse representar por otra persona natural, ya sea por un mandato –representación voluntaria– o pordisposición de la ley –representación legal, me refiero a los inhábiles–

sin embargo, no abordaré la naturaleza jurídica ni los elementos esenciales de la representación de personas naturales, por ser objeto del Derecho Civil, el cual no interesa a los propósitos de este estudio con enfoque mercantil.

Cuando una persona jurídica es parte en un negocio que se consentirá ante notario público, ésta debe hacerse representar por una persona natural, quien deberá comparecer ante el notario, legalmente acreditada, haciendo uso de los medios que la Ley establece para hablar en nombre de su mandante y que el acto volitivo manifestado en el documento notarial obligue a su representado.

El notario debe calificar el documento acreditante en sus dos aspectos fundamentales: el aspecto externo o parte formal; es decir, que cumpla con los requisitos de forma establecidos en la legislación que lo ampara. El sistema jurídico nicaragüense determina que son absolutamente nulos los instrumentos públicos en los que no concurren las solemnidades que previene la Ley del Notariado (13); también corresponde al notario calificar el instrumento y el aspecto interno o sustantivo contenido en el documento acreditante, sobre el cual el notario debe verificar que el compareciente tenga las facultades para realizar el negocio pretendido, de manera que el negocio consentido surta sus efectos, es decir, sea eficaz.

Hasta aquí, es evidente que en nada se distingue la labor calificadora del notario sobre el documento acreditante por tratarse de persona jurídica, pues igual sería la misma calificación sobre el documento, si los otorgantes fuesen personas naturales.

La nota distintiva, la vamos a encontrar en la manera en que estas personas concurren al acto notarial, en cuyo caso aparece la idea de la representación y el juicio que sobre ella debe hacer el notario, así como las formalidades de cada una. Siendo así,es de obligada mención los temas de representación orgánica y representación voluntaria, en el marco del derecho societario.

2.1.1. La representación orgánica

Las personas jurídicas ejercitan su capacidad de obrar por medio de sus órganos de dirección legalmente designados, sin embargo, necesitan de personas físicas que actúen en su nombre. La representación orgánica es la que ostenta la persona física que está directamente vin-

(13) Art. 67 LN, arts. 2368, 2371 y 2372 C.

culada a un cargo en el órgano de gobierno o en el órgano de administración de la sociedad, que le permite esa representación. El mandato o designación de facultades puede recibirse en la escritura de constitución social o en sus estatutos.

Cuando ante notario público comparece un representante orgánico, el notario debe exigir la presentación de documentos en los que consten: a) la existencia de la persona jurídica, la cual conforme con el sistema legal nicaragüense nace con la inscripción en el registro público mercantil, sobre la cual deberá, además, verificar y transcribir –si fuere necesario– las facultades que le fueron asignadas al compareciente; b) el cargo que ostenta el compareciente, verificando que se encuentre vigente e inscrito y a la par cerciorarse sobre el objeto social, pues éste será la medida de los actos que podrá realizar el otorgante, persona jurídica colectiva.

Al tenor del art. 23, 3 LN, se establece que si el compareciente lo hace en nombre de otro, cuando se trate de sociedades mercantiles, bastará con que el notario cite el número de la escritura donde conste la constitución social y sus estatutos, lugar del otorgamiento, su hora y fecha, notario autorizante y los datos de su inscripción; lo mismo que de las certificaciones de las actas de sus sesiones, de las cuales deberá indicarhora y fecha de las sesiones, folios del libro de actas y el nombre del funcionario que las libró y su fecha. Las certificaciones las agregará el notario a su protocolo, citándose en el cuerpo de la escritura el folio o folios que ocupará en él, y no será necesaria su inserción en el testimonio que libre.

El notario, adicionalmente deberá dar fe de que conforme con los documentos acreditantes el compareciente tiene las facultades suficientes para otorgar el acto o contrato de que se trate.

En resumen, la representación orgánica de una sociedad debe acreditarse ante notario con el testimonio de la escritura de constitución social y estatutos que contenga la razón de inscripción en el Registro Público Mercantil, la certificación de acta de asamblea general de accionistas donde se da el nombramiento de director del compareciente. En Nicaragua, el uso más frecuente es la designación en los estatutos sociales del presidente de junta directiva como representante legal de la sociedad, con facultades de mandatario generalísimo, en este caso al notario deberá presentársele la certificación de elección de junta directiva, en la que consta el nombramiento del presidente. También es frecuente que la junta directiva, designe a uno de los directores para ejecutar determinado acto ante notario público, en cuyo caso, será la certificación del acta donde se le designa la que debe acreditar el notario.

El notario debe valorar, mediante juicio de legitimación, los documentos que acrediten la vinculación del sujeto con el acto o contrato, lo cual deberá ser advertido en el documento notarial, mediante aquella fórmula de "el suscrito notario da fe que los documentos otorgan al compareciente las facultades suficientes para el otorgamiento del presente acto" (14).

Debo señalar que, puede ser que conforme con los estatutos, las facultades de representación legal del Presidente se encuentren limitadas para ciertos actos específicos o los que sin ser específicos, se refieran a un límite de suma; en cuyo caso, si el acto a otorgar supera los límites, el notario deberá exigir que se le presente además del nombramiento del cargo, la autorización especial para ejecutar dicho acto.

El sistema legal nicaragüense exige como requisito que en la escritura de constitución de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, se exprese quién representará a la sociedad, judicial o extrajudicialmente (15). Debo anotar que, según la Ley General de Registros Públicos (16), es obligatorio inscribir los acuerdos de Asamblea General de Socios o de Junta General de Accionistas relativos a los cambios de órganos de administración, por lo que el notario público deberá verificar los datos de inscripción del acuerdo de asamblea de accionistas, mediante el cual han elegido la junta directiva vigente, para calificar el documento acreditante del representante orgánico.

2.1.2. La representación voluntaria

Una forma de concurrir a los actos jurídicos materiales en nombre e interés de otro, es cuando esas facultades (las de concurrir) se delegan mediante contrato de mandato, que consta en escritura pública de poder. Siendo el poder el instrumento notarial contentivo del contrato de mandato ostensible o representativo, en virtud del cual el apoderado deberá actuar según las facultades del mandato conferido por el poderdante.Al trasuntar estas ideas al ámbito de las sociedades mercantiles –quienes realizan actos de comercio que, las más de las veces, autoriza un notario público-hemos de destacar que en el sistema legal nicaragüense, corresponde al órgano de administración– junta directiva –de la persona jurídica, la facultad de decidir respecto al otorgamiento de

(14) Art. 23,3.º LN.

(15) Art.124 CC.

(16) Ley Núm. 698, de 17 de diciembre de 2009, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial,* Núm.. 239.

poderes, a menos que en los estatutos se haya dispuesto algo diferente. Podemos entender esto como una delegación de funciones que el órgano de administración hace a una persona ajena a la sociedad mercantil, para que cumpla con el mandato social sobre temas administrativos, propios del giro social.

Según el Código de Comercio de la República de Nicaragua, en los estatutos sociales se detallarán las atribuciones de la Junta Directiva (17). Es típico en Nicaragua, que en las escrituras de constitución social, a la Junta Directiva se le deleguen las más amplias facultades de administración y aún de disposición que corresponden a un mandatario generalísimo.

Cuando de representación voluntaria se trata, el compareciente debe acreditarse ante el notario público con el poder otorgado en escritura pública. Elsistema legal nicaragüense exige la inscripción en el Registro Público Mercantil del poder general de administración o poder generalísimo, no así la de los poderes especiales y el general judicial (18).

El notario, al momento de redactar la escritura pública, en la que el compareciente lo hace por representación voluntaria, tiene tres formas de acreditar la representación: 1. Insertar los comprobantes de la capacidad, es decir transcribiendo literalmente el contenido de la copia de la escritura pública de poder en la escritura pública que autoriza; 2. Hacer referencia a la copia de la escritura pública de poder, dando fe de haberla tenido a la vista, según lo disponga la ley, expresando la fecha en que fue autorizada la matriz, nombre del notario autorizante; y 3. Agregar la copia de la escritura pública de poder al protocolo para insertarla en el testimonio correspondiente de la escritura donde se instrumente el negocio representativo. En caso de que el poder o documento que acredita la capacidad del compareciente estuviere inscrito, no será necesario insertarlo en el testimonio, bastará con que el notario indique el número de la escritura donde consta el poder, lugar del otorgamiento, su hora y fecha, el notario autorizante y los datos de su inscripción (19).

Al notario actuante, para tener legitimada la representación voluntaria, no debe bastarle tener debidamente acreditado la existencia del poder conferido por el órgano social competente, sino que además calificará ese poder para cerciorarse que el objeto social permita la reali-

(17) Art. 203 CC.
(18) Art. 156, 8 LGRP.
(19) Art.23, 3 LN.

zación de los actos encomendados al apoderado y que por escritura, ese notario autoriza.

2.2. Contratos mercantiles notariados

Habiendo abordado lo pertinente a los sujetos intervinientes y las distintas formas de representación en los contratos mercantiles, me referiré ahora a los contratos mercantiles que la ley exige la forma notarial y la labor del notario en ellos. Debo acotar ante todo, que en las relaciones mercantiles en general prima la libertad de forma, excepto en algunos actos jurídicos en los que el legislador ha exigido la forma notarial como requisito esencial para la validez y eficacia. Es a estos últimos a los que me referiré en adelante y sobre los cuales desentrañaré la labor notarial.

En un breve recorrido por los artículos del Código de Comercio, se observa que entre los contratos mercantiles regulados, se exige la forma notarial en los siguientes: contrato social, constitución como comerciante de persona natural, el establecimiento de sucursal de sociedades extranjeras, la transmisión de propiedad del buque naval o embarcación que tenga más de seis toneladas y el contrato de hipoteca naval. El Código regula otros contratos mercantiles en los que no exige la forma notarial, pero que tampoco la prohíbe, por lo que si las partes decidieran dotar de mayor seguridad jurídica sus acuerdos o contratos, convendría que los otorgaran ante notario público o bien protocolizarlos; entre éstos podemos mencionar: los contratos de transporte; los contratos mercantiles de: comisión, préstamo y prenda.

Debo mencionar que las relaciones mercantiles en Nicaragua van mucho más allá de los tipos contractuales mencionados en el Código de Comercio. Existe una amplia gama de contratos atípicos muy comunes en el mundo del comercio, me refiero a los contratos de franquicia, contratos de distribución, la agencia comercial, entre otros.

A continuación, un breve recorrido por aquellos contratos a los que la ley impone la obligación de ser otorgados en escritura pública y los aspectos más relevantes sobre los que el notario debe prestar especial atención.

2.2.1. El contrato social

Como primer elemento anotaremos que, según el sistema legal nicaragüense, éste debe constar en escritura pública, so pena de no surtir ningún efecto legal ni ser inscribible, si se estipula bajo otra for-

ma (art.121 CC); además deberá contener, para su validez, los requisitos que en *numerus clausus* se establecen en el art. 123 CC, por lo que hace a las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, y los del art. 124 CC, por lo que hace a las sociedades anónimas y en comandita por acciones.

La existencia de una sociedad mercantil, como persona jurídica, está condicionada al elemento formal de constituirse mediante escritura pública y al registro público de ella. Esto nos lleva a la conclusión que la escritura pública, en este caso no es sólo el elemento formal del negocio societario mercantil, sino además requisito *sine qua non* para el nacimiento de la personalidad jurídica que se adquiere –en nuestro contexto patrio– con la inscripción en el Registro Público Mercantil, teniendo en este caso la inscripción registral efectos obligatorios y constitutivos. La escritura pública da nacimiento al contrato de sociedad y el registro la dota de personalidad jurídica, es decir, la convierte en un ente capaz de contraer derechos y obligaciones como ente social ajeno a los sujetos que la conforman.

No obstante, es importante señalar que el contrato social podría ser anterior a la escritura que lo formaliza, es el caso de las sociedades de hecho, que son aquellas en las que el contrato social no se materializa en escritura pública ni se registra, el que no por eso deja de ser un negocio o contrato y surtir sus efectos entre partes. Las sociedades de hecho son reconocidas tímidamente por nuestro Código de Comercio en el art. 126 al establecer que "la falta de escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad"; pero en estos casos, los socios que hubieren contratado en nombre de la sociedad, responden solidariamente frente al tercero. Situación coherente con el sistema legal, porque si la sociedad no se constituye mediante escritura pública, ni se inscribe en el Registro, no tienen personalidad jurídica y por ende no es un ente autónomo, capaz de contraer obligaciones.

Tan importante y esencial es el contrato constitutivo, como lo es la aprobación de los estatutos de la sociedad. Para Halperín citado por Guillermo Cabanellas (20), "el acto de creación y los estatutos constituyen una unidad. El estatuto es el conjunto de normas que regla el funcionamiento, disolución y liquidación de las sociedades, e integra

(20) Cabanellas, Guillermo, *El Contrato de Sociedad*, vol. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 510.

el acto constitutivo en cuanto han debido aprobarse en ese momento…" (p. 510).

En la escritura constitutiva, a la vez que se hace constar la voluntad de los sujetos en querer conformar una sociedad mercantil, se suelen aprobar los estatutos sociales, al celebrarse, en el propio acto constitutivo, la primera junta general de accionistas.

En los estatutos se regula la vida social, el funcionamiento de la sociedad como ente autónomo; en ellos se establece lo que yo llamo las reglas del juego de la sociedad. El primer acuerdo de la junta de accionistas es la aprobación de los estatutos de la sociedad, el cual generalmente se aprueba en la misma escritura de constitución social. Sin embargo, podría darse que los estatutos no se aprobaran en el mismo acto del otorgamiento del contrato social, en cuyo caso, levantada el acta de asamblea general, tendría que hacerse constar en el libro de actas legalizado, esta primera sesión, ser certificada por notario público, protocolizada e inscrita para que surta sus efectos legales frente a terceros. Sin embargo, reitero, la práctica más usual es el otorgamiento de contrato social y estatutos en un mismo acto, contenido en una misma escritura pública.

Josefina Chinea Guevara (21), afirma en su estudio sobre *La Fe Pública Notarial en el Ámbito Mercantilque,* "formalmente escritura y estatutos forman una unidad, un único instrumento público, pues los estatutos son parte esencial dela escritura fundacional".

El notario tiene la obligación de asesorar a los otorgantes, ser su consejero legal e instruirles sobre las variantes legales, los requisitos de ley y las consecuencias de sus actos. Expresada la voluntad de los otorgantes, el notario está obligado a adecuarla al ordenamiento jurídico en materia societaria y autorizar un documento que cumpla con los requisitos de ley para que despliegue sus efectos, íntimamente ligado en este aspecto con el principio de control de legalidad.

Según Josefina Chinea Guevara:

> "Dentro de esa labor legitimadora el principio de calificación notarial se imbrica de manera notable con tres aristas diferentes: admite el acto dándose por requerido, lo dota de un nombre reconocido en derecho y redacta el instrumento público luego de ade-

(21) Chinea Guevara, Josefina, "La fe pública notarial en el ambito mercantil", en *Derecho Notarial*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Editorial Felix Varela, La Habana, 2008, pp. 449-487.

cuar y ajustar la voluntad de las partes a las exigencias del ordenamiento legal vigente".

En sede de constitución de sociedades anónimas la labor asesora del notario tiene una marcada influencia, tanto para los socios, como para los terceros que entrarán en un futuro en relación con el ente social. Es preciso que el notario asesore a las partes sobre los distintos intereses en juego; de un lado, los intereses individuales de los socios fundadores; y del otro, el de los acreedores u otros terceros; también deben informar a las partes los límites de la autotomía privada.

Un contrato social y estatutos bien fundados legalmente estarán listos para desplegar su eficacia, en lo que CABANELLAS llama *la vida ulterior de la sociedad*. Garantizarían un desarrollo armónico de la vida de la misma y se evitarían atascos peligrosos en la expresión de la voluntad societaria o de su administración eficaz.

Es importante entender, al momento de la redacción de los estatutos, que éstos no son un acto, ni una actividad, ni una categoría de actos, sino un elemento normativo que fija los límites dentro de los cuales deben desenvolverse los órganos societarios (22). Los aspectos más relevantes sobre los que el notario debe desplegar su conocimiento legal y experiencia al momento de redactar el contrato social y sus estatutos, en mi opinión, son los siguientes:

2.2.1.1. El objeto social

El objeto constituye uno de los conceptos esenciales aplicables a la sociedad, que nuestro ordenamiento jurídico define como *el objeto de la empresa*. Según COLOMBRES citado por Guillermo CABANELLAS:

> "El objeto social es el dato de la normativa de la sociedad que estatuye la actividad, o el complejo de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, por actuación de los órganos sociales y en las condiciones de responsabilidad que determine cada tipo social".

Siendo el objeto social el límite dentro del cual puede actuar el ente social, es muy importante que el notario público le dedique especial atención a su redacción, ya que sobre las actividades que despliegan el

(22) CABANELLAS, G., *El contrato de…*, vol. 2, *cit.*, p. 253.

objeto social, es que la sociedad invertirá su capital. Un objeto social mal expresado o escrito con limitaciones puede constituir verdaderas camisas de fuerza para los administradores. Los problemas que puede ofrecer el otorgamiento de un acto se minimizan cuando sus facultades representativas se enumeran con todo detalle en los estatutos.

2.2.1.2. Órganos societarios

El derecho societario contemporáneo se encuentra construido sobre la base del concepto de que la sociedad actúa por medio de sus órganos, por lo que las dificultades surgen cuando deben determinarse sus límites y funciones. El sistema legal nicaragüense reconoce como órganos de la sociedad: la asamblea general de accionistas y la junta directiva, únicamente para las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada.

En los estatutos se detallarán las atribuciones de la junta directiva y de las juntas generales ordinarias y extraordinarias. Algunas de las facultades de estos órganos las encontramos en la ley, sin embargo, no todo cuanto están facultados a hacer, por lo que siempre es de mucha importancia detallar en los estatutos sus atribuciones para no enfrentar limitaciones en el desarrollo de sus actividades.

El Código de Comercio impone al notario público la obligación de incluir en la escritura constitutiva el modo de elegir a las personas que habrán de ejercer la administración y cuál de ellas representará a la sociedad, judicial o extrajudicialmente, período y manera de cubrir vacantes, el modo de elegir al vigilante, plazo y formas de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias. Es decir, deja al acuerdo de las partes, situaciones por decidir, sobre las cuales el rol asesor del notario público juega un papel preponderante, ya que como profesional del Derecho conoce la ley y los límites dentro de los cuales las partes pueden tomar sus decisiones; entre ellas podemos mencionar que la Junta Directiva no puede ser nombrada para un período superior a diez años, o el hecho que para ser miembro de Junta Directiva se tiene que ser socio (art. 244 CC); asimismo, se pueden establecer límites a las facultades, tanto para actos específicos –venta e hipoteca de bienes de la sociedad –como límites de suma– cualquiera que sea el acto.

2.2.1.2.1. Órgano de gobierno

El órgano de gobierno lo constituye la asamblea general de accionistas como órgano supremo de la sociedad. Para Solórzano, en sus

comentarios al Código de Comercio de Nicaraguala asamblea general-constituye el poder deliberador, el alma de la persona moral de la sociedad, que la misma ostenta las más amplias facultades dentro de los estatutos y le atribuye facultades, según diferentes momentos de la misma. Corresponde a la asamblea constitutiva la aprobación de los aportes y la designación de la primera junta directiva, etc., que corresponde a la asamblea general ordinaria recibir las cuentas, aprobar el balance, votar los dividendos etc., y a las asambleas extraordinarias la facultad de cambiar los estatutos. (Glosas al Código de Comercio de Nicaragua Concordancias y Jurisprudencia, p. 167)

Para Cabanellas los órganos de gobierno de las distintas sociedades no actúan dentro de una esfera de absoluta libertad; "sus atribuciones deben ejercerse respetando las limitaciones que surgen del orden jurídico" (23).

En el ámbito legal nicaragüense las limitaciones de las que habla Cabanellas, pueden ser el quórum para constituirse en junta (no podrán reunirse si no estuvieren representados más de la mitad de las acciones, en primera convocatoria), el quórum para la toma de resoluciones, según sea el caso mayoría simple o mayoría calificada. Y lo más esencial, sólo pueden actuar dentro del marco de su objeto social, de lo contrario, puede comprometer la actuación de sus órganos, pudiéndolos llevar incluso a la comisión de actos tipificados como delitos societarios, al tenor de los arts. 278 y 279 del Código Penal.

2.2.1.2.2. Órgano de administración

El órgano de administración, según el sistema legal nicaragüense, lo constituye la Junta Directiva, son los mandatarios de la sociedad y tienen por misión representarla y ejecutar sus operaciones en su nombre. Son responsables por los actos practicados en contra de la ley, de los estatutos o de las disposiciones de las juntas generales. Para que la junta directiva obligue a la sociedad, deben obrar –sus miembros– dentro de las facultades de sus poderes. Para establecer los poderes de ésta es necesario atenerse a los estatutos o a la escritura constitutiva. Para que puedan ejecutar actos fuera de sus facultades generales, deben de estar autorizados por laasamblea general de accionistas.

(23) Cabanellas, G., *Los órganos societarios,* vol. 4, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 167.

Es importante que el notario asesore a las partes respecto a todas las variantes que puedan acordarse en cuanto al número de directores (durante la vida de la sociedad sólo puede conformarse la junta directiva con el número de directores acordados en el acta constitutiva, no más ni menos), período de vigencia de las juntas (no pueden ser autorizadas para una vigencia mayor a diez años), si será admitida la reelección y cómo debe procederse, cuando vencido el plazo de vigencia de la junta directiva, no se haya elegido nueva junta, etcétera.

Para CABANELLAS, "en la sociedad anónima, como regla general la administración está a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o por el consejo de vigilancia, según resulte del estatuto" (*idem.* p. 219).

2.2.2. Constitución como comerciante

Otro de los actos mercantiles que la legislación exige la forma notarial, es la constitución como comerciante de persona natural. Este acto, antes de 1992, sólo podía ser autorizado por el judicial, sin embargo, la Ley Núm. 139 (24) otorgó esta facultad al notario de más de diez años de haberse incorporado, de manera que toda persona que se dedicare al comercio, como actividad profesional, podrá declararse y constituirse como comerciante, en escritura pública ante notario, de acuerdo con las indicaciones del art.15 del Código de Comercio. El testimonio se inscribirá en el Registro Mercantil, un aviso circunstanciado se publicará en La Gaceta o en un diario de la capital (25).

Es importante mencionar que el arto. 15 del Código de Comercio fue derogado por la Ley General de Registros Públicos; sin embargo, las indicaciones contenidas en dicho artículo las encontramos en el art. 157 de la LGRP, que contiene en *numerus clausus* los datos que inscribe el Registro, cuando de empresarios individuales se trata; por lo que se colige, que son los datos que deben aportarse en la escritura pública cuando la persona natural se constituya en comerciante. Estos datos son: identificación y generales de ley del comerciante (si es extranjero, debe ser residente), la actividad empresarial a que se dedique o haya de dedicarse, la fecha en que deba empezar a operar, el nombre comercial del establecimiento si lo hubiere, y afirmación bajo su responsabi-

(24) "Ley que da mayor utilidad a la institución del notariado", publicada en *La Gaceta, Diario Oficial,* Núm. 36, de 24 de febrero de 1992.

(25) Art. 4 de la Ley Núm. 139.

lidad de que no se halla sujeto a la patria potestad o de que si lo está, tiene su peculio profesional o industrial, indicando cuál es, y los bienes inmuebles que posea y que, por lo demás, no está comprendido en ninguna de las incapacidades generales para contratar, ni en las especiales señaladas en el Código de Comercio sobre las prohibiciones para ejercer el comercio.

2.2.3. Establecimiento de sucursales de sociedad extranjera

El Código de Comercio establece que las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales del Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación (art. 10 CC).

Para poder ejercer el comercio, deberán inscribirse en el Registro Público Mercantil, según lo dispone el Código de Comercio y la Ley General de Registro Públicos (art. 10 CC y art. 156.3 LGRP); sin embargo, no existe normativa que regule la forma como debe presentarse al registro, ni los requisitos que deba contener la solicitud de inscripción, por lo que me referiré a la práctica legalmente aceptada al ojo calificador del registrador público mercantil. Recordemos que al Registro Público solo acceden los documentos públicos al tenor del art. 35 LGRP, por lo que se hace necesario que la solicitud se revista de la forma notarial.

Para que una sociedad extranjera opere en Nicaragua bastará con que el órgano societario correspondiente lo autorice y que junto con el contrato social se inscriba en el Registro Público Mercantil. También se exige que se nombre un representante legal en el país, cuyo Poder General debe inscribirse en el registro.

Para inscribir la sociedad extranjera y su apertura de sucursal en Nicaragua, el notario público, actuando a rogación de parte, protocolizará los documentos siguientes: a) documentos constitutivos y estatutos de la sociedad extranjera, con todos sus atestados de ley (auténticas), datos de inscripción y traducciones si fuere el caso; y b) resolución de junta de accionistas o de junta directiva, según lo ordene su pacto social, en la que se decida formar, constituir y registrar una sucursal de la sociedad y el domicilio donde se registrará. La protocolización se hará en la forma establecida en la Ley del Notariado (arts. 61 al 66 LN).

2.2.4. Transmisión de buque mercante

Este es otro de los negocios mercantiles sobre el cual el Código de Comercio exige la forma notarial. No obstante, la transmisión del buque mercante como tal no sea un contrato mercantil, he decidido incluirlo en el estudio, debido a que se encuentra regulada en el Código de Comercio y bajo la comprensión que todos los actos determinados en el Código de Comercio se reputan como actos de comercio, consideré oportuno hacer una breve alusión al elemento formal de la transmisión del buque mercante.

Los buques mercantes constituyen una propiedad mueble que se puede adquirir y transmitir por cualquiera de los medios reconocidos en el derecho. La adquisición de un buque deberá constar por escrito y no producirá efecto respecto a terceros si no se inscribe. Según el art. 745 CC, la propiedad de un buque o embarcación que tenga más de seis toneladas, sólo puede transmitirse por escritura pública que se inscribirá en un registro especialmente destinado al efecto.

El registro de matrícula de todo buque o artefacto naval está inmerso en el registro público de la propiedad marítima, que formaba parte del Registro Público de la Navegación Nacional a cargo de la Dirección General de Transporte Acuático (DGTA) del Ministerio de Transporte e Infraestructura, ahora a cargo del sistema nacional de registros públicos adscrito a la Corte Suprema de Justicia, el cual ha habilitado como puertos de matrícula los siguientes: San Juan del Sur, Granada, Puerto Sandino, Corinto, San Carlos, Arlen Siu, Bluefields y Puerto Cabezas. En todos estos puertos, la DGTA posee oficinas donde los interesados pueden acudir a tramitar la matrícula de sus buques, pero los registros de matrícula están centralizados en Managua. (26)

El Código de Comercio no es muy explícito en cuanto a los requisitos que debe contener la escritura pública en la que se enajene el buque mercante, sin embargo, el art. 739 tímidamente hace referencia a algunos de ellos, tal como el hecho de hacerse constar si el vendedor recibe en todo o en parte su precio, o si en parte o en todo conserva algún crédito sobre el mismo buque; si la venta se hace a nicaragüense se deberá consignar tal hecho en la patente de navegación.

Se recomienda resolver los requisitos contractuales mediante la aplicación de las regulaciones de una figura típica o contrato regulado,

---

(26) López Sánchez, H., Seminario: *Derecho de la Navegación (texto auto formativo),* Maestría en Derecho de Empresa con especialización en asesoría Jurídica, UCA, Managua, 2011, p. 39.

siendo la figura que más se ajusta la compra venta regulada por el Código Civil. Esta recomendación cabe bajo los términos del art. 2 CC, que permite aplicar las disposiciones del Código Civil como norma supletoria.

2.2.5. Hipoteca naval

Este es otro de los contratos regulados por el Código de Comercio, en el que se exige la forma notarial. No se establece en los articulados del Código los requisitos que debe tener la escritura pública, pero sí establece un mandato para el notario y es que debe advertir a los contratantes que la hipoteca sobre buque se extinguirá pasados cuatro años desde la fecha de su inscripción, lo que debe hacer constar en la escritura pública.

El art. 1025 CC establece como norma supletoria para la hipoteca naval, las prescripciones del Código Civil sobre hipotecas, lo cual cobra sentido desde la comprensión del régimen jurídico excepcional que le confiere la legislación especialal buquenaval, cual es la de someterse a las disposiciones de los inmuebles cuando sean gravados con hipoteca. (27)

El contrato de hipoteca naval debe inscribirse en el Registro Público Mercantil. Esta es otra cualidad del contrato que obliga al mismo a contenerse en escritura pública, ya que al Registro Público Mercantil sólo podrá ingresar contenido en documento público.Una vez registrado, puede transferirse el derecho hipotecario por endoso, y este endoso deberá ser autenticado con firma y sello de notario público (art.1029 CC).

Me detengo un momento sobre la auténtica notarial, con la cual se legitima el traspaso del derecho hipotecario sobre buque naval, respecto ala cual me interesa sentar con claridad el cómo se efectúa y los alcances de la misma.

La auténtica notarial se debe realizar al pie del documento mediante el levantado de un acta, en la que a petición de parte interesada (principio de rogación) el notario dará fe que la firma ha sido puesta en su presencia, debiendo identificar al firmante y expresar su propia identidad y quinquenio autorizado por la Corte Suprema de Justicia, firmar y sellar la razón de auténtica. Con tal auténtica será suficiente para tener por cierto el endoso del derecho hipotecario.

---

(27) Art. 70 de la Ley Núm. 339, Ley de Transporte Acuático, publicada en La Gaceta, Núm. 166, de 3 de septiembre de 2001.

El art. 3 LN determina los alcances de la fe pública notarial, la que no se limitará por la importancia del acto, acta, convención o contrato, ni por las personas ni por el lugar, día y hora. Esto quiere decir que el notario público puede cartular en todo aquello que pertenezca a la esfera del derecho privado y sólo estará limitado en aquellos actos que taxativamente sean excluidos por ley, me refiero a los señalados en el art. 43 LN.

Se ha generado una enorme confusión a raíz de la circular emitida por la Corte Suprema de Justicia, el 8 de octubre de 2007, dirigida a todos los abogados y notarios públicos y ciudadanos en general, en la que instruyó que los notarios no podían autenticar firmas de particulares por ser una atribución del Supremo Tribunal, y abundan en el argumento haciendo uso –incorrectamente– del rigor del art. 41 LN que prohíbe a los notarios intervenir en la autorización de documentos privados, pero lo que no dice la circular es que el mismo artículo limita la prohibición a aquellos actos en los que no intervengan por razón de su oficio. Importa señalar que su oficio lo ejerce el notario a petición de parte: "principio de rogación" que rige la función notarial y cuyas excepciones las encontramos taxativamente enumeradas en el art 43, Inco 4 párrafo *infine*. Debo agregar que, tampoco es cierto que la Corte Suprema de Justicia autentique firma de particulares, pues las firmas que autentica son las de los notarios y jueces que registra.

Dicho lo anterior, concluyo con absoluta convicción que es facultad del notario público nicaragüense autenticar la firma del endosante del contrato de hipoteca naval, bajo el principio de fe pública notarial.

2.2.6. De la inscripción en el Registro Público Mercantil

"Los registros públicos cumplen un papel importante en la organización y desarrollo económico de una sociedad, con trascendencia en la seguridad jurídica que brinda a los agentes económicos" (Considerando II, LGRP).

De ahí que el documento público notarial no sea suficiente para que el negocio jurídico mercantil entre al tráfico jurídico, requiere un segundo paso que es su inscripción en el Registro Público Mercantil para publicidad de los actos y contratos.

Según el art. 153 LGRP, el Registro PúblicoMercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios, la inscripción de los actos y contratos de comercio, y la legalización de los libros de los comerciantes y empresarios.

Los actos y contratos mercantiles de inscripción obligatoria los encontramos en *numerus clausus* en el art. 156 de la LGRP. Para que puedan inscribirse, anotarse o cancelarse serán calificados previamente por el registrador en sus elementos extrínseco e intrínseco; en principio, deberán constar en escritura pública, y sobre ésta calificará que la fecha de la escritura no sea anterior a la emisión de la serie y número del papel sellado de protocolo. Por lo que hace al notario autorizante, verificará su nombre, apellidos, residencia, así como el señalamiento de estar autorizado en el quinquenio correspondiente. Por lo que hace a las personas que intervienen en el acto o contrato: sus nombres y apellidos, identificando a las personas naturales o jurídicas con la documentación que la ley especial establece, su capacidad y en caso de que uno de los contrayentes haya comparecido en representación de otro si está debidamente acreditado; y que la escritura esté concurrida con todas las solemnidades que establece la ley del notariado y que se cumplan los requisitos de validez de acto o negocio jurídico exigidos por la ley de la materia.

La Ley General de los Registros Públicos, aprobada el 27 de agosto de 2009 y en vigor desde el 16 de junio de 2010, impone la obligación de registrar actos y contratos mercantiles, que antes no se exigían, sobre los cuales me referiré brevemente con el propósito de llamar la atención del lector sobre los mismos. El art. 156 de la precitada ley, establece la obligación de inscribir los siguientes actos y contratos:

— Las escrituras en que se constituya, transforma, o disuelva sociedad mercantil en que de cualquier manera se modifiquen dichas escrituras;

— Los nombramientos de gerentes y liquidadores de dichas compañías o sociedades;

— Los contratos sociales y estatutos de sociedades anónimas extranjeras que establezcan sucursales o agencias en Nicaragua, los nombramientos de gerentes o agentes y la inscripción que se hubiere hecho de dichos contratos o documentos en el domicilio de dichas sociedades;

— La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativas a las sucursales en los términos previstos en la ley de la materia;

— La designación de la entidad encargada de llevar el registro contable en los casos de los valores que se hallen representados por medio de anotación en cuenta;

— La sentencia que declare la nulidad de un contrato social;

— El acta de la aprobación final de las cuentas de liquidación y partición o la sentencia judicial dictada sobre las sociedades mercantiles;

— Los poderes que los comerciantes o empresarios otorguen a sus factores dependientes para la administración de sus negocios mercantiles y sus revocaciones o sustituciones;

— Las escrituras de capitulaciones matrimoniales de los cónyuges cuando uno de ellos fuere comerciante o empresario y las que de cualquier manera las modifiquen;

— Las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad jurídica del comerciante o empresario individual;

— El nombramiento para suplir, por causa de incapacidad o incompatibilidad, quien ostente la guarda o representación legal del comerciante o empresario individual;

— Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario necesario del comerciante o empresario social o individual;

— La inscripción primera del comerciante o empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales;

— La inscripción de las modificaciones de cualquiera de las circunstancias de las hojas del comerciante o empresario individual se practicará en documento de igual clase que el requerido por el acto modificado;

— La escritura en donde se protocolice la sociedad de suscripción pública;

— El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores;

— La escritura de creación de títulos *debentures*;

— Los acuerdos de Asamblea General de Socios o de Junta General de Accionista relativos a los cambios de órganos de administración.

La no inscripción de estos documentos en un plazo de treinta días a partir de su otorgamiento o de su auténtica en Nicaragua, si hubiere sido otorgado en otra parte, queda sujeta a las siguientes sanciones: no podrán inscribir ningún documento en el registro, ni aprovecharse de sus efectos legales; las sociedades mercantiles no tendrán personería jurídica; el juez no dará curso a demanda presentada por sujetos que debiendo estar inscritos en el registro, no adjuntan a la demanda la certificación correspondiente. (art. 155 LGRP).

En la lista de los actos sujetos a inscripción obligatoria, quisiera referirme a los nombramientos de gerentes y liquidadores de dichas

compañías o sociedades, al acta de la aprobación final de las cuentas de liquidación, al nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, y los acuerdos de asamblea general de socios o de junta general de accionista relativos a los cambios de órganos de administración. Estos son decisiones de los órganos societarios, los que conforme con nuestro sistema legal, deberán constar para que sean válidos en el acta de la junta correspondiente, las que se consignarán a la letra en el libro de actas de la sociedad, según lo disponen los arts. 36 y 256 del Código de Comercio.

Los acuerdos antes enunciados deberán ser certificados por el secretario de junta directiva o por notario público para extraerlos del libro de actas; sin embargo, la certificación notarial no tiene carácter de documento público, según la clasificación que hace el Código de Procedimiento Civil (art. 1125), y bajo el principio registral de legalidad en su aspecto formal, para que puedan inscribirse, anotarse o cancelarse los documentos en el registro público, deberán constar en escritura pública (art. 35 LGRP).

En consecuencia, deberá protocolizarsela certificación notarial de los actos y acuerdos que constan en el libro de actas, para lograr cumplir con el requisito formal que lo califica para el acceso al registro público mercantil. Siempre deberá tenerse presente que el acuerdo o acto protocolizado no es elevado a documento público, simplemente se le reviste de la forma o el valor extrínseco para su acceso al Registro Público.

Para finalizar el tema de la inscripción registral, es importante mencionar que la inscripción de los documentos a que me he referido, no es opcional, sino obligatoria para comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, agrupaciones de interés económico y las sucursales de los anteriormente señalados; tambièn para las sucursales de sociedades extranjeras, las sociedades extranjeras que trasladan su domicilio a Nicaragua y las demás personas que establezcan las leyes especiales (art. 159 LGRP).

3. Falsedad documental y causas de nulidad en el sistema legal nicaragüense

Existen circunstancias que pueden provocar que el documento público notarial, no produzca los efectos jurídicos para el que fue creado. Me refiero a las "patologías jurídicas del instrumento público", estas son: la falsedad documental y la nulidad del instrumento público.

3.1. De la falsedad

La falsedad ataca la autenticidad del documento público notarial, anula el valor probatorio del mismo; por lo que si un documento es falso, nunca se constituyó el documento notarial y por lo tanto nunca nació el negocio jurídico.

La falsedad es una patología cuya responsabilidad es atribuible al notario público, quien puede incurrir en falsedad material e ideológica. Falsificar un documento público constituye un delito sancionable conforme la tipificación del Código Penal vigente (28). Según el art. 284 existe falsificación material cuando se haga en todo o en parte un documento falso o se altere uno verdadero, si se trata de un instrumento público, categoría en la que se ubica la escritura pública. Al tenor del art. 285 del mismo Código, existe falsedad ideológica, si se inserta o se hace insertar en un documento o instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar.

En el contexto de las premisas establecidas en el precitado artículo, el notario público que autorice escritura pública no estando habilitado para ejercer el notariado o bien emitiere testimonio de escritura pública que no constare en el protocolo, o altere el testimonio, distorsionando lo convenido por los otorgantes, estaría incurriendo en el delito de falsificación material.

Cuando el notario revista de fe pública declaraciones falsas, tal como la suficiencia de los documentos que acrediten la representación del compareciente, o consienta como hechos probados la legitimidad de un derecho que no le consta, estaría incurriendo en el delito de falsificación ideológica.

3.2. De la nulidad

La nulidad es una de las patologías más graves y constituye la ineptitud del documento notarial para causar las consecuencias jurídicas que está destinado a procurar.

En el documento notarial confluyen dos planos: el negocial, que es el acto jurídico contenido en el instrumento público, es el fondo del asunto que recoge la voluntad de las partes, moldeadas por el notario público y ajustada conforme con la ley; y el plano instrumental, formal o continente del negocio jurídico, cuyo principal artífice es el notario

(28) Ley Núm. 641, publicada en *La Gaceta*, Núms. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008.

público actuando conforme las formalidades establecidas en la Ley del Notariado y leyes especiales.

La nulidad sustancial que se produce en el plano negocial, responde a la autorización de negocios contra ley. Para determinar las causas de nulidad en este plano, es preciso ir a la legislación propia del negocio de que se trate: Códigos: Civil y de Comercio y leyes especiales. Conforme el sistema legal nicaragüense, la regla general es que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público (art. 2437 C). La nulidad en el plano negocial, puede ser absoluta y relativa.

Hay nulidad absoluta si todo el negocio es ineficazy lo es cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia; cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene y cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces (art. 2201 C).

La nulidad es relativa, si únicamente algunas de sus cláusulas fueren nulas, sin afectar la esencia del negocio. Para el legislador civilista nicaragüense, la nulidad relativa da acción para rescindir los actos o contratos cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación es imperfecta o irregular; cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige, teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces. Las nulidades relativas admiten la subsanación mediante la confirmación o ratificación del interesado y en un lapso que no sea menor de cuatro años.La ratificación necesaria para subsanar la nulidad relativa, puede ser expresa o tácita. La expresa debe hacerse con las solemnidades a las que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica.La tácita resulta de la ejecución de la obligación contraída. (arts. 2202, 2205 y 2206 C)

Las nulidades formales, consecuencia delos errores por quebrantamiento a la formalidad, constituyenla vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial. La declaración judicial de la nulidad por errores en la forma, acaba con la vida del documento público.

La Ley del Notariado en su art. 67 establece como causa de nulidad absoluta el que los instrumentos públicos no estuvieren concurridos en las solemnidades que previene la misma ley, salvo las excepciones contenidas en el mismo artículo y las establecidas en los arts. 68 y 69. La

Ley en este sentido es muy extensiva al referirse a "todas" las solemnidades contenidas en la ley, debiendo el notario público estar muy atento a ellas.

Sin embargo, de la generalidad se sustraen las excepciones señaladas en los arts. 67 al 69 LN, los que establecen las formalidades cuyo quebrantamiento no es causa de nulidad. Entre éstos: no haberse expresado que el otorgante procede por sí, cuando no lo hace a nombre de otro; no haberse agregado al protocolo, ni copiar íntegro los poderes u otros documentos habilitantes, con tal que se copien las designaciones que deben tener la introducción y conclusión según los artículos 23 y 29 de la Ley del Notariado, y las cláusulas pertinentes; haberse omitido la instrucción a que se refiere el número 1 del art. 29 de la Ley del Notariado; haberse alterado el orden prescrito en los artículos 23 y 29 de la Ley del Notariado.

Tampoco es motivo de nulidad, el haberse dejado de usar en los instrumentos, el papel sellado correspondiente; pero el notario será condenado a la multa que la Ley del Papel Sellado y Timbres establece y la parte a quien corresponda deberá reponerlo.La citada ley no existe, la multa que se aplica es la contenida en el Decreto Núm. 1618.

Efectos de la nulidad sustancial: la nulidad del negocio no implica la nulidad de la escritura, que incluso puede producir efectos históricos en cuanto al ser y al tiempo. Implicará sólo que la escritura perfecta y válida habrá quedado vacía, no servirá para mucho; como afirma González Palomino, citado por Pérez Gallardo (29).

Efectos de la nulidad formal. Si la nulidad es formal, el negocio jurídico sobreviviría como un acto privado; sin embargo, si el negocio contenido fuese de aquellos que la ley exige la solemnidad de la escritura pública –como el caso de la constitución de sociedades anónimas o el testamento abierto– nula la forma, es nulo también el negocio. Es decir que, cuando hablamos de documento notarial cuya eficacia es constitutiva, si se mata la forma, se mata el negocio jurídico. En cambio, si la eficacia del documento notarial es probatoria, si se mata la forma, sobrevive el negocio como un documento privado. Este último criterio lo recoge el Código Civil en su art. 2380, en el que se establece que, "la escritura defectuosa, por incompetencia del cartulario, tendrá

(29) Pérez Gallardo, Leonardo B., "Apuntes sobre la nulidad documental en el Derecho Notarial Nicaragüense (A propósito del centenario de la Ley del Notariado)", en *Lecciones de Derecho Notarial,* Leonardo B. Pérez Gallardo, *et al.*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Managua, 2009, p. 612.

el concepto de documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes"; y el art. 2381, que reza: "cuando la escritura es defectuosa por falta en la forma y no por incompetencia del cartulario, tendrá fuerza de documento privado reconocido".

3.3. Modo de subsanar los errores del notario

Los notarios públicos pueden errar en la redacción de la escritura pública, así como los comparecientes errar en la expresión de su voluntad; en cuyos casos la ley establece mecanismos para subsanar los errores u omisión en una escritura pública. Los mecanismos establecidos para subsanar los errores u omisiones, los encontramos tanto en la Ley del Notariado como en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

La Ley de Notariado permite al notario suspender una escritura pública no terminada o no firmada por falta de acuerdo de los comparecientes, debiendo anotar al pie de la misma escritura la circunstancia que impidió su terminación. Es importante mencionar que la escritura pública no se anula ni se tacha y al autorizar la siguiente escritura pública, el notario debe continuar con la numeración respetando el orden cronológico y numérico de la escritura suspendida. Cuando el notario público reporte a la Corte Suprema de Justicia el índice de su protocolo, debe reportar la escritura como suspendida, jamás omitirla (art. 32 LN).

Si en la escritura pública se anotaren datos erróneos o insuficientes, la Ley permite que se puedan corregir, mediante instrumento separado y de ninguna manera al margen, pero debiendo hacer referencia en el documento primitivo, por medio de nota, de que hay nuevo instrumento que lo adiciona, aclara o varía, expresando la fecha de su otorgamiento y el folio del Protocolo en que se encuentra la corrección (art. 34 LN y arts. 2375, 2376 C).

Los errores menores que no necesiten de otro instrumento para ser aclarados o enmendados, podrán corregirse y salvarse haciendo uso de los mecanismos que la misma Ley del Notariado establece, a saber: mediante entrerrenglonaduras, que deberán transcribirse literalmente antes de las firmas, so pena de ser consideradas como no puestas si no se transcriben; mediante testaduras, las que para que no se consideren una suplantación, se tirará una línea sobre ellas, de modo que quede legible el contenido. Al final de la escritura se hará la mención de que las palabras testadas no valen. También se le permite al notario salvar vacíos en los instrumentos, los que se llenarán a presencia o con noticia

de partes, con una línea doble que no permita intercalar ninguna palabra (art. 35, 36, 37 LN).

Después de conocer los múltiples mecanismos que la ley ofrece para enmendar errores u omisiones en los documentos notariales, no hay excusa para que el notario actúe adecuada y reponsablemente.

Los errores causados por el notario público que vician el documento notarial de falsedad o de nulidad son sancionados por las Leyes, conforme abordaré en el capítulo siguiente.

4. De las faltas más frecuentes en el ejercicio del notariado. Responsabilidades y sanciones

El notario investido de fe pública tiene una gran responsabilidad frente a la sociedad que le confía sus asuntos y frente al Estado que deposita en él la labor de certificar como ciertos los actos que ante él se otorgan. Como ya he dejado dicho en los capítulos anteriores el notario público es un profesional del Derecho que ajusta la voluntad de las partes a la ley, verifica la legalidad de los títulos y capacidad de las partes, redacta el instrumento, lo autoriza y reproduce mediante el testimonio, debiendo conservar la matriz en el protocolo.

4.1. Errores más frecuentes en el ámbito mercantil

Entre las razones más comunes de retención de inscripción de escrituras públicas, conteniendo actos mercantiles, se conocen las siguientes

Escritura de constitución de sociedades con razón social ya existente e inscrita con anterioridad. No obstante que el nombre de la sociedad sea del ámbito privado de las partes, es responsabilidad del notario público, en cumplimiento al principio de asesoramiento, verificar con carácter previo el índice mercantil parasaber si el nombre o razón social que pretenden, no se encuentra ya inscrito, a fin de evitar hacer uso de una razón social ya existente.

— Se han retenido escrituras de constitución de sociedad colectiva y de responsabilidad limitada por no cumplir con el requisito del que habla el art. 134 CC que mandata que la razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o algunos de ellos, con agregación de las palabras “y compañía”. Es decir, que se han constituidos sociedades colectivas que no incluyen en la

razón social el nombre de los socios. En esto falla el deber del notario de asesorar a las partes respecto a las obligaciones de ley.

— Se han presentado escrituras públicas conteniendo reformas de pacto social o de los estatutos sin haber sometido la reforma a aprobación judicial, conforme lo dispone el art. 213 CC. Nuevamente falla el deber de asesoramiento del notario público.

— Se presentan escrituras públicas de otorgamiento de poderes que presentan errores en la acreditación del compareciente, tanto en la inserción de la certificación de acta –no relacionan firmas del acta, fechas de libramiento de la certificación anterior a la fecha de la sesión de junta que certifica, entre otros– datos registrales erróneamente anotados. Todo esto se percibe que sucede por el uso de "machotes".

El notario público incurre en muchos errores de redacción, algunos no escriben con claridad, lo cual sumado a la inexistencia de manuales o reglamentos que establezcan los requisitos de los actos mercantiles, generan retención o negativa de inscripción.

Entre estos actos mercantiles que no se encuentran reglamentados en cuanto a los requsitos que deben contener, encontramos:

— Inscripción de sucursales de sociedades extranjeras

— Escritura Pública de reformas del pacto social y estatutos. En este caso se procede procolizando la sentencia judicial que autoriza la reforma, contenida primariamente en el acuerdo tomado en asamblea de accionistas.

— Solicitud de sellado de libros de la sociedad.

Los errores más frecuentes en el ámbito mercantil a que me he referido, encuentran el freno en la calificación que hace el registro público del documento, pero no hay sanción al error, pues basta con que se subsanen los errores y se presente el documento nuevamente para su inscripción. Sin embargo, cuando el error por negligencia o ilicitud traspasa las barreras de la negativa en la inscripción, éstas son generadoras de responsabilidades.

4.2. De las responsabilidades del notario público

La negligencia o ilicitud puede ser causa de responsabilidad civil,

administrativa, fiscal y penal, imputable al notario por la falta de cumplimiento de un deber jurídico al que esté obligado.

Una misma conducta del notario puede dar lugar a distintas clases de responsabilidades; por ejemplo el notario que en un instrumento público contrahace la firma del supuesto otorgante, incurre en responabilidad penal, sujeto al castigo corporal impuesto en el Código Penal; a la responsabilidad civil que lo obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados en ocasión de la falsedad; y a la responsabilidad administrativa, que lo sujeta a la aplicación de medidas disciplinarias por el órgano competente de la Corte Suprema de Justicia.

4.2.1. De la responsabilidad penal

En cuanto a la responsabilidad penal en la que se pueda ver inmerso el notario público, ésta es consecuencia del cometimiento de actos que se subsumen en la tipificación del Código Penal y que están sujetos a la aplicación de una pena corporal.

Podemos citar agunas conductas que se subsumen en hechos delictivos, entre ellas: cartular sin estar autorizado o estando suspendido en el ejercicio del notariado; la supresión, destrucción, ocultamiento de documento matrices; la revelación de secretos de las partes o comparecientes, la apertura de testamento cerrado bajo su custodia; la sustracción o destrucción de documentos que le han sido confiados para su estudio y calificación; apropiación o uso indebido de sumas dinero recibido de los interesados para pagos y gestiones ante oficinas públicas o privadas.Estas las encontramos en los arts. 284 al 287, 290, 196, 278, 298, 238, 229 Pn.

El art. 34 CP establece que *"toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es tambien civilmente"*.

Los delitos oficiales que comentan los notarios en el ejercicio de sus funciones, serán juzgados por la sala de lo criminal de los Tribunales de Apelación que ejerzan jurisdicción en el lugar en que se cometió el delito. Las sentencias condenatorias llevarán consigo la suspensión en la profesión de abogado y notario público, y no podrán volver a ejercer hasta que cumplan su condena y hayan sido rehabilitados por la Corte Suprema de Justicia.

4.2.2. De la responsabilidad civil

El notario, al igual que cualquier persona no envestida de fe pública, es responsable civilmente si actuare con dolo, culpa o negligencia,

en la autorización de documentos notariales. La responsabilidad civil consiste en la obligación de resarcir los daños y abonar los perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quien lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona por uno mismo o por un tercero, por el que debe responderse.

Ruiz Armijo (30) señala que:

> "… para que pueda imputarse responsabilidad civil al notario, se requiere la comprobación de cuatro extremos: a) que por acción u omisión el notario ha infringido un deber legal durante el ejercicio de la función notarial; b) que esta infracción ha sido cometida mediando culpa o negligencia inexcusable del notario; c) que con motivo de la infracción de sus deberes, el notario ha ocasionado daños o perjuicios a los otorgantes; d) que se acredite el monto del daño o perjuicio ocasionado por el notario a los otorgantes".

La legislación civil nicaragüense establece casos particulares de responsabilidad civil del notario; entre estos: cuando es declarado nulo un testamento por la inobservancia de solemnidades legales; por la no presentación del testamento cerrado en los diez días siguientes al fallecimiento del testador; si un instrumento no puede inscribirse por adolecer de omisiones, el notario deberá extender una nueva escritura a su costa y además indemnizar a los perjudicados por los retrasos; las omisiones en un título inscribible en el Registro Público; por la no inserción de certificado de gravamen en escritura pública de constitución de hipoteca, genera responsabilidad civil a cargo del notario. Por señalar algunos de los casos.

4.2.3. De la responsabilidad disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria se genera por la infracción de los preceptos legales o reglamentarios que regulan el ejercicio del notariado y que no constituyen delito.

Corresponde al Consejo de Administración de la Corte Suprema de Justicia seguir proceso sumario e imponer las sanciones administrativas, más no le compete declarar la nulidad o falsedad de documento

(30) Ruiz Armijo, Aníbal A., "Régimen de responsabilidad notarial en Nicaragua", en *Lecciones de Derecho Notarial,* Autores varios, 2.ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Managua, 2010, p. 374.

público notarial, las que son competencia privativa de los Tribunales de Justicia.

Las sanciones por responsabilidad administrativa puede ser amonestación privada, multa de doscientos a mil córdobas y en caso de reincidencia, suspensión del ejercicio de la profesiónhasta por dos años. La suspensión comprenderá la profesión de abogado y notario, al tenor del art. 5 del Decreto Núm. 1618.

Para determinar las infracciones constitutivas de falta, debemos recurrir a lo establecido en la Ley de Notariado, referidos como actos sujetos a sanciones administrativas; entre estos encontramos:

a) Cuando se ejerce el notariado en actos que le son prohibidos, me refiero a los establecidos en el art. 43 LN,

b) Cuando no cumple con las obligaciones que le ordena el art. 15 LN.

c) Por no cumplir con la obligación de entregar el procolo al registro, en los casos establecidos en los artos.48 y 49 LN.

d) Infracción del deber de mostrar el Protocolo a los otorgantes. Esta infracción puede conllevar como sanción, multa, suspensión y hasta el apremio corporal, por reincidencia en la negativa del notario. Art. 72 LN

e) Por la negativa de libramiento de testimonio.

En los suspuestos arriba enunciados, la sanción es multa pecuniaria que va de doscientos a un mil córdobas.

Entre las faltas menores, sujetas a amonestación privada no se encuentra la legislación que determine los supuestos, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia la aplica a discreción cuando considera que la falta no es muy grave, tomando en cuenta los antecedentes del notario.

La suspensión es una sanción que puede ser aplicada por reincidencia en los actos ya sancionados con amonestación privada y multa; y tambièn podrá ser aplicada como accesoria a la pena criminal o de responsabilidad civil.

Las sanciones administrativas se aplicarán sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles o criminales a que pueda quedar sujeto el notario público.

Según datos que me proporcionaran en entrevista realizada el día viernes 24 de febrero de 2012 en Dirección de Inspectoría Judicial de la Corte Suprema de Justicia, los errores más graves por los que se han sancionado a notarios públicos son los siguientes:

— Cartular sin estar autorizados. Se inventan quinquenios.

— Impresión manuscrita de escritura pública en papel de testimonio, haciendo uso de papel carbón para dejar impresa la misma en el protocolo. Esto es inaudito.

— Dar fe de que compareció tal persona sin que realmente lo haya hecho.

— Alteración de la escritura pública después de haber sido autorizada y firmada por los comparecientes.

— La realización de actos reservados por ley para el notario de más de 10 años de haberse incorporado, especialmente escrituras de traducción, rectificación de certificados de nacimiento, realización de matrimonios.

— Préstamo de Protocolo y del libro de matrimonios.

— De los errores o faltas menos graves, se reportan:

— Emisión de testimonio sin que los comparecientes hayan firmado el protocolo.

— Hay notarios que suspenden escritura pública y la reportan en su índice como válidamente autorizada.

— No se respetan las reglas de impresión de la escritura pública, dejando espacios en blanco y no enmendando adecuadamente los errores en la escrituración. Es decir salvan erróneamente los enmendados.

— Notarios que abren y cierran protocolo por quinquenio y no anual, como manda la ley.

— Presentación tardía de índices.

— No siguen la secuencia cronológica en la numeración de las escrituras.

— Alteración de fechas en las escrituras públicas.

— No se registra en el protocolo el haber estampado timbres fiscales en el testimonio, en los casos que manda la Ley de Equidad Fiscal.

— No se razona en el protocolo el haberse librado testimonio de la escritura pública.

— En los libros de matrimonio se numeran las actas de corrido, sin interrupción anual cada vez que se cierra y se abre cada año, como manda la ley.

4.2.4. De la responsabilidad fiscal

Este es el tipo de responsabilidad en la que incurre el notario que se deriva de la obligación de cartular en papel sellado, que sólo es ofertado por el Estado y tiene un valor fiscal; así como el deber del uso de

timbres fiscales para los actos que ordena la Ley de Equidad Fiscal (31) y la inserción de solvencia municipal, para los actos en los que se constituyan o traspasen derechos reales, al tenor de la Ley de Solvencia Municipal (32) . El notario es solidariamente responsable por el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que me he referido.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

CABANELLAS, Guillermo, *El Contrato de Sociedad,* vol. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

— *Los órganos societarios,* vol. 4, Heliasta, Buenos Aires, 1996.

CASTRO GIRONA, Juan Ignacio, "Notarios Latinos", Recuperado el 05 de marzo de 2012, de Notarios Latinos: http://www.notarioslatinos.com/nota.php ?id=253.

CHINEA GUEVARA, Josefina, "La fe pública notarial en el ambito mercantil", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Editorial Felix Varela, La Habana, 2008.

LÓPEZ SÁNCHEZ, H., *Seminario: Derecho de la Navegación (texto auto formativo),* Maestría en Derecho de Empresa con especialización en asesoría Jurídica, UCA, Managua, 2011.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "El valor jurídico del documento notarial", Madrid, 1945.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Apuntes sobre la nulidad documental en el Derecho Notarial Nicaragüense (A propósito del centenario de la Ley del Notariado)", en *Lecciones de Derecho Notarial*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, *et al.*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Managua, 2009;

RUIZ ARMIJO, Aníbal A., "Régimen de responsabilidad notarial en Nicaragua", en *Lecciones de Derecho Notarial,* Autores varios, 2.ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Managua, 2010.

(31) Ley Núm. 453, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial,* Núm. 82, de 6 de mayo de 2003.

(32) Ley Núm. 452, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial,* Núm. 90, de 16 de mayo de 2003.

II. Fuentes legales

Decreto Núm. 63-99 (2 de junio de 1999), Reglamento de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, en *La Gaceta, Diario Oficial* (104).

Ley Núm. 139 (24 de febrero de 1992), Ley que da mayor utilidad a la institución del notariado, en *La Gaceta, Diario Oficial* (36).

Ley Núm. 452 (16 de mayo de 2003), Ley de Solvencia Municipal, en *La Gaceta, Diario Oficial* (90).

Ley Núm. 641. (5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008), Código Penal, en *La Gaceta, Diario Oficial* (83, 84, 85, 86 y 87).

Ley Núm. 698 (17 de diciembre de 2009), Ley General de los Registros Públicos, en *La Gaceta, Diario Oficial* (239).

Ley Núm. 16 (23 de junio de 1986), Ley que Reforma la Ley de Copias, Fotocopias y Certificaciones, en *La Gaceta, Diario Oficial* (130).

Ley Núm. 453 (6 de mayo de 2003), Ley de Equidad Fiscal, en *La Gaceta, Diario Oficial* (82).

Ley Núm. 453 (6 de mayo de 2003), Ley de Equidad Fiscal, en *La Gaceta, Diario Oficial* (82).

EL "DERECHO A MANTENER LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE" POR LOS OCUPANTES, NO HEREDEROS NI LEGATARIOS, TRAS EL FALLECIMIENTO DE SU TITULAR: ¿ACASO UN NUEVO DERECHO REAL?

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana
Notario

SUMARIO: 1. La libre disposición por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente como postulado cardinal del Decreto-Ley 288/2011. **2.** El destino de los ocupantes, no herederos ni legatarios, a la muerte del titular del inmueble. **2.1.** La atribución por causa de muerte, a título particular y *ex lege* del "derecho a mantener la ocupación del inmueble" a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios. **2.2.** Disquisiciones sobre la naturaleza de tal derecho: ¿personal o real? **2.3.** Contenido y alcance del derecho. **2.3.1.** El "derecho a mantener la ocupación del inmueble": ¿Un nuevo derecho real de habitación? **2.3.2.** ¿Cabe ejercitar contra los titulares del derecho, el cese de convivencia *ex* artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, por el heredero o legatario, devenido luego propietario del inmueble? ¿Tendrán los titulares, la facultad de instar la nulidad en sede judicial, de los actos de transmisión de dominio del inmueble por su nuevo propietario? **2.4.** ¿Supone la atribución *ex lege* a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios, "del derecho de mantener la ocupación del inmueble", tras el deceso del propietario, una vulneración legal de la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, en el supuesto de que el beneficiario de la vivienda fuere un legitimario? **3.** A modo de epítome. Bibliografía.

Resumen: La regulación legal del derecho a mantener la ocupación de una vivienda de residencia permanente, tras la muerte del titular, por los ocupantes, no herederos ni legatarios, que con la anuencia del fallecido propietario hayan mantenido dicha situación por más de cinco años, genera una verdadera polémica en el orden doctrinario en torno a su naturaleza: ¿real o personal?, su modo de constitución, y la protección que a tal fin han de tener los ocupantes "beneficiados", frente a las pretensiones de los herederos, incluso de los especialmente protegidos, que hipotéticamente pudieran ver conculcada la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Palabras claves: Sucesión *mortis causa*, vivienda, derecho real, derecho de habitación, ocupación, heredero

1. La libre disposición por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente como postulado cardinal del Decreto-Ley 288/2011

No quisiera ser reiterativo de lo que ya he explicado en otra ocasión (1): el principio del que se informa el Decreto-Ley 288/2011, de 28 de octubre, es la libre disponibilidad por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente, en tanto que la Ley General de la Vivienda, siempre consagró, desde su prístina redacción, similar principio en sede de vivienda de descanso. *Ergo*, el titular de su vivienda puede disponer *ad libitum* de esta a favor de la persona que desee, sin más cortapisas que la que pudiere imponer la existencia de legitimarios *ex* artículos 492 y 493 del vigente Código Civil, de ser la vivienda el único bien del que fuere titular al momento de su deceso, o de superar el valor de ésta, el cincuenta por cien de todo su patrimonio, en tanto los legitimarios o especialmente protegidos tendrían a su favor el ejercicio de las acciones conducentes a la protección de la legítima (*v.gr.*, la nulidad de la institución de herederos o la reducción de los legados atribuidos, si entre estos estuviere la vivienda).

(1) Así lo he dicho en mi artículo "Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el Derecho cubano: Un atinado giro copernicano" (inédito).

Prima pues el derecho de herencia frente al de ocupación, que se había erigido en obstáculo insalvable para la adjudicación de un inmueble por aquellos herederos que al deceso del titular no estuvieren ocupando el inmueble. La razón que sustentó esta posición y que trae causa de la Ley de Reforma Urbana y sus múltiples normas complementarias era la tuición de aquellos que habían mantenido con el titular una ocupación continua y estable, a quienes incluso el legislador del Código Civil de 1987 les favorece con la transmisión también por causa de muerte, dispuesta *ex lege* y a título singular, de los bienes indispensables para el mantenimiento de la vida en el hogar, o sea, los enseres domésticos o menaje familiar, hoy todavía Derecho vigente (*vid*. artículos 542 al 544 del Código Civil).

Los ocupantes del inmueble fueron favorecidos por el legislador de la leyes generales de la vivienda, principio inviolable durante toda la vigencia de ambas leyes (la de 1984 y la hoy, aún vigente), hasta la entrada en vigor, en fecha reciente, del Decreto-Ley 288/2011.

¿Qué se ha entendido por ocupación?

Ha sido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo quien ha intentado definir la ocupación, en esencia, en función interpretativa de las normas de la Ley General de la Vivienda, conectadas con el fenómeno sucesorio, en tiempos en que la ocupación desplazaba el derecho de herencia. Una buena parte de estas sentencias fueron dictadas para solucionar litis establecidas en la instancia con motivo de la impugnación de títulos formales notariales en que se instrumentaba la adjudicación hereditaria. Interpuestas las demandas por ocupantes no herederos, frente a los herederos, respecto de los cuales se alegaba la improcedencia de la ocupación que habían manifestado –o probado en el mejor de los casos–, ante el notario autorizante de la escritura pública de adjudicación (2).

(2) Téngase en cuenta que también en sede judicial, por la vía del contencioso administrativo, se conocían las demandas interpuestas contra las resoluciones administrativas (dictadas por las direcciones municipales de la vivienda) por las que se había adjudicado la vivienda a un heredero, en razón de tener mayor necesidad habitacional, frente al resto de los herederos, en supuestos en que ninguno era ocupante del inmueble, al momento del deceso de su titular (artículo 77 b) e igualmente en esta sede se conocían de las impugnaciones establecidas por los herederos no ocupantes de las resoluciones administrativas que le reconocían el derecho a la transferencia de la propiedad de la vivienda, a favor de los ocupantes no herederos, que reunían los requisitos establecidos en el artículo

La ocupación en tal sentido se entendió como una situación fáctica, de connotación jurídica que genera derechos subjetivos, o sea, el derecho a adjudicarse con preferencia un inmueble, frente incluso a los herederos del titular.

Se calificó como una situación fáctica. Para el Tribunal Supremo la ocupación es una *situación de hecho* (Sentencia Núm. 198 de 30 de marzo de 2006, Sentencia No. 1 de 22 de enero de 2009), es *física* (Sentencia Núm. 181 de 15 de marzo de 2005, Sentencia Núm. 234 de 31 de marzo de 2005, Sentencia Núm. 367 de 31 de mayo de 2005, Sentencia Núm. 602 de 14 de septiembre de 2005, Sentencia Núm. 231 de 28 de julio de 2008, Sentencia Núm. 64 de 30 de marzo de 2009), *material* (Sentencia Núm. 1 de 22 de enero de 2009, Sentencia Núm. 10 de 23 de enero de 2010), implica que el inmueble es el lugar *"donde la persona desenvuelve su realidad cotidiana, el sitio donde concreta su existencia"* (Sentencia Núm. 231 de 28 de julio de 2008), *"donde habitualmente (…) realiza las actividades necesarias para el desarrollo de su vida doméstica"* (Sentencia Núm. 173 de 30 de mayo de 2008), llamada dicha persona, de esta manera, ocupante. Pero también la ocupación ha de ser *permanente* (Sentencia Núm. 367 de 31 de mayo de 2005, Sentencia Núm. 602 de 14 de septiembre de 2005, Sentencia Núm. 64 de 30 de marzo de 2009) o *ininterrumpida* (Sentencia Núm. 234 de 31 de marzo de 2005, Sentencia Núm. 231 de 28 de julio de 2008) y *estable* (Sentencia Núm. 367 de 31 de mayo de 2005).

Hoy día, tras las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 288/2011 (3), la ocupación como categoría jurídico-inmobiliaria subsiste, lo que sin el protagonismo del que disfrutaba en el régimen jurídico anterior, de modo que la prueba de su existencia no es presupuesto ni para impugnar adjudicaciones hereditarias, ni para reclamar ante los tribunales competentes un derecho preferente de adquisición de un inmueble (4). En correspondencia con el artículo 24 de la Constitución,

---

78 de la Ley General de la Vivienda, precisamente para desvirtuar la ocupación o el cumplimiento de algunos de los requisitos establecidos *ex lege* y, en consecuencia, probar que al momento del fallecimiento del titular el inmueble estaba ocupado por personas sin derecho a reclamar la transferencia de la titularidad del inmueble a su favor. Ello a los fines de interpretar la norma, de modo que les favoreciera al superar el obstáculo que la norma imponía a los herederos cuando al deceso del titular, el inmueble estaba ocupado por terceros.

(3) Conforme lo he expresado en mi artículo "Sucesión por causa de muerte, vivienda…" *cit.* (inédito).

(4) Cabe citar entre otros pronunciamientos del Alto Foro en ese sentido, a guisa de ejemplo, los siguientes:

"aún tratándose de sucesión intestada, es exigible al heredero que pretenda

la nueva norma legal, al modificar la Ley General de la Vivienda, da preeminencia al derecho de sucesión por causa de muerte sobre la ocupación y ello no solo responde a un sentido jurídico-formal, sino en esencia, a los cambios que operan en la sociedad cubana. Suficiente con probar que no se ostenta la titularidad de otra vivienda de residencia permanente, para tener derecho a adjudicarse por sucesión *mortis causa* una vivienda de la cual se es heredero o legatario.

Empero, no quiso el legislador dejar desprotegidos a los ocupantes del inmueble y en tal sentido ha reconocido un peculiar derecho a quienes, con el consentimiento del propietario, hubieren estado ocupando el inmueble al menos, cinco años antes del fallecimiento de éste (*vid*. artículo 77.4)

---

adjudicarse la vivienda que fuere propiedad de su causante, la ocupación física estable y permanente del inmueble; y en el caso, estamos en presencia de sucesión testada donde el recurrente, instituido heredero universal de la causante, no reside en la vivienda controvertida, por lo que tal condición le resulta ineficaz para adjudicársela en atención a lo que establece el artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, pues el inmueble quedó ocupado por otras personas al fallecimiento de su titular (...)". Sentencia Núm. 367 de 31 de mayo del 2005, segundo Considerando (ponente González García).

"(...) alegada por la casacionista la infracción por aplicación indebida del artículo sesenta y siete inciso ch) del Código Civil en relación con el setenta y seis de la Ley General de la Vivienda ello no acontece, ya que en el caso, instada la nulidad de la Escritura Pública número quinientos noventa y uno de fecha trece de junio del dos mil tres sobre Aceptación de Herencia y Adjudicación de Vivienda sobre la base de que la heredera del propietario del inmueble no ocupaba la vivienda al ocurrir el fallecimiento de aquel, en buena hermenéutica jurídica habría que colegir que era prohibitivo otorgar la escritura cuando no se cumple con uno de los requisitos que exige la ley especial en la materia (...)". Sentencia Núm. 636 de 6 de octubre del 2005, segundo Considerando (Ponente Díaz Tenreiro)

"… teniendo en cuenta que el legatario instituido en Testamento Notarial otorgado por el propietario, sólo podrá adjudicarse la vivienda en los supuestos a que se refieren los incisos a) y b) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, supuestos fácticos vulnerados en el acto jurídico contenido en la Escritura Pública (…) sobre Aceptación y Adjudicación de Herencia, mediante la cual el demandado se adjudicó la vivienda objeto de la litis, y por consiguiente al realizarse en contra de una prohibición legal adolece del vicio de nulidad previsto en el artículo sesenta y siete inciso ch) del Código Civil, puesto que la referida vivienda no quedó libre de ocupantes al fallecimiento de su propietario, ni el legatario instituido la ocupaba con esa oportunidad, quedando demostrada la condición de conviviente del demandado, no heredero, en el inmueble de litis en virtud de la Resolución (…), desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta la actualidad, confirmada por la sentencia (…), dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana y la número (…) dictada por igual Sala del Tribunal Supremo Popular, de lo

2. El destino de los ocupantes, no herederos ni legatarios (5), a la muerte del titular del inmueble

Obsérvese que el legislador hace referencia a ocupantes, y no a convivientes. *Ergo*, se trata de personas que sin ser herederos, aun cuando puedan ser parientes allegados o no del titular, pues la norma no discrimina, ocupaban el inmueble al deceso de este, ocupación que ha de haberse prolongado por lo menos por cinco años, al fallecer el titular. No es necesario que esa ocupación lleve consigo convivencia con el titular, o sea, que el titular y los ocupantes no herederos, hayan vivido conjuntamente en el inmueble. El titular del derecho de propiedad, por tal concepto, puede haber vivido o no en el inmueble. Por no vivirlo, no pierde tal titularidad. No da respuesta, sin embargo, el legislador, a las situaciones de cotitularidad, o sea, cuando hay más de un propietario sobre el inmueble y fallece uno de ellos, en tanto el *supérstite* pretende dar por terminada la ocupación de dichas personas sobre el inmueble del cual ostenta la titularidad sobre una de los cuotas (en situaciones de copropiedad por cuotas o titularidad indivisa sobre un mismo bien inmueble).

No obstante, en principio, es evidente el *animus legislatoris* de favorecer a toda costa a los ocupantes del inmueble, de modo que estos nada reclamen al Estado, por motivo del fallecimiento del propietario, cuando el heredero o herederos adjudicatario(s) pretenda(n) poner fin

---

que resulta la ineficacia de la Escritura Pública de cuya nulidad se trata". Sentencia Núm. 111 de 31 de marzo del 2008, primer Considerando de la segunda sentencia (ponente L. Hernández Pérez).

"… la sentencia dio por sentado que la recurrente no ocupaba la vivienda al fallecer la propietaria y testadora de la misma, así como que quien la ocupaba en ese momento fue el hijo de aquella y padre de la no recurrente, situación fáctica determinante por la que se ha de estar y pasar, que impedía al heredero testamentario la realización del acto de adjudicación de conformidad con la letra del artículo setenta y seis, ya que no se daba ninguna de las dos posibilidades, para que el heredero testamentario pudiera adjudicarse la vivienda, pues la del caso ni era ocupada por la heredera testamentaria, ni quedó libre de ocupantes; sin que ninguna trascendencia tenga sobre ese impedimento el fallecimiento posterior del ocupante; cuando lo que ha de tenerse en cuenta a los efectos del derecho de los herederos del propietario es la situación del inmueble al justo y preciso momento del deceso de aquel (…)". Sentencia Núm. 163 de 30 de mayo del 2008, tercer Considerando (ponente Acosta Ricart).

(5) Es dable aclarar que cuando me refiero en este estudio a los ocupantes, no herederos ni legatarios, lo hago en el sentido de que no sean los herederos ni los legatarios del titular de la vivienda, respecto de esta, lo cual no quiere decir, en modo alguno que lo sean en otros bienes de aquel. Es a los efectos de la vivienda en lo que ellos no son ni lo uno ni lo otro.

a la ocupación que venían detentando con el asentimiento del otrora titular, quien, no obstante, en vida sí que pudiera haber ejercitado el derecho que le franquea el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, salvo en los casos a los que se contrae el artículo 65, situaciones que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo valoró casuísticamente y con el verdadero tono de excepcionalidad que la norma les dota. O sea, como primera nota característica, hay que acotar que los ocupantes a los que se refiere el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, según la redacción dada por el artículo 3 del Decreto-Ley 288/2011, no tienen por qué coincidir con los sujetos protegidos del cese de convivencia a que alude el artículo 65 de la propia Ley, por lo que el titular en vida, en cualquier momento pudo promover el cese de la ocupación, o de la convivencia, en un sentido estricto, si ambos hubieren vivido juntos. Resulta verdaderamente demasiado abarcador, como ahora constataremos, los sujetos que pudieran resultar beneficiados con el derecho reconocido *ex lege* a su favor en el citado artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda.

2.1. La atribución por causa de muerte, a título particular y *ex lege* del "derecho a mantener la ocupación del inmueble" a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios

Se trata, sin dudas, de un verdadero derecho subjetivo reconocido a favor de los ocupantes, no herederos, quienes tan solo tienen que probar la ocupación, ni tan siquiera la convivencia, en el inmueble del cual fuera titular el causante, al menos cinco años antes del fallecimiento, siempre que la ocupación hubiere sido con el consentimiento del propietario. Implícitamente doy por sentado que para el reconocimiento de tal derecho, es necesario no tener otra vivienda de residencia permanente en propiedad, pues de tenerse, no habría motivo, ni justo, ni legal, para que a su favor se le reconozca a un sujeto, el derecho a mantener la ocupación de un inmueble de titularidad ajena. De ser titular de una vivienda situada en zona de descanso, si bien, según el dictado literal de la norma, pudiera el ocupante, no heredero, resultar beneficiado con dicho derecho, su propia excepcionalidad conculcaría con la acreditación de la titularidad sobre otra vivienda, aunque esta la destinare al descanso o veraneo, pues repugnaría el sentido ético y a toda lógica jurídica que reclame la ocupación de una vivienda, para ocuparla permanentemente, con la consiguiente afectación que ello trae consigo para el derecho real de propiedad, del cual es titular el nuevo adjudicatario por causa de muerte, cuando se ostenta la titularidad

sobre otra vivienda, a la que se quiere mantener insistentemente destinada a descansar o veranear y en la que muy bien pudiera fijarse la residencia permanente.

Analicemos con detenimiento la naturaleza de la atribución de tal derecho. En primer orden, se trata de un derecho subjetivo atribuido *ex lege*. No es el titular del inmueble el que atribuye el mencionado derecho. Pudiera el propietario, eso sí, imponer por vía de modo, al legatario o heredero a quien le atribuye su vivienda de residencia permanente, *ex* artículo 55 del Código Civil, el derecho a ocupar el inmueble a un tercero, mientras esa persona viva o por un tiempo determinado. Tal tercero, pudiera ser una de las personas que venía ocupando el inmueble, y que no beneficia el titular testador, con la vivienda, ni por herencia, ni por legado, pero también cabe que a través del modo, quiera el disponente por causa de muerte, beneficiarle, aun cuando este último, ni tan siquiera hubiera ocupado nunca el inmueble. Ello en todo caso en el reino de las hipótesis, es posible, nada constriñe al testador a actuar de otra manera. Ahora bien, el derecho que se reconoce en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado redactado por el Decreto-Ley 288/2011 es de indudable atribución legal. Es el legislador quien se lo atribuye al o a los ocupantes, precisamente si logran demostrar ocupación del inmueble con la anuencia del titular (lo mismo expresa, que tácita, por lo menos cinco años, antes de su fallecimiento). Empero, aun sea de atribución legal el derecho, no quiere decir ello que se constituye legalmente. De este modo el titular del derecho, aun cuando no puede exigir su creación que es por disposición de ley, sí que puede interesar su constitución y ello a los fines de la publicidad que merece (en dependencia de la naturaleza que definitivamente se le confiera). Así, el derecho podría ser constituido voluntariamente por acuerdo del titular y del gravado (heredero o legatario de la vivienda), o por vía administrativa por resolución dictada a tal fin (ante las correspondientes direcciones municipales de la vivienda) o judicial, de existir controversia sobre ellos sobre su misma concurrencia, supuesto en el cual la resolución judicial servirá de justo título formal acreditativo del derecho.

Igualmente el derecho atribuido *ex lege*, lo es por causa de muerte. El derecho no está reconocido como tal en vida del titular del inmueble. Este, en cualquier momento puede promover un cese de convivencia -aunque *rectius* no conviva con la persona que ocupa su inmueble-, para lo cual le es dable ampararse en el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda. El ejercicio de tal acción, aún sin éxito, es prueba irrefutable de que tal ocupación ya no era con la anuencia del titular, aun-

que por supuesto si se les permitió entrar en el inmueble era porque su titular estuvo, de inicio, conteste. Suficiente, no obstante, que se demuestre que el titular ya no toleraba tal ocupación, para que no se le pueda reconocer a su favor el derecho previsto en el artículo 77.4. Quedaría por dilucidar cómo interpretar el supuesto en que, promovido el cese de convivencia, este fuere denegado por la instancia administrativa y ratificado por la judicial al amparo del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, pues en tales casos está claro que judicialmente se ha protegido al ocupante, pero igualmente la ocupación a que alude el artículo 77.4 no ha operado con "el consentimiento del titular", sino en contra de su voluntad ¿Habría entonces que entender que al fallecimiento del titular le sea atribuido el derecho a "mantenerse en la ocupación del inmueble"? Lo cierto es que el derecho nace por causa de muerte. En vida del titular este puede poner fin a la situación del ocupante, llamado por la Ley General de la Vivienda, conviviente, cuando el titular pretende extraerlo del inmueble y que cese su ocupación, o en todo caso convivencia (en el supuesto de que el titular conviva con el ocupante), lo que ha dado por entender el legislador cuando en el artículo 64 faculta al propietario a dar por terminada la convivencia, siendo lo cierto que realmente lo que pretende el propietario es dar por terminada la ocupación, que en una buena parte de los casos deviene en convivencia si el ocupante "convive", o sea, vive juntamente con el o los titulares del inmueble. Fallecido el propietario, nace a favor de los ocupantes, el derecho, ejercitable frente a todos, incluidos por supuesto los herederos de aquel, de que se les mantenga en la ocupación del inmueble, lo que pudiera llevar también a una futura "convivencia" forzosa o *ex lege* con los herederos o igualmente legatarios del finado propietario. Es la muerte de este último lo que lleva al legislador a la atribución de tal derecho, como si quisiera reforzar la situación de tales ocupantes, ante el cambio de circunstancias que opera con el advenimiento de los sucesores por causa de muerte, quienes se adjudicarían el inmueble, eso sí, respetando el derecho constituido a favor de aquellos que también eran ocupantes de dicho inmueble en vida de su causante.

Agréguese, que se trata además de un derecho atribuido a título particular. Los ocupantes reciben como una atribución legal, a la muerte del propietario del inmueble que venían ocupando, el derecho a continuar o prolongar indefinidamente la ocupación, algo similar al llamado legado "legal", o sea, a aquellas atribuciones por causa de muerte y a título singular que reciben por ley determinadas personas vinculadas con el causante de algún modo. No obstante, esta situación

se puede tornar mucho más compleja cuando se trata de situaciones de cotitularidad, obviadas en este tema, como en tantos otros, por las normas jurídicas sobre la vivienda.

Doy por sentado que los ocupantes de un inmueble para que puedan permanecer en él en tal condición, han de tener el asentimiento de todos los propietarios, pues autorizar la ocupación supone un acto de administración, para los cuales, según el dictado del artículo 164.2 del Código Civil *"… se requiere el consentimiento de la mayoría de los copropietarios y, en su defecto, la autoridad competente, a instancia de parte, resuelve lo que corresponda, incluso nombrar un administrador"*. *Ergo,* en situaciones de cotitularidad para que una persona ocupe un inmueble tienen que asentir la mayoría de los titulares, mayoría que se calcula según dispone el apartado 2 del mismo artículo citado, en proporción a lo que representa el valor de la cuota de cada uno de los condóminos. En defecto de tal mayoría, la autoridad competente (a mi juicio, la judicial), determinará cómo proceder. De ese modo, en el supuesto de que todos los copropietarios asintieron la ocupación ¿Qué situación resulta del hecho de que haya fallecido uno de los condóminos y el resto quiera dar por terminada la ocupación? ¿Le es dable a ellos dar por concluida dicha ocupación, o convivencia, según proceda, al amparo del artículo 64 de la Ley General de la Vivienda o prevalece el derecho reconocido en el artículo 77.4 de la propia Ley? ¿Se trata de un derecho declarado *ex lege* para situaciones de titularidad única, a cuyo tenor se protege al ocupante frente a los sucesores por causa de muerte de ese único titular, devenidos luego, nuevos propietarios? Esta situación, verdaderamente se convierte en un dédalo jurídico. ¿La muerte de uno de los condóminos hace nacer este derecho para los ocupantes frente al resto de los condóminos? ¿Supone ello que si se desea poner fin a la ocupación es necesario que se ejercite la acción antes del fallecimiento de cualquiera de los condóminos, aunque este no tuviere mayoría en la copropiedad constituida? De ser así, no tendría sentido alguno que los propietarios pudieran en cualquier momento poner fin a la ocupación y que la muerte de uno solo de ellos, lo impida, dado que al morir un condómino y ser sucedido por quienes tuvieren, a su muerte, derecho a ello, el reconocimiento del derecho previsto en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, enervaría toda posibilidad, de modo que el resto de los condóminos (en el supuesto en que resultaren ser la mayoría) tendrían que respetar el derecho de los ocupantes a mantener la ocupación del inmueble, aun en contra de esa masa de copropietarios que infructuosamente verían esfumar toda posibilidad de poner fin a la ocupación.

Por último, dada la singular naturaleza de este derecho, no cabe duda de que se trata de un derecho intransmisible por cualquier título. En efecto, el titular del derecho no lo puede ceder a ningún tercero, ni tampoco es transmisible por causa de muerte. Tan solo serán titulares del "derecho a mantener la ocupación del inmueble", lo que lo ocupaban, por lo menos cinco años antes del fallecimiento del titular, con su anuencia. Al fallecimiento del ocupante, se extingue el derecho. Si él había mantenido la ocupación con el nuevo titular, no nace para sus respectivos causahabientes (me refiero a los del ocupante), derecho alguno a su fallecimiento, éste fenece con su titular (dado su carácter vitalicio), con independencia de que a su deceso queden otros ocupantes en el inmueble, titulares en igual concepto del mencionado derecho.

2.2. Disquisiciones sobre la naturaleza de tal derecho: ¿personal o real?

Ahora bien, ¿Cuál es la verdadera naturaleza del derecho que vengo estudiando? Determinarla nos permitiría ubicar su régimen jurídico. No quepa duda que su delimitación supondría para cualquier jurista un verdadero quebradero de cabeza. Lamentablemente nuestras normas jurídicas carecen de una exposición de motivos de las cuales pueda colegirse la *ratio legis,* o al menos, el *animus legislatoris*. El legislador ha dotado a los ocupantes con un derecho que les permite mantener la ocupación. Hemos repasado ya cómo el Tribunal Supremo ha definido ésta. En tal orden, se impone deslindar la ocupación como aquella situación fáctica, de vocación permanente e ininterrumpida, respecto del lugar en el que una persona desarrolla sus actividades domésticas y cotidianas, situación fáctica que por los efectos que en Derecho provoca, deviene en situación jurídica, del derecho subjetivo derivado de ésta que el ordenamiento legal reconoce al sujeto inmerso en ella. O sea, creada y reconocida la situación jurídica, de la ocupación emana un derecho subjetivo para el ocupante. Derecho que a su vez, según su atribución legal, es oponible frente a terceros, o sea, no solo frente a los herederos o legatarios del titular del inmueble, sino ante cualquier otro. Esto es, reconocida una ocupación por el tiempo de al menos cinco años antes del fallecimiento del titular, con la anuencia de éste, el ordenamiento jurídico le reconoce al ocupante un derecho subjetivo que le permite mantener su *status quo*. No se trata del derecho a ocupar el inmueble, sino a prologar la ocupación ya detentada, de ahí el *nomen* atribuido por el legislador de "derecho a *mantener* la ocupación". No es una ocupación derivada del fallecimiento del titular, sino

un derecho atribuido *ex lege*, por causa de muerte y a título singular que tiene como objeto la ocupación precedente del inmueble por el tiempo que la ley ha fijado (cinco años como mínimo). Quien no haya sido ocupante en tales circunstancias, no resulta "beneficiado" por el legislador con la atribución de tal derecho.

Ahora bien, el derecho así configurado pareciere que se emparenta con los derechos reales, sobre todo por su oponibilidad *erga omnes,* si no es que realmente lo es.

Examinemos entonces si el derecho reconocido por el legislador supera el test que le permita ser ubicado dentro de los derechos reales.

Es cierto que se suele aducir con gran predicamento que los derechos reales son típicos, o sea, no es dable que se constituyan nuevos derechos de tal naturaleza. Esencialmente la discusión en este orden ha venido de la mano de si es dable, como acontece en sede de derechos crediticios, crear a través de un negocio jurídico nuevos derechos reales, distintos de los previamente regulados por ley. De todos modos, de calificarse el presente, de derecho real, su atribución sería *ex lege*. No es la voluntad del titular en su testamento quien crea el derecho a mantener la ocupación en el inmueble, sino la propia ley *ex* artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. Aunque algunos de los autores del Código Civil le niegan virtualidad a la autonomía de la voluntad como fuente creadora de derechos reales, y con ello la posibilidad de crear derechos reales atípicos (6), la poca doctrina cubana posterior que ha estudiado el tema, ha sustentado que nuestro Código Civil "no prohíbe expresamente la constitución de figuras atípicas de derechos reales y, en defecto de prohibición expresa, habría que entender vigente el carácter dispositivo de las normas del Derecho Civil: si no hay prohibición expresa, no se puede presumir" (7). Y con toda certeza el legislador del Código Civil no dispone en ninguno de sus preceptos que los

(6) Es el criterio del profesor Vicente Rapa Álvarez, uno de los autores del Código Civil. *Vid.* a tal fin *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, ENPES, La Habana, 1990, p. 19. En dicha obra, el autor sostiene que el Código Civil cubano de 1987 sólo reconoce los derechos reales que expresamente regula, de modo que a su juicio, no está autorizada la creación de nuevos derechos reales, por ser ajeno a ello la autonomía de la voluntad, como acontece en sede obligacional. En su tesis se apoya en los códigos civiles alemán, portugués y japonés, entre otros, que siguen tal orientación. Este esquema rígido de regulación de los derechos reales, cree el autor que facilita la gestión registral y garantiza además la seguridad del tráfico jurídico.

(7) Así, Rivero Valdés, Orlando, *Temas de derechos reales*, 3.ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2009, p. 23.

derechos reales regulados en dicho cuerpo normativo sean los únicos con fuerza jurídica en el ordenamiento cubano.

En la doctrina española los adversarios a la posibilidad de crear nuevos derechos reales se apoyan en la propia excepcionalidad de cada uno de los derechos reales reconocidos en la ley. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que defiende con vehemencia una posición contraria a la de la libertad en este orden, arguye que "El fundamento ontológico de la tipicidad es que todos los derechos reales limitados deben considerarse de algún modo como regímenes de desmembración de la propiedad, en razón a una *causa jurídica*, y que suponen medidas antieconómicas de tutela singular frente al principio supremo de tutela universal de los acreedores. Son por tanto derechos excepcionales (típicos)" (8). Más adelante también expresa que "La crisis del derecho se muestra siempre en el olvido de los valores universales y en el asalto del derecho por valores particulares. (El sistema estalla en un conjunto de fantasías dogmáticas). La tutela del crédito ha de considerarse el valor universal supremo del derecho civil (superior aun al de la autonomía de la voluntad) y las excepciones particulares a dicho principio han de establecerse siempre con mesura y con cautela, pues la destrucción de lo universal es irreversible" (9). Posición, a mi juicio, demasiado esquemática para justificar la improcedencia de nuevos derechos reales, sin negar la razón cierta que pueda encerrar, pues también la dinámica que el Derecho debe solventar puede imponer la necesidad de creación de nuevos derechos reales, no solo al libre albedrío de los particulares, sino cuando razones de orden público o interés social supongan la necesidad de nuevos derechos de esta naturaleza, no previstos en el Código Civil.

Pudiera dubitarse si el propósito del legislador fue crear un verdadero derecho real al reconocer al ocupante el "derecho a mantener la ocupación" del inmueble, tras el fallecimiento del titular, pero es lo cierto que este derecho, del modo en que ha sido reconocido, tiene rasgos o atributos que son propios de los derechos de naturaleza real.

Así, se trata de un derecho caracterizado por:

a) La *inmediatez*, en tanto el poder directo que tiene el ocupante sobre la cosa ocupada, o sea, la vivienda. El ocupante detenta la

(8) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *Curso de derechos reales,* tomo I–*Propiedad y posesión,* Cívitas, Madrid, 1986, p. 20

(9) *Idem,* p. 21.

vivienda, lo cual es cierto que puede compartir con el titular, pero esta detentación es visible y efectiva, a tal punto que el nuevo titular no le queda otra que tolerarla. Tal inmediatez la ejerce el ocupante *per se*, sin necesidad de que un tercero colabore en ello como en los derechos crediticios, en los que se tiene un derecho sobre la conducta del deudor a realizar una prestación consistente en un *dare*, un *facere* o un *non facere*.

b) La *corporeidad*. El derecho de ocupación se ejerce sobre un inmueble, concretamente sobre una vivienda de residencia permanente, lo cual hace palpable la tangibilidad de la cosa sobre la cual se ejercita el derecho. Se ocupa la vivienda y a partir de ahí, se usa en beneficio del ocupante.

c) La *perpetuidad*. En tal sentido es dable apuntar ciertas particularidades de este derecho. Es cierto que en la manera en que se regula en la Ley General de la Vivienda el derecho de ocupación del artículo 77.4, que a mi juicio tiene carácter personalísimo, pues resulta intransmisible por cualquier título causal, se le reconoce al ocupante, con vocación de permanencia y no de temporalidad alguna, si bien hay derechos reales como el usufructo o la superficie que se caracterizan por su temporalidad (*vid*. artículos 214, 215, 221 y 222.1 y 2, todos del Código Civil). El ocupante mantiene la ocupación, sin necesidad de justificar por qué está ocupando el inmueble, ni las necesidades perentorias que motivan a que ocupe un inmueble ajeno. Sin embargo, la lógica jurídica me induce a pensar, que el derecho de ocupación se extinguirá si se demuestra que el ocupante es titular de otra vivienda, o si durante esa ocupación puede adquirir para sí una vivienda, incluso por consolidación si llega a adquirir la vivienda sobre la que tiene constituido el derecho a mantener su ocupación. En tal sentido, no resulta compatible el derecho de propiedad o dominio sobre una vivienda propia y el derecho de ocupación sobre la vivienda ajena, como sí pudiera acontecer con los derechos reales de aprovechamiento, pues nada prohíbe que se sea titular del derecho de propiedad de un inmueble y usufructuario del inmueble de titularidad ajena. Pero es lo cierto que el legislador tampoco regula el régimen de extinción de este derecho y sí tan solo el título legal de atribución. Hay algo igual que en este orden me lleva a dudar sobre el íntegro cumplimiento en el derecho que se estudia de este atributo de los derechos reales, o sea, el de la perpetuidad. La ocupación como derecho reconocido

a quienes venían precisamente ocupando el inmueble al fallecimiento del titular se les reconoce por el sentido de continuidad de esta situación fáctica, devenida en jurídica. No creo que sea defendible que se ostente el derecho a ocupar una vivienda, si se deja de ocupar ésta, salvo en situaciones excepcionales. A diferencia del derecho de propiedad que no se pierde por el no ejercicio, sería discutible sustentar la tesis de que el derecho de ocupación no se pierda a pesar de que quien se diga ocupante, lleve tiempo sin ejercer la ocupación, en tanto en ese período ha venido ocupando otro inmueble. La peculiar naturaleza de este novísimo derecho lleva a crear grietas que se hacen visibles respecto al carácter perpetuo de los derechos reales.

d) La *oponibilidad* frente a terceros. Si hay un atributo de los derechos reales que me hace pensar en esta naturaleza para el "derecho a mantener la ocupación" de una vivienda, es éste. El derecho creado *ex lege* a favor del ocupante es oponible -como he venido reiterando hasta la saciedad-, *erga omnes*. Cualquiera que sea el titular del inmueble, y no solo los herederos o legatarios del titular que autorizó la ocupación, sino también sus causahabientes, deben respetar la situación jurídica creada, de modo que el reconocimiento del derecho, les afecta, dado que el dominio o propiedad está gravado con la ocupación, cuya naturaleza se aproxima, si bien tiene elementos que le hacen diferentes, al derecho de habitación como derecho real de aprovechamiento.

e) La reipersecutoriedad. Al tener efectos absolutos los derechos reales, lo cual hace que sea exclusivo del titular frente a terceros, los titulares de un derecho real pueden recuperar la cosa, en manos de quien se encuentre. En este orden, dado que el derecho de ocupación permite a su titular beneficiarse con una vivienda, en la cual tendrá ubicada su morada y en la que realizará las más comunes necesidades de la vida doméstica y cotidiana, ello supone que aún enajenado el inmueble por el nuevo titular a un tercero, por el concepto que sea, el ocupante del inmueble tendrá derecho a seguir ocupando el inmueble, aun en el supuesto en que el tercero adquirente lo haya desconocido, pues en tales circunstancias entraríamos en el espinoso tema del saneamiento por evicción por la existencia de gravámenes ocultos, si es que para el adquirente cabe ser conceptuado el derecho del ocupante como un gravamen, amén de lo que posteriormente explicaré sobre la procedencia o no de la

inscripción del derecho. Eso sí, no se trata en buena técnica jurídica de recuperar el inmueble o de perseguir el inmueble, dada la peculiaridad del derecho de ocupación. No tiene el ocupante a su favor una acción similar a la de naturaleza reivindicatoria que a favor del titular dispensa el artículo 129 del Código Civil. El derecho de ocupación en sí, no puede ser enajenado, lo que sí acontece sobre el derecho de propiedad, otra cuestión distinta será la inherencia del derecho de ocupación sobre la cosa o bien inmueble que se enajena.

f) La *publicidad registral*. Uno de los atributos más visibles de los derechos reales es su publicidad a través de los registros correspondientes que permite a su vez ejercitar la oponibilidad frente a terceros que se predica en ellos. En aras de las garantías del tráfico jurídico, los derechos reales han de ser publicados. La Resolución 114/2009 de la Ministra de Justicia, reguladora de las normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad establece en su artículo 4, apartado 11, que entre los títulos formales que pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad se citan a "*Las resoluciones administrativas que reconocen un derecho real sobre un bien inmueble*", título idóneo para reconocer el derecho que tienen los ocupantes del titular de una vivienda, que al fallecer éste, acreditasen una ocupación, con su anuencia, por los menos cinco años antes de su deceso. No cabe duda que el reconocimiento del derecho a que hago referencia, cuyo título causal o material es la ley, obrará por vía administrativa, de modo que la resolución que al efecto se dicte por la Dirección Municipal de la Vivienda pudiera ser el título formal que accedería al Registro, como también lo pudiera ser una resolución judicial, de solventarse una litis en derredor de su reconocimiento por la vía del contencioso-administrativo. Reconozco que el tema es discutible, como polémico puede resultar su encuadramiento dentro de los derechos reales. Empero, de admitirse tal tesis, sería un absurdo que el Registro de la Propiedad le diera la espalda ¿Qué garantía tendrían los causahabientes del heredero o legatario que al fallecimiento del titular se adjudican el inmueble, si desconocen la afección de naturaleza real que la ocupación mantenida por disposición legal a favor de los ocupantes, supone para el nuevo titular? Téngase en cuenta que el comprador, el vendedor, el donatario o cualquier adquirente del inmueble, tendrá que tolerar el derecho de ocupación reconocido *ex* artículo 77.4 de la Ley General de la

Vivienda, con absoluta enervación de la facultad de poner fin a dicha ocupación. Si ello es así, como en realidad acontece conforme con el dictado legal, la publicidad del registro será un arma para la seguridad jurídica dinámica, el adquirente conocerá a través del asiento de inscripción registral y la respectiva certificación de dominio y gravámenes que expide el Registro, el gravamen real que la ocupación supone para cualquier pretenso adquirente.

2.3. Contenido y alcance del derecho

Cabe, en consecuencia, estudiar cuál es el contenido de este derecho, o sea, qué facultades se entienden ínsitas en él. Si partimos de la tesis de que estamos en presencia de un derecho real, entonces, siguiendo al maestro Díez-Picazo es necesario describir cómo operan en él las principales facultades que dimanan de derechos de esta naturaleza (10).

a) La facultad de realización directa que incluye la utilización, goce y disfrute. Esta facultad, tratándose de un derecho real de aprovechamiento comprende el *ius utendi*, o sea, el derecho de usar o utilizar la vivienda, de manera que puede servirse de ésta. El ocupante no estaría limitado con exclusividad a utilizar tan solo ciertos compartimentos del inmueble. El concepto de ocupante se refiere a todo el inmueble, no a determinadas habitaciones de éste. De igual modo el *ius fruendi*, en tanto que al servirse de la vivienda, podrá disfrutarla y gozarla, si bien no obtener frutos civiles, dado que en su condición de ocupante no estaría legitimado *v.gr.,* para arrendar el inmueble.

b) La facultad de exclusión. Conforme con dicha facultad el ocupante puede prevenir, impedir o poner remedio –según expresa Diez-Picazo–, a las intromisiones o perturbaciones causadas por personas extrañas al goce. Según esta facultad el titular del derecho real, en su estado preventivo puede lograr que la eventual intromisión o perturbación quede enervada o impedida y en su aspecto represivo puede reclamar que se ponga fin a toda perturbación o

(10) Sigo el esquema del contenido del derecho real descrito por Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo III–*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión,* 5.ª edición, Thomson - Civitas, Madrid, 2008, pp. 914-918.

lesión y que la cosa se restituya a la situación en que se encontraba antes. Así, el ocupante puede impedir que se ejercite cualquier cese de convivencia por los nuevos titulares, dado que la Ley le atribuye el derecho a mantener la ocupación, e incluso -aún pudiendo ser discutible-, ante cualquier perturbación de ésta, lo cual comporta posesión, pudiera interesar en sede judicial amparo en la posesión (*vid*. artículos 203 y 204 del Código Civil y artículos 401 al 414 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico).

c) La facultad de persecución, o lo que también se denomina reipersecutoriedad, a cuyo tenor el titular del derecho real puede exigir frente a cualquiera que detente el bien, que le sea restituido. El ocupante como titular de un posible derecho real en cosa ajena, puede disponer a su favor de la acción confesoria, a los efectos de que le sea declarada o reconocida la ocupación regulada en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, incluso frente a los herederos o legatarios del titular, o frente a aquellos que traigan causa de éstos, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Los nuevos titulares tienen que tolerar el derecho atribuido a los ocupantes por el mencionado precepto. Este en vía administrativa puede interesar el reconocimiento del "derecho a mantener la ocupación del inmueble".

d) La facultad de disposición. Por la peculiar situación de los ocupantes y su carácter personalísimo, no le es dable transmitir ni a título *inter vivos*, ni *mortis causa* el derecho del cual son titulares. En cambio, como contenido de esta facultad, sí que le es dable su extinción a través de la renuncia (*vid*. artículo 5 del Código Civil).

Por otra parte para los herederos o legatarios del titular, o para quienes traigan causa de ellos, el reconocimiento *ex lege* del "derecho a mantener la ocupación del inmueble" supondría una posible carga o gravamen real, en tanto situación de sujeción, dado que los nuevos titulares tendrán que soportar el derecho atribuido a los ocupantes, para lo cual se les impone un comportamiento negativo, de abstención o tolerancia. Los nuevos titulares, o quienes en un futuro traigan causa de ellos, aun cuando puedan igualmente disfrutar y aprovechar el inmueble en razón del dominio que ostentan sobre él, tal dominio estará gravado con la ocupación de ciertas personas, a las que no pueden extraer del inmueble y que, en principio, vitaliciamente tendrán derecho a seguir manteniendo la referida ocupación.

De seguir este razonamiento, estaríamos en presencia del carácter inherente que tiene el gravamen respecto de la vivienda, de modo que cualquiera que sea su ulterior adquirente tendrá que tolerar su existencia en el sentido de, si quiere convivir en el inmueble, hacerlo conjuntamente con los ocupantes. Situación que como apunta DÍEZ-PICAZO "es una situación que se transmite, en la que sucede (*proptem rem*) el adquirente o el sujeto en la titularidad del dominio" (11).

2.3.1. El "derecho a mantener la ocupación del inmueble": ¿Un nuevo derecho real de habitación?

De cuanto he venido explicando, el "derecho a mantener la ocupación del inmueble" tiene una naturaleza que le asemeja al derecho real de habitación, regulado en el Código Civil español, vigente en Cuba hasta 1988 (12). Apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que si bien el derecho de uso, estrechamente vinculado con el de habitación, es un anacronismo, el derecho de habitación ha emergido en razón de puntuales aplicaciones prácticas como "cuando se desea asegurar a una persona el derecho a la vivienda con carácter vitalicio o duradero" (13).

En la doctrina argentina, BORDA define al derecho real de habitación como aquel que le permite a su titular la utilidad de morar una vivienda. La habitación permite el uso de la vivienda pero no aprove-

(11) *Idem*, p. 919.

(12) La doctrina que ha estudiado con detenimiento esta figura (*vid.* VENEZIAN, Giacomo, Usufructo, uso y habitación, tomo I, traducción castellana de Rafael ATARD, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José CASTÁN TOBEÑAS, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 78 y ss.) y a la que sigo en esta nota, ubica a la *habitatio*, como un derecho real desprendido del usufructo, se trata de un "derecho de cobijarse en un determinado edificio". En su origen se concedió como *ususfructus aedium, ususfructus domus;* la cláusula que se le une, *habitandi causa*. Se alega que pudo tener por fin limitar el derecho otorgado a la satisfacción de la necesidad que el concesionario sienta de una habitación. En tal sentido, contendieron los jurisconsultos clásicos respecto a sí había de interpretarse siempre así, o sí, no obstante, el concesionario conservaba la facultad de usar de la casa para algo más que para habitarla (sin hacer alteración en ella, se entiende, de su destino económico), y si podía, por lo tanto, alquilarla; controversia que resuelve una constitución de Justiniano en favor de la segunda de las opiniones expuestas.

(33) DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* volumen III–*Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral,* 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 432.

charse económicamente de ella, ni la facultad de percibir sus frutos (14). Y al igual que el "derecho a mantener la ocupación del inmueble", se caracteriza por su temporabilidad e intransmisibilidad, esta última en razón de su naturaleza personalísima, al constituir un "ligamen indisoluble con la persona del titular del que el gravamen es, en principio, inseparable" (15). O sea, el titular del derecho real de habitación no lo puede transmitir ni a título *inter vivos*, ni *mortis causa*, y por regla general, tal y como al parecer también lo dibuja el legislador de la Ley General de la Vivienda, el derecho reconocido en el artículo 77.4 es vitalicio, a menos que se renuncie a él, o se haga inconsistente con su propia función social, por adquirir el ocupante una vivienda de residencia permanente. En todo caso, siempre será ejercitado únicamente por su titular, sin posibilidad alguna de transmitirlo por ningún título, dado que le satisface la perentoria necesidad de tener un techo donde vivir. También tienen en común el ser derechos limitados, o sea, se limitan a satisfacer las necesidades del habitador y del ocupante, según el caso. No obstante, el derecho real de habitación puede recaer sobre toda la vivienda o sobre piezas determinadas de la vivienda, en tanto que, en la manera en la que se ha venido perfilando la ocupación en nuestro Derecho, implica la posibilidad de utilizar todo el inmueble, sin que tenga el ocupante que reservarse el uso de determinadas piezas. En otro orden, el título constitutivo del derecho real de habitación, al igual que el de uso, preeminentemente es voluntario, por acto *inter vivos* o por causa de muerte, a diferencia del "derecho a mantener la ocupación del inmueble" que es de atribución legal.

Creo oportuno también, por la similitud que tiene, distinguir el derecho reconocido por el Decreto-Ley 288/2011, al modificar la vigente Ley General de la Vivienda, de la novedosa figura, reconocida en el Derecho español, de la atribución legal del derecho real de habitación a favor del legitimario discapacitado. En primer orden, marcan diferencias los sujetos destinatarios, en el Derecho español, la Ley 41/2003 que modifica varios preceptos del Código Civil, entre ellos el 822, en pos de la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad atribuye el derecho, en defecto de disposición en contra del testador, a favor de uno o varios legitimarios con discapacidad, o sea

(14) Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, tomo II–*Derechos reales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 973.

(15) Doral García de Pazos, José Antonio, "Comentarios al artículo 525", en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), EDERSA, Madrid, versión en Vlex, http://vlex.com/vid/230305, p. 4.

la finalidad de la norma es "dispensar un trato de favor a la constitución de derechos de habitación a título gratuito, cuando tengan como destinatarios a personas con discapacidad y, como objeto, la que viene siendo su vivienda habitual (…) (y) asegurar a los legitimarios discapacitados el uso, con carácter en principio vitalicio, de la que ha venido siendo su vivienda habitual, para cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario el discapacitado, no haya previsto nada al respecto" (16), mientras en nuestro Derecho, el beneficiario es una persona no heredera, ni legataria, mucho menos legitimaria, que tampoco tiene que demostrar su discapacidad, ni el grado de ésta. Todo lo contrario, el beneficiario de este derecho es el ocupante del inmueble, o sea, quien venía ocupándolo, sin más requerimiento, que dicha ocupación haya sido con la anuencia del titular por un plazo no menor de cinco años, antes del fallecimiento de éste. La finalidad del "legado" legal del derecho real de habitación es la protección a las personas con discapacidad, si bien como precisa Sanz Viola, se trata, al igual que el nuestro en este orden, "de un derecho real, de origen legal que surge en el momento de la apertura de una sucesión mortis causa y opera tanto en la sucesión testada como en la intestada" (17). Atribución que no es computable en la legítima (18), mientras que el derecho atribuido *ex lege* a los ocupantes del inmueble en el entorno jurídico cubano, teóricamente pudiera suponer un gravamen que vulnera la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero en todo caso, se erige en una norma de excepción en este orden. Como norma impera-

---

(16) *Vid.* Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia, "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", en *Actualidad Civil,* Núm. 4, quincena del 16 al 29 de febrero de 2004, tomo I, p. 7 (versión en pdf). *Vid.* asimismo Monestier Morales, Juan Luis, "Legados de habitación a favor del discapacitado: efectos civiles y liquidación tributaria", en *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* 1 de noviembre de 2007, p. 5, en http://www.refdugr.com/documentos/articulos/1.pdf, consultada el 2 de mayo de 2013.

(17) *Vid.* Sanz Viola, Ana María, "El derecho de habitación legal a favor del discapacitado", en Actualidad Civil, Núm. 2, quincena de 16 al 31 de enero de 2009, tomo I, p. 2 (versión en pdf). Igual criterio sostiene Donado Vara, Araceli, "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez,* volumen I, Josefina Alventosa del Rio y Rosa Moliner Navarro (coordinadoras), Universitat de Valencia, 2008, p. 377.

(18) Posición que defiende, entre otros, Monestier Morales, J. L., "Legados de habitación a favor del discapacitado…", *cit.*, pp. 17-18. Otros, como Donado Vara, A., "Reflexiones sobre el nuevo derecho…", *cit.*, p. 369, lo consideran un verdadero privilegio y una de las finalidades de la ley que lo reguló.

tiva o de policía, no da cabida a la autonomía de la voluntad, o sea, no le es dable al testador evitar la aplicación *ex lege* del artículo 77.4, a menos que en vida el titular del inmueble, decida poner fin a la ocupación *ex* artículo 64 de la Ley General de la Vivienda. Por ese motivo, no cabría hablar de un verdadero legado, como disposición a título particular, *mortis causa*, de naturaleza voluntaria, por el atribuyente, en su condición de titular del inmueble, ni tampoco de su disposición por donación. Su naturaleza es legal, lo crea y lo atribuye el legislador (19). No le es dable al titular del inmueble excluirlo en su testamento, pues el derecho nace a la muerte del titular, antes, el ocupante no tenía derecho a continuar tal ocupación, ello nace precisamente por causa de la muerte del titular de la vivienda. No se trata de una transmisión, sino del nacimiento y atribución por motivo de la muerte del propietario de la vivienda. A diferencia de la figura reconocida en el Derecho español, a cuyo tenor el atributario del derecho "queda facultado para ocupar y usar, en una casa ajena, las piezas o dependencias necesarias para él y para las personas de su familia, quedando las que no le sean precisas a disposición del dueño de la vivienda" (20), el derecho regulado en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda le atribuye a su titular la posibilidad de aprovecharse de la ocupación de toda la vivienda, no de piezas concretas de éstas, pero no le atribuye a su titular, en ningún caso la exclusión de la convivencia de los herederos o legatarios de la vivienda.

Coinciden, sin embargo, en el objeto sobre el cual recae el derecho, el derecho reconocido en nuestro Derecho patrio recae sobre la vivienda de residencia permanente, el regulado por el Derecho español sobre la vivienda habitual (21). No obstante, mientras que en el Derecho

---

(19) Como expone FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, "El nuevo artículo 822 del Código Civil; el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", en *Revista jurídica del Notariado,* Núm. 54, abril-junio 2005, p. 88, "el legado tiene su fundamento y justificación en la voluntad del testador. Por ello, no tienen la consideración de legados los llamados legados legales, o atribuciones de bienes o derechos a favor de determinadas personas, singularmente, pero no por disposición del causante, sino por ministerio o efecto de la propia ley", "en la base del legado subyace la naturaleza de acto voluntario del causante, del testador, que difícilmente puede identificarse con una atribución *ex lege*".

(20) *Vid.* SANZ VIOLA, A. M., "El derecho de habitación legal…", *cit.,* p. 2 (versión en pdf).

(21) En tal sentido se ha dicho, con gran acierto, por la doctrina española (MONESTIER MORALES, J. L., "Legados de habitación a favor del discapacitado…", *cit.,* p. 8), que este concepto de vivienda habitual "tiene como base o sustrato la permanencia, en el sentido de la realmente ocupada por ambos convivientes,

español se exige convivencia con el titular, de modo que también supone una situación precedente de ocupación de la vivienda por la persona con discapacidad, que a su vez es legitimario del causante, titular de este, en el Derecho cubano se requiere solamente ocupación, exigiéndose a tal fin un plazo, del cual se dispensa en el Derecho español (22).

2.3.2. ¿Cabe ejercitar contra los titulares del derecho, el cese de convivencia *ex* artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, por el heredero o legatario, devenido luego propietario del inmueble? ¿Tendrán los titulares, la facultad de instar la nulidad en sede judicial, de los actos de transmisión de dominio del inmueble por su nuevo propietario?

A la muerte del titular, los herederos o legatarios a quienes les fue atribuida y adjudicada la vivienda, devienen en nuevos propietarios del inmueble, quienes por disposición legal, han de pasar por el *status quo*

---

discapaz y benefactor y, por tanto, no tiene por qué coincidir con la vivienda familiar, ni identificarse con el de la definición civil del 'domicilio' (art. 40 CC). Tal vez se estaría centrando la atención sobre otro aspecto, el dato objetivo de la residencia y convivencia real, entre benefactor y discapacitado, que puede darse o no en la vivienda familiar, y que en última instancia será una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces de instancia, pues, en último extremo, los herederos forzosos que ven perjudicada su legítima, podrían exigir la computación del derecho de habitación legado, si estiman que no se han cumplido por el testador los requisitos del artículo 822 del Código civil". Ramos Maestre, Áurea, "El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado", en *Revista de Derecho privado*, enero-febrero 2013, p. 22, apunta que por vivienda habitual ha de entenderse "el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar, donde convivían el discapacitado y el causante". Esta autora, no obstante, identifica vivienda habitual con vivienda familiar, y a tal fin puntualiza los requisitos que ha de cumplir dicha vivienda, a saber: ser habitable, de modo que reúna las condiciones que permitan desarrollar las funciones esenciales de la vida familiar; reunir la circunstancia de la habitualidad, de manera que la vivienda constituya el lugar en el que se desarrolla con normalidad y con vocación de permanencia la vida del beneficiario y la de los demás miembros de su familiar; y como tercer requisito que sea la vivienda principal, o sea, aquella en la que el legitimario con discapacidad tenga la residencia habitual, requerimiento que –según el criterio de esta autora-, ha de cumplirse no solo al tiempo de constituirse el derecho, sino también en el momento del fallecimiento del disponente.

(22) En la doctrina española, así se pronuncia Sanz Viola, A. M., "El derecho de habitación legal…" *cit.*, p. 7, para quien, si bien la convivencia es un requisito esencial para que le sea atribuido *ex lege* el derecho real de habitación al legitimario con discapacidad, resulta en el contexto hispánico un concepto indeterminado. Y respecto del plazo de convivencia, como no se exige ninguno,

establecido por el legislador, a saber: el respeto al derecho concedido a los ocupantes, como parte de la sujeción que el derecho real que al parecer reconoce el legislador a los ocupantes, comporta para los titulares del dominio.

Pero en qué consiste este derecho ¿qué supone tal ocupación? ¿Tiene acceso el ocupante a todo el inmueble? ¿Se confina a su dormitorio y a otras áreas esenciales del inmueble como las destinadas a los servicios sanitarios? En principio, como ya he explicado, la ocupación no confiere derechos especiales para el ocupante, que no sea, el mantener un *status* que no suponga para él hacinamiento, ni desmedro de los más elementales derechos como ser humano. El ocupante tiene acceso a todo el inmueble, respetando las reglas de urbanidad y armonía, sin derecho alguno a los actos de administración y disposición sobre él. Así, no le es dable elegir su dormitorio, ni el baño, en caso de que existan varios. Tiene que limitarse a lo que él o los propietarios dispongan, siempre que ello no conculque su dignidad. Empero, la norma con un afán sobreprotector llega a limitar las facultades del propietario, pues ha de tenerse en cuenta que la condición jurídica de heredero o legatario es meramente transitoria. Una vez adjudicado el legado o la herencia, quien fue heredero o legatario se convierte en nuevo titular del inmueble, y como tal ha de tener las mismas facultades que cualquier propietario, entre ellas la de poner fin a la ocupación o convivencia, según el caso, sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, que en la relación de sujetos protegidos no incluye a quienes fueron ocupantes con el anterior titular, por lo menos cinco años antes del deceso de éste, pues entonces

---

resulta suficiente –a su juicio–, que dicha convivencia existiera al momento del fallecimiento del titular del inmueble. Por su parte Monestier Morales, J. L., "Legados de habitación a favor del discapacitado…", *cit.*, p. 11, sostiene el mismo criterio de que el titular fallecido y el beneficiario, en su calidad de legitimario con discapacidad deben convivir al momento del deceso del primero, empero "Al no precisar la Ley un plazo mínimo de convivencia, se crea una norma en blanco que habrá de resolverse al prudente criterio del juzgador y de las pruebas practicadas". Más precisa resulta en este orden Ramos Maestre, Á., "El derecho de habitación…", *cit.*, pp. 23-24, quien dejando por sentado la necesidad de convivencia del legitimario con discapacidad con el titular de la vivienda, intenta una aproximación conceptual de convivencia, por la cual entiende "la existencia de vida en común, que podrá probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho". En tanto que, respecto del tiempo de duración de esa convivencia, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso del legislador, queda claro, –a su juicio–, que debe cumplirse tal convivencia al momento del óbito del titular de la vivienda y, segundo, la estabilidad de tal convivencia, o sea, que el legitimario con discapacidad tenía una convivencia duradera con el titular del inmueble.

las excepciones se convertirían en regla, de modo que al seguirse causando futuras herencias, el número de ocupantes pudiera irremediablemente incrementarse, pues a los ocupantes autorizados por el primer titular (causante) habrían que agregar los nuevamente autorizados por el siguiente titular, una vez devenido causante. En fin, sería un viaje con Alicia al pueblo de Maravillas.

Si hacemos un análisis comparativo de los convivientes que se protegen en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda con los ocupantes a quienes tutela el artículo 77.4 de la propia Ley podríamos llegar a conclusiones sumamente interesantes. Los convivientes protegidos son personas o unidas por vínculos de sangre en el orden de los descendientes o de los ascendientes con el propietario, o unidas por vínculo conyugal, o aun cuando este se hubiere extinguido, se tratare de la madre de los hijos comunes, menores de tres años, que no tuviere otro lugar de residencia, u otros sujetos que, por razones sociales, el legislador considera atinado enervar la acción del titular del inmueble de poner fin a la ocupación. Razones, precisamente de naturaleza social y humanitaria así lo ameritan, ya sea porque se trate de madres, aun extrañas al propietario, que igualmente con hijos menores de edad, llevaren tres o más años ocupando la vivienda, y tampoco tuvieren otro lugar de residencia, o ancianos en iguales circunstancias, o como también aduce el legislador "*cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano*", supuesto este último que permite dar protección a personas que por sus circunstancias, como pudieran resultar aquellas con determinadas discapacidades, ameriten no ser extraídas de la vivienda por las consecuencias que ello pudiere representarle en su estabilidad psíquica y emocional o en su valimiento. En todo caso, se trata de personas en situación de verdadera perentoriedad, motivada en gran medida por la inexistencia de lugar de origen al cual retornar y su propia desvalidez. Muy distinta es la situación de los ocupantes protegidos por el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. Dichos ocupantes no tienen que demostrar la inexistencia de lugar de origen, ni la convivencia con el titular del inmueble, mucho menos situación de perentoriedad, ni discapacidad, ni minoridad, ni incapacitación, ni vínculos de naturaleza parental o conyugal con el causante, ni situación alguna de desvalimiento económico o social. Suficiente con probar la temporalidad de una ocupación, superior a los cinco años al momento del deceso del titular de la vivienda, la anuencia de este en tal ocupación y el fallecimiento de dicho titular, para invocar a su favor y frente a todos los demás, incluidos los nuevos titulares, el "derecho a mantener la ocu-

pación del inmueble" que, una vez reconocido, será ejercitable sin límite de tiempo, pues el legislador ni tan siquiera establece un plazo prudencial para que los ocupantes se procuren una nueva vivienda en concepto ahora de titulares.

Similar al principio sucesorio: *semel heres, semper heres*, una vez reconocida la condición de ocupante protegido en un sujeto, este siempre la tendrá, en principio, salvo lo que ya he acotado, a perpetuidad. Se colige de cuanto he expresado que el ocupante es un sujeto especialmente protegido por el Derecho, sin otra razón que atender que la propia ocupación. Se quiere evitar por el legislador una carga para el Estado, al impedirle al nuevo titular la extracción del inmueble de quienes venían ocupando este al fallecer su propietario, haciendo nacer *ex lege* un derecho subjetivo de esa situación fáctica, sin miramiento alguno del desmedro que ello comporta para el derecho de los nuevos titulares, quienes no tendrán otra opción para evitar esa eterna ocupación que no sea procurarles dinero suficiente para que estos puedan adquirir un inmueble, dinero que tendrán que abonar de su propio patrimonio, a la vez que sujetarse a deseos o caprichos de los ocupantes, en tanto que en el orden legal nada compele a estos a que acepten la proposición de los nuevos titulares. Incluso, sería de dudoso éxito la pretensión en sede judicial de los herederos o legatarios, devenidos nuevos propietarios del inmueble, de compeler a los ocupantes a que acepten su proposición de recibir cierta cantidad de dinero para que con ella adquieren un inmueble, pues también entraría en el terreno de la dogmática jurídica, si ciertamente ellos estarían legitimados para promover ese proceso, amén de todas los extremos que pudieran aducir los ocupantes, quienes incluso pudieran resultar personas no vinculadas entre sí por lazos familiares y exigir cada uno de ellos, de los nuevos titulares, dinero para adquirir sus propios inmuebles, situación insostenible patrimonialmente para los nuevos titulares que tendrían que resignarse a tolerar una ocupación impuesta más que por su causante, por la ley. No se olvide, algo que he reiterado respecto de esos ocupantes, a menos que se encontraren en las excepciones del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, el anterior titular podía en cualquier momento poner fin a la ocupación, facultad que se le cercena por ley a quienes a su muerte, traen causa de él.

Entiéndase por tanto que el "derecho a mantener la ocupación del inmueble" enerva toda facultad del nuevo propietario de ejercitar el cese de ocupación. Ahora bien ¿existe comunicabilidad entre este derecho y el reconocido en el artículo 70.5 de la Ley General de la Vivienda de anular el contrato de compraventa o donación del inmue-

ble en el cual se es conviviente especialmente protegido? Como en otra ocasión ya se ha explicado (23), el legislador ha dotado a los convivientes especialmente protegidos que regula el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, con el derecho a ejercitar la acción de nulidad del contrato de compraventa o de donación de la vivienda en la que precisamente se es conviviente, lo que *per se* es hartamente controvertido, pero pudiera resultarlo mucho más, si el ocupante a que se refiere el legislador en el artículo 77.4 de la citada Ley se entiende también legitimado para ejercitar la misma acción. No obstante, la interpretación que ofrezco, como corresponde al caso, es restrictiva. Dotar a los convivientes especialmente protegidos con la acción de nulidad absoluta del contrato de compraventa o del de donación de la vivienda, además de injusto, resulta un contrasentido, *ergo*, tratándose de una norma jurídica de excepción no ha de ser interpretada en sentido extensivo, ni incluirse en ella sujetos distintos a los específicamente legitimados por la ley para el ejercicio de la acción de nulidad. El precepto en concreto legitima la nulidad de tales contratos en el supuesto de desprotección de alguno de los sujetos a que se refiere el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, no a los ocupantes previstos en el artículo 77.4. De este modo, si el nuevo propietario, decide vender o donar la vivienda y los ocupantes con "derecho a mantener la ocupación del inmueble" no son a su vez de los que el legislador prevé como convivientes especialmente protegidos del artículo 65, no están legitimados para impugnar uno y otro contrato concertado ¡Ojo! Pero sí que podrán oponer frente al nuevo titular, causahabiente a título particular del sucesor por causa de muerte del primer titular que les permitió ocupar el inmueble durante por los menos cinco años, antes de su fallecimiento, el derecho reconocido *ex lege*, a título singular y *mortis causa* de mantener esa ocupación, que no decae por el acto de compraventa o de donación que ahora ha concertado el heredero o legatario, luego devenido titular. Situación que sería idéntica en el supuesto de cesión de herencia o de cesión de derechos hereditarios. Frente a estos actos, o cualquier otro de transmisión de dominio, el derecho es oponible al devenido titular. No obstante, es dable distin-

(23) *Vid.* Roselló Manzano, Rafael, "La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables", en *La compraventa como paradigma contractual,* bajo mi coordinación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 379-398, y Pérez Gallardo, Leonardo B. "La compraventa de viviendas en el Derecho cubano", en Diario *La Ley,* Buenos Aires, de 19 de junio de 2013, año LXXVII, Núm. 113, Tomo La Ley 2013 C, pp. 1-7.

guir la oponibilidad *erga omnes* del derecho reconocido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, del derecho a solicitar judicialmente la nulidad del contrato de compraventa o de donación, prevista *ex* artículo 70.5 de la propia Ley. Mientras que, a tenor del primero se limita la facultad del propietario, cualquiera sea éste, de interesar el cese de la ocupación en el inmueble de quien tiene reconocido el tantas veces citado "derecho de mantener la ocupación"; conforme con el segundo, el comprador o donatario de un inmueble, derivado propietario de éste, puede perder la titularidad, cuando en el inmueble hay convivientes especialmente protegidos que acreditan que el acto de compraventa o el de donación lo dejan desprotegidos, concepto válvula, de apreciación judicial, que puede tener la más diversas interpretaciones. A este conviviente, legitimado por el artículo 70.5 y que se ubica en el elenco de sujetos protegidos, previsto en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, no solo se le protege su ocupación, sino que se le habilita para destruir con la más letal arma que dispensa las normas jurídicas civiles: la acción de nulidad absoluta, el contrato de compraventa o el de donación concertado por el propietario del inmueble con un tercero (comprador o donatario, según el caso), sin el más mínimo recato del legislador de proteger a ese tercero adquirente de buena fe, con título inscrito en el Registro de la Propiedad, incluso aun cuando sea a título oneroso, pues la norma legal no discrimina la naturaleza gratuita u onerosa del acto de transmisión de dominio, contraviniendo así principios elementales del Derecho civil, en el que se favorece la protección de quien adquiere a título oneroso, precisamente por la repercusión económica que los actos de esta naturaleza revisten.

En esta urdimbre jurídica es que vengo sosteniendo la tesis de que al ocupante, reconocido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, no le asiste el derecho a impugnar el contrato de compraventa o el de donación, a menos que, además de ser ocupante del inmueble, con el merecimiento que supone el derecho a mantener tal ocupación, se trate de una persona cuya situación sea subsumible en la hipótesis normativa del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, supuesto en el cual, además del derecho que le confiere el legislador en el artículo 77.4, pudiera, al menos hipotéticamente, ejercitar la nulidad del acto de compraventa o del de donación si el heredero, una vez adjudicatario, decide vender o donar el bien, con lo cual le dejaría desprotegido, presupuesto que como explicaré sería casi de imposible realización. En efecto, la legitimación para impugnar el contrato concertado pudiera ser discutible en el orden técnico, si se toma en

cuenta que al venirle reconocido *ex lege* el derecho de mantener la ocupación, oponible *erga omnes*, sería casi imposible que tuviera éxito el argumento de que la compraventa o la donación consumadas le perjudicaren, pues teniendo derecho a mantener la ocupación, quien en todo caso se vería afectado en el contenido del derecho de propiedad sobre el inmueble que adquiere sería el comprador o el donatario, el que de todos modos, de concertar el contrato con pleno conocimiento del derecho del o de los ocupantes, tampoco lo pudiera impugnar *a posteriori*. A fin de cuentas ¿Qué razones podría esgrimir un ocupante si el nuevo titular del inmueble (que lo había adquirido por sucesión *mortis causa*) lo quiere vender o donar, si a todas luces no lo puede extraer previamente del inmueble? ¿Cuáles argumentos pudiera argüir en pos del éxito de su demanda impugnatoria si su derecho es oponible al comprador o al donatario, quienes tendrían que respetar la ocupación que él ostenta del inmueble? Pudiera esgrimirse que el donatario o el comprador que adquiere el inmueble ha llevado a vivir a él a un mayor número de personas que las que antes vivían en él con el enajenante del inmueble, pero tales razones no podrían prosperar. Con ocupante especial protegido y todo, el titular puede llevar a vivir al inmueble a las personas que él decida, a diferencia de los ocupantes, quienes tienen vedada toda posibilidad en ese orden. Puede que el ocupante no se sienta bien con el nuevo titular (comprador o donatario), no mantenga relaciones armónicas, de cordialidad, pero ello no es razón suficiente para que prospere en sede judicial una demanda impugnatoria del contrato de compraventa o del de donación por motivo de la desprotección. El legislador lo que persigue con la norma (artículo 77.4) es que el ocupante no quede sin un lugar donde vivir, no quede en la calle, no satisfacer las apetencias emocionales o afectivas del ocupante, a partir de la mejor o peor predisposición que tenga respecto del titular del inmueble, en el que él tiene el derecho a mantener la ocupación, pero no a aspirar a mejorar este derecho con la adquisición de la titularidad del inmueble. En síntesis, los ocupantes amparados por el derecho reconocido *ex lege* en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, aún subsumibles en el catálogo de sujetos especialmente protegidos como convivientes según el dictado del artículo 65 de la propia Ley, no les debería alcanzar el derecho de impugnación del contrato de compraventa o de donación concertado por el titular del inmueble, en tanto la oponibilidad del "derecho a mantener la ocupación del inmueble", los mantendría siempre a buen resguardo e impediría que tal acto transmisivo del dominio les provocara una situación de indefensión o desprotección.

2.4. ¿Supone la atribución *ex lege* a favor de los ocupantes, no herederos, ni legatarios, "del derecho de mantener la ocupación del inmueble", tras el deceso del propietario, una vulneración legal de la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, en el supuesto de que el beneficiario de la vivienda fuere un legitimario?

Un tema sumamente interesante en el orden de la dogmática jurídica lo es la posible vulneración a la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, que pudiera suponer la atribución *ex lege* del derecho de los ocupantes, no herederos, a "mantener la ocupación del inmueble", tras el deceso de su titular. En efecto, ello pudiera acontecer si el titular tiene especialmente protegidos, a los cuales les debe atribuir la mitad de su patrimonio al día de su fallecimiento, en el supuesto de que la vivienda de residencia permanente agotare su patrimonio, como en muchísimas oportunidades acontece en la realidad cubana (24). Si fuere así, los legitimarios tendrían derecho a reclamar tan solo la mitad de ese inmueble, pero libre de gravamen alguno que aminore el disfrute de lo que por legítima les corresponde. Según el dictado literal del artículo 492.2 del Código Civil: *"El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos"*. Y es cierto que este derecho, reconocido a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios, funciona como un gravamen para los legitimarios, pues mermaría el disfrute de lo que por legítima les corresponde, sea la mitad del inmueble, o lo sea éste *in integrum*, en el supuesto de que existan otros bienes o derechos que puedan engrosar la parte de libre disposición.

(24) En el Derecho español, salvadas las distancias que nos separan, apunta Ramos Maestre, Á., "El derecho de habitación…", *cit.*, pp. 29-30, que en el supuesto en que "cuando el beneficiario del derecho de habitación concurren otros legitimarios no discapacitados y la vivienda habitual es el único bien que integra el caudal hereditario (…) aunque el legislador no lo diga expresamente, permite que el derecho de habitación grave la legítima de los otros legitimarios, que la percibirán mediante el derecho de nuda propiedad sobre la vivienda, beneficiando al legitimario discapacitado". Si bien, la autora parte del criterio de que el legislador debió expresamente reconocer esta situación en el artículo 813.2 del Código Civil en el que se reconoce la prohibición a cualquier vulneración a la intangibilidad cualitativa de la legítima, mediante la imposición de gravámenes, sustituciones, prohibiciones, condiciones, etcétera.

Sin embargo, es dable detenernos en este estudio. Ciertamente no es el testador el que grava la cuota de legítima con el derecho atribuido a un tercero sobre el bien que se atribuye por tal concepto. Se trata del propio legislador, de existir ocupantes del inmueble a la muerte del testador. Si la vivienda es destinada para satisfacer la cuota de legítima que le corresponde a los especialmente protegidos que tuviera el testador, ahora devenido en causante, la legítima estaría gravada con un derecho a favor de un tercero por disposición de la ley. El titular del inmueble, no obstante pudiera evitarlo, tan solo si ejercita en vida la facultad reconocida en el artículo 64 de la tantas veces mencionada Ley General de la Vivienda, de manera que a su fallecimiento deje la vivienda libre de ocupantes que pudieran quedar protegidos bajo el imperio del artículo 77.4 de dicha Ley. En sede de intangibilidad cualitativa de la legítima el legislador patrio peca por ser extremadamente escueto. Tan solo regula en el artículo 492.2 del Código Civil la prohibición de imponer gravamen alguno sobre la cuota de legítima, entendido el término gravamen, en su sentido etimológico de carga, obligación, canon, no en un sentido estricto de gravamen real, como lo es el derecho a mantener la ocupación de la vivienda de residencia permanente, pero nada dispone sobre las consecuencias que implica la vulneración de esta norma prohibitiva ¿Supone ello que el gravamen a que se somete la legítima se tiene por no puesto? En el ordenamiento jurídico español VALLET DE GOYTISOLO siempre tuvo claro que las lesiones *in tempore* o *in qualitate* de las legítimas se entendieron por no puestas desde las *lex Quoniam in prioribus* (25). De interpretarse así en el Derecho cubano, la situación se tornaría sumamente complicada.

---

(25) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Comentarios al artículo 813", en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo XI (Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, directores), 2.ª edición, EDERSA, Madrid, enero 1982, versión digital, en Id. vLex, http://www.vlex.com/vid/231276, consultado el 11 de abril de 2013, p. 2. Sobre el tema *vid.* también del propio autor, el agudo análisis que hace en sus *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer,* tomo I–Las legítimas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 1039 y ss. Esta ley, a la que alude VALLET, según el propio autor, recoge una Constitución dada por el emperador Justiniano en Constantinopla, el 1 de abril del 529, a cuyo tenor se ordenó la supresión de la condición, plazo, o disposición que causare demora o cualquier gravamen sobre la legítima y que se procediera como si nada de ello se hubiere añadido al testamento (*"quasi nihil eorum testamentum additum esset"*), o sea, el legitimario afectado, nada tenía que reclamar, como sí acontecía, en los supuestos de conculcación a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, dado que el gravamen, la condición, la sustitución, la prohibición o la demora, se tenían por no puestas.

Si la vivienda que se atribuye por concepto de legítima y en pago de esta por el testador al o a los especialmente protegidos, por cualquier título sucesorio (ya sea legado o herencia), estaba ocupada al momento de su fallecimiento por otras personas que no son herederas ni legatarias ¿subsistiría el derecho atribuido *ex lege* a favor de éstos de seguir ocupando la vivienda, incluso contra los propios beneficiarios del testamento? Si –como he apuntado–, el reconocimiento de este derecho a favor de quienes eran ocupantes al momento del deceso del titular, con los demás requisitos de ley, supone un gravamen real para los herederos o legatarios de la vivienda de residencia permanente, quienes tendrán que tolerar, en principio de manera vitalicia, la ocupación de terceros, implicaría una restricción de su derecho de propiedad sobre el inmueble, una limitación del pleno disfrute de la vivienda, y con ello un gravamen sobre la legítima que prohíbe expresamente el propio legislador en el artículo 492.2. En tal sentido apuntaba LACRUZ BERDEJO que lo asignado por concepto de legítima ha de entenderse con la mayor amplitud posible, "en beneficio de la completa percepción, por el legitimario, de cuanto le corresponda" (26). En todo caso ¿Cómo solventar entre conflicto de normas legales que ponen en peligro la intangibilidad cualitativa de la legítima? No puede perderse de vista que el precepto impone al testador la limitación de gravar la legítima, cuando ello lo hace por actos *mortis causa*, pero no prevé el legislador del Código Civil que el gravamen de la legítima provenga de un derecho atribuido *ex lege* a favor de terceros sobre la cuota de legítima, o sea, confluyen dos normas jurídicas que colisionan sobre un mismo derecho: el de recibir la legítima sin gravamen alguno. En tal supuesto, es claro que el sujeto al que se le prohíbe gravar la legítima es al testador. No puede perderse de vista que en nuestro Derecho la legítima asistencial regulada es excepción al principio de libertad de testar que reconoce el legislador del Código Civil de 1987, *ergo*, la prohibición de imponer gravámenes, que protege la excepción a la libertad de testar en que la legítima se erige, cede ante el designio del propio legislador ordinario de contraexcepcionar, al levantar el veto, de modo que admite gravar esa legítima a favor de personas que el legislador quiere beneficiar, incluso a costa de gravar a los propios legitimarios. Es el testador quien no puede gravar la legítima, no así el legislador. Como apunta desde el Derecho español RAGEL SÁNCHEZ "El régimen jurídico de la

(26) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V–Derecho de Sucesiones* (en coautoría con Francisco SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981, p. 491.

intangibilidad cualitativa de la legítima trata de proteger al legitimario frente a un gravamen que recae sobre su porción legitimaria, cuando ese gravamen no es uno de los impuestos, dispuestos o permitidos por la ley" (27). Se trataría entonces, el que estudio, de un gravamen que constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 492.2 del Código Civil, ya que el sujeto que lo impone es el legislador, aun cuando expresamente no se pronuncie en tal sentido y deba colegirse de un estudio de la naturaleza misma del derecho aludido (28).

En la doctrina peruana el maestro Lohmann Luca de Tena, al comentar el artículo 733 que regula la intangibilidad de la legítima, sostiene el criterio de que "La legítima como tal no es susceptible de ser gravada en el sentido usual de la expresión gravamen (…). Lo que la norma ha querido significar es que el contenido de la legítima llegue

(27) Ragel Sánchez, Luis Felipe, *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 106.

(28) En el Derecho español, Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo, por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", en *Revista jurídica del Notariado,* Núm. 53, enero-marzo 2005, p. 147, expresa que "El artículo 820,3.° CC sería la norma aplicable al caso de la atribución testamentaria al legitimario de la nuda propiedad gravada con un derecho de habitación, claro está que ello sería así de no mediar la norma especial del artículo 822 CC. Por eso es obvio que aquel precepto no se va a poder aplicar, porque precisamente hemos partido de un supuesto diferente: la solución en este caso no es eliminar el gravamen que supone el derecho de habitación". Y ello, que en el Derecho español, el derecho real de habitación a favor del legitimario con discapacidad no viene regulado por normas de Derecho imperativo, de modo que se establece, en defecto de disposición testamentaria en contrario. No obstante, no puede perderse de vista que la situación en el Derecho español es diferente, en tanto el sujeto beneficiado con el derecho real de habitación, siempre lo será un legitimario, con discapacidad, pero legitimario al fin, frente al resto de los legitimarios. En tanto, en el Derecho cubano, el beneficiario del derecho a mantener la ocupación de una vivienda, es el ocupante, no heredero, ni legatario de la vivienda, ejercitable este derecho precisamente frente a los herederos o legatarios de esta, que pueden ser a su vez legitimarios. Tal derecho gravaría la legítima de estos, pero no a costa de beneficiar a otros legitimarios. No obstante, nada quita que muy eventualmente el ocupante, sea legitimario, pero en tal supuesto su legítima debió haber sido satisfecha con otros bienes distintos a la vivienda, de lo contrario tendría a su favor las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima (*ex* artículo 378 a), 494 y 495.1 del Código Civil), con independencia de ser beneficiado o no con el derecho a mantener la ocupación de la vivienda, de cumplir los requisitos establecidos *ex lege*. No obstante, para este caso tan particular el legislador no establece si el derecho a mantener la ocupación de la vivienda es valuable económicamente, ni si es computable o no en su legítima, pues la fórmula de nuestro legislador está pensada para beneficiar a sujetos que respecto del causante son extraños, y sí tan solo ocupantes de la vivienda de la que este era titular, al momento de su deceso.

a ser obtenido en pleno dominio por el legitimario, sin restricciones, prohibiciones o limitaciones de goce que puedan mermar su valor y disponibilidad" (29), tal y como acontece con el derecho objeto de este análisis. Empero, el propio autor, en el contexto del ordenamiento jurídico de su país, sitúa entre los casos en que no se entiende gravada la legítima, el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente (30), hasta cierto punto emparentado con el reconocido en nuestro Derecho en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. No obstante, no hay que perder de vista el criterio de la doctrina foránea que ha estudiado similares figuras en su entorno jurídico. Así, a juicio de Sanz Viola, al cavilar sobre el derecho real de habitación de la vivienda de residencia habitual, atribuido *ex lege*, a favor del legitimario discapacitado, a pesar de que la atribución *ex lege* de este derecho, opera en defecto de una voluntad testamentaria en contra, "el sacrificio que se impone a los demás legitimarios sólo puede estar justificado por la voluntad expresa del causante, y nunca por su silencio" (31). En tal sentido concluye en que "hay un exceso de intervencionismo no justificado en una materia tan íntima y personal" (32).

3. A modo de epítome

Sin que estas ideas conclusivas sirvan para poner fin a la polémica que el derecho subjetivo estudiado en este artículo generará en la doctrina patria, sí considero oportuno expresar que a mi juicio, el legislador del Decreto-Ley 288/2011 ha creado con el precepto contenido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado redactada esta, un atípico derecho real a favor de los ocupantes de un inmueble, que con la anuencia de su titular, tenían establecido allí el centro de sus actividades domésticas, comunes y diarias, con vocación de permanencia, por lo menos cinco años antes del deceso de aquel.

El legislador, sin más propósito que el de tutelar a los ocupantes, incluso frente a los herederos, siempre que estos no sean titulares de otro inmueble (ya sea de descanso o veraneo) les ha dotado de un dere-

(29) Lohmann Luca de Tena, Guillermo, "Comentarios al artículo 733", en Código Civil comentado, tomo IV–*Derecho de sucesiones,* Gaceta Jurídica, Lima, 3.ª edición, 1.ª reimpresión, abril 2011, p. 246.

(30) *Idem.*

(31) *Vid.* Sanz Viola, A. M. "El derecho de habitación legal…" *cit.,* p. 12.

(32) *Idem.*

cho que en su contenido comprende las facultades esenciales de los derechos reales, oponible *erga omnes*, que constituye para los nuevos titulares (herederos o legatarios), o quienes traigan causa de ellos (a título *mortis causa* o *inter vivos*), un gravamen real, lo cual implica la tolerancia de mantener la ocupación sobre todas las piezas del inmueble, de aquellas personas que en su día accedieron a él por la voluntad de quien fuera el titular. Se trata de un derecho real atribuido *ex lege*, a título particular y por causa de muerte, intransmisible, reconocido en la doctrina científica –al menos a mi juicio en un sentido metafórico–, como un supuesto de "legado legal", con vocación de permanencia, o hipotéticamente vitalicio para su titular, cuyo modo de constitución puede ser voluntario o dispuesto administrativa o judicialmente. Gravamen que *per se*, no conculcaría el derecho que tienen los legitimarios a la intangibilidad cualitativa de la legítima *ex* artículo 492.2, en tanto su origen legal, y no voluntario, que lleva a que no le alcance la proscripción que este precepto lleva implícita.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

Álvarez Caperochipi, José A., *Curso de derechos reales*, tomo I–*Propiedad y posesión*, Cívitas, Madrid, 1986; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, tomo II–*Derechos reales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo III–*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª edición, Thomson–Civitas, Madrid, 2008.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen III–*Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997.

Donado Vara, Araceli, "Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna* Domínguez volumen I, Josefina Alventosa del Rio y Rosa Moliner Navarro (coordinadoras), Universitat de Valencia, 2008.

Doral García de Pazos, José Antonio, "Comentarios al artículo 525", en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), EDERSA, Madrid, versión en Vlex, http://vlex.com/vid/230305; Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo, por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", en *Revista jurídica del notariado*, Núm. 53, enero-marzo 2005.

Flores Rodríguez, Jesús, "El nuevo artículo 822 del Código Civil; el derecho

de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", en *Revista jurídica del notariado*, Núm. 54, abril-junio 2005.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V–Derecho de Sucesiones* (en coautoría con Francisco SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Comentarios al artículo 733", en Código Civil comentado, tomo IV–*Derecho de sucesiones*, Gaceta Jurídica, Lima, 3.ª edición, 1.ª reimpresión, abril 2011.

MONESTIER MORALES, Juan Luis, "Legados de habitación a favor del discapacitado: efectos civiles y liquidación tributaria", en *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de noviembre de 2007, p. 5, en http://www.refdugr.com/documentos/articulos/1.pdf, consultada el 2 de mayo de 2013.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La compraventa de viviendas en el Derecho cubano", en Diario *La Ley*, Buenos Aires, de 19 de junio de 2013, año LXXVII, Núm. 113, Tomo La Ley 2013 C; "Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el Derecho cubano: Un atinado giro copernicano" (inédito).

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

RAMOS MAESTRE, Áurea, "El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado", en *Revista de Derecho privado*, enero-febrero 2013.

RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, ENPES, La Habana, 1990.

RIVERO VALDÉS, Orlando, *Temas de derechos reales*, 3.ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2009.

ROSELLÓ MANZANO, Rafael, "La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables", en *La compraventa como paradigma contractual*, bajo mi coordinación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", en *Actualidad Civil*, Núm. 4, quincena del 16 al 29 de febrero de 2004, tomo I, p. 7 (versión en pdf).

SANZ VIOLA, Ana María, "El derecho de habitación legal a favor del discapacitado", en *Actualidad Civil,* Núm. 2, quincena de 16 al 31 de enero de 2009, tomo I, p. 2 (versión en pdf).

VENEZIAN, Giacomo, *Usufructo, uso y habitación*, tomo I, traducción castellana de Rafael ATARD, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José CASTÁN TOBEÑAS, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Comentarios al artículo 813", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XI (Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, directores), 2.ª edición, EDERSA, Madrid, enero 1982, versión digital, en Id. vLex, http://www.vlex.com/vid/231276, consultado el 11 de abril de 2013, y *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de*

disponer, tomo I–*Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987 (Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo) Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley Núm. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley Núm. 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Núm. 33, de 27 de septiembre del 2006;

Ley General de la Vivienda, (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

Decreto-Ley Núm. 288/2011 de 28 de octubre, *Modificativo de la Ley Nro. 65 de 23 de diciembre de 1988 "Ley General de la Vivienda"*, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Núm. 35, Extraordinaria, de 2 de noviembre del 2011, en vigor desde el 10 de noviembre del 2011.

Decreto-Ley Núm. 302/2012, de 11 de octubre, "Modificativo de la Ley Núm. 1312 'Ley de Migración' de 20 de septiembre de 1976", publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, Núm. 44, de 16 de octubre de 2012.

LOS ASUNTOS NO CONTENCIOSOS ANTE NOTARIO EN PUERTO RICO (LA LLAMADA JURISDICCION VOLUNTARIA)

PEDRO F. SILVA-RUIZ
Catedrático jubilado (de Derecho Civil, Notarial y Comparativo), Puerto Rico. Notario (inactivo). Académico numerario, correspondiente y extranjero de varias Academias. Autor y ensayista. PFSR © 2014

SUMARIO: Introducción. El notario en Puerto Rico. La llamada jurisdicción voluntaria. La intervención notarial en los asuntos no contenciosos. Jurisdicción voluntaria: informe y propuesta de reglamentación, 1996. La ley núm. 282 del 21 de agosto de 1999: Ley de asuntos no contenciosos ante notario. Aprobación de reglas para la implantación de la Ley de asuntos no contenciosos ante notario, 2011. Sucesión intestada: la declaratoria de herederos en el ámbito notarial. Sucesión intestada: la declaratoria de herederos en el ámbito judicial. Estadísticas. Evaluación. Conclusión. Recomendación.

Inroducción

Este ensayo versa sobre el tema de *los asuntos no contenciosos ante notario en Puerto Rico*. También denominada *competencia notarial en asuntos no contenciosos*. La llamada *jurisdicción voluntaria*.

El notariado puertorriqueño es de tipo latino, salpicado por instituciones del derecho común anglo-norteamericano (*common law*).

Se critica por estar en desacuerdo con ello, la doble vía, judicial y notarial, que ha adoptado al ordenamiento jurídico puertorriqueño para dar una solución a los asuntos no contenciosos.

Con el propósito de ilustrar nuestra tesis, examinamos, con algún detalle, la declaratoria de herederos.

El notario en Puerto Rico

El notario, en Puerto Rico, es el profesional del derecho que ejerce una función pública (sin ser funcionario público), autorizado para dar fe y autenticidad conforme a las leyes, de los negocios jurídicos y demás actos y hechos extrajudiciales que ante él se realicen, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales. Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal; redacta las escrituras y documentos notariales a tal fin y le confiere autoridad a los mismos. La fe pública del notario es plena respecto a los hechos que en el ejercicio de su función personalmente ejecute o compruebe y también respecto a la forma, lugar, día y hora del otorgamiento. (1)

Para ser notario, primero hay que ser abogado, admitido al ejercicio de la profesión. Pueden ejercerse conjuntamente la abogacía y la notaría. Es el abogado-notario. Existe, pues, la función dual. (2) La práctica de la abogacía puede ser, en algunas ocasiones incompatible (3) con la de la notaría. Un abogado puede actuar como notario de su cliente en accione *ex parte* o de jurisdicción voluntaria.

---

(1) Véase, Ley Notarial de Puerto Rico, núm. 75 de 2 de julio de 1987, vigente el 1 de septiembre de 1987, art. 2, 4 LPRA 2002, reproducida en Pedro F. Silva-Ruiz, *Derecho notarial (casos y materiales)*, Ed. Universidad de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, segunda edición revisada, 1994 ("Obra Jurídica del Año, 1990" del Colegio de Abogados de Puerto Rico).

(2) Ver Reglamento Notarial de Puerto Rico, Regla 5, 4 LPRA Ap. XXIV, R. 5 (edición 2012) *In re Martínez Almodóvar,* 180 DPR 805 (2011); *In re Colón Ramery,* 133 DPR 555 (1993) y de igual nombre, en reconsideración, 138 DPR 793 (1995). "…reafirmamos que un notario que autorice un instrumento público estará impedido de representar posteriormente como abogado a cualquiera de los otorgantes, en una litigación contenciosa, contra el otro o los otros otorgantes para reclamar judicialmente las contraprestaciones contenidas en el instrumento público. / Esta norma es una consecuencia lógica de nuestra decisión en *B.L., Inc. v. Cast. Steel Corp.*, 114 DPR 808 (1983). Allí determinamos que un abogado estaba impedido de notarizar documentos de un cliente que estaban relacionados con un pleito en el cual éste lo representaba y que estaba pendiente ante los tribunales…/ Es como medida protectora de dicha imparcialidad que se justifica la norma que hoy reafirmamos. La práctica de la profesión de abogado es incompatible con la práctica de la notaría cuando ambas intervenciones del abogado-notario traten del mismo asunto..." (pp. 796-7).

(3) *Ibid.*, Regla 5A (aprobada el 3 de octubre de 2005).

La llamada jurisdicción voluntaria

El término *jurisdicción s*e deriva de la frase latina "juris dicere", esto es, "decir el derecho". Se refiere a la autoridad de un tribunal de justicia para resolver controversias. (4) Dicho concepto es comúnmente conocido como "jurisdicción contenciosa" cuando se contrapone o se distingue del término "jurisdicción voluntaria".

Jurisdicción voluntaria no es un concepto feliz, no es unívoco. Lo que le caracteriza es la ausencia de discusión entre partes, pues no hay controversia. Se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley. Por ello, en ausencia de controversia carece de sentido, de legitimidad la intervención judicial.

Debido a ello, a lo que llamamos "jurisdicción voluntaria" deberíamos denominar "competencia notarial en asuntos no contenciosos" o "asuntos no contenciosos ante notario". (5)

La tesis que sostenemos es que la sede o la ubicación jurídica de la llamada "jurisdicción voluntaria" no debe radicar en el ámbito judicial. Su objeto es una relación jurídica de derecho privado, por lo que su sede es más afín o más propia del derecho notarial.

Es de significarse que en la "jurisdicción contenciosa", la sentencia recaída produce un efecto de cosa juzgada. La controversia resuelta no puede someterse nuevamente a resolución judicial. Sin embargo, en la llamada "jurisdicción voluntaria", no existe efecto de cosa juzgada. El asunto puede ser visto nuevamente. (6)

Por entender los tribunales tanto casos de jurisdicción contenciosa, que legítimamente les corresponde, y también aquellos donde no hay controversia que dirimir, se contribuyó a una excesiva congestión de casos en la rama judicial, con un alto costo para la administración de

---

(4) El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha definido el concepto de "jurisdicción" como el poder, la autoridad de un tribunal para considerar y decidir casos y controversias. *Gearheart v. Haskell*, 87 DPR 57 (1963) y *Lausell Ducós v.* ACAA, 111 DPR 593 (1981). La función judicial requiere, por definición, la adjudicación de controversias genuinas, y la disposición de las correspondientes sanciones. *ELA v. Aguayo*, 80 DPR 552 (1958).

(5) Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, Ponencia: "Jurisdicción voluntaria en sede notarial", XX Congreso Internacional del Notariado Latino (Cartagena, Colombia, 1992), en 53-4 Rev. Colegio de abogados de Puerto Rico 113-124 (1992).

(6) La Comisión Primera del XX Congreso Internacional del Notariado (UINL) en Buenos Aires, Argentina, acordó declarar que la jurisdicción voluntaria (no contenciosa) no es verdadera jurisdicción en un sentido estricto ya que no está presente el conflicto / la contención.

los justicia. Ni digamos sobre su burocratización y falta de eficiencia, por todos conocida.

La intervención notarial en los asuntos no contenciosos

Considerando los factores mencionados anteriormente, algunas de las bondades que apoyan el traslado de los asuntos no contenciosos a manos del notario, son: (1) economía, ya que los ciudadanos pagan los costos del servicio al solicitarlos; (2) se alivia la carga de los tribunales; el juez entenderá en los asuntos propiamente jurisdiccionales; (3) simplificación y rapidez de los trámites judiciales; (4) seguridad y eficiencia, pues los actos realizados ante notario gozan de un alto grado de las características indicadas.

Jurisdicción Voluntaria: Informe y Reglamentación

El Comité sobre "Jurisdicción Voluntaria", creado por el Tribunal Supremo, (7) presentó a esa Superioridad, el 14 de mayo de 1996, luego de más de dos años de estudio y discusión, sus recomendaciones: *Jurisdicción Voluntaria-Informe y Reglamentación*. (8) Acompañó un anteproyecto de reglas (p. 23 ss.) que se unirían como capítulo IX (de los asuntos no contenciosos ante notario) al vigente Reglamento Notarial.

La propuesta Regla 85 ofrece un concepto: "los asuntos no contenciosos, conocidos comúnmente como ex-parte o de jurisdicción voluntaria, son aquéllos sobre los cuales no exista controversia entre quienes demuestren interés legítimo, pero que por disposición de ley y a petición de los requirentes, necesiten de la intervención del juez."

Recomendaba que los siguientes asuntos podrían tramitarse ante notario: (1) matrimonio; (2) divorcio por consentimiento mutuo; (3) sucesión ab intestato; (4) adveración y protocolización de testamento ológrafo; (5) declaración de ausencia simple; (6) asuntos ad perpétuam rei memóriam; (7) identidad de la persona; (8) cambio de nombre y de

(7) Resolución del 21 de mayo de 1993.

(8) San Juan, Puerto Rico, 95 pp. numeradas, más tres votos particulares, entre ellos dos del autor de este ensayo, que fuera miembro del aludido Comité.

apellido; (9) rectificación de errores que surjan evidentes del texto de registros públicos y (10) expediente de dominio. (Regla 86). (9)

La ley 282 del 21 de agosto de 1999 (Ley de asuntos no contenciosos ante notario)

En 1999 se aprobó la ley núm. 282 (10) "para establecer la Ley de asuntos contenciosos ante notario, cuya finalidad es autorizar la competencia notarial en los procedimientos que se enumeran en la misma y disponer lo necesario para su implantación, su procedimiento, el pago de derechos y honorarios, establecer el Registro de competencias notariales y para la aprobación de Reglas de Procedimientos y reglamentos por el Tribunal Supremo y el Secretario de Justicia".

Los asuntos no contenciosos en los cuales el notario podrá entender, además de los que al presente se le atribuyen por ley, son los siguientes: (1) procedimientos de testamentaria y abintestato: declaratoria de herederos y la aceptación del cargo y expedición de cartas testamentarias a un albacea por un notario que no fuere aquél en cuya oficina se encuentre protocolado el testamento (32 LPRA 2241 *et. seq.*, 2301-02 y 32 LPRA 2571); (2) de la adveración y protocolización de testamento ológrafo (31 LPRA 2163-67); (3) de la declaración de ausencia simple (31 LPRA 201); (4) de los procedimientos bajo la Regla 42.2 de Procedimiento Civil, para perpetuar hechos en que no esté planteada una controversia y no puedan resultar en perjuicio de persona cierta y determinada, ni se pretenda utilizar para conferir una identidad a una persona; (5) de los procedimientos para corrección de actas que obren en el Registro Demográfico, y de los cambios de nombres y apellidos (24 LPRA 1231). (Art. 2 de la ley)

---

(9) Se utiliza en la R. 86 el verbo "podrá" para denotar que la facultad de los notarios de intervenir en estos asuntos no excluirá la de los tribunales (p. 25-6 Informe; p. 20, disintieron dos miembros del Comité).

(10) 4 LPRA 2155 et. seq. (edición 2010).

En este escrito no veremos el largo recorrido del Informe sobre Jurisdicción Voluntaria (1996), la aprobación de la Ley 282 de 1999 y la aprobación de reglas para implantar la ley aludida, en 2011, y el 1 de febrero de 2012 cuando, finalmente, comienza a regir. Puede verse: Pedro F. Silva-Ruiz, ponencia a la XIV Jornada Notarial Iberoamericana (UIN), Punta Cana, República Dominicana, junio 2010.

Se significa que las cartas testamentarias a un albacea provienen del derecho estadounidense y no del español. (11)

Aprobación de Reglas para la implantación de la Ley de Asuntos No Contenciosos ante Notario

El 16 de septiembre de 2011, el Tribunal Supremo emitió una Resolución (12) adoptando nuevas reglas, incorporándolas al Reglamento Notarial de Puerto Rico, 4 LPRA Ap. XXIV, como un Capítulo IX, (13) para regir el procedimiento de la competencia notarial adicional que esta ley especial (Ley núm. 282 de 21 de agosto de 1989, 4 LPRA 2155 *et. seq.)* confiere al notariado (pp. 5-38). Asimismo, el Tribunal aprobó enmiendas a varias Reglas del Reglamento Notarial de Puerto Rico (4 LPRA Ap. XXIV) necesarias para conformarlas a las nuevas funciones notariales (pp. 38-53).

Se dispuso también que dichas Reglas *comenzarían a regir el 1 de febrero de 2012*.

A) Principios y disposiciones generales de los asuntos no contenciosos ante notario

La Regla 85 del capítulo IX (Asuntos no contenciosos ante notario), sobre definiciones, dispone que los términos que enumera tendrán el significado que en ella se expresan. Algunos de ellos son:

1. Acta de Notoriedad– "aquella que tiene el propósito de comprobar y fijar hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados hechos y legitimadas ciertas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Es un instrumento público que redacta el notario a requerimiento de la persona con interés legítimo en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer. A diferencia de otras actas, en el acta de notoriedad el notario emite un juicio sobre el valor de las pruebas aportadas y hace una declaración de los hechos y el dere-

(11) Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, *Las cartas testamentarias en el derecho puertorriqueño*, página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina, 8 páginas.

(12) 4 páginas, más pp. 5-38 (Capítulo IX: De los Asuntos No Contenciosos ante Notario), Reglas 85 y ss.; pp. 38-53.

(13) En el título 4 de LPRA, edic. 2012, p. 816 y ss.

cho aplicable al asunto que motiva la intervención notarial. Esta acta no surge inmediatamente, sino que se forma a medida que el notario va realizando las diligencias pertinentes… / En el acta de notoriedad constarán necesariamente todas las diligencias y las pruebas practicadas para la comprobación del hecho notorio. La naturaleza de esta acta exige que se unan a la misma los documentos sobre los cuales el notario funda su declaración y que, además, conste la firma de la persona requirente que asevere, bajo juramento, la certeza y veracidad de sus declaraciones. / La autorización de un acta de notoriedad no requiere observar unidad de acto, salvo en los casos concretos en que el derecho vigente así lo requiera. El notario la incorporará a su Protocolo en la fecha de su autorización y bajo el número que corresponda." (Regla 85 A)

2. Asuntos no contenciosos – "conocidos comúnmente como ex-parte o de jurisdicción voluntaria, son aquellos sobre los cuales no existe controversia entre los que demuestran un interés legítimo y que por disposición de ley, a petición de los requirentes, necesitan la intervención de un juez y entre los cuales, por disposición de la Ley de Asuntos No Contencioso ante Notario, algunos pueden ventilarse también ante un notario." (Regla 85 C)

3. Contrato de servicios profesionales notariales – "es el contrato escrito en el que se recogen en detalle los acuerdos entre el requirente (parte interesada) y el notario sobre los honorarios de éste por los servicios notariales que preste en el trámite de un asunto no contencioso en sede notarial, el cual estará firmado por ambas partes." (Regla 85 D)

4. Expediente – "consiste de todos los documentos que se produzcan y manejen en el trámite del asunto no contencioso en sede notarial, incluyendo las declaraciones juradas, los documentos requeridos y examinados, las notificaciones a las partes interesadas y contendrá un índice de todos los documentos que obran en el mismo. Los documentos que forman parte del expediente y sean utilizados por el notario para hacer su declaración, se unirán al acta de notoriedad que éste autorice." (Regla 85 F)

5. Interés legítimo – "es el interés que tiene una persona sobre un asunto o materia, el cual está reconocido y protegido por la ley." (Regla 85 I)

6. Registro General de Competencias Notariales – "es el Registro creado por el art. 11 [sec. 2164] de la Ley de Asuntos No Contenciosos

ante Notario, adscrito a la Oficina de Inspección de Notarías… Por disposición de la Ley y de este Reglamento todo notario deberá cumplir con el requisito de notificar al Registro General… la firma del contrato de servicios profesionales y la conclusión o el cese del trámite del asunto. El Juez Presidente [del Tribunal Supremo] podrá consolidar a este Registro, el Registro de Informes Notariales, el Registro de Testamentos y el Registro de Poderes." (Regla 85 K)

7. Requirente – "es una persona que acredita tener interés legítimo en un asunto no contencioso, quien comparece ante un notario para solicitar la tramitación del mismo, poniendo en marcha la competencia notarial." (Regla 85 L)

B) Aplicabilidad del referido capítulo IX

La Regla 86 ordena que "además de los que tradicionalmente se han atendido en sede notarial, la Ley de Asuntos No Contenciosos ante Notario, dispuso que también se atenderán por el notario los siguientes asuntos: (1) la sucesión intestada: declaratoria de herederos; y la expedición de cartas testamentarias; (2) adveración y protocolización de testamento ológrafo; (3) declaración de ausencia simple para contraer nuevo matrimonio; (4) procedimientos para perpetuar hechos en los que no esté planteada una controversia… (asuntos *ad perpetuam rei memoriam*); (5) corrección de actas que obren en el Registro Demográfico; y (6) cambios de nombres y de apellidos. (14) (Regla 86 A)

Igualmente dispuso que la competencia del notario en estos asuntos *será concurrente con la que ejercen a ese mismo respecto los tribunales*. La persona interesada tendrá la opción de presentarlos ante el tribunal o ante un notario. (Regla 86 D) (itálicas nuestras)

(14) Todos ellos serán tramitados de conformidad con las disposiciones de este capítulo (IX: de los asuntos no contenciosos ante notario, Reglamento Notarial) (Regla 86 B).

Aquellos otros asuntos No contenciosos que antes de la Ley de Asuntos no Contenciosos ante Notario (núm. 282 del 21 de agosto de 1999) eran ya de la competencia notarial –ejs.: las escrituras de emancipación por concesión de los padres, la de partición de bienes hereditarios y las de ejecución de prenda– continuarán tramitándose de conformidad con las disposiciones de la Ley Notarial que les sean pertinentes y con las leyes especiales que los rigen. (Regla 86 C)

C) Procedimiento

La parte requirente y el notario firmarán un contrato detallado de los servicios profesionales notariales. (Regla 89 A). El notario notificará a la Oficina de Inspección de Notarías de lo anterior, dentro del término de tres días laborables contados a partir de la fecha en que se firme dicho contrato (Regla 89 B).

D) Trámite del asunto

El notario identificará y acopiará toda la documentación y la información requerida (Regla 90 A). El notario calificará la documentación y analizará toda la información recopilada. (Regla 90 B)

E) Notificación al Ministerio Público

Cuando alguna de las partes interesadas sea menor de edad o esté incapacitada judicialmente, el notario notificará al fiscal o al Procurador de Asuntos de Familia. (Regla 91 A) Enumeración de asuntos que serán notificados. (15)

F) Autorización del acta de notoriedad

Se hará constar el nombre, apellidos y circunstancias personales del requirente; lo declarado y manifestado, bajo juramento, por las personas que hayan comparecido como testigos; la dación de fe por el notario de su conocimiento personal del requirente y de las demás personas que hayan comparecido o de haberlas identificado por los medios supletorios que dispone el art. 17 de la Ley Notarial; la declaración de los hechos y del derecho correspondiente; y conservará en su protocolo anual las actas autorizadas por él. (Regla 92, A, B y C)

G) Notificación de autorización del acta de notoriedad

El notario, dentro del término de 72 horas, notificará la autorización del acta al Registro General de Competencias Notariales. (Regla 93 A)

---

(15) El Secretario de Justicia aprobó un Reglamento para la participación del Ministerio Público (los fiscales) y los plazos a tener en consideración. (Regla 91 B a F). Véase, *Reglamento para establecer las normas que regirán la participación del Ministerio Público en los asuntos no contenciosos ante notario,* Reglamento núm. 8021, 16 de mayo de 2011, 20 pp. Fue aprobado por el Secretario de Justicia el 28 de abril de 2011.

H) Cese de intervención del notario

Véase la Regla 94. El notario autorizará un acta notarial sobre el cese de su intervención exponiendo el motivo para el cese.

I) Efectos del acta de notoriedad

Una vez autorizada gozará de la presunción de corrección y tendrá los mismos efectos jurídicos que una resolución judicial; *no tendrá efecto de cosa juzgada*. (Regla 95)

J) Honorarios profesionales

Los honorarios se pactarán por escrito. La persona requirente será responsable del pago de los gastos, costas y desembolsos, así como de los honorarios. (Regla 96)

Sucesión intestada: Declaratoria de herederos en el ámbito notarial

Estudiado el ¿engorroso? trámite de un asunto no contencioso ante notario, ilustramos con la declaratoria de herederos. Luego examinaremos el mismo tema en el trámite judicial.

Cualquiera persona que demuestre interés legítimo en una herencia podrá solicitar ante un notario que autorice un *acta de notoriedad sobre declaratoria de herederos*. (Regla 97)

La persona requirente deberá presentar ante el notario copia certificada de los siguientes documentos: certificado de defunción de la persona causante; certificado de matrimonio de la persona causante, si alguno; certificado de defunción del cónyuge premuerto; o sentencia de divorcio, de aquella ser soltera por divorcio; certificados de nacimientos de las personas con derecho a la herencia; certificados de defunción de aquellas personas que hubiesen sido llamadas a la herencia, de haber premuerto a la persona causante; certificación negativa del Registro de Testamentos; sentencia final y firme en la que se declare la nulidad parcial o total del testamento…; testamento que carezca de institución de heredero…; copia certificada de la escritura de repudiación de la herencia o la resolución judicial al efecto. (Regla 98 A)

Además, la persona requirente le manifestará al notario, bajo juramento, que según su mejor saber y entender, la persona causante falleció sin dejar testamento; que no encontró testamento alguno luego de haber hecho las investigaciones y registros pertinentes… (Regla 98 B)

Declaratoria de herederos a favor de colaterales dentro del sexto grado de consanguinidad. (Regla 99)

Cumplidos los requisitos de la Regla 98, el notario calificará los

documentos; formará un expediente conforme lo dispuesto en la Regla 90. (Regla 100 A)

Si el notario estimase que procede la declaratoria de herederos, autorizará la correspondiente acta de notoriedad… nombrando al causante de que se trate, así como a los herederos por sus nombres completos y circunstancias personales. (Regla 100 A-2)

Sucesión intestada: La declaratoria de herederos en el ámbito judicial (16)

Para el análisis crítico de la *Ley de asuntos no contenciosos ante notario* (17) y las reglas para su implantación, (18) que se incorporaron al Reglamento Notarial de Puerto Rico (19) como capítulo IX, es suficiente referirnos al procedimiento de declaratoria de herederos en el ámbito judicial.

Dispone la ley:

Procedimiento para declaratoria de herederos

> En casos de sucesión intestada o de nulidad de un testamento, los que tengan algún interés en la herencia podrán dirigir una solicitud a la Sala del Tribunal de Primera Instancia del último domicilio del finado, o del lugar en donde se encuentren sus bienes, pidiendo se dicte el correspondiente auto de declaración de herederos.
>
> (1) La solicitud declarará bajo juramento el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate;
>
> (2) que, según el leal saber y entender del peticionario, quien expondrá el origen de sus informes y los fundamentos en que se apoya para creerlo, falleció sin

(16) Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, *Derecho de Sucesiones*, Butterworth Legal Publishers / Equity Publishing Division, New Hampshire, USA, 1992, pp. xxiii-xxvii (sucesión intestada).

(17) 4 LPRA 2155 *et. seq.*

(18) Resolución Tribunal Supremo, 16 septiembre 2011.

(19) 4 LPRA Ap. XXIV.

dejar testamento; que se han hecho las investigaciones y registros correspondientes, sin encontrarlo, o si hubiere dejado testamento, que éste ha sido declarado nulo, [y]

(3) los nombres y domicilios de las personas con derecho a la herencia o sucesión.

El juez a quien se hubiese presentado la solicitud examinará en el más breve término posible la prueba documental en que se apoya el peticionario y la certificación negativa del Registro de Testamentos en el Tribunal Supremo y, con el resultado de ella, dictará la resolución que proceda sin necesidad de celebrar vista; o discrecionalmente podrá requerir prueba adicional o señalar vista de estimarlo procedente. El auto se dictará sin perjuicio de tercero, a no ser que se trate de herederos forzosos.

Solicitada la declaración de herederos a favor de un pariente colateral dentro del sexto grado, si el juez tuviere motivos parar creer que podrán existir otros parientes de igual o mejor grado, y el valor de los bienes excede de cinco mil dólares ($5,000), podrá el juez a su discreción mandar a publicar edictos anunciando el fallecimiento del finado y los nombres y grados del parentesco de los que reclaman la herencia y llamando a los que se crean con igual grado o mejor derecho para que comparezcan a reclamar dentro de un plazo determinado. Los edictos se publicarán por un tiempo que fijará el juez en su orden, insertándolos en un periódico de circulación general en el Estado Libre Asociado. Transcurrido el término designado en los edictos, a contar desde la fecha de su última publicación, apreciadas las pruebas, dictará el juez auto, según lo previsto por la ley para el caso, haciendo declaración de las personas con derecho a la herencia. Las que comparezcan a consecuencia de dichos llamamientos deberán expresar por escrito y bajo juramento el grado de parentesco en que se hallen con el causante de la herencia, si no tuviesen a su disposición documentos que los justifiquen. Cod. Enj. Civil, 1933, art. 552; Julio 23, 1974, Núm. 203, Parte 2, p. 108; 32 LPRA 2301 (Procedtos. Legales Especiales).

Audiencia sobre reclamaciones opuestas

> Las personas que formulen reclamaciones opuestas a la del peticionario deberán presentar sus contestaciones conteniendo sus reclamaciones formuladas contra el peticionario y unos contra otros entre sí. Dispuestos que estuvieren los autos para el juicio, el juez, a petición de alguna de las partes, señalará día y hora para la vista dentro de un plazo que no baje de cinco (5) ni exceda de ocho (8) días. En el día señalado el juez oirá el testimonio oralmente, examinará las pruebas que presenten las partes aspirantes en persona o por medio de sus abogados y, dentro de los seis (6) días siguientes, dictará sentencia, la cual será apelable... –Código Enj. Civil, 1933, art. 553, 32 LPRA 2302.

Así que en el ámbito judicial es suficiente con presentar una Petición jurada sobre Declaratoria de Herederos, acompañada de los documentos pertinentes, y un proyecto de resolución para la firma del juez. Suscrita la resolución y cancelados los correspondientes sellos de rentas internas, se libra copia certificada a favor de la parte interesada.

Estadísticas

El *Registro de asuntos no contenciosos ante notario* se inició el 1 de febrero de 2012.

Los asuntos atendidos, según certificados por el propio Registro, son:

Asunto	**Año 2012** (desde febrero a diciembre)	**Año 2013** (hasta el 9 de diciembre)	**Totales**
Declaratoria de herederos	147	173	320
Castas testamentarias	9	17	26
Adveración y Protocolización	4	4	8
Autorización para contraer matrimonio	0	0	0
Ad perpetuam rei memoriam	1	3	4
Corrección de actas	12	16	28
Cambio de nombre o apellido	9	12	21
Total	**182**	**225**	**407**

La Oficina de la Administración de los Tribunales del Tribunal

General de Justicia, informa que para el año fiscal 2011-2012 (junio a junio), se han resuelto: (20)

Declaratoria de Herederos	14,080
Cambio de nombre	275
Cartas testamentarias	357
Corrección acta de matrimonio	82
Corrección acta de nacimiento	345
Corrección acta de defunción	37
Presentación de testamento ológrafo	3
Protocolización de testamento	111

Como resulta obvio, la vía judicial sigue siendo la más utilizada. Las resoluciones de declaratoria de herederos son una muestra de ello.

Evaluación

En un Voto Particular que emitiera como miembro del Comité Asesor sobre Jurisdicción Voluntaria (1996) decía entonces:

Pienso que la intervención judicial en asuntos donde no hay controversia alguna que adjudicar, entre las partes, es impropia. Aún más, infringe el mandato constitucional…

Estoy a desacuerdo con la recomendación del Comité de que se permita la tramitación de determinación asuntos tanto por la vía judicial como en sede notarial… (21)

Me reitero en lo consignado, entonces, por escrito.

Es, pues, tan sólo en la vía extrajudicial (nada que adjudicar ni resolver ya que no hay controversia) que puede ofrecerse una solución. Esta vía es la notarial.

Las estadísticas indicadas precedentemente hablan por sí mismas.

Continuaremos sostenido una burocracia al mantener un Registro de Competencias Notariales. En este momento no tan sólo existe una División de Estadísticas en la Oficina de la Administración de los Tribunales, sino que también hay recopilación de estadísticas en el Registro aludido, en la Oficina de Inspección de Notarías, adscrita al Tribunal Supremo.

---

(20) Anuario Estadístico, Tabla C-3, p. 85 y siguientes. Aún no está preparado el anuario estadístico para el año 2013; las estadísticas están recopiladas.

(21) Voto Particular, Dr. Pedro F. Silva-Ruiz, 9 de abril de 1996, págs. 1 y 3. Además, el informe Jurisdicción Voluntaria: Informe y Reglamentación, p. 20 nota al pie de p. 30.

Conclusión. Recomendación

Tan sólo en la vía extrajudicial, notarial en concreto, deben tramitarse aquellos asuntos no contenciosos, en los que nada hay que adjudicar o resolver.

La Ley 282 del 21 de agosto de 1999 (Asuntos no contenciosos ante notario) (4 LPRA 2155) y, por consiguiente, las Reglas para su implantación (incorporadas al Reglamento Notarial), en consecuencia, deben revisarse, modificarse, enmendarse.

Ante los graves asuntos económicos y fiscales por los que atraviesa Puerto Rico, que requieren la más inmediata atención de todos, el asunto que estudiamos no es prioritario.

LA USUCAPIÓN VENCE AL TERCERO REGISTRAL

GUNTHER HERNÁN GONZALES BARRÓN (*)
Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima

SUMARIO: 1. Conflicto entre posesión y registro. **2.** La posesión convertida en usucapión se identifica con la verdad. **3.** Por definición, los modos originarios de adquisición son más poderosos que los derivados. **4.** La fe pública registral no resuelve este conflicto. **5.** El triunfo absoluto de la usucapión es el criterio uniforme en los sistemas con registro declarativo. **6.** Los sistemas con registro constitutivo también respetan la usucapión. **7.** Un caso concreto de fracaso de la preponderancia del registro sobre la usucapión. **8.** La usucapión es el triunfo de la realidad sobre la forma.

Resumen: Los modos originarios de adquisición de la propiedad son más poderosos que los derivados, en cuanto los primeros son incondicionados, pues crean una nueva situación jurídica sin relación con la anterior; mientras los segundos están condicionados a la pertenencia del derecho en el transmitente y en la validez del título. Por tanto, en caso de conflicto, la usucapión se encuentra en posición superior que la titulación de puro papel. Por lo demás, el sistema jurídico respeta el esfuerzo de quien compra o hereda, pero con la carga social de explotar y aprovechar los bienes se transforma en derecho luego de

---

(*) Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Socio de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), Vocal Suplente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y Miembro del Consejo de Redacción del Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial. Ha sido Vocal Presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad-COFOPRI, Vocal y Presidente de una de las Salas del Tribunal Registral y Notario de Lima.

una larga inactividad del titular anterior. Es claro, pues, que ni siquiera los sistemas registrales más perfeccionados, y que producen una mayor eficacia sustantiva en favor de los derechos inscritos, pueden darse el lujo de prescindir de una realidad tan poderosa como es el caso de la posesión continuada.

Palabras clave: Usucapión. Tercero registral. Fe pública registral. Usucapión contra tabulas. Registro constitutivo. Registro declarativo. Propiedad. Posesión. Modos de adquisición de la propiedad.

1. Conflicto entre posesión y registro

El conflicto se presenta del siguiente modo: el propietario registral (con título formal) pretende conservar su derecho; mientras tanto, un poseedor, amparado en su largo aprovechamiento sobre la cosa, persigue que la situación de hecho se transforme en situación jurídica (1). ¿Cuál de las dos posiciones prevalece? Esta es una importante cuestión de orden teórico y práctico en todo sistema jurídico que regula la propiedad.

Una excesiva tutela del propietario formal terminaría privilegiando los derechos de "papel", olvidándose de la vida, desincentivando la explotación de la riqueza, dando origen a conflictos sociales de dimensiones insospechadas, pues los poseedores de larga data no tendrían la posibilidad de que su trabajo expresado durante mucho tiempo pueda asegurarles la adquisición de una titularidad. En buena cuenta, sería premiar al ocioso especulador, que no hace nada; y por el contrario, castigar al laborioso productor, que crea riqueza. Esta situación se presentaría, por ejemplo, cuando la usucapión se prohíbe o cuando simplemente se imponen requisitos desmesurados para su actuación.

Por su parte, la exagerada protección de la posesión, sin un plazo prudencialmente extenso, daría lugar a la disolución del concepto de

(1) La usucapión contra tabulas se produce cuando entran en conflicto dos situaciones contradictorias; por un lado, está el tercero que adquiere un derecho bajo la confianza en el registro; mientras que por otro lado, un poseedor ha cumplido los requisitos legales para consumar la usucapión, pero sin constar en el registro. Esta hipótesis ha generado múltiples quebraderos de cabeza.

propiedad, pues ambas figuras terminarían confundiéndose con el problema social que en ello también está implicado. En efecto, una posesión por tiempo reducido que termina en usucapión (un año, por ejemplo), incentivaría conflictos dominicales de todo orden, pues los ocupantes podrían reclamar rápidamente la adquisición del derecho. De esa forma, el propietario temería ceder el bien por las consecuencias negativas de la posesión ajena; y finalmente solo lograríamos incentivar la violencia, ya que la tenencia podría devenir en titularidad al poco tiempo.

2. La posesión convertida en usucapión se identifica con la verdad

El problema jurídico de la propiedad es su prueba. ¿Cómo saber quién es el propietario de cada una de las cosas que existen en la naturaleza física? Se trata de una tarea difícil, sino imposible de dilucidar con absoluta certeza.

Este tema lleva directamente a un dilema filosófico de mayores alcances: ¿preferimos la verdad (lo absoluto) o la verosimilitud (lo relativo)? La primera es, sin dudas, la opción racional, pues la simple apariencia o verdad meramente probable suena a un torpe consuelo. Pero, ¿qué sucede cuando la verdad no es cognoscible? En tal situación, solo quedaría conformarse con lo poco o mucho del conocimiento que le sea alcanzable a la inteligencia humana. La usucapión se convierte en la transacción de este debate filosófico, pero sin renunciar a la verdad. Por tanto, se construye un **hecho social**, ligado a la vida del hombre, que funda la verdad. Es asumir que la ontología de la propiedad (su "ser") se encuentra en su propia finalidad, esto es, en el aprovechamiento de la riqueza material. En tal contexto, la usucapión se construye como la realidad misma de la propiedad, pues se trata de lo único que tiene existencia comprobable y cierta; por el contrario, los títulos de propiedad formales (contratos, herencias, etc.) son abstracciones que siempre pueden atacarse o ponerse en duda; o finalmente derivarse de quien no era el titular. A diferencia de la titulación formal que puede ser o no-ser; en cambio, la posesión es. De esta forma, el hecho social se convierte en la verdad jurídica. **La usucapión es la propiedad** (2).

(2) "La prueba ordinaria de la propiedad se hace mediante la prueba de la posesión y el transcurso del tiempo, y esa es a la vez la realidad de la propiedad. La propiedad no tiene ninguna naturaleza distinta de la de ser una posesión modalizada por el transcurso del tiempo. La propiedad es una posesión investida

La usucapión se incardina con los aspectos más profundos del hombre, de la vida y de su concepción del mundo. Se trata, pues, de un hecho visible, notorio, propio de la realidad física, y que supera las abstracciones, los formalismos, las ideas. Es el triunfo de lo materia sobre lo ideal, por lo menos en el ámbito de la propiedad. El Derecho Romano, precisamente, se basa en cuestiones objetivas, de esencia, más allá de idealismos o subjetivismos. Este principio es la base justificativa de la usucapión como hecho que identifica la propiedad (3).

Esta verdad fenomenológica no es casual ni azarosa. Si la propiedad es la usucapión, entonces la usucapión es la posesión consolidada. Por tanto, y finalmente, desde una visión filosófica, la propiedad es posesión; por lo que esta es el fundamento o razón de ser de aquella. En efecto, nadie puede poner en duda que el título de dominio existe a efecto de permitir el disfrute pacífico de los bienes. Ello significa que el título es un medio para lograr el fin; y en esa perspectiva, la posesión (fin) tiene lugar de primacía. El evento de la realidad que configura la propiedad no es cualquier hecho; sino, precisamente, aquel que lo determina y conforma.

La propiedad es fruto del esfuerzo y del trabajo; y precisamente la posesión es el trabajo del hombre aplicado a las cosas. Entonces, la posesión es la causa moral y jurídica de la propiedad; su fundamento último; el fenómeno social que se erige en su esencia y basamento. Por tanto, el reconocimiento legal de la propiedad en manos de un sujeto requiere de una u otra manera de la posesión. De esa forma, la propiedad no es otra cosa que la posesión vestida por el tiempo (usucapión),

---

formalmente con un título (y tiene por ello vocación de perpetuidad) (...) La propiedad no existe en sí, lo que existe en sí es la posesión como apariencia socialmente significativa. Por eso la usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad: es la realidad misma de la propiedad": ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales,* Editorial Civitas, Madrid 1986, Tomo I, p. 143.

(3) "Las investigaciones modernas han ido demostrando siempre que el pensamiento de los clásicos tendía a valorar y a calificar las actividades humanas relevantes para el Derecho, según criterios objetivos, sólidos y sencillos, de manera tal que la interpretación y la actuación del derecho estuviera siempre basada en fundamentos robustos y no en las bases frágiles ofrecidas por averiguaciones espirituales complicadas. Esto, empero, no significa que la jurisprudencia clásica hubiera prescindido de la voluntad, sino que la propia voluntad constituía una categoría objetiva, y en cierto sentido, universal, huyendo de la voluntad del individuo tomado aisladamente": DE MARTINO, Francesco. *Individualismo y Derecho Romano Privado,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, traducción de Fernando Hinestroza, p.60.

conforme ya lo había dicho Savigny hace dos siglos. Por tal razón, **la prescripción adquisitiva, o usucapión, es el medio de convertirse en propietario por efecto de una posesión autónoma y sin dependencia de otro, que extiende por un largo período de tiempo, y siempre que el anterior titular no muestre una voluntad formal de contradicción** (4).

En buena cuenta, la posesión es trabajo, es riqueza, es el origen de la propiedad.

En tal sentido, la usucapión no es una reliquia histórica de otras épocas, ni un "mal menor" ante la imposibilidad de probar el dominio de manera incontrovertible. Todo lo contrario, pues se trata de la institución jurídica que se radica en el mundo de la vida, no en el de las meras formas o abstracciones, que vivifica día a día la propiedad, la hace humana y social, le da concreción y efectividad. Sin la prescripción adquisitiva, la propiedad podría reducirse a un conjunto de artificios técnico-jurídicos, siempre favorables a las clases detentadoras de la riqueza, que por eso mismo dominan los artificios, pero alejado del ser humano y su sentir. No otra cosa sucede en el sistema jurídico alemán, que pretendió excluir la usucapión del ámbito de los bienes inmuebles, por lo que dio lugar a un ordenamiento excesivamente formalista, sin vida, reducido a rituales, por lo que en la posmodernidad es objeto de severas críticas (5). En tal contexto, debe tenerse en cuenta que **los teóricos del liberalismo jurídico, por ejemplo, reconocen que un puro sistema registral de la propiedad no sería eficiente**,

(4) Igual modo adquisitivo opera respecto de cualquier otro derecho real (usufructo, superficie, servidumbre) siempre que la posesión sea compatible con el pretendido derecho que se quiera adquirir. No cabe obviamente en las situaciones jurídico-reales sin posesión (hipoteca).

(5) Una crítica actual a los principios que rigen los derechos reales en el Derecho alemán puede verse en: Ebers, Martin. "La autonomía del derecho de bienes en Alemania y la Unificación Europea". En Badosa Coll, Ferrán y Gete-Alonso Calera, Carmen (Dirs). *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos,* Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid 2009, p. 275.

Sin embargo, ya desde antiguo el BGB alemán, incluso cuando solo era proyecto, sufrió comentarios negativos respecto a la transmisión de la propiedad fundada en el formalismo de una inscripción asentada en alguna oficina pública, lo que desconecta la propiedad de la vida social y de la conciencia popular: Menger, Antón. *Derecho Civil y los Pobres*, Jurista Editores, Lima 2011, traducción de Adolfo Posada, p. 147.

por lo que se necesita un sistema mixto que combine el registro y la posesión (6).

3. Por definición, los modos originarios de adquisición son más poderosos que los derivados

El sistema legal reconoce que los derechos circulan de mano en mano a través de distintos hechos jurídicos que la ley reconoce con tal efecto. Entre esos hechos, denominados "modos de adquisición de la propiedad", se encuentran el contrato de transmisión (no todos los contratos producen ese efecto), a veces sumado con la tradición, la sucesión hereditaria, la accesión, la apropiación y la usucapión, entre otros.

Los modos derivados son aquellos en los cuales se produce un acto de transmisión del derecho, es decir, dos sujetos están causalmente vinculados, de tal suerte que uno da y el otro recibe. En tal caso, la adquisición de la propiedad, por ejemplo, está sujeta y condicionada a que el transmitente sea titular del derecho; en caso contrario, uno nada transfiere y el otro nada recibe. El principio general que rige los modos derivados es el viejo brocardo *nemo plus iuris*, esto es, nadie da más derecho del que tiene.

Por el contrario, los modos originarios son aquellos en donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior

(6) Así: "Podemos imaginar dos sistemas de derecho de propiedad exactamente opuestos: la propiedad de acuerdo solo con un sistema de títulos de papel, y la propiedad solo por la posesión física. Ambos sistemas implicarían graves ineficiencias. Un sistema universal de títulos de papel supone que todo es ya propiedad de alguien y solo permite las transferencias por la transmisión formal (por ejemplo, la entrega de una escritura), de modo que es inútil buscar la adquisición de propiedades que no tengan dueño, ya sea porque nunca lo tuvieron o porque han sido abandonadas. Tal sistema dejaría también sin definición el estatus de los no propietarios que, sin embargo, tienen el uso exclusivo de la propiedad, como ocurre con los inquilinos. Y sería inevitable examinar los errores inevitables que causa un sistema de derechos de papel. (…) Por lo tanto, es probable que un régimen legal de la propiedad eficiente sea un sistema mixto, que combine los derechos de papel con los derechos posesorios": Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 2013, traducción de Eduardo Suárez, p. 144.

propietario preste su voluntad favorable a la transferencia, o sin que se produzca un fenómeno legal de transmisión (dar y recibir). El caso más frecuente, pero no único, lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, pues en ella el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones; sin que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión.

Las adquisiciones originarias operan *ex novo*, ya que el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, porque no existe acto de transmisión del primigenio titular hacia el nuevo adquirente, ya que este recibe el derecho por su propia actividad, sin vinculación causal alguna con el anterior propietario. Por tanto, en esta hipótesis se produce un claro rompimiento de la cadena del dominio, una especie de línea divisoria por la cual el titular primigenio termina su historia; mientras el nuevo titular lo comienza sin vinculación alguna con el pasado.

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario, pues el dominio igual se pierde, sea quien fuese el titular previo. Por tanto, **se trata de un mecanismo absoluto de obtención de la propiedad, ya que se produce por sí mismo, con el solo cumplimiento de los presupuestos que la configuran, de manera independiente y sin relación alguna con el titular anterior**. Siendo así, la historia previa del dominio nada interesa frente al poseedor-usucapiente, razón por la que este se impone sobre cualquier título. Por el contrario, las adquisiciones derivadas están condicionadas a la existencia del derecho en la cabeza del transmitente, por lo que estamos en en presencia de mecanismo relativo y condicionado.

El propietario por título originario se opone a cualquier propietario derivado, ya que el primero no tiene límites y adquiere contra cualquiera, sea cual fuese el título que ostente; por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativas). El propietario a título derivado, por más inscripción que tenga, nada puede hacer frente a la usucapión previa o sobrevenida de un tercero; por lo cual, o no adquiere el derecho (ya le pertenece al usucapiente), o lo pierde seguidamente.

Esa es la razón de fondo que se encuentra detrás de la doctrina francesa e italiana, para quienes carece de sentido cuestionar la indudable primacía del poseedor con prescripción adquisitiva a su favor. "La adquisición del derecho no está, en efecto, subordinado a la posi-

ción del precedente titular" (7). Hasta los propulsores extremos del análisis económico del derecho, están de acuerdo en que el registro no es infalible, y tampoco registra los abandonos de la tierra por los antiguos propietarios. En tal caso, el silencio del anterior domino hace que la posesión del ocupante lo convierta en propietario (8). Ello implica que la usucapión se constituye en el mecanismo final para la adquisición del dominio, pues entra en juego cuando los registros son erróneos, esto es, ¡la posesión corrige al registro! (9)

Un último intento del extremismo registral se centra en recordar que la fe pública registral es también un modo de adquisición "originario", por tanto, se encontraría en el mismo nivel que la usucapión. No obstante, tal argumento olvida que el citado principio no crea un nuevo derecho en cabeza del nuevo titular sin vinculación causal con el anterior propietario, pues se limita a "mantener la adquisición" que viene del transmitente (art. 2014 CC). Por tanto, no es adquisición originaria, sino una de carácter "legal" basado en la ponderación de intereses contrapuestos.

La realidad es que la usucapión siempre vence. Para no ir muy lejos basta mencionar la elocuencia del art. 950 CC: "La sentencia que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño". De esta norma se deduce inequívocamente el carácter originario de la usucapión, pues el nuevo propietario no recibe el bien por transmisión del anterior titular, sino que lo adquiere por sí mismo, y en tal condición, rompe la historia de dominio. Por tanto, resulta correcto decir que la sentencia declarativa cancela el asiento del antiguo dueño, pues termina la situación del propietario anterior y nace una nueva, pero sin relación causal entre una y otra.

4. La usucapión es el triunfo de la realidad sobre la forma

La exigencia de soluciones razonables, alejada de dogmatismos, obliga a reconocer que la usucapión es el último mecanismo de certeza de las relaciones patrimoniales referentes a las cosas. Siempre se

(7) Bianca, Massimo. *Diritto Civile. 6. La Proprietá,* Giuffré Editore, Milán 2006, p. 814.

(8) Posner, Richard. "Savigny, Holmes y el análisis económico del derecho. En *Thémis. Revista de Derecho*, Segunda Época, Núm. 48, Lima, julio 2004, p. 66.

(9) Textualmente lo dice Posner (*Ibíd.*, p. 67): "La prescripción adquisitiva es un método para corregir títulos en papel, y ajustarlos a los costos de transacción del mercado; esto mejora y no desafía el sistema de derechos de propiedad".

requiere un instituto de cierre o de clausura que impida continuar con los debates interminables. El fin de las discusiones es fin que el ordenamiento jurídico alienta y necesita para lograr sus objetivos de paz, estabilidad y mantenimiento del orden. Esta es una razón de seguridad jurídica.

Ahora bien, la prescripción adquisitiva también cumple una importante finalidad de justicia material, pues con ella se privilegia la actividad económica, la gestión productiva, frente a la inacción dañina. La prescripción adquisitiva incentiva la producción y el trabajo, que finalmente son objeto de reconocimiento legal. El propietario abstencionista, que simplemente se cruza de brazos, termina despojado por el poseedor que actúa y gestiona.

¿Y por qué se escoge la posesión como base de justicia para la usucapión o elemento característico? La razón es muy simple: la propiedad es un medio que sirve a los fines del disfrute; en otras palabras, todos somos propietarios para asegurarnos el pacifico uso y disfrute de las cosas. En consecuencia, el derecho es un medio para lograr el fin, que es la posesión. Por lo demás, la posesión da realidad al derecho, hace que se cumpla el fin para el cual existe, y por el que ha sido reconocido jurídicamente.

La inactividad conlleva una sanción en contra del titular del derecho, y que se origina por su propia desidia; por tanto, el ordenamiento se siente tranquilo cuando se produce la expoliación de un sujeto que actúa en contradicción con los principios que inspiran la regulación jurídica de los bienes y la riqueza en general.

Es necesaria una solución matizada, en el sentido que el registro es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica, pero sin encerrarse en sí misma, sino reconociendo los hechos relevantes de la vida, como la posesión. En este punto vale recordar la afirmación de la mejor doctrina europea en el sentido que la propiedad se justifica gracias a la posesión, pues el título formal es solo un medio para lograr la finalidad del derecho, cuál es, el aprovechamiento y disfrute de los bienes, esto es, poseer. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad (10). En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce el monopolio

(7) "El fin trasciende al medio, es más importante que el medio; en el sistema, es el prius lógico. La posesión tiene esta importancia central, que no se puede reconocer a la propiedad": Sacco, Rodolfo y Caterina, Raffaele. *Il Possesso,* Giuffré Editore, Milán 2000, p 9.

de un sujeto sobre los bienes, con exclusión del resto, ello solo se justifica si ese sujeto incorpora ese bien a la producción, con la subsiguiente generaración de riqueza, mejoramiento de la economía con beneficio general, obtención de rentas que producen impuestos, etc. El Derecho no reconoce una propiedad egoísta e individualista que se olvida del bien común, pues tal situación no es admisible ni social, ni económicamente; y tampoco desde una perspectiva moral, pues sería inaceptable tutelar el dominio de quien se cruza de brazos y no hace nada con el bien; pese a que existen millones de seres humanos que mueren de hambre, con todo lo doloroso que eso significa. Por tal motivo, resulta evidente que la usucapión o adquisición de la propiedad por efecto de la posesión no puede ser erradicada del Derecho, en cuanto esta representa la ontología misma de la propiedad, su razón de ser; por encima de cualquier formalismo.

Desde nuestra perspectiva, no basta con la seguridad jurídica a rajatabla, esto es, la proclamación de una verdad dogmática encarnada por el registro, y olvidarse de sus límites intrínsecos (defectos, inexactitudes, imposibilidad de contradecir la realidad notoria, la posesión, etc.) y de sus límites extrínsecos (fraude, mala fe, etc.). La institución del registro es un mecanismo instrumental que apoya la seguridad de los actos de intercambio, pero no puede acotar toda la realidad jurídica, rica, vital, humana, con diversos intereses en juego, con la dignidad intangible del ser humano de por medio; ni tampoco creerse autosuficiente con el pomposo título de "verdad oficial". Por el contrario, en el ámbito del Estado Constitucional y Social de Derecho, el registro necesita contar con la suficiente base de justicia que lo haga viable, a efecto que las soluciones jurídicas no se reduzcan a buscar la certeza forzada, por encima de toda otra consideración, y finalmente se privilegie una justicia de menor entidad, simplemente formal, de seguridad, sin tener en cuenta el sentido de justicia de la decisión. En este punto, la usucapión constituye un mecanismo para acotar de realidad a las relaciones humanas que se entablan en torno a las cosas.

5. El triunfo absoluto de la usucapión es el criterio uniforme en los sistemas con registro declarativo

En el Derecho francés o italiano, paradigmáticos de la transmisión por solo consenso y del registro declarativo, nadie duda que la usucapión vence al propietario inscrito. La razón es muy simple y ya la hemos manifestado en el acápite anterior: los modos de adquisición

originarios son más poderosos que los derivados, ya que arrasan con toda la historia anterior del bien; por tanto, no importa quien sea el titular antiguo pues igual éste termina perdiendo el derecho en forma irremediable. Por tanto, no es relevante si el propietario estaba inscrito o no, pues el usucapiente siempre resulta preferido.

El registro declarativo francés se basa en el principio de "inoponibilidad de lo no-inscrito", es decir, el título inscrito, aunque sea posterior, prevalece sobre el título no-inscrito, pero ello presupone que ambos títulos provienen del mismo autor o causante. ¿Y cómo sabemos que este último es el propietario? Para llegar a tal conclusión se requiere inexorablemente de la usucapión. "Ha de tenerse en cuenta que ambas instituciones se complementan perfectamente bien (registro y prescripción adquisitiva). Gracias a la usucapión de treinta años, sabe el comprador que trata con un individuo que ha tenido, en cierto momento, la propiedad del inmueble; gracias a la trascripción, sabe que este individuo ha guardado la propiedad, que no la ha enajenado, que es un propietario actual" (11). En buena cuenta, la usucapión siempre vence, sin excepción, y en tal circunstancia, quien aparece con un título registrado nada puede oponer.

El mismo criterio, generalizado, existe en la doctrina y jurisprudencia italiana. En efecto, está claramente establecido que la preferencia de la inscripción solo aplica para los casos de actos de doble disposición respecto de un titular común, y en consecuencia propietario indiscutible, pero no en otras hipótesis, como aquellas en las que el conflicto se plantea con un usucapiente. "Porque es necesario adquirir del autor común, no es concebible un conflicto entre causahabiente a título derivativo y adquirente a título originario por usucapión (…). El conflicto en estos casos se resolverá en base a las reglas propias de la usucapión" (12). Por tanto, nadie considera posible que exista un conflicto entre adquirente inscrito y usucapiente, ya que este último siempre cuenta con un título superior, sin importar si el título contractual fue inscrito con anterioridad a la usucapión (13).

La jurisprudencia de esos países ha establecido un principio de preferencia de los modos originarios sobre los derivados, incluso cuando

(11) Josserand, Louis. *Derecho Civil*, EJEA–Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires 1950, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Tomo I, Volumen III, p. 285.

(12) Gazzoni, Francesco. *Manuale di dirtto privato,* Edizioni Scientifique Italiane, Nápoles 1998, p. 284.

(13) Bianca, Massimo. *Diritto Civile 6. La Proprietà, op. cit.*, p. 824.

el sujeto que inscribe lo hace por decisión judicial producto de subasta. En tal caso igual prevalece la usucapión sobre el remate judicial, ya que este último es un modo de adquisición derivado. La jurisprudencia italiana ha acogido este principio en forma uniforme y reiterada:

> "El principio según el cual el conflicto entre la adquisición a título derivativo y la adquisición por usucapión es siempre resuelto a favor del segundo, independientemente de la trascripción (en el registro) de la sentencia que constata la usucapión y de la anterioridad de la trascripción de ella o de la relativa demanda referida a la trascripción del título derivativo, encuentra aplicación incluso en relación a la adquisición de un bien por adjudicación en sede de ejecución forzosa, siendo este último una adquisición que no es a título originario, sino a título derivativo, en cuanto transmisión del mismo derecho del deudor ejecutado por este último al adquirente" (Corte de Casación Núm. 15503 de 06 de diciembre de 2000) (14).

Igualmente se dice en Italia que la adquisición por usucapión es oponible a cualquier tercero, incluso si no haya sido trascrita la sentencia declarativa (Corte de Casación, número 13184 de 1999). El principio según el cual el conflicto entre el adquirente a título derivativo y el adquirente por usucapión es resuelto a favor del segundo, independientemente de la trascripción de la sentencia que constata la usucapión (o de la referida demanda), ya sea anterior o posterior a la trascripción del acto adquisitivo a título derivado (Corte de Casación, número 443 de 1985) (15).

Distinta es la solución en el Derecho español, en donde sí existe un debate doctrinal respecto de este tema, motivado fundamentalmente por el art. 36 de la Ley Hipotecaria, del que nosotros carecemos y razón por la que no debemos importar un problema ajeno. Según esta norma, el usucapiente vence al tercero inscrito en dos hipótesis: a) cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer, antes de perfeccionar la adquisición, que el predio estaba poseído en concepto de dueño por tercero; b) no conociendo o no habiendo podido conocer esa posesión contraria, el adquirente inscrito lo consienta expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

---

(14) Pola, Paola. *L'usucapione,* CEDAM, Padua 2006, p. 164.

(15) Cian, Giorgio. *Commentario Breve al Codice Civile*, 9.º Edición, CEDAM, Padua 2009, p. 1182.

Esta norma parece orillar el debate, en España, a favor del tercero inscrito, ya que excepcionalmente el usucapiente puede obtener primacía en el conflicto. Sin embargo, éste es un clásico ejemplo en donde la forma de redacción lleva a equívocos, pues bien vistas las cosas casi siempre será preferido el usucapiente. En efecto, ¿cómo podrá alegar el propietario inscrito que no conoce la existencia de un poseedor contradictorio cuando éste ocupa el bien por treinta años? Ya así lo ha manifestado Álvarez Caperochipi, para quien la jurisprudencia se inclina en la práctica por el usucapiente. En efecto, podemos citar una sentencia española, cuya discusión se centró en una cláusula del contrato de compraventa en donde el enajenante especificó que existían unos ocupantes de las fincas vendidas, y el Tribunal Supremo en decisión de 22 de septiembre de 1984 estimó que hubo grave negligencia por parte del comprador en no informarse del hecho posesorio extratabular del que había sido advertido, por lo que prevaleció la usucapión contra tabulas frente al adquirente inscrito (16). Esta decisión judicial lleva a concluir que es muy difícil que una posesión consolidada no pueda ser conocible para el adquirente. En este caso, por ejemplo, bastó consignar en el contrato la existencia del hecho posesorio; pues bien, aun cuando ello no se hubiese dado cuenta en el texto negocial, resulta muy difícil explicar cómo un comprador, con un mínimo de diligencia, no pudo advertir la existencia de un poseedor por tan largo período de tiempo, y cuya posesión es notoria y pública.

La mayoría de las sentencias, por uno u otro fundamento, sostienen que el usucapiente vence frente al titular registral. Por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 1994, sanciona que una vez acreditada la ausencia de buena fe del tercer adquirente, entonces se determina la preferencia de la situación del poseedor. La sentencia de 30 de octubre de 1998 niega la protección registral frente a la usucapión de un local en propiedad horizontal, ya que se trataba de circunstancias exhibidas en forma palmaria y notoria. Nótese que este criterio hace casi imposible que pueda ser preferida la posesión jurídica del tercero inscrito, pues será muy difícil que una posesión tan larga no sea manifiesta y notoria.

Por el lado contrario, las sentencias en las cuales prevalece el tercer adquirente registral normalmente se deben a que el poseedor no prueba los requisitos propios de la usucapión. Siendo así, con registro o sin registro, que deviene en cuestión superflua, el poseedor jamás podría

(16) Alabaladejo, Manuel. *La Usucapión,* CRPME, Madrid 2004, p. 250.

ser vencedor en la controversia. La sentencia de 8 de abril de 1995 descarta la usucapión, pues el poseedor no acredita el justo título y la buena fe como elementos constitutivos de la prescripción adquisitiva ordinaria que reclamaba. En otra sentencia de 02 de diciembre de 1998 se desestima la usucapión, pero no por el registro, sino porque no se prueba la posesión, ya que solo se presentó un certificado catastral. La ejecutoria de 26 de octubre de 1984 tampoco hace lugar a la usucapión de servidumbre pues no se acreditó la posesión exclusiva, ya que solo existía en el caso concreto una situación de tolerancia o buena vecindad. Sin dudas, nuevamente la posición registral deviene en irrelevante. La sentencia de 21 de abril de 1997 no procede la usucapión porque no se ha demostrado, y ni siquiera alegado, que el tercero conociera, cuando compró la finca, que era poseída por un tercero. Este caso debe descartarse de plano para efecto de formar un criterio jurisprudencial, pues resulta evidente que el poseedor no podría vencer nunca si es que ni siquiera alega los hechos que podrían sustentar su pretensión (17).

Tal vez las únicas sentencias que decretan **sin más** la preferencia del adquirente registral son las de 23 de enero de 1989 y 31 de marzo de 1992, por la cual se sienta una doctrina insólita, y por supuesto que no genera jurisprudencia: el usucapiente solo vence cuando posee antes de la adquisición del titular inscrito, pues si empieza a poseer luego entonces no puede aplicarse el requisito de conocer la posesión ajena (18). El argumento debe rechazarse, pues el art. 36 de la Ley Hipotecaria protege al tercero que compra cuando ya existe un poseedor e ignora esa situación (otra cosa es sostener que se ignora un hecho patente y continuado); pero jamás puede proteger cuando luego de la compra se inicia la situación posesoria, ya que en este caso el titular inscrito bien pudo interrumpir la usucapión, y si no lo hace entonces tiene que sufrir las consecuencias de su inactividad. Si dicha doctrina judicial, aislada por cierto, fuera correcta, pues la usucapión simplemente estaría prohibida, pues nunca se opondría a un titular registral. Demás está decir que la citada sentencia ha sido objeto de fundadas críticas en su propio país: "Pero no se puede hablar de terceros si el conflicto nace directamente y desde el principio entre el titular registral y el prescribiente, que es lo que ocurre cuando la posesión del segundo comienza después de haber adquirido el primero. En esa hipótesis, las

(17) García García, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* 3.º edición, Editorial Civitas, Madrid 2001, pp. 89-90.

(18) *Ibíd.,* p. 89.

relaciones entre ambos sujetos deben regirse exclusivamente por las normas generales del Derecho civil" (19).

En consecuencia, bien podría decirse que la redacción de la norma inclina la balanza a favor del tercero registral, pero su verdadero texto, sumado a la jurisprudencia, opta en realidad por el usucapiente (20).

Por cierto que la doctrina española partidaria del extremismo registral no se rinde ante la poca fortuna que encuentra en la jurisprudencia, y ha tratado de buscar argumentos en contra del usucapiente *contra tabulas* al burlarse de una figura del poseedor avieso y subrepticio que lucra con lo ajeno. A este personaje se le denomina "tío Celedonio". Así se dice:

> "Hoy podemos decir con toda franqueza que el <tío Celedonio> no existe en el campo y que constituye un insulto para nuestros agricultores, que ya no tienen nada que ver con el analfabetismo de los años cuarenta ni con la falta de títulos, pues son los primeros que, salvo en algunas pequeñas zonas de minifundismo exagerado, en vías de corrección por la concentración parcelaria, pretenden la inscripción de sus títulos en el Registro de la Propiedad.
>
> El «tío Celedonio» de algunos miembros de la Comisión redactora de la LH (Ley Hipotecaria), al que ponían como pedestal para, en realidad, desmoronar el edificio hipotecario de 1861, revela una negligencia muy ostensible por parte del mismo, y una desconsideración hacia la publicidad oficial registral de los derechos reales, que en la realidad jurídica y social actual carece de justificación, y no es el supuesto de los agricultores y ganaderos actuales, que pro-

(19) Pasquau Liaño, Miguel (Dir.). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil,* Editorial Comares, Granada 2000, Vol. II, p. 3417 (Comentario del art. 1949, a cargo de Ana López Frías).

(20) La doctrina más reflexiva justifica de la siguiente forma el ponderado criterio judicial: "Como principio debe afirmarse que el poseedor inveterado trabajador y honrado de una tierra, no puede ser privado de la misma por un título artificial, creado desde un derecho emanado por el poder, y plasmado en el Registro de la Propiedad, como se pretendió en la reforma de 1909. Y el Registro no puede pretender tampoco, creando un «tercero», que no sabía nada y confía en la inscripción, lavarse las manos sobre el origen injusto y violento de una expoliación, afirmación dogmática del art. 34 Ley Hipotecaria (principio de fe pública registral), que sabiamente nuestra jurisprudencia ha sabido también limitar con su justo contrapunto, exigiendo buena fe subjetiva y objetiva e imponiendo en quien pretende valerse de la publicidad registral el deber de conocer la posesión contraria cuando es manifiesta": Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral,* Editorial Comares, Granada 2006, p. 41.

curan arreglar su titulación para una mayor seguridad jurídica de los mismos y del tráfico jurídico inmobiliario y crediticio que tanto les interesa. Actualmente, el «tío Celedonio» es más bien un invasor o perturbador de titulaciones y propiedades abandonadas de propietarios ausentes, y no un representante del nivel medio del hombre del campo.

Y mucho menos existe el <tío Celedonio> en las ciudades, en que la práctica totalidad de las fincas figuran inscritas en el Registro" (21).

No podemos compartir las afirmaciones del jurista español cuando acusa de negligente al poseedor *ad usucapionem*, ya que en tal caso, ¿no sería acaso mucho más descuidado un propietario que abandona la posesión a un tercero por treinta años sin interrumpirla siquiera? El Derecho no puede tutelar *ad infinitum* la posición jurídica del dueño solo porque está inscrita, aun cuando renuncia a la posesión, al disfrute y al contenido económico de la propiedad. Se dice que esta figura constituye un "insulto para los agricultores", pero resulta bien llamativo que alguien que abdica del uso por treinta años pueda llamársele agricultor; en todo caso, es el poseedor el único que explota, invierte, da trabajo, crea riqueza, gestiona económicamente el bien, aumenta el bienestar general, da realismo al dominio y justifica moralmente los derechos, por lo que llegado un punto en el tiempo la balanza tiene que inclinarse decididamente a su favor. Recuérdese que la posesión justifica la propiedad, y no al revés, pues el ordenamiento jurídico reconoce los títulos sobre la riqueza material a efecto de que ésta sea aprovechada y disfrutada, con beneficio colectivo; y no solo para acumular bienes sin producción, por mera especulación y con desprecio por el interés social.

Desde una perspectiva ética, la situación del poseedor, que invierte y produce, se encuentra en grado superior al del propietario meramente abstencionista que se contenta con inscribir una escritura pública en el registro. La realidad de la vida, cuando es tan patente y prolongada, debe vencer al mero formalismo.

Luego la misma doctrina extremista considera que dependerá de cada caso en concreto para determinar si el adquirente registral conocía o pudo haber conocido la situación posesoria en concepto de dueño. Para ilustrar esta opinión se da el siguiente ejemplo: "En este

(21) García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Editorial Civitas, Madrid 2002, Vol. III, pp. 128-129.

sentido, no es lo mismo que adquiera un colindante o un vecino próximo, en el que cabe apreciar según las circunstancias, medios racionales y motivos suficientes para conocer la usucapión, que si adquiere una persona o sociedad distante que no ha tenido ocasión de conocer los datos o pormenores de la usucapión" (22). Nuevamente discrepamos de dicha opinión. Si el usucapiente solo vence al tercero inscrito cuando es su vecino, o en casos análogos, entonces ya no se le exigiría la prueba de la negligencia consistente en haber podido conocer la posesión ajena, sino que ahora el estándar requerido sería directamente la **prueba del dolo**, pues de otra manera no puede calificarse que un vecino, luego de conocer por treinta años al poseedor, es decir, por toda una vida, resulte comprándole la finca a un advenedizo a quien nadie conoce en el barrio. Sin embargo, la norma no habla de dolo y basta la culpa del adquirente, la cual normalmente se acredita *in re ipsa*, pues luego de un plazo de tiempo tan extendido ya existe la sospecha de una situación anormal, incluso para el comprador "no colindante", ya que a cualquier sujeto con diligencia mínima le debe resultar extraño la prolongada discordancia que se produce entre la titularidad formal, que se construye en el registro solo con escrituras públicas y sin ningún contacto con la realidad, y la posesión. Puede concluirse con la siguiente frase: "Es, pues, francamente excepcional que el tercero hipotecario (registral) pueda prevalecer contra el adquirente por usucapión" (23).

En el caso del derecho civil de los Estados Unidos, la solución es muy clara: la prescripción adquisitiva es el título más poderoso y vence al registro cuando exista contradicción entre ambos. La solución no genera inseguridad alguna, pues el adquirente tiene el deber de indagar el estado posesorio de la finca, y en caso contrario, asume el riesgo de pérdida si el título registrado es incoherente con la posesión (24).

---

(22) *Ibíd.*, p. 140.

(23) Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral,* Editorial Civitas, Madrid 1984, p. 142.

(24) Este es el revelador párrafo de los profesores de las Universidades de Columbia y Harvard: "Si A obtiene un título por usucapión frente a O y no lo inscribe, y luego O vende la finca a P, quien inscribe, ¿quién será el propietario de la finca? Aunque P investigue escrupulosamente las inscripciones registrales, el derecho de A no aparecerá. Si bien pudiera parecer que, de acuerdo con las normas reguladoras de la inscripción registral, debiera ser P quien ganara en este caso, los tribunales entienden que A gana por usucapión. P debe proteger su derecho frente a la usucapión inspeccionando la finca, adquiriendo conocimiento mediante una investigación. Si alguien que aparentemente no tiene ninguna conexión con el futuro transmitente está ocupando la finca, el potencial comprador debe informarse de si ese ocupante tiene una acción por usucapión.

6. Los sistemas con registro constitutivo también respetan la usucapión

Un sector de la doctrina aboga porque no se permita la usucapión en contra de la información del registro, es decir, de *lege ferenda* se busca adoptar una solución similar a los sistemas germánicos, en los cuales supuestamente no se puede prescribir en contra del titular registral. Esta postura extremista no puede compartirse, pues la realidad social demuestra a diario que los hechos son muchas veces más poderosos que el mejor derecho. Así pues, eliminar toda posibilidad de prescripción *contra tabulas* significaría que el poseedor con una larguísima posesión no pueda vencer al titular de una propiedad sin contenido real, y que prácticamente hubiese efectuado abandono tácito de esta. Además, impediría regularizar situaciones de hecho ya largamente consolidadas en virtud a un estado posesorio continuo, público, pacífico y como propietario. Sobre el particular: "rechazar por completo la usucapión contra tabulas, en aras de la protección de los adquirentes conforme al registro, significa dejar inermes a los poseedores con la posesión largamente continuada" (25).

La posibilidad de cancelar o anular una inscripción, no invalida el sistema registral, ni tampoco lo vuelve inútil, como parecen creer algunos autores. Admitir la prescripción *contra tabulas* no puede llevar a concluir que ello debilita seriamente al registro. No existe dato empírico que sustente esta afirmación. Es más, nuestro país ha requerido, casi como ningún otro, un conjunto normativo cuya característica primera es reconocer la importante función social cumplida por la usucapión en aras de regularizar situaciones de hecho socialmente ventajosas, pues se prefiere la explotación económica de los bienes antes que una vacua titularidad sin contenido social ni económico. Estos hechos concretos permiten inferir que la usucapión es una figura a la cual el legislador difícilmente puede renunciar, aun cuando se trate de inmuebles con titularidades inscritas en el registro. Por tanto, no se entiende cómo una

---

Si ha transcurrido el plazo de usucapión, la venta que realice el propietario inscrito no será válido. Si el plazo de usucapión todavía no ha transcurrido, el propietario inscrito deberá echar al poseedor-usucapiente para poder ofrecer un título válido": MERRIL, Thomas W. y SMITH, Henry E. *Propiedad y Derechos Reales. Una introducción al sistema jurídico de los Estados Unidos de América,* Editorial Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, traducción de Josep SANTDIUMENGE y Marian GILI, p. 233.

(25) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Editorial Civitas, Madrid 1995, Tomo III, p. 750.

parte de nuestra doctrina jurídica pretenda eliminar completamente la prescripción *contra tabulas*, sin tomar en cuenta la realidad social de nuestro país. El Perú es un ejemplo vivo en el cual la usucapión cumple la función social para la cual fue ideada. Y ello, como hemos dicho, supera todas las concepciones meramente teóricas o dogmáticas.

Por lo demás, es bueno mencionar que **ni siquiera en los registros constitutivos más avanzados se prescinde totalmente de la usucapión, como a veces se cree en forma ingenua**.

El sistema australiano o **Acta Torrens** se caracteriza por el principio de invulnerabilidad, pero su realidad doctrinal o jurisprudencial se presta a interpretaciones disímiles. Para unos se trata de un mecanismo de convalidación de las nulidades por medio de la inscripción; para otros, no (26). No obstante, bien vistas las cosas, y a la distancia, parece

(26) "La admisión general de la inmediate indefeasibility ha justificado que se haya dudado si la inscripción en el Torrens system tiene un carácter sanatorio o convalidante. Sin embargo, la inscripción en el registro australiano no convalida los defectos que presente el título adquisitivo. (…) En Australia como en España es necesario separar los defectos en el título adquisitivo que no pueden ser subsanados por la inscripción y los defectos en la titularidad jurídica del transmitente que sí pueden ser purificados por el registro si el adquirente reúne los requisitos necesarios para ello": ARRIETA SEVILLA, Luis Javier. *El Torrens title y el Registro de la propiedad español,* CRPME, Madrid 2010, pp. 123-124.

No obstante, y en forma contradictoria, el mismo sistema registral que "no subsana los defectos del título adquisitivo", sin embargo, sí protege al comprador inocente cuando un sujeto ha falsificado la firma del vendedor: "AAA es el titular registral de un fee simple sobre una finca. Por cualquier razón, BBB obtiene el *certifícate of title* de AAA y para lucrarse vende la finca a CCC haciéndose pasar por AAA. Para ello BBB falsifica la firma de AAA en los documentos que sirven para la transmisión del derecho a CCC, el cual ignora la conducta fraudulenta de BBB y que con posterioridad inscribe. En este supuesto, ¿estaría legitimado AAA para reivindicar la finca a CCC? Bajo la regulación del *old system,* AAA estaría facultado porque la falsedad documental afecta a la validez del título adquisitivo, lo que determina que CCC no llegue a adquirir el derecho. Sin embargo, tras la entrada en vigor del *Torrens system* la inscripción de CCC resultará preferente porque los defectos del título no perjudican al tercero (sic). No obstante, en Gibbs vs. Messer [1891] AC 248 se restringió la protección del tercero que inscribe al admitirse la teoría de la *deferred indefeasibility.* En aquel caso se concluyó que los títulos que estuvieran viciados conforme al *old system* no otorgan protección, por lo que únicamente quedarían protegidos los subadquirentes inscritos del titular registral. Sin embargo, esta posición jurisprudencial fue rechazada en Frazer v. Walker [1967] 1 AC 569 y Breskvar v. Wall [1971] 126 CLR 376 que admitieron la inmediate indefeseability, que constituye la teoría actualmente vigente. Con base en la inmediate indefeasibility el titular el titular registral será protegido frente a los defectos de la transmisión a los que sea totalmente ajeno. Por ejemplo, los casos de falsificación de firma del vendedor o de suplantación de personalidad": *Ibíd.*, pp. 121-122.

claro que existe una inscripción relativamente sanatoria, pero que no opera cuando el titular inscrito ha sido el causante de la nulidad o la conoce perfectamente (ejemplo: fin ilícito, simulación, etc.). Sin embargo, entre las excecpiones reconocidas a la invulnerabilidad se encuentra la usucapión contra el registro, admitida desde 1952, y por la cual se permite que un poseedor pueda vencer a un titular registral cuando ha cumplido todos los requisitos legales de la usucapión. En tal sentido, existe una franca corriente de opinión favorable para dar cabida a la realidad, pues la posesión por largo tiempo es una realidad material constitutiva de un hecho que no puede desconocerse (27). Sin embargo, un estudio reciente sobre el tema se da cuenta de ciertas mediaizaciones a la preferencia de la usucapión contra el titular registral en algunas legislaciones de los Estados de Australia (28), sin

(27) En este punto seguimos el documentado estudio de: MIRANDA, Marcelo. "El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia". En *Revista de Derecho Notarial,* Núm. 116, Madrid, abril-junio 1982, pp. 177-178.

Sin embargo, con más precisión se mencionan los siguientes datos: "la admisión de la usucapión puede ser considerada como un requisito de justicia material, fundado en la seguridad jurídica y el orden público económico. Por este motivo, South Australia en 1945, Queensland en 1952 y New South Wales en 1979 modificaron su legislación, ya que con anterioridad solo era posible usucapir fincas no inmatriculadas": ARRIETA SEVILLA, *El Torrens title…,* pp. 69-70.

(28) "En la actualida, la legislación de los seis Estados permite al usucapiente *contra tabulas* hacer valer su título y solicitar la inscripción de su derecho a través de un procedimiento que incluye, como no podría ser de otra forma, la cancelación del asiento registral usucapido. Es decir, una vez completado el plazo legalmente establecido, el usucapiente está facultado para solicitar la inscripción de su derecho en el registro. Sin embargo, la legislación no es uniforme en dos materias: el carácter preceptivo de la inscripción del *adverse possessor* y la oponibilidad de la usucapión iniciada o consumada frente a otro titular registral. En New South Wales, la s. 27. (2) *Limitation Act* [NSW] reconoce la posibilidad de adquirir por usucapión frente al registered proprietor si se posee efectivamente la finca durante un periodo de 12 años. Sin embargo, para que la adquisición sea firme no será suficiente probar la posesión durante aquel plazo sino que el usucapiente deberá solicitar la inscripción registral de su *possessory title.* Además, conforme a la s. 45.D (4) RPA [NSW] la posesión debe complementarse frente al titular registral. Esto supone que cualquier transimisión onerosa de la finca a un tercero que no incurra en fraude implica que el cómputo del plazo para la usucapión se reinicia *(wipes the slate clean principle)*. (…) Victoria y Western Australia constituyen el polo opuesto a New South Wales porque, en primer lugar, la *adverse possession* no está vinculada a la inscripción constitutiva del usucapiente, lo que determina que ostenta una mayor protección a costa de una reducción de la defensa del *registered proprietor.* En segundo lugar, en el caso de que el titular registral usucapido transmita la finca a un tercero no se interrumpirá la prescripción": *Ibíd.*, pp. 70-72.

embargo, en realidad parece que el límite máximo es que el tercero inscrito no sea perjudicado, siempre que no haya actuado con fraude, aunque parece difícil suponer que no la haya cuando se trata de una posesión contradictoria de doce o quince años.

En **Italia rige el sistema tabular** en algunas provincias del norte de la península, las que en algún momento estuvieron bajo la soberanía del Imperio Austro-Húngaro, lo cual significa que existe un registro con base catastral, de folio real y tracto sucesivo, con inscripción constitutiva y calificación por autoridad judicial (Real Decreto número 499, de 28 de marzo de 1929, que incorpora la Ley Territorial del Imperio Austro-Húngaro de 1871). Aquí, como en muchos países con registro constitutivo, la norma dice una cosa, pero la realidad otra. Así, el artículo 5.º del Real Decreto regula el conflicto entre un derecho extratabular, adquirido por usucapión (independientemente de la inscripción), y un derecho tabular, adquirido por acto entre vivos (con el concurso de la inscripción), y por virtud del cual, se da preferencia a este último cuando se produce la adquisición sobre la base del registro, o sea, cuando haya inscrito con anterioridad a la inscripción de la usucapión. Sin embargo, aquí la excepción se convierte en regla general, pues la tutela derivada del principio de fe pública no puede extenderse a quien ha registrado de mala fe, esto es, por conocer o por haber debido conocer la existencia de otro derecho real adquirido por tercero. Existen muchas sentencias de la Corte Suprema italiana (Núm. 3605 de 1985, Núm. 6024 de 1987 y Núm. 12428 de 1997) que indican que la usucapión es oponible a quien está en grado de conocer, con las indagaciones impuestas por la normal prudencia, de la sucedida usucapión (29). Y resulta obvio que es casi imposible que el adquirente a título derivativo no se dé por enterado de la posesión contradictoria cuando ésta se ha extendido por varios años y se encuentra consolidada.

En **Austria**, país germánico siempre influenciado por el derecho alemán, también rige la inscripción constitutiva de los derechos reales sobre fincas, aunque con la diferencia que el registro se hace sobre la base de actos o negocios causales, y no abstractos como en su par de Alemania. Ello no impide, sin embargo, que se admita la usucapión *contra tabulas*, de conformidad con el § 1468 ABGB (Código Civil Austriaco) (30). Por otro lado, vale mencionar que la fe pública registral,

(29) Cian, Giorgio. *Commentario Breve…, Op. cit.,* p. 1182.

(30) Martínez Escribano, Celia. "Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho austriaco". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 699, Madrid, enero-febrero 2007, p. 248.

en este país, no opera con solo inscribir el título del tercero, sino que además se requiere el transcurso de tres años que consolide la situación jurídica.

Por otro lado, en el **sistema alemán** también se admite el ingreso de la posesión para rectificar la información del registro, aunque sí es cierto que en forma limitada. De esta manera, este ordenamiento sería prácticamente el único en el cual la usucapión *contra tabulas* estaría muy restringida, aun cuando ello solo es una opinión desde la perspectiva legislativa, pues habría que ver qué pasa en el "derecho vivo" y en la jurisprudencia de los Tribunales, de lo que no tenemos información actual.

El § 927 BGB (Código Civil Alemán) (31) regula dos hipótesis cuando existe un poseedor en concepto de dueño por el plazo de treinta años, y su posesión es contraria al derecho de un titular inscrito:

(i) Si estamos ante un propietario no-inscrito de una finca (por ejemplo: en virtud de herencia) (32), el poseedor puede iniciar un

---

(31) Lamarca Marqués, Alberto (Dir. de la traducción y del estudio preliminar). *Código Civil Alemán,* Marcial Pons, Madrid 2008, p. 258:

§ 927 BGB. Procedimiento de convocatoria edictal.

1. El propietario de una finca puede ser excluido de su derecho mediante el procedimiento de convocatoria edictal, si la finca ha sido poseída en concepto de dueño por otro desde hace treinta años. El tiempo de la posesión se computa de la misma forma que el plazo de la usucapión de una cosa mueble. Si el propietario se encuentra inscrito en el registro inmobiliario, el procedimiento de convocatoria edictal solo es admisible si éste ha muerto o ha desaparecido y desde hace treinta años no se ha practicado inscripción alguna en el registro inmobiliario de las que requieren el asentimiento del propietario.

2. Aquel que ha provocado la sentencia de exclusión obtiene la propiedad al hacerse inscribir como propietario en el registro inmobiliario.

3. Si antes de dictarse la sentencia de exclusión, ha sido inscrito un tercero como propietario o ha sido practicado un asiento de contradicción contra la exactitud del registro inmobiliario a causa de la propiedad de un tercero, la sentencia no es eficaz frente al tercero.

(32) Puede citarse el siguiente ejemplo: "En 1885 adquiere X de E por compraventa de una finca en la antigua Prusia, la cual le fue entregada de inmediato. Pero la inscripción (en Prusia desde 1872 regía el sistema de Registro) no tiene lugar, ya que V, de quien E heredó el bien, consta inscrito pero las partes no pueden aportar el testamento. Algún tiempo después E emigra a América, X y después sus causahabientes consideran la propiedad como suya. En 1936, cuando quieren gravar el bien, se dan cuenta de que está a nombre de V. Los herederos de X no pueden inscribir el bien a su favor en virtud de la transmisión, pues el bien no consta inscrito a nombre del transmitente": Westermann, Harry y otros. *Derechos Reales,* Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, traducción de José María Miquel González y otros, Volumen II, p. 1091.

procedimiento de intimación para efecto de excluir al titular formalmente inscrito, pero no propietario. Aquel que ha provocado la sentencia (el poseedor) obtiene la propiedad al hacerse inscribir como tal en el registro inmobiliario.

(ii) Si estamos ante un propietario inscrito de la finca, pero solo en los casos en que se trate de un sujeto fallecido o desaparecido (este último es un término muy amplio y genérico), y en el registro no se haya practicado inscripción alguno en los últimos treinta años de las que requieran el asentimiento del propietario, entonces el poseedor puede iniciar el mismo procedimiento de intimación, siendo que aquel que ha provocado la sentencia, obtiene la propiedad al inscribirse.

Nótese que la "exclusión de la propiedad" tiene diferencias con la "usucapión *contra tabulas*", pero en realidad tienen analogías. Así pues, la sentencia de exclusión trae como consecuencia que el bien inmueble queda sin dueño o vacante; ante lo que el poseedor, en una especie de acto de apropiación, puede solicitar que él sea inscrito como propietario. Así lo explica la doctrina de ese país: "Un no propietario que durante treinta años se ha limitado a poseer, sin estar inscrito, sólo tiene la facultad de hacer emplazar por edictos al propietario que lo ha sido hasta entonces, dentro de un procedimiento judicial (regulado en la ZPO., par. 977-981). Si el propietario no comparece, se le tiene por renunciante y se dicta sentencia de exclusión. Con ello se extingue su propiedad, y la finca queda sin dueño. El solicitante puede, sin embargo, obtener la inscripción, y con ello se hace propietario" (33).

El poseedor en concepto de dueño hace una solicitud basada en hechos fidedignos. El Tribunal competente requiere públicamente a quien es propietario para que dé noticia de su derecho, previniéndole de que en otro caso podrá recaer la exclusión. Si en el plazo declarado en los edictos nadie se presenta, entonces se dicta sentencia de exclusión de todos; ahora bien, los titulares que se presentan mantienen sus derechos, pues frente a ellos no surte efecto la exclusión. Esta sentencia deja a la finca sin propietario. Pero el designado en la sentencia tiene un derecho de apropiación exclusiva, el cual ejercita mediante su inscripción en el registro. Se trata de una hipótesis de inscripción consti-

(33) HEDEMANN, Justus Wilhem. "Derechos Reales". En LEHMANN– HEDEMANN. T*ratado de Derecho Civil,* EDERSA, Madrid 1955, traducción de José Luis DÍEZ PASTOR y Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, p. 167.

tutiva, pero sin *Auflassung* (negocio jurídico consistente en el acuerdo abstracto de transmisión y adquisición) (34). Por su parte, los derechos del tercero que gravan la propiedad, no se ven afectados por la sentencia ni por la inscripción. Téngase en cuenta que formalmente la atribución del derecho se causa por la sentencia, y no por la posesión (35); pero es claro que la sentencia, a su vez, tiene como presupuesto la posesión. Por tanto, se trata de eliminar la usucapión *contra tabulas* mediante un artificio técnico, propio del genio jurídico alemán, por el cual lo que es usucapión se construye de otra forma pero finalmente el resultado es el mismo.

En el *Common Law*, especialmente en el **Derecho de Inglaterra y Gales**, ha habido un curioso tránsito de idas y venidas. Entre 1862 y 1897 los inmuebles registrados no podían ser adquiridos por usucapión (*adverse possession*), pero el escaso porcentaje de predios ingresados en el sistema de registro hacía que la norma sea de escasísima aplicación y, en consecuencia, quedó reservada para un ámbito teórico. En 1897 ese régimen cambió, pues todas las normas de usucapión fueron aplicadas a la propiedad registrada, incluso durante la vigencia de la *Land Registration Act* 1925 (Ley del Registro Inmobiliario de 1925).

La norma de 1925 ha quedado sin efecto a partir del 13 de octubre de 2003 cuando entró en vigor la *Land Registration Act* 2002 (36) que estableció el principio por el cual la propiedad inscrita no sufre la usucapión. Nuevamente el tema no pasa de ser ilusión, pues inmediatamente tuvo que reconocerse una excepción: un poseedor que ha estado en posesión por diez años de la finca puede hacer un reclamo para que se le considere propietario, si el titular inscrito no objeta en los tres meses siguientes de haber sido notificado con el reclamo, o falla en su contradicción en los dos años siguientes, entonces deberá ceder su lugar al usucapiente (37).

El Derecho civil inglés es muy complejo, derivado de su origen feudal, y distingue derechos reales "legales" y de "equidad", pero estos últimos, en algunos casos, pueden ser oponibles a los legales, incluso inscritos. Los derechos oponibles, sin inscripción, reciben la denomi-

---

(34) Es evidente que en este caso no se produce el *Auflassung,* ya que no hay acuerdo, pues el poseedor actúa en forma unilateral para lograr la apropiación del bien luego que se ha dictado la sentencia judicial de exclusión.

(35) WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, *op. cit.,* Tomo II, p. 1096.

(36) También se aprobó la *Land Registration Rules* 2003, que viene a ser una especie de instructivo o reglamento de aplicación de la ley.

(37) WONNACOTT, Mark. *Possession of Land,* Cambridge University Press, Londres 2006, pp. 140-141.

nación de *overriding interest*, entre los que se encuentran los derechos posesorios actuales y efectivos o que conllevan percibo de rentas (*Land Registration Act* 2002, s. 70). Por tal motivo en la práctica forense se aconseja verificar la posesión del predio, lo que no necesariamente podría deducirse de una simple lectura de los textos legales (38). Entre estos derechos absolutamente oponibles tenemos las situaciones posesorias caracterizadas por el transcurso del tiempo sin oposición del dueño (reguladas por la *Limitation Act* de 1980). En realidad, se trata de una usucapión, aun cuando esta solo opera plenamente cuando se inscriba la nueva adquisición. En efecto, todo propietario registral lo continúa siendo hasta que es sustituido por otro, de ahí que el contradictor no adquiera el dominio (39), sino un derecho oponible en tanto no obtenga una inscripción a su favor. En el ínterin, el titular registral se constituye en fiduciario del usucapiente, pero este último igual ya tiene un derecho protegido frente a cualquier posterior adquirente. El plazo de la usucapión (*adverse possession*) es de doce años (40).

7. La fe pública registral no regula este conflicto

El principio de fe pública registral opera cuando el título del transmitente se halla afectado por alguna causal de nulidad o ineficacia contractual o negocial que puede originar la decadencia de efectos de los actos sucesivos. Por ejemplo, A (titular inscrito) vende a B. Luego, B vende a C. En tal caso, la eventual nulidad de la venta entre A-B, aun-

(38) De la Puente Alfaro, Fernando. "El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 670, Madrid, marzo-abril 2002, pp. 629-631.

En tal sentido: "a un adquirente normal lo que más debe preocuparle es la existencia de eventuales poseedores en la finca que, como hemos visto, pueden ostentar una situación inatacable, amén de que pueden existir servidumbres no inscritas o incluso propiedades a término hasta veintiún años. De ahí que la práctica forense aconseje siempre la inspección física del inmueble e incluso la investigación sobre el terreno mediante la inquisición a vecinos con el fin de descubrir cualquiera de las situaciones descritas": *Ibíd.,* p. 631.

(39) La Land Registration Act, s. 97, que remite al Schedule 6, "establece que el usucapiente que complete el plazo de 10 años deberá solicitar la inscripción de su título. Tras la solicitud, el registrador deberá notificar la propuesta al que aparezca como titular registral y solo procederá la inscripción del usucapiente en caso de que no haya oposición. Únicamente en esa situación se adquirirá por usucapión y se extinguirá el derecho del usucapido": Arrieta Sevilla, *El Torrens title…, op. cit.,* p. 71.

(40) De la Puente, "El Registro de la Propiedad…", *op. cit.,* p. 630.

que se declare judicialmente, no producirá el efecto de privar a C de su adquisición, si la causa de nulidad (por ejemplo: ilicitud de la causa del contrato) no consta en el registro. En principio, estos conflictos se resuelven por la confianza en la apariencia registral, de tal suerte que nadie podrá ser privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio invalidante, o aunque dicho título, válido en un principio, quede más tarde sin efecto (41). El sistema jurídico peruano contempla en forma expresa esta figura en el artículo 2014 CC.

Nótese que la fe pública se aplica exclusivamente a favor de un tercero que adquiere en virtud de negocio jurídico oneroso y al cual se protege frente a ciertas nulidades, anulabilidad, rescisión o resolución que sufra el acto previo. Es decir, se trata de un mecanismo de seguridad jurídica que solo juega en las adquisiciones contractuales o derivativas, las cuales pueden decaer cuando el transferente no resulta ser propietario como consecuencia de la nulidad de su acto adquisitivo. Este problema, sin embargo, no se aplica en la usucapión, pues se trata de un modo originario de adquisición en el que no tiene relevancia alguna la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución.

Por ejemplo, tenemos un tercero inscrito en el registro frente a un usucapiente. ¿Quién vence? Los partidarios del extremismo registral quieren invocar el art. 2014, pero esta norma tiene un ámbito estricto de aplicación, que no se cruza para nada con la prescripción adquisitiva. En efecto, el propietario inscrito está protegido frente a la nulidad y demás patologías contractuales que pudiera haber sufrido el sujeto, anterior titular, que le transmitió ese derecho. Por el contrario, el usucapiente no es transmitente del titular inscrito, ni tiene relación jurídica alguna con los actuales o anteriores propietarios. Tampoco ha participado en los negocios jurídicos que constan en el registro. La usucapión es un fenómeno jurídico ajeno al mundo contractual o negocial, por lo que sus efectos no pueden ser mediatizados o anulados por el principio de fe pública.

En conclusión, el art. 2014 simplemente no regula la hipótesis de conflicto entre el usucapiente y el tercero inscrito, por lo que de allí nada puede obtenerse. Por otro lado, el art. 952 CC sí resulta aplicable, y en tal virtud, la posición jurídica del poseedor resulta prevaleciente. Por tal razón, la sentencia que declara la usucapión es título suficiente

(41) De Ángel Yagüez, Ricardo. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral,* Universidad de Deusto, Bilbao 1982, pp. 119-120.

para cancelar el asiento del antiguo dueño, cualquiera que éste sea, inscrito o no inscrito, pues la norma no distingue ni podría distinguir.

8. Un caso concreto de fracaso de la preponderancia del registro sobre la usucapión

Sin la prescripción adquisitiva, la propiedad podría reducirse a un conjunto de artificios técnico-jurídicos, siempre favorables a las clases detentadoras de la riqueza, que por eso mismo dominan los artificios, pero alejado del ser humano y su sentir. Un caso real permite corroborar nuestra tesis. **En América Latina, existe el caso de República Dominicana**, país pequeño que introdujo el sistema *Torrens* (42) con las siguientes características: constitutivo para la adquisición de los derechos reales, sanatorio de los vicios del título, e inmune frente a la prescripción adquisitiva (43). Es el registro "perfecto", según los economicistas (Bullard) y los extremistas registrales criollos (Gonzales Loli). Pues bien, resulta que tal "perfección" no es tal; y en el país centroamericano existe un alto porcentaje de inmuebles no inscritos, y otro porcentaje de inscritos, pero con información desactualizada, en los que se enfrentan poseedores consolidados frente a propietarios registrados. El resultado es el peor de los mundos posibles, pues el poseedor de larga data no puede regularizar la situación en cuanto la propiedad es imprescriptible, mientras el titular inscrito lo es de puro "papel", pues la recuperación posesoria es imposible. En consecuencia, se tiene "cuasi-propietarios", por la larga posesión, que no pueden

(42) La Ley Núm. 1542 de 11 de octubre de 1947, de Registro de Tierras, introdujo el sistema Torrens en Dominicana. Esta norma ha sido sustituida por la Ley Núm. 108-05 de 23 de marzo de 2005, del Registro Inmobiliario, que se encuentra actualmente en vigor.

(43) Principio III: El Estado Dominicano es el propietario originario de todos los terrenos que conforman el territorio de la República Dominicana. Se registran a nombre del Estado Dominicano todos los terrenos sobre los que nadie prueba derecho de propiedad alguna.

Principio IV: Todo derecho registrado de conformidad con la presente ley es imprescriptible y goza de la protección y garantía absoluta del Estado.

Art. 90: El registro es constitutivo y convalidante del derecho, carga o gravamen registrado. El contenido de los registros se presume exacto y esta presunción no admite prueba en contrario, salvo lo previsto por el recurso de revisión por causa de error material y por causa de fraude.

Art. 91: El certificado de título es el documento oficial emitido y garantizado por el Estado Dominicano, que acredita la existencia de un derecho real y la titularidad sobre el mismo.

invertir todo lo que podrían hacerlo; y simultáneamente "propietarios formales" que no pueden obtener utilidad alguna de la cosa. El resultado es que los inmuebles están sub-explotados con grave daño a la economía de dicho país. Tarde o temprano tendrán que admitir que no es viable mantenerse en el formalismo, en un registro que habla de una "verdad oficial" forzada, que solo aparece en los libros, pero que no tiene contacto alguno con el mundo vital. En tal contexto, los auténticos propietarios (usucapientes) no son propietarios; y los formalmente propietarios (inscritos) no son más que un triste recuerdo o una historia olvidada (44). Es cierto que la jurisprudencia de los tribunales puede flexibilizar estas reglas con interpretaciones creativas o basadas en la Constitución; pero eso tiene un límite, y llega el momento en que la reforma legal se hace inexorable. República Dominicana es el único país de Latinoamérica que adoptó el sistema australiano en todas sus excentricidades, que no es otra cosa que el extremismo a la máxima potencia. ¿La causa de ello? Seguramente, las mismas que se invocan en nuestro país: la seguridad jurídica, la protección de las inversiones, el fomento de un adecuado clima de negocios para los extranjeros, etc. Pues bien, **el resultado ha sido un fracaso**, y ello por un motivo simple: el Derecho que se olvida de la vida, tarde o temprano, se deslegitima; y el asunto se resuelve con un cambio de régimen, o en una profunda reforma normativa, o en la adecuación que hagan los tribunales al considerar que la ley es letra muerta.

---

(44) El fracaso del sistema registral dominicano se advierte en la reciente entrevista que se le hace a la Directora Nacional del Registro de Títulos, Rosabel Castillo Rolffot (*Notarios*. Publicación Oficial del Colegio Dominicana de Notarios, Núm. 3, Santo Domingo, enero-abril 2013, pp. 28-31), en la cual pretende negar el exceso en la calificación de los registradores con un argumento legalista ("se incurre en exceso cuando la calificación se hace fuera de lo establecido por la ley"), o minimiza la increíble exigencia de hacer comparecer a los contratantes frente al registro, a pesar del instrumento notarial y la fe pública ("es facultad del registrador de títulos, conforme al artículo 48 del Reglamento General de Registro de Títulos, solicitar la comparecencia de las partes cuando existen deficiencias"), o, por último, debe reconocer que los contratantes necesitan verificar la posesión para asegurar la adquisición de los inmuebles ("procure establecer la calidad del propietario con las familias o propietarios del entorno y la correcta ubicación del inmueble, si al respecto tiene dudas"). Es decir, en un registro supuestamente constitutivo, convalidante e imprescriptible; sin embargo, se necesita tocar la puerta de los vecinos para conocer al propietario. Una buena muestra para ratificar que la posesión, al margen de los legalismos y del sueño de verano de los dogmáticos, siempre regresa con todo su poderío.

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 remembrar 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 Titulo 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 autocrítica 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 trascedente 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%20Ma drid%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, "Regulaci{on 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 Elaboraci{on 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 HAURIOU, 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 intranscendente, 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 autentificación 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 espontaneo…, 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. Critica 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 desempaña 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 transcendental 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 tutelarlo 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.°, 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 renuncias 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 simultaneo 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.UINLKongress2004 Mexiko/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), modulo 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://notarios latinos.com/ver_nota.asp?codigo_nota=28.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Derecho Notarial de la Empresa,* Módulo Auto formativo, 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.

¿ES LA RESTITUCIÓN DEL BIEN, CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987?

RAFAEL ROSELLÓ MANZANO
Profesor Auxiliar de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana
Notario

SUMARIO: 1. Breve proemio. **2.** El contenido de la responsabilidad civil en el artículo 83 del Código de 1987. **3.** Lo que debe entenderse por "restitución" en nuestro Código civil. **4.** ¿Por qué la "restitución" no es contenido de la resposabilidad civil? **4.1.** La cuestión en el ámbito extracontractual. **4.2.** La cuestión en el ámbito contractual. **5.** Breve conclusión. Bibliografía

1. Breve proemio

Cuando inicié mis estudios de Derecho en el aún no tan lejano año de 1999, no tuve y a el placer de conocer personalmente al profesor Tirso Clemente, aunque en el segundo año de la carrera, cuando el telón del Derecho civil se descorrió para mostrarnos, de forma a la vez convincente e implacable, por qué es el alma de todo el Derecho, su libro era aún el texto básico por el que se estudiaba la asignatura. Se dice en la Biblia que las personas se conocen por sus obras, a lo que se podría añadir, como dice el profesor Leonardo Pérez Gallardo, que a los profesores universitarios se les conocerá fundamentalmente por su obra escrita, por el aporte en blanco y negro que hayan podido añadir al acervo de la doctrina nacional, con la idea de un mejor Derecho en el horizonte próximo. El libro del homenajeado no es ya el texto por el que los alumnos estudian la Parte General del

Derecho civil, ha sido sustituido, con lógica dialéctica, por otro más actual y adecuado a sus necesidades. Sin embargo, recuerdo que nada esencial faltaba en aquella obra, redactada por un autor que al decir de los que lo conocieron estaba dotado de una cultura enciclopédica. Como buen hijo de su tiempo, el libro incluía siempre, al final de la exposición de la mayoría de las instituciones, cómo se regulaba en los Códigos civiles socialistas. Desde una perspectiva errónea, esto pudiera parecerle a alguien un ejercicio compilatorio limitado y acrítico de Derecho comparado. A los ojos de alguno de mis coetáneos (o incluso a los míos propios en aquella época de inicios del XXI), pudo ser simplemente una lectura abstrusa e inútil ("¿a quién le importa (dirían) como se regulaba la representación en el Código civil de la Polonia socialista? ¿A Lech Walesa o a Karol Wojtyla?" Los complejos sentimientos que albergábamos después de la caída del campo socialista, nos impedían ver muchas veces que sus códigos civiles no eran necesariamente tan malos como algunos de sus dibujos animados. Después aprendí que, en tanto antecedentes directos e importantísimos de la máxima ley civil cubana, era necesario conocerlos. A medida que el tiempo pasa, y que conseguir el texto de los códigos socialistas se hace más difícil, la obra del profesor Tirso CLEMENTE se hace, por esa y otras razones, aún más útil y necesaria. Agradezco entonces la oportunidad de participar en su homenaje con las siguientes reflexiones.

2. El contenido de la responsabilidad civil en el artículo 83 del Código de 1987

Cuando se habla del contenido de la responsabilidad civil, generalmente se hace alusión al tipo de prestación (y la extensión o magnitud de esa prestación) que resulta objeto de la obligación indemnizatoria, la cual tiene su fuente en el acaecimiento de una acción u omisión de consecuencias dañosas, imputables a quien será sujeto pasivo de dicha obligación. Puede tratarse, según el caso, de una obligación pecuniaria de valor, cuando estamos ante la llamada "indemnización por equivalente", que consiste como es sabido en una suma de dinero en la que se valora el daño sufrido por la víctima; y en el caso de la indemnización o reparación *in natura* (o específica), puede tratarse de una obligación de dar, cuando se debe entregar un bien del mismo género o con las mismas características que el destruido o dañado, o bien de una obligación de hacer cuando se trata de reparar

el propio bien dañado, a lo que pueden añadirse los casos en los que el agente dañoso entrega una cantidad de dinero destinada específicamente a sufragar los gastos de la reparación del bien dañado, cuando por su naturaleza, o porque la víctima no lo desea así, no puede realizarla por sí mismo.

De esta importante cuestión se ocupan los artículos 83 al 86, ambos inclusive, de nuestro Código civil, los cuales, pese a su importancia han sido tratados con parquedad en la doctrina nacional. El artículo 83 incluye dentro del contenido posible del resarcimiento una variante que a primera vista parece encontrar acomodo entre las que hemos esbozado en el párrafo anterior. Se trata del inciso a) que menciona la *"restitución del bien"*. Seguidamente el legislador trata de explicarse, sin demasiada fortuna en el artículo 84: *"La restitución debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirido de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública."* Todavía hay otro elemento en el artículo 85, que define la raparación del daño material como el abono del valor del bien, o del menoscabo que ha sufrido dicho bien *"cuya restitución no es posible"*.

La doctrina y los códigos civiles se decantan casi siempre por admitir las dos variantes resarcitorias: la indemnización o reparación mediante la entrega de una suma de dinero, o la reparación *in natura*, reparando el bien o entregando uno de su género, cuando esto es posible. La preferencia por la reparación específica del daño tiene su origen en la escuela de Derecho natural, que ejerció profunda influencia en el BGB y los Códigos de la familia germánica, que incluyen al suizo y al portugués, por solo citar dos ejemplos representativos.

En la elaboración de nuestro Código civil existen huellas de la influencia del BGB, aunque las influencias se manifiesten en algunos casos en injertos asistemáticos, o lleguen mediadas por la legislación de la llamada República Democrática Alemana, y de otros Códigos socialistas del área. Acertadamente se ha señalado que los Códigos civiles de las que otrora fueron las Repúblicas socialistas de Europa del este, ejercieron un influjo considerable en la redacción del nuestro, solo superado quizá por el Código civil español de 1889. El propio legislador, en la exposición que precedía al segundo de los anteproyectos de Código, en el mes de agosto del año 1979, mencionaba en concreto a *"los Códigos civiles de los hermanos países socialistas de la República Popular de Polonia, de 1964, de la República de Chocoslovaquia (sic), de 1964, de la RDA (sic) de 1975, de la República Popular de Hungría de*

1959, y el Código de la RSFSR, de 1964." (1) Podría pensarse entonces, prima facie, en un sistema inspirado en el germano, en el que solo procederá la reparación en forma de una suma de dinero cuando la reparación in natura no sea posible. En la variante del BGB, el responsable debe restituir al dañado en la posición que existiría si el daño no hubiera ocurrido (§ 249), pero si transcurre un período de tiempo razonable, la víctima puede rechazar la restitución mencionada (nótese que siempre se habla de restitución como restauración, devolución o reconstrucción del estado de cosas anterior al daño), y puede exigir una indemnización en dinero (§ 250). Finalmente, si la restitución no es posible, o no es suficiente para compensar a la víctima, o bien representa gastos desproporcionados para el agente, éste deberá indemnizar a la víctima en dinero (§ 251). De la lectura del artículo 85 pudiera pensarse que esta fórmula, con limitaciones en la transposición, fue atractiva al legislador del Código civil cubano. Los hechos demuestran, sin embargo, que dichas "atracciones" no siempre garantizaban un resultado coherente, como sucede con el intento fallido de consagrar un régimen de responsabilidad objetiva en los artículos 81 y 82. La pregunta es ¿pueden inferirse los mismos efectos de los parágrafos 249, 250 y 251 del BGB leyendo los artículos 83, 84 y 85 del Código civil cubano? O dicho de otra manera ¿es la restitución de la que hablan estos artículos, reparación in natura, preferente en todo caso a la indemnización en dinero, que procederá solo cuando aquella no sea posible, ex artículo 85?

3. Lo que debe entenderse por "restitución" en nuestro Código civil

Como se ha dicho, el § 249 del B.G.B. sitúa en un lugar predominante la llamada "restitución in natura", pero entendiéndola como *"restablecimiento de la situación que existiría de no haberse producido la circunstancia que obliga a la restitución"*.Como afirma LARENZ, "en caso de daños en la cosa, el perjudicado puede exigir su reparación. Si la cosa es destruida, naturalmente no puede ser restituida la misma cosa; pero si se trata de una cosa fungible (§ 91 del B.G.B.) puede ser restau-

(1) Las siglas se refieren a la República Democrática Alemana (RDA) y a la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR). Nota preliminar del Anteproyecto de Código civil cubano de 27 de agosto de 1979. Documento electrónico inédito, p. 2.

rada la anterior situación según los criterios del tráfico, mediante la entrega de otro ejemplar o de una cantidad igual que la desaparecida, pertenecientes a la misma especie y calidad." (2)

¿Pudo ser empleada la restitución del bien a que se refieren los artículos citados de nuestro Código también en el sentido de restablecimiento (3)? Creo que la respuesta debe ser negativa. El primer problema en surge de la lectura del inicio del artículo 84: "La restitución debe hacerse del mismo bien" dice el precepto, cuando debió formularse en la redacción (si se perseguía imitar la solución alemana), la posibilidad de restituir el bien dañado al estado anterior al acecimiento del evento dañoso, o la entrega bien de la misma especie y calidad que el dañado o destruido (4): "por el cristal roto puede ser reclamada la colocación de otro nuevo", dice LARENZ (5), un bien dañado durante la prestación de un servicio puede ser sustituido por otro. La segunda parte del artículo no presenta menos problemas: "... con abono del deterioro o menoscabo", es decir, que la disminución en el valor y la utilidad de la cosa deben ser abonados en dinero, lo que sin dudas nos acerca más a la idea de que es la misma cosa la que ha de restituirse y en caso de deterioro o menoscabo, abonar una suma de dinero que lo cubra. Sin embargo, aferrados a la solución germana, se podría decir que aún la idea de restitución como reparación *in natura* no muere aquí: dicha forma de indemnización no está necesariamente reñida con la entrega de una suma de dinero, porque la víctima del daño puede encontrarse ante el hecho de que el agente dañoso no tiene la pericia o los conocimientos necesarios para reparar los menoscabos y deterioros por sí mismo, o de tenerlos, puede que aquella ya no confíe en que la propia persona que causó el daño sea la idónea para resta-

---

(2) LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones* (versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ), tomo 1, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958, p. 228.

(3) Acepción tercera de la voz "Restitución" en MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alonso, *Diccionario jurídico básico*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 396, que reproduzco íntegra por su interés: **RESTITUCIÓN.** Acción o efecto de restituir. || Devolución de una cosa. || Reintegro de lo robado. || Restablecimiento. lI Retorno al punto de partida.

(4) Seguramente influido por el BGB, hay una solución similar en el Código civil polaco de 1964, que en su artículo 363 disponía *"1º.– El daño debe ser reparado, a elección de quien ha sufrido el daño, sea* ***por la restitución al estado anterior,*** *sea por el pago de una suma adecuada de dinero. Sin embargo, si la restitución al estado anterior fuese imposible o si ella acarrease dificultades o gastos excesivos a la parte obligada, la pretensión del que ha sufrido el daño quedará limitada al cobro de una prestación en dinero...".*

(5) *Op.* y *loc. cit.*

ñarlo por su propia mano. Siempre que el dinero entregado al acreedor se destine a sufragar la reparación de los tantas veces mencionados deterioros y menoscabos, estaremos todavía ante una indemnización *in natura*. En el otro extremo, y apartándose ya de la solución teutona, está la interpretación simple de que el bien (el mismo bien) ha sido devuelto, pero como su valor o utilidad han disminuido, el agente dañoso deberá pagar esta diferencia en dinero.

La restitución de la que hablamos tendrá lugar "siempre que sea posible". De nuevo se abren dos caminos interpretativos: si se piensa en la sustitución del bien dañado por otro, esta no será posible cuando el bien por su naturaleza específica no tenga sustitutos o equivalentes en el mercado. Tampoco será posible la indemnización in natura cuando conlleve necesariamente una actividad ilícita o prohibida por la norma imperativa del agente dañoso o de un tercero, o cuando sea él mismo (o de nuevo un tercero) el único que pueda con su actuar personalísimo reparar el daño y no desee hacerlo, como se desprende en nuestro Código de la solución (limitada y ya superada en buena medida en otros ordenamientos por herramientas como las *astreintes*) que nace de la aplicación conjunta de los artículos 235, 290 y 293.

Por otro lado, si se sigue la alternativa de considerar que la restitución es siempre del mismo bien, que no cabe la restitución de un bien del mismo género y calidad que el destruido o dañado, y que también queda fuera del juego la reparación o reconstrucción de los deterioros por el agente dañoso, ya sea por su propia mano o entregando una suma, la imposibilidad reduce su campo a los supuestos en los que el destino del bien, su destrucción o pérdida hagan materialmente imposible dicha restitución (incluso tratándose de un bien genérico cuyo sustituto sin dudas satisfaría el interés de la víctima y aún lo sobrepasaría, alimentando la polémica de la sustitución de viejo por nuevo). En esta misma línea de pensamiento sería imposible también la restitución (*rectius*, devolución) por alguna imposibilidad de tipo jurídico, como la que sucede cuando un tercero lo ha adquirido de buena fe en un establecimiento comercial o en una subasta pública, como menciona la parte final del artículo. Parecería incluso que esta última causal de imposibilidad, regulada expresamente por el legislador refuerza decisivamente la tesis de interpretar la restitución como una simple devolución de la misma cosa que ha sufrido sobre sí el daño. De otra forma, no tendría relevancia la adquisición del bien por un tercero en subasta pública o establecimiento comercial, al menos en lo que al deber de indemnizar *in natura* del agente se refiere: siempre que el bien sea genérico, será deber de éste procurar un sustituto o equivalente en

el mercado para reparar el daño. A ello puede objetarse que la frase final del artículo se refiere solo a bienes específicos imposibles de sustituir por su propia naturaleza, cuando han sido adquiridos en las condiciones mencionadas, lo que sería contradictorio o al menos limitativo de la interpretación amplia de la frase "del mismo bien" que se ha explicado arriba.

Finalmente el artículo 85, que creo es de los de más pobre factura en el sistema de responsabilidad civil del Código vigente, define con dudosa fortuna que la reparación del daño material "comprende" (o a lo peor debemos interpretar que "se limita"), al abono en dinero del valor del bien que ha sido imposible restituir, o (si ha sido posible la restitución, se entiende), del menoscabo sufrido por dicho bien, abono este último que por otra parte ya se ha encargado de mencionar el artículo anterior, lo que puede conducir al reforzamiento de la idea, antes esbozada, de que cuando se trata de entregar dinero para reparar menoscabos y deterioros, se habla pura y simplemente de indemnización por equivalente, y en consecuencia la víctima lo puede emplear en reparar el bien, o en otro fin que libremente decida.

No es este el lugar para analizar la confusión entre daños y perjuicios que realiza el artículo 86, y como incluye dentro de los perjuicios partidas que pertenecen inobjetablemente al rubro del daño emergente. Ya en otra ocasión he expresado mi opinión sobre la poca fortuna de la equiparación entre daño y daño emergente y perjuicio y lucro cesante (aunque sea por una cuestión de lectura coherente de lo regulado en el Código civil), sobre la cual no ha unanimidad en la doctrina (6), y que está presente en no pocas sentencias de nuestro

(6) En contra de dicha equiparación, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. 1, Ed. Reus, Madrid, 1993, T. 1, pp. 182 y ss., que emplea ambos vocablos como sinónimos, enlazados por la conjunción "o" y que afirma que "se hacen, para empezar, muchas veces sinónimas –incorrectamente– las nociones 'perjuicio' y 'lucro cesante'. (p. 192). SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 7.ª edición, Montecorvo, Madrid, 1993, T. 1 pp. 150 y 151, afirma que el Código civil español utiliza ambos conceptos en "… virtual sinonimia. No se halla en la doctrina una neta distinción entre estos conceptos, ni tampoco su significado gramatical contribuye a diferenciarlos". A contrario, OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., "Defensa y protección del crédito", en *Teoría general de las obligaciones. Comentarios al Código civil cubano*, Nancy de la Caridad OJEDA RODRÍGUEZ, y Teresa DELGADO VERGARA, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, p. 142, afirma "Los perjuicios, (…) están constituidos por el incremento patrimonial que el acreedor debería obtener como consecuencia del cumplimiento, o el que deja de obtener como resultado del incumplimiento, siguen la suerte de los daños en cuanto a su determinación." Siguiéndola, GOYAS

Tribunal Supremo (7). Solo aludo a esta cuestión para dejar sentado que la indemnización del daño emergente no queda restringido en manera alguna a lo regulado en el artículo 85: más o menos depurado técnicamente, el legislador tenía un concepto amplio de los perjuicios, y los consideró, literalmente, como el efecto de perjudicar, que debe ser indemnizado. Ajeno a la equiparación entre perjuicio y lucro cesante, incluyó en el capítulo de los perjuicios partidas de daño emergente. La prueba de ello está en sus propias palabras: "(e)l CC (sic) añade que la indemnización de perjuicios comprende también otros ingresos o beneficios dejados de percibir (apartado d del art. 86). Se trata del llamado lucro cesante en la doctrina (…)." (8) Con esto se confirma que dentro del acápite de indemnización de perjuicios, el carácter de lucro cesante el legislador se lo atribuye solamente al inciso d), habiendo comentado el resto del los incisos del artículo 86 sin mencionar siquiera dicho concepto.

En definitiva, se abren ante la interpretación de los artículos 83, 84 y 85, en lo relativo a la llamada "restitución", dos caminos: uno alambicado y laberíntico, preñado de suposiciones muchas veces tambaleantes, que la entiende referida, a la manera germana, a una reparación *in natura*. Ello supone interpretar que i) el legislador cuando dijo "del mismo bien", quiso decir además "de bienes del mismo género y calidad", ii) que cuando habló del "abono del deterioro o menoscabo" lo hizo pensando en la entrega de dinero para realizar una reparación del bien que el agente dañoso no puede realizar por sí mismo, o que la víc-

---

CÉSPEDES, Lianet, "El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano", *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas* (inédita), afirma (p. 93) que los perjuicios "son comúnmente identificados por la doctrina y los ordenamientos jurídicos con el lucro cesante". HINESTROSA, Fernado, *Derecho civil. Obligaciones,* Universidad Externado de Colombia, Medellín, 1969, p.p. 531 y 532) también equipara el daño al daño emergente y el perjuicio al lucro cesante.

(7) Entre otras, en las STS 479 de 31/07/2003 (Sala de lo civil), 334 y 335 de 9 de junio de 2000 y 45, de 30 de junio de 2005 (Sala de lo económico), así como la paradigmática sentencia No. 110 de 2 de noviembre de 1999 de la Sala 2da. de lo civil y de lo administrativo del TPP de Ciudad de la Habana, todas citadas por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, (anotado y concordado),* Ediciones ONBC, La Habana, 2007, pp. 73 y 74. Además de ello, el alto foro, Sala de lo Civil, en su Sentencia núm. 29 de 28 de enero de 2003, afirmaba que los perjuicios *"no son más que la consecuencia negativa y material futura (sic) del daño presente"*.

(8) RAPA ÁLVAREZ, Vicente, "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, núm. 19, abril–junio de 1988, Año VI, Divulgación Jurídica, MINJUS, p. 180.

tima no quiere que realice, y finalmente, iii) que solo cuando ello no sea posible por cualquiera de las causales de imposibilidad fáctica o jurídica, en especial (e incomprensiblemente si tenemos en cuenta la proposición i) la adquisición de buena fe por un tercero en subasta o establecimiento comercial, procederá la reparación del daño abonando el valor en metálico del bien y o el de los menoscabos sufridos.

Creo que por las razones expuestas arriba, debe prevalecer la tesis de que la restitución es empleada en los artículos mencionados pura y simplemente como devolución, literalmente "del mismo bien", que el hecho de que dicha devolución se haga imposible por la compra de buena fe por un tercero en establecimiento comercial o subasta pública refuerza esta idea, y que el abono del deterioro o menoscabo es en realidad una suma en metálico que se debe en concepto de reparación por equivalente, y por lo tanto no tiene necesariamente que ser usada para reparar el bien. Como corolario de esta proposición, la reparación por equivalente no será subsidiaria de la reparación *in natura* que resulte imposible.

4. ¿Por qué la "restitución" no es contenido de la resposabilidad civil?

La restitución, en la última de las variantes arriba expuestas no es en sentido estricto, contenido de la responsabilidad civil. Se trata, eso sí, de una solución protectora de determinados derechos y situaciones que varían según se trate del ámbito contractual o extracontractual, aunque en ambos casos el hecho que le da origen es una ilicitud posesoria (9).

4.1. La cuestión en el ámbito extracontractual

En materia extracontractual, la restitución entendida como devolución del mismo bien que fue, en el ejemplo típico, sustraído, es una forma de proteger al titular del derecho subjetivo absoluto de propiedad, e incluso, dicha protección debe alcanzar al poseedor, a tenor de

(9) En un sentido amplio, HINESTROSA, F., *Derecho civil...*, *cit.*, pp. 515 y 516, menciona la "sanción restitutoria", que, según afirma, "exige la subsistencia del bien en manos del destinatario de la demanda (es el caso de la devolución del mueble hurtado, de la reivindicación, de la restitución del bien que se dio en comodato o arrendamiento)."

lo preceptuado en el artículo 203 del Código civil. En este punto podría preguntarse que buena razón impulsaría al propietario o al poseedor a ejercitar una acción de responsabilidad civil, con un plazo de prescripción mucho más breve y con la limitación del artículo 84 in fine, teniendo a su alcance la acción reivindicatoria reconocida en el artículo 129.2 y en el caso del poseedor un derecho a la restitución que lo ampara incluso contra la invocación de un derecho preferente, según lo regulado en el artículo 203, con el solo fin de recuperar el bien (visto que el abono del menoscabo puede ser una partida de indemnización del llamado por el artículo 85 "daño material"). Es evidente que para tener éxito en la devolución del bien no hay que cumplir con las tradicionales cargas probatorias de un proceso típico de responsabilidad civil, a saber, acción u omisión imputable al demandado, en conexión causal con un resultado dañoso. También es lógico que, cuando verdaderamente se ha producido un daño como consecuencia de la mencionada ilicitud posesoria por parte del demandado, la devolución del bien no alcanza por sí sola a dejar indemne al demandante, que intentará ver satisfecho, por ejemplo, el lucro cesante que la situación le ha provocado, para lo cuál sí tendrá que llenar los requisitos probatorios antes mencionados. Al respecto es claro Pantaleón cuando afirma la necesidad de "... no confundir el resarcimiento en forma específica con la "reintegración" del derecho subjetivo o situación jurídica lesionado o lesionada, que es el objeto de las acciones reivindicatoria, negatoria, de cesación o elimininación del estado de las cosas lesivo, etc., que no presuponen la existencia de un daño." (10)

¿Cuál es la causa de esta imprecisión? Siempre he pensado en el valor infinito que para leer la *mens legislatoris*, a falta de una sólida exposición de motivos, de debates parlamentarios o de memoria escrita de las discusiones de la comisión redactora, tiene el conocido artículo de Rapa Álvarez "La relación jurídica civil...". Alguna luz puede arrojar allí, la siguiente cita, en la que después de reproducir el artículo 84 del Código el legislador apunta: "el concordante Art. 70 del CP *(sic)*, ahora derogado, disponía en su apartado 3 que la restitución se efectuaba aunque la cosa se hallara en poder de tercero que la hubiera adquirido lícitamente; pero el CC establece la irreivindicabilidad en los casos de

(10) Pantaleón Prieto, Fernando, "Comentario del artículo 1902", en *Comentario del Código civil,* tomo 2, Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Pablo Salvador Coderch y Rodrigo Bercovitz (coordinadores), Ed. Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1972.

adquisición a los que expresamente hace referencia." (11) Uno de estos casos es, obviamente la adquisición de buena fe por un tercero en establecimiento comercial o en subasta pública, con lo cual admite tácitamente la naturaleza reivindicatoria de la restitución, que como hemos visto y plantea textualmente el propio artículo 84, no es posible, entre otros supuestos, cuando dicha adquisición se produce.

La otra mención interesante es la del Código penal. La inclusión de la restitución puede tener su causa en la importación de lo regulado en las normas de responsabilidad civil proveniente de delito, en la época anterior a 1987 en la que, vigente el Código civil español, algunos de los preceptos que trataban el tema radicaban en sede penal, dualidad normativa que se mantiene en el país ibérico, y que ha sido dura y unánimemente criticada por su doctrina. Nuestro vigente Código penal sin embargo, en una redacción impecable (coincidentemente en su artículo 70), expresa con claridad que el Tribunal penal *"declara la responsabilidad civil y su extensión, aplicando las normas correspondientes de la legislación civil y,* ***además****, ejecuta directamente la* ***obligación de restituir la cosa*** *(…)".* Nótese que la restitución tiene lugar en relación, pero no confundida, con la responsabilidad civil. El restituir el bien robado o hurtado, por ejemplo, en los delitos contra los derechos patrimoniales (artículos 322 y siguientes del Código penal) no forma parte de la responsabilidad civil proveniente o derivada del delito, y la prueba de ello es que para obtener dicha restitución basta con acreditar que se es el propietario o poseedor del bien, sin necesidad de probar elementos como el nexo causal, o la realidad del daño, o los criterios de imputación correspondientes

4.2. La cuestión en el ámbito contractual

En matera contractual, la restitución, tampoco forma parte del contenido de la responsabilidad civil. Se basa igualmente en una ilicitud posesoria, tutela el derecho subjetivo de crédito, pero como dice Ojeda Rodríguez, "... ha de ser considerada como objeto de la pretensión de cumplimiento (*cfr.* artículo 294 en relación con artículos 83 inciso a) y 84) y no como una variante del derecho de resarcimiento". (12) Cabría

(11) Rapa Álvarez, V., "La relación jurídica…", *cit.*, p. 178.

(12) Ojeda Rodríguez, N. de la C., "Defensa y protección del crédito...", *cit.*, p. 141., que coincide con Carrasco Perera: "No es indemnización por incumplimiento, sino acción de tutela del cumplimiento o acción resolutoria, la restitución de la prestación, cualquiera que sea su fuente. Por esta razón es

añadir: como objeto de la pretensión de cumplimiento en las obligaciones de dar en las que la entrega tiene carácter restitutorio, es decir, entendida la restitución, coherentemente con lo dicho hasta aquí, en su acepción de devolver (13). La acción de cumplimiento en obligaciones de dar de carácter traslativo (bien del dominio, bien del uso y disfrute de la cosa), no tiene como objeto la "restitución": el vendedor contra el que se ejercita la acción de cumplimiento nunca "restituirá" el bien vendido al comprador. Se ha considerado por algún autor (14) que la restitución también hace referencia a sumas monetarias, a pesar de ser el dinero un bien genérico, y en el ámbito extracontractual esto puede ser cierto cuando, como se dijo arriba, se entrega una suma para la reparación del bien, o cuando coincidentemente se ocupan los mismos signos monetarios (único caso en el que se cumpliría a cabalidad lo dispuesto en el artículo 84 sobre "el mismo bien"). Pero en el ámbito contractual, si la obligación pecuniaria es una deuda de dinero, su objeto es un dar traslativo, no restitutorio, incluso en el préstamo típico o el depósito atípico ínsito en los contratos bancarios, que serían los ejemplos más dudosos, no tendría sentido, porque se devuelve "otro tanto de la misma especie (15) y calidad" y no los mismos bienes, que son en su esencia fungibles y su uso implica su consumo. Por su parte,

---

errónea la sentencia que en una resolución del contrato de obra con demolición de lo edificado obliga a devolver el precio, poniendo esta obligación a cargo del arquitecto y aparejador, siendo así que sólo el constructor contrató. La restitución, que no se basa en la culpa, tampoco se excluye cuando la culpa está ausente." CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 1.101", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* Manuel Albaladejo García (director), Ed. Edersa, Madrid, 1989, p. 20.

(13) Por lo tanto, la restitución solo resultará cumplimiento *in natura* en el Código civil cubano para el prestador de un servicio que requiere la entrega de un objeto (cfr. artículos 323 y ss.), para el comodatario (artículo 383 inciso c), para el arrendatario (artículo 394 inciso d), para el mandatario, respecto de bienes que son objeto del mandato, o que le fueron entregados para su realización, y que son propiedad del mandante (artículo 413.2 en que se le autoriza a retenerlas cuando el mandante incumpla sus obligaciones), para el depositario (artículo 425) y por extensión analógica para el hospedero respecto de las cosas depositadas por el huésped (artículo 422, regulando también el derecho de retención en caso de impago), y para éste último respecto de "los bienes que le fueron entregados para su alojamiento" (cfr. artículo 441), así como también serán restituidos los bienes del pasajero y la carga en el contrato de transporte (artículos 429 y siguientes).

(14) HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, "Comentario al artículo 83", en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo I-*Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica* Leonardo B Pérez Gallardo (director) (en prensa).

(15) Nótese la imprecisión técnica del legislador, que debió poner "género" en vez de "especie". En error parecido incurre en los artículos referidos a bienes

si la obligación pecuniaria consiste en una deuda de valor, su finalidad es resarcitoria, nunca de restitución.

Por otro lado, si se hiciera un esfuerzo por entender la restitución por su ubicación sistemática en sede indemnizatoria como sustitución del bien (genérico) dañado por otro, dicha sustitución no siempre constituye indemnización, sino que en sede contractual (y esto tiene relevancia en un sistema unificado como el nuestro) en dependencia de la naturaleza de la obligación puede ser también cumplimiento. En palabras de Carrasco Perera, "(s)i se obliga a sustituir por otra la cosa específica inútil para el fin pactado, no podemos estar en ningún caso ante una acción de cumplimiento, sino ante una reparación del daño. (...) es acción de cumplimiento la sustitución de la cosa genérica defectuosa por otra, ya que el deudor no se obligó a entregar ese bien determinado, sino uno del género." (16)

5. Breve conclusión

La restitución entendida como restablecimiento de la cosa al estado que tenía antes de producirse el evento dañoso, o la sustitución del bien dañado por otro puede constituir una forma de indemnización, que es particularmente útil en los casos en que el bien no pueda ser fácilmente adquirido en el mercado (17).

En el Código civil cubano, la restitución, particularmente en el ámbito extracontractual, debe ser interpretada como devolución, y tiene una esencia reivindicatoria y protectora del derecho subjetivo de propiedad o de situaciones posesorias. En materia contractual, forma parte de los remedios de que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor, particularmente como contenido de la acción de cumplimiento en las obligaciones de dar restitutivas.

---

específicos, en los que pone "determinados", cuando también es común hablar de bienes determinados solo por su género.

(16) Carrasco Perera, Á., "Comentario…", *cit.*, p. 17.

(17) En general, la indemnización en especie ha sido altamente valorada en tiempos de guerra, o referida a bienes que no se pueden adquirir en el mercado, como por ejemplo entre nosotros, hasta 2011, los automóviles de fabricación posterior a 1959. El Código civil húngaro de 1959, reformado en 1977, que como dije es fuente del nuestro, en su artículo 355 disponía que *"los daños deben ser compensados en dinero, excepto cuando la compensación en especie es procedente, dadas las circunstancias del caso. La compensación en especie está especialmente garantizada cuando el agente dañoso es productor o tiene a su disposición los objetos con los que se debe compensar a la víctima."*

Su inclusión en el contenido de la responsabilidad civil puede ser una herencia de la regulación en sede penal de dicha responsabilidad y en ese caso constituye un lamentable gazapo para un legislador que por una parte protegió al propietario regulando la reipersecutoriedad, y por otra, se dio perfecta cuenta, como muestra el artículo 111 del Código, en sus incisos c y d, que el cumplimento y la indemnización son contenido de dos acciones (en el sentido concreto del término) para la protección del derecho de crédito, compatibles desde el punto de vista de su ejercicio procesal, pero diferentes en su contenido.

5. Bibliografía

ALBALADEJO, Manuel (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* Ed. Edersa, Madrid, 1989.

GOYAS CÉSPEDES, Lianet, "El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano", *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, La Habana, 2004 (inédita).

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, "Comentario al artículo 83", en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo I-*Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (director) (en prensa).

HINESTROSA, Fernado, *Derecho civil. Obligaciones,* Universidad Externado de Colombia, Medellín, 1969.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones* (versión española y notas de Jaime Santos Briz), Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.

MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alonso, *Diccionario jurídico básico*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1995.

OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría general de las obligaciones. Comentarios al Código civil cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentario del artículo 1902", en *Comentario del Código civil*, tomo 2, Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Pablo Salvador CODERCH y Rodrigo BERCOVITZ (coordinadores), Ed. Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código civil de la República de Cuba,* Ley Núm. 59/1987 de 16 de julio, (anotado y concordado), Ediciones ONBC, La Habana, 2007.

— *Comentarios al Código civil cubano* (en prensa);

RAPA ÁLVAREZ, Vicente, "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, núm. 19, abril–junio de 1988, Año VI, Divulgación Jurídica, MINJUS.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 7.ª edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual,* vol.1, Reus, Madrid, 1993.

LAS ACTAS NOTARIALES Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO NICARAGÜENSE

ANÍBAL ARTURO RUIZ ARMIJO
Abogado y Notario Público

SUMARIO: 1. Introducción. **2.1.** De las actas notariales en general. **2.1.1.** Lugar de las actas notariales en la clasificación general de los documentos. **2.1.2.** Caracterización del acta notarial. **2.1.3.** Estructura general del acta notarial. **2.1.4.** Clasificación de las actas notariales. **2.2.** Actas notariales "pasivas". **2.2.1.** Acta de presencia (o de mera percepción). **2.2.1.1.** Actas de mera percepción de cosas. **2.2.1.2.** Actas de mera percepción de documentos. **2.2.1.3.** Actas de mera percepción de personas. **2.2.2.** Acta de manifestaciones (o de referencias. **2.3.** Actas notariales "activas". **2.3.1.** Actas de hechos propios del Notario. **2.3.1.1.** Acta de traducción. **2.3.1.2.** Acta de protocolización. **2.3.1.3.** Acta de depósito. **2.3.1.4.** Acta de notificación. **2.3.1.5.** Actas de requerimiento. **2.3.2.** Actas de calificaciones jurídicas. **2.3.2.1.** Actas de notoriedad. **2.3.3.** Actas de control y percepción. **3.** Valor probatorio de las actas notariales. **4.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Dentro de la amplia y compleja gama de funciones que el Derecho ha encomendado al Notario, una de las menos estudiadas en nuestro entorno ha sido su actuación en la autorización de las actas notariales.

Partiendo de la propia ley especial de la materia, nuestra vetusta Ley del Notariado (ya ha cumplido 106 años de vigencia), que menciona tan solo de pasada a estos instrumentos, o del escaso o nulo interés que estos temas despiertan en las Universidades, o la desidia y falta de cuidado con que la propia Corte Suprema de Justicia se permite "orien-

tar" a los notarios en estos asuntos, se configura un panorama bastante desolador.

Ahora bien, el estudio de las actas notariales resulta de gran importancia tanto desde el punto de vista de la teoría como por su significación práctica, sobre todo en materia probatoria y por su incidencia en la consecución de la seguridad jurídica, meta del Derecho en general y del Derecho Notarial en particular.

Es por esto que en este estudio me he propuesto abordar las características, utilidad y especialidades de las actas notariales, tanto desde el punto de vista doctrinario y de legislación comparada, como con relación a las normas legales nicaragüenses, por supuesto sin pretender agotar un tema de suyo extenso y complejo.

2. De las actas notariales en general

2.1.1. Lugar de las actas notariales en la clasificación general de los documentos

Aunque ni el Código Civil ni el Código de Procedimiento Civil nicaragüenses dan un concepto de "documento", del análisis de sus disposiciones se deduce que en ambos cuerpos normativos sólo se considera como tal aquel que contiene signos de escritura.

Por ello, consideraremos como "documento" a todo escrito que incorpora, enseña, expresa, constata, publica o prueba declaraciones de voluntad positiva o negativa, o simplemente hechos y derechos (esta definición excluye, pues, a los planos, fotografías, videocintas, grabaciones magnetofónicas, radiografías, dibujos, etc., los cuales no son considerados como documentos en materia civil).

En relación con la autoridad que goce el sujeto de quien emanan, y del cual depende su valor y eficacia, los documentos se clasifican en *documentos privados* y *documentos públicos*.

Son documentos *privados* los extendidos por las partes interesadas, pero sin intervención de funcionario competente y sin los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley. Los documentos privados hacen prueba contra quienes los suscriben o sus causahabientes. (1)

(1) *Cfr.* artículo 2385 del Código Civil.

Son documentos *públicos* los autorizados por Notario o empleado público competente, con los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley, revistiéndolos de autenticidad derivada de la fe pública de la que están investidos. (2)

Los documentos públicos hacen plena prueba no sólo contra los contratantes y sus causahabientes, sino también contra terceros. (3)

Los documentos públicos, a su vez, se subdividen en dos clases: *documentos auténticos* e *instrumentos públicos* (4), siendo *auténticos* los emanados de empleado o funcionario público sobre la materia de Derecho Público o Administrativo en que es competente. (5)

Los *instrumentos públicos* son los emanados de un Notario público sobre actos particulares, los que autoriza y reviste de fe pública, y que –salvo excepciones legales– guarda y conserva bajo su responsabilidad en su protocolo. (6)

Los instrumentos públicos se subdividen a su vez en *escrituras públicas* y *actas notariales*.

El instrumento público se diferencia de los documentos privados y de los documentos auténticos por la presencia de los siguientes elementos característicos:

a) *En cuanto documento*, por la intervención del Notario público (7);

b) *En cuanto a su contenido*, por la licitud del acto jurídico que constituye su objeto (8);

c) *En cuanto a los otorgantes*, por la capacidad de estos (9), y en caso de actuar los otorgantes en carácter de representantes legales, judiciales o convencionales de otro, por su habilitación suficiente (10);

d) *En cuanto a su forma*, por su ajuste a las disposiciones legales pertinentes. (11)

---

(2) *Cfr.* artículo 2364 del Código Civil.

(3) *Cfr.* artículo 2374 del Código Civil.

(4) *Cfr.* artículo 2364 in fine del Código Civil.

(5) *Cfr.* artículo 1125 incisos 3.°, 4.°, 6.° y 7.° del Código de Procedimiento Civil.

(6) *Cfr.* artículo 2365 del Código Civil; artículo 1125 inciso 1.° del Código de Procedimiento Civil; artículos 15 numerales 1.º y 4º, y 17 de la Ley del Notariado.

(7) *Cfr.* artículo 2364 del Código Civil; artículos 10 párrafo 1.º y 15 inciso 1.° de la Ley del Notariado.

(8) *Cfr.* Artículo 32 de la Constitución; artículo XII del Título Preliminar del Código Civil; artículo 2437 del Código Civil.

(9) Artículos 6, 7 y 8 del Código Civil; y artículo 28 de la Ley del Notariado.

(10) *Cfr.* Artículo 24 de la Ley del Notariado.

(11) Artículos 15 a 45 de la Ley del Notariado; y artículo 2371 del Código Civil.

Como adelanté, los instrumentos públicos son de dos clases: *escrituras públicas* y *actas notariales*.

a) Las *escrituras públicas* son los instrumentos públicos referidos a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica que contiene un negocio jurídico. Su contenido propio lo constituyen las *declaraciones de voluntad* en los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento por los otorgantes.

b) Las *actas notariales* son instrumentos públicos en los que, a petición de parte interesada, se hace relación o se constatan hechos o circunstancias ocurridos en presencia del Notario, o realizados por éste a ruego de parte.

2.1.2. Caracterización del acta notarial

Según lo dispone el artículo 2 de la Ley del Notariado, "*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*", y ateniéndonos a la letra de dicha disposición, pareciera que el Notario público nicaragüense únicamente puede autorizar instrumentos públicos que contienen negocios jurídicos, es decir, escrituras públicas.

Sin embargo, es de notarse que el artículo 3 de la Ley del Notariado, faculta al Notario público para dar fe en toda clase de actos, convenciones, contratos y actas, que el artículo 288 de la Ley Orgánica de Tribunal de 1894 (aun vigente) le autoriza a "*practicar las demás diligencias que la ley le encomiende*", y que en distintos cuerpos normativos (Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Títulos-Valores, entre otros) el ordenamiento jurídico indica como necesaria la forma de acta notarial para asentar auténticamente hechos y circunstancias de relevancia jurídica.

De manera que a pesar de la parquedad de la Ley del Notariado en materia de actas, la actuación del Notario público nicaragüense no se limita en absoluto al ámbito negocial, sino que se extiende al ámbito de los hechos, a "*hechos que objetivamente estamos en la obligación de aceptar como hechos reales y revestidos de verdad, en obediencia a un ordenamiento de carácter legal,... El Estado ideó el sistema de investir a una persona de la delicada función de dar fe, esa persona se llama Notario... La fe pública conferida por el Estado, se considera como verdad de carácter oficial que todos estamos en la obligación de aceptar, salvo que*

se demuestre en juicio que el Notario haya incurrido en cualquier falsedad". (12)

A pesar de la breve referencia a las actas que contiene el artículo 3, la Ley del Notariado sólo normó la forma de la escritura pública (13), dejando por fuera la definición y regulación técnica de las actas notariales, salvo el caso de los artículos 61 a 66 de esa misma Ley, referidos a la protocolización de documentos y diligencias, actividad que el Notario público realiza utilizando la forma instrumental de acta.

En la doctrina y la legislación notarial extranjera, es habitual definir al acta notarial de modo negativo, es decir, no por lo que el acta es, sino por lo que no es.

Así, RODRÍGUEZ ADRADOS expresa que "por decantación, acta notarial es todo instrumento matriz que no tenga el carácter de escritura pública". (14)

El artículo 144 del Reglamento Notarial español, por su parte dispone que "*Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases*", mientras que "*la órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como la manifestación formal adecuada*", lo que lógicamente viene a definir las actas en contraposición de la escritura pública.

Más cerca de nosotros, similares definiciones ofrecen los códigos notariales de Costa Rica y Honduras, el primero de los cuales afirma que: "*Las actas notariales son instrumentos públicos cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del Notario y a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia, darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimaciones procedentes según la ley*". (15)

El Código Notarial hondureño, por su lado, indica que: "*Acta Notarial es el instrumento público que autoriza el Notario, a requerimiento del interesado o por disposición de la ley, en el que se consignan los*

(12) Sentencia de las 10:30 a.m. de 7 de abril de 1994, *Boletín Judicial,* p. 49.

(13) Artículos 22 a 31 de la Ley del Notariado.

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas.* III Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca, publicada en Escritos Jurídicos, volumen IV, Colegios Notariales de España, 1996, p. 15.

(15) Artículo 101 del Código Notarial de Costa Rica.

hechos y circunstancias que presencie o que ante él se declaren o le conste" (16), y que "*el contenido de las actas notariales debe referirse exclusivamente a hechos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos*". (17)

De lo expuesto, y siguiendo en esto a SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ (18) podemos deducir una definición operativa de acta notarial, que pueda resultar útil y aplicable a la realidad nicaragüense: "Las actas notariales son instrumentos públicos, que pueden o no constar en el protocolo, autorizados en forma legal por Notario público para, a petición de parte interesada, dar fe de un hecho o pluralidad de hechos que él presencie o le consten, o que personalmente realice o compruebe, y que por su contenido no constituyan negocios jurídicos", entendiendo por éstos últimos "... un acto de autonomía privada que reglamenta para su autor o autores una relación o situación jurídica". (19)

El objeto del acta notarial puede ser entonces un hecho que la ley exija hacer constar en acta, como el protesto de un título-valor (20), como cualquier otro hecho jurídico que no consista en prestación de consentimiento y que voluntariamente se quiera probar mediante el acta notarial (por ejemplo, la acreditación del estado físico de un inmueble, hecha por un acta de mera percepción de cosas).

En la confección de las actas, el Notario típicamente actúa en calidad de fedatario público: se limita a dar fe de la existencia de los hechos tal como se realizan y, a veces, a declarar la consecuencia jurídica que de esos hechos resulta, pero sin posibilidad de moldearlos: el Notario público se limita a narrar y dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, o de los hechos que él personalmente realice; y aunque recoja en el acta declaraciones de voluntad, no las legaliza ni les da forma pública, como si ocurre en la escritura pública. Tampoco los interesados prestan ningún consentimiento; su aprobación del acta es una simple conformidad con el relato. (21)

---

(16) Artículo 21, párrafo 1.º del Código Notarial de Honduras.

(17) Artículo 14 párrafo 1.º del Código Notarial de Honduras.

(18) SALAS MARRERO, Oscar y Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Apuntes de Derecho Notarial,* tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970 (documento mimeografiado), pp. 250 y 251).

(19) DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1978, p. 535.

(20) *Cfr.* artículos 141 y 258 de la Ley General de Títulos-Valores; artículo 232 del Código Penal.

(21) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", tomo I, en *Estudios de Derecho Notarial,* Instituto de España, Madrid, 1986, p. 481).

Es por esto que Ávila Álvarez (22) externa la opinión –un poco exagerada, a mi juicio– de que en las actas "el Notario desarrolla una actividad 'literario-funcionarista'", queriendo expresar que en ellas el contenido principal de la actividad del Notario no es tanto de jurista como de funcionario "encargado de reflejar, sin someterse a más preceptos que los del Derecho formal y los de Gramática, de la mejor manera posible, el hecho de que se trate".

En similar sentido se pronuncian Salas Marrero y Valle Hernández:

"Si en la escritura pública, la función notarial se expresa fundamentalmente a través de la actividad asesora y modeladora del Notario, en el acta notarial, en cambio, el escribano actúa básicamente en su calidad de fedatario público, puesto que el ejercicio de la función notarial en estos casos se reduce a autenticar la existencia de un hecho. Desde un punto de vista estrictamente técnico, al acta notarial tiene la ventaja de constituir un instrumento ágil, mucho menos lleno de formalidades que una escritura pública. Se ha dicho, con justa razón, que mientras en la escritura 'tiene importancia el sentido de los hechos, en aquélla interesa más bien, una fotografía de los hechos'". (23)

Rodríguez Adrados (24) hace dos observaciones a estas concepciones legales y doctrinales:

1. En ocasiones resulta difícil distinguir entre escritura y acta.

Esta primera observación de Rodríguez Adrados es aun más pertinente en nuestro ordenamiento, en el que el legislador se ha mostrado descuidado a la hora de designar los instrumentos a que se refiere (por ejemplo, en la Ley Que Da Mayor Utilidad A La Institución del Notariado se denomina *"escritura"* al acta de rectificación de errores evidentes en los asientos del Registro del Estado Civil de las Personas –artículo 2– y al acta de traducción de un documento escrito en idioma distinto del castellano –artículo 5 *in principi*–; y llama *"acta"* al instrumento en que se autoriza la celebración de matrimonio –artículo 1–).

2. La definición del acta como instrumento que afecta exclusivamente a hechos *jurídicos* puede ser insuficiente, porque en la práctica

(22) Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial.* Collectio Fide, dirigida por Luis Roca-Sastre Muncunill, Ediciones Nauta, Barcelona, 1962, p. 263.

(23) Pérez Pascual, Eduardo.; op. cit. p.69.

(24) Rodríguez Adrados, A., *Cuestiones de técnica notarial..., cit.*, p. 18.(23)

notarial se ven actas de manifestaciones que solo contienen consejos (de un padre a sus hijos), actas de depósito de documentos de mero valor sentimental, etc.

Las actas notariales, aunque variadas en especie, tienen en común una serie de rasgos que las caracterizan:

a) En primer lugar, son siempre instrumentos públicos (25), independientemente de que consten o no en el protocolo;

b) Normalmente se refieren a hechos jurídicos cuya existencia se constata por el Notario, o a actos realizados por él mismo Notario a petición de parte interesada (por ejemplo, el ofrecimiento de pago por consignación, la notificación del desahucio);

c) Deben referirse a hechos lícitos; son lícitos los hechos que no son contrarios a la ley, ni causan perjuicio a terceros ni ofenden la moral o las buenas costumbres. (26)

d) Por regla general, deben figurar en el protocolo, como instrumento matriz, salvo excepciones derivadas de la ley o de la naturaleza del hecho que se recoge en el acta (ejemplo de excepción legal sería el acta de notificación del desahucio de la cosa arrendada o comodatada –artículos 2958 a 2960 del Código Civil, y 1429 párrafo 1.° del Código de Procedimiento Civil–. Ejemplo de excepción por naturaleza lo es la llamada acta "*de fe de vida*" o "*de existencia de una persona*", que acredita la realidad de una circunstancia esencialmente efímera).

e) Las actas no siempre requieren unidad de acto, ni de contexto, pues cada actuación notarial puede hacerse en diligencia separada, en la que constarán el lugar, hora y fecha. Es decir, que al Notario se le hace la rogación y en ese mismo acto puede practicar el hecho objeto del acta (como en la dación de fecha cierta a un documento privado), o bien se le hace la rogación y posteriormente en una o más diligencias separadas se practican las actuaciones pertinentes, aunque respetando en cada una de ellas la unidad de acto (casos del protesto de un título-valor).

---

(25) *Cfr.* artículo 3 de la Ley del Notariado.
(26) *Cfr.* artículos 2476 y 2478 del Código Civil.

2.1.3. Estructura general del acta notarial

Como ya he señalado, la Ley del Notariado nicaragüense no se ha ocupado de regular la forma de las actas notariales, por lo que tradicionalmente se han confeccionado siguiendo las disposiciones relativas a las escrituras públicas, en lo pertinente.

Sin embargo, por su propia naturaleza, las actas tienen exigencias y requisitos propios, que el Notario debe tener en cuenta a la hora de aceptar o denegar su intervención:

a) Rogación, audiencia o requerimiento del interesado al Notario

El Notario tiene legalmente prohibido *"... dar certificación sobre hechos que presencie y en que no intervenga por razón de su oficio..."* (27), de modo que el requerimiento de parte será siempre indispensable para legitimar la actuación del Notario.

Para la validez de ese requerimiento o rogación de parte se exige: que sea previo a la actuación del Notario, que esté claramente delimitado, y que provenga de persona legitimada para expresarlo.

El carácter necesariamente previo de la rogación se justifica porque siendo ella una condición *sine qua non* de la legitimidad de la intervención del Notario, cualquier actuación suya no precedida de esa rogación será absolutamente nula, por infringir el principio de imparcialidad contenido en los artículos 41, 43 inciso 4.º de la Ley del Notariado y en el artículo 2372 del Código Civil.

Además de previa a la actuación del Notario, la rogación de parte debe ser concreta, pues la falta de precisión en el contenido de la actuación que se pide al Notario, en definitiva, implican falta de rogación, desde luego que en ese caso el Notario actuará por su cuenta, es decir, de oficio.

Por último, el peticionario debe acreditar interés legítimo en las consecuencias jurídicas que se deduzcan del hecho sobre el que va a recaer el acta. A diferencia de lo que ocurre en la autorización una de escritura pública, la manera de acreditar el interés de la parte, y los medios para hacerlo variarán en amplitud en los diversos casos: Por ejemplo, será más amplio en un acta de notificación al deudor de la cesión de un crédito, y más reducido en un acta de mera percepción de cosas.

---

(27) Artículo 41 de la Ley del Notariado.

La comprobación de tener los interesados la capacidad necesaria para el otorgamiento es un requisito insoslayable para la autorización de una escritura pública, pues ella contiene un negocio jurídico. En las actas, sin embargo, los hechos que en ellas se recoge no tienen carácter de acto negocial, por lo que bastará con la apreciación de su capacidad de obrar, sin que se precise afirmar la capacidad negocial del requirente, ni del requerido en su caso. (28)

b) Expresión del objeto o finalidad de la rogación o requerimiento

La finalidad de la rogación debe ser lícita, circunstancia que el Notario está en el deber de examinar. GIMÉNEZ-ARNAU admite que se recoja en un acta notarial la comisión de un ilícito penal o civil realizado por un tercero, por ser conveniente que se haga oficialmente esa constatación para facilitar la prueba del hecho ilícito y su posterior sanción y reparación patrimonial, pero no así cuando el autor del hecho ilícito es el propio requirente, y cita a LÓPEZ PALOP, quien opina que "... cuando se requiera al Notario para dar fe de un acto del requirente constitutivo de delito, no sólo debe negarse a ello, sino que debe denunciar el hecho a la autoridad competente" (29).

Aquí es necesario acotar, con SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, que como el acta notarial no contiene declaraciones de voluntad del requirente, sino que únicamente expresa una relación de hechos, no se exige que en ella "se consignen los fines mediatos del requirente de la misma". (30)

Finalmente, la actividad que la parte le pide al Notario debe estar dentro del ámbito de las facultades de este, es decir, debe cerciorarse de que los hechos o actuaciones sobre los que se ha pedido su intervención no estén privativamente encargados a funcionarios judiciales o administrativos.

---

(28) CHINEA GUEVARA, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008, pp. 13-14.

(29) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 267-268. La cita en cuestión está tomada de *Legislación Notarial,* p. 315.

(30) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.,* p. 253.

c) Narración fiel de los hechos percibidos por el Notario, o realizados por éste

Esta es, por supuesto, la parte principal del acta, y debe redactarse en lenguaje *"claro, llano, sencillo"*, y los hechos asentarse en el orden cronológico en que sucedieron, incluyendo la relación circunstanciada de las diligencias practicadas y de sus resultados. (31)

d) Firma o autorización del Notario

La autorización del instrumento debe distinguirse del otorgamiento del mismo.

La autorización, según GIMÉNEZ-ARNAU (32), es el momento final de producción del instrumento público, el acto que le da vida y carácter de tal, y corresponde en exclusiva al Notario, que lo realiza mediante la imposición en él de su firma y, en ciertos casos de su sello. (33)

El otorgamiento corre a cuenta de las partes interesadas, y consiste es un asentimiento al documento, que hasta ese momento solo contiene una serie de manifestaciones personales del Notario, aunque éste se las atribuya a las partes. Cuando las partes firman el instrumento, hacen suyas esas manifestaciones (34); de aquí que aun si posteriormente el instrumento es declarado nulo por defecto de forma o por incompetencia del Notario, aun continúa surtiendo efectos jurídicos, en el primer caso como instrumento privado reconocido (35), y de simple instrumento privado en el segundo (36). Además, siempre de acuerdo a GIMÉNEZ-ARNAU, el otorgamiento tiene la finalidad formal de provocar la intervención autorizante del Notario. (37)

Sin embargo, al no recoger actos ni negocios jurídicos, y por lo tanto, tampoco prestación de consentimiento, en las actas no existe otorgamiento, por lo que únicamente resulta indispensable la firma del Notario que autoriza el instrumento. La firma del rogante, esté o no presente al realizarse la diligencia notarial, no es indispensable para

(31) *Ídem,* p. 254.

(32) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones de Derecho Notarial,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 210.

(33) *Cfr.* artículos 29 inciso 3º, y 5 de la Ley del Notariado.

(34) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones..., cit.,* p. 201.

(35) *Cfr.* artículo 2381 del Código Civil.

(36) *Cfr.* artículo 2380 del Código Civil.

(37) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones..., cit.,* p. 202.

la validez del acta; y claro, tampoco resulta necesaria la firma de la persona requerida.

Para GIMÉNEZ-ARNAU en las actas notariales no hay otorgamiento, porque aunque existe manifestación de voluntad (por ejemplo, la del requirente que dirige su rogación al Notario) esta no constituye un negocio jurídico, sino tan solo un hecho jurídico; y que aun en el caso de que el requerido conteste al requerimiento con una manifestación positiva de voluntad, esto no implica otorgamiento porque se manifiesta escindida del negocio considerado como un todo unitario. (38)

2.1.4. Clasificación de las actas notariales

Como es usual en nuestra ciencia, partiendo de criterios disímiles la doctrina ha desarrollado una amplia variedad de clasificaciones de las actas notariales.

Así, GIMÉNEZ-ARNAU divide las actas notariales en dos grandes grupos: las incorporadas al protocolo (actas en sentido restringido o *extrictu sensu*) y las no incorporadas al protocolo (actas en sentido amplio o *latu sensu*), y hace la acotación de que ambos tipos pueden definirse de modo negativo: las primeras, como instrumentos públicos incorporados al protocolo que no son escrituras, y las segundas como instrumentos públicos que no se incorporan al protocolo. Esto diferenciaría a las actas de otros documentos notariales que no son instrumentos (las razones de apertura y cierre de protocolo, los índices, etc.), en los que predomina un carácter administrativo. (39)

Sin embargo, no debe perderse de vista que ambas divisiones tienen las mismas características internas, y la misma finalidad: acreditar un hecho o revestirlo de notoriedad y de eficacia. (40)

Otra clasificación las divide en actas *típicas* y actas *atípicas*, según la legislación las regule expresamente o no. (41)

Resulta así claro que el encuadramiento de una determinada acta notarial dentro de cualquiera de estas clasificaciones va a depender de la legislación específica en la que se esté actuando.

Una clasificación a mi juicio más general y útil hace GONZÁLEZ PALOMINO, quien parte de la conducta a observar por el Notario al realizar las diligencias correspondientes, y las divide en actas *activas* y

(38) *Idem*, p. 203.
(39) *Ibídem,* p. 273.
(40) *Ibídem,* p. 218.
(41) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* p.16.

actas *pasivas*. Las primeras documentan aquellas diligencias en las que el Notario adopta una actitud de enérgica intervención en los hechos, mientras que las segundas documentan diligencias en las que el Notario asume una actitud más distante o neutral de lo que percibe o le es manifestado. (42)

Partiendo esta clasificación, RODRÍGUEZ ADRADOS encuadra dentro de las activas a las actas de actas de control y percepción, las actas de hechos propios del Notario, y las actas de calificación; y engloba dentro de las pasivas a las actas de mera percepción de cosas y a las actas de manifestaciones.

3. Actas notariales "pasivas"

2.2.1. Acta de presencia (o de mera percepción)

El acta "*de presencia*" es la que acredita la verdad o realidad del hecho que motiva su autorización, dice el artículo 199 del Reglamento Notarial español, lo que resulta ser una definición general de acta, y no de las actas de presencia en particular, porque el propósito de toda acta es de acreditar la realidad o verdad de un hecho, entendido éste en sentido amplio; en el segundo párrafo del artículo 199 se añade que la redacción del acta se hará por el Notario según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, lo que también es propio de las actas en general y no únicamente en estas.

Por ello se ha preferido denominar a las actas de presencia, con más exactitud, como actas de "*mera percepción*", considerándolas como las más puras de las actas notariales, de las que por especialización han ido manando todas las demás. Así lo consideran, por ejemplo, SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, para quienes ellas "constituye a no dudarlo, el prototipo del acta notarial, puesto que en ellas se ejerce, en forma plena, la facultad autenticadora de que están revestidos los escribanos, como contenido parcial de su total función notarial". (43)

En ella, el Notario es convocado en carácter de testigo rogado, y presencia los hechos sin participar en ellos, aunque tomando nota de cuanto ocurre para luego plasmarlo en el instrumento correspondiente. Se exige al Notario, entonces, más que una simple "presencia" física,

---

(42) GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio Jurídico y Documento,* conferencia leída en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, al 3 de junio de 1950, Gráfica Sucesores Vives Mora, Valencia, 1951, p. 25.

(43) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.,* p. 254.

un simple "estar ahí": debe adoptar una actitud receptiva, que le permita captar la realidad o verdad de los hechos que presencia, pues la calificación de "pasiva" de la actuación notarial en estas actas no debe llevar a olvidar que el Notario no es una máquina que simplemente capta acríticamente lo que sucede ante él. Por el contrario, el Notario debe empeñar sus facultades cognitivas para comprender lo que percibe, interpretarlo y comprenderlo para luego poder narrarlo de forma exacta; concretando, lo que el vocablo "pasivo" así utilizado lo que quiere significar, es que el Notario debe abstenerse de adelantar juicios subjetivos acerca de lo percibido (44), en forma similar a como lo hace un juez que practica una inspección personal. (45)

El objeto de la mera percepción recogida en estas actas pueden ser *cosas*, *documentos* o *personas*.

2.2.1.1. Actas de mera percepción de cosas

En ellas el Notario narra su percepción de una o varias cosas para acreditar su existencia o inexistencia en un lugar determinado, determinar quien detenta su posesión, el estado en que la cosa se encuentra o las circunstancias en que es mantenida.

En este tipo de actas tiene especial relevancia la calidad de público o privado del lugar donde el Notario realizará la diligencia encomendada. Tratándose de un lugar público no necesitará comunicar su presencia, ni pedir autorización para actuar; pero si actuará en un sitio privado, el Notario tiene el deber de advertir previamente de su carácter de fedatario y del propósito de la diligencia a los dueños o a las personas encargadas de la vigilancia del lugar donde se requiera su actuar. Si estas personas no lo autorizan, no podrá realizar la gestión (46). Si los objetos que debe describir están guardados en una caja de seguridad o mueble cerrado, el Notario necesitará también el consentimiento del dueño o custodio para actuar. (47)

En la legislación nicaragüense podemos subsumir en este tipo el acta de protesta de mercaderías. (48)

---

(44) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* pp. 16-17.
(45) *Cfr.* artículos 2417 a 2419 del Código Civil.
(46) *Cfr.* artículo 26 de la Constitución; artículo 200 del Código Penal.
(47) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* p. 17.
(48) *Cfr.* artículo 359 del Código de Comercio.

2.2.1.2. Actas de mera percepción de documentos

El Notario debe ser muy cuidadoso en este tipo de actas, pues por su puede producirse una invasión a la competencia funcional de otros funcionarios si se usa sobre los originales de documentos públicos de competencia ajena. Sin embargo, es perfectamente posible sobre las copias o testimonios de aquellos documentos.

Así, un Notario puede autenticar la fotocopia de la certificación de una sentencia (49), pero no puede librar certificación de los contenidos del Libro Copiador de Sentencias o del Libro de Votos, como descubrió a su costa una Notario que, a pedido del entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Róger Camilo ARGÜELLO, libró certificación de un Voto de la Sala de lo Constitucional, lo que permitió sustraer ilícitamente de una cuenta de la Corte Suprema la suma de US$ 609,000.00. (50)

Las actas de mera percepción de documentos sirven para acreditar –entre otras cosas– su posesión por persona determinada, el lugar en que se encuentra, el reconocimiento de la propia firma puesta con anterioridad en un documento o su mera existencia. El Notario debe observar en estos casos las mismas cautelas que en las actas de mera percepción de cosas.

Dentro de ellas tenemos, en nuestra legislación, el acta de otorgamiento de testamento cerrado (51), y el acta de dación de fecha cierta. (52)

Es conveniente indicar que en la práctica notarial nicaragüense es común confundir la protocolización de un documento a instancia de parte (53), con la dación de fecha cierta, y que se refiere al caso del documento privado al que, a solicitud de uno de los interesados que desea dar autenticidad a su fecha, el Notario da fe de que se le ha presentado el documento privado, el que no por ello se eleva a instrumento público, ya que comparece uno solo de los interesados, el Notario no responde de la autenticidad de la firma del otro, y no hay ninguna reno-

(49) Artículo 4 de la Ley Núm. 1690 de 26 de febrero de 1970 (*La Gaceta,* Núm. 124, de 5 de junio de 1970), reformado por el Decreto No. 1556 de 22 de diciembre de 1984 (*La Gaceta,* Núm. 8, de 10 de enero de 1985) y por la Ley Núm. 16 de 17 de junio de 1986 (*La Gaceta,* Núm. 130, de 23 de junio de 1986).

(50) *El Nuevo Diario,* de 30 de septiembre de 2005, No. 9026.

(51) *Cfr.* artículos 1055 y 1058 del Código Civil.

(52) *Cfr.* artículo 2387 del Código Civil.

(53) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado, artículo 1144 párrafo 2.º del Código de Procedimiento Civil.

vación de consentimiento contractual. Es decir que el documento que se presenta al Notario sigue siendo igual de privado que antes de su presentación (54), pues tan sólo se acredita fehacientemente su existencia en la fecha del acta (*"razón"*, le llama el artículo 2387 del Código Civil).

2.2.1.3. Actas de mera percepción de personas

En estas actas el Notario debe acreditar la identidad de una persona, lo que implica un juicio del Notario. Entre ellas tenemos el acta de existencia o de "fe de vida". Esta es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una "certificación negativa de defunción y afirmativa de presencia, expedida por autoridad competente y sobre todo utilizada para el cobro de haberes pasivos".

Acreditar que una persona está viva puede ser de interés no sólo para la persona misma, sino también para un tercero (como en el caso del contrato de renta vitalicia, en el que la obligación del deudor de la renta subsiste mientras viva el cabeza de la misma (55)).

El hecho de estar presente una persona en un determinado lugar y momento pueden también ser objeto de un acta de este tipo, pero el Notario debe recordar el deber de respeto a la honra y reputación, a la privacidad, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos constitucionalmente protegidos (56), en especial cuando la persona que es objeto de percepción y el requirente no son la misma.

También podemos encuadrar en este tipo de actas las de autenticación de las firmas colocadas en un documento privado en presencia del Notario. (57)

A este respecto, resulta interesante citar la Circular del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de octubre de 2007, en la que, entre otros despropósitos, se afirmo:

"Que los Notarios en el ejercicio de su profesión autentican firmas de particulares, atribución que es propia de este Supremo Tribunal, tal

(54) *Cfr.* artículo 1144, párrafo 1º, del Código de Procedimiento Civil.
(55) *Cfr.* artículos 3625 y 3641 del Código Civil.
(56) *Cfr.* artículos 26 y 46 de la Constitución.
(57) *Cfr.* artículo 5 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial, artículo 7 de la Ley de Prenda Comercial, artículo 65 de la Ley Electoral, artículo 23 inciso d) de la Ley General de Cooperativas y artículo 7 inciso i) del Reglamento de la Ley General de Cooperativas, entre otros.

como ya se dejó establecido; asimismo, el Art. 41 de la Ley del Notariado, no permite intervenir a los Notarios en la autorización de documentos privados, sino en los casos determinados por la ley, tales como la autenticación de fecha cierta de los documentos privados contenida en el arto. 2387 C. lo que significa que el Notario dará fe de la fecha del documento incorporándola a su protocolo y la autenticación de las firmas conforme a la Ley de Prenda Agraria e Industrial y la Ley de Prenda Comercial, tales actos deben de estar consignados en actas notariales, es decir que deben constar en el protocolo, pues el Notario pondrá razón en él, siguiendo el orden cronológico de los instrumentos que redacte, de la autenticación que hiciere, de la fecha en que se presenta el documento privado; expresando el nombre y apellidos de los que suscriben el documento, el objeto y el valor del contrato o de la deuda. El cartulario al hacer la autenticación, citará el folio del protocolo en que se pusiere la razón mencionada".

Aquí se deslizan diversos dislates.

Primero, es incorrecto afirmar que *"la autenticación de firmas de particulares es atribución que es propia de este Supremo Tribunal, tal como ya se dejó establecido"*. Lo que autentica la Corte Suprema de Justicia es la firma de notarios, jueces, Registradores de la Propiedad, etc., y no de particulares.

"Y por lo que respecta a la tesis que el indiciado sostiene en su defensa de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al autenticar la firma de un Ministro extranjero o de cualquier otro funcionario se atiene sólo al conocimiento de ella, sin consideración al hecho de haber sido puesta a su presencia; y de que la Corte Suprema de Justicia procede de igual manera, cabe decir: que es de todo punto inadmisible la analogía que el señor Notario Valladares N. cree encontrar entre el procedimiento seguido en aquellos casos y el que la ley prescribe a un Notario. Porque las autenticaciones operadas por funcionarios de aquella categoría son de firmas de empleados públicos, que es de obligación conocer, mientras que el Notario tiene la atribución de autorizar documentos privados extendidos por particulares, pero siempre dentro de los límites y con los procedimientos que la ley señala, pues de lo contrario cualquiera extralimitación o abuso traería consigo el peligro del engaño, ya que el público, por razón de Ministerio que el Notario ejerce está acostumbrado a dar toda fe a un acto autorizado con firma de Cartulario; y este peligro, precisamente, fuera de la represión por infracción de ley, es el que la Corte Suprema de Justicia

en virtud de sus atribuciones debe reprimir para mantener en toda su pureza el ejercicio de esa profesión: artículos 41 Ley del Notariado y 2387 C.". (58)

Segundo, con respecto de la llamada "*fecha cierta*" (59), tampoco es correcto decir que "*el Notario dará fe de la fecha del documento*" o que autoriza a éste, sino que el documento tendrá como fecha auténtica la de su incorporación al protocolo del Notario o al Registro correspondiente, como ya se explicó *ut supra*.

Tercero, con respecto a la autorización de documentos privados, en nuestra legislación existe al menos un caso en que la Ley permite que se autentiquen las firmas de los contratantes sin levantar acta ni incorporarla al protocolo: el del artículo 122 de la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, que dispone que la cesión del crédito hipotecario o prendario celebrada entre instituciones financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos, se hará mediante endoso escrito a continuación del testimonio de la escritura respectiva o del contrato privado y deberá contener la identificación plena de las partes, la fecha en que se haya extendido, y las firmas del endosante y del endosatario, autenticándose la firma del endosante y del endosatario con solo un "*ante mí*", el sello y la indicación del quinquenio del Notario.

Además, la propia Ley del Notariado autoriza la protocolización de toda clase de actos y contratos (60). Esto incluye la protocolización de escrituras privadas, si media el consentimiento de las partes (61) o reconocimiento judicial. (62)

2.2.2. Acta de manifestaciones (o de referencias)

Es la que, redactada por el Notario y previo los apercibimientos de ley, recoge las declaraciones de quienes en ellas intervengan, usando en lo posible sus mismas palabras. (63)

---

(58) Sentencia de las 10:00 a.m. de 15 de mayo de 1914, Considerando II, p. 411 del Boletín Judicial.
(59) *Cfr.* artículo 2387 del Código Civil.
(60) *Cfr.* artículos 61 a 66 de la Ley del Notariado.
(61) *Cfr.* artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.
(62) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado.
(63) *Cfr.* artículo 208 del Reglamento Notarial español.

En nuestro medio se acostumbra a denominarla *"declaración jurada"*, *"declaración notarial"* o *"declaración ante Notario"*, lo que ha dado origen a un sinnúmero de discusiones bizantinas acerca de si es correcto llamarla *"jurada"*, o si el Notario está facultado para tomar promesa al declarante o apercibirlo de las consecuencias civiles o penales de declarar falsamente.

Así, en la ya mencionada Circular de 8 de octubre de 2007, el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial externó que *"... los Notarios están autorizando en escrituras públicas declaraciones juradas advirtiendo a los comparecientes decir la verdad "bajo promesa de ley", competencia que es propia de las autoridades judiciales, en consecuencia, al Notario le es prohibido dar certificación sobre hechos que presencia"*.

Ahora bien, decir que *"al Notario le es prohibido dar certificación sobre hechos que presencie"*, es un absurdo, porque esto es precisamente lo que constituye la esencia de la actuación del Notario cuando redacta cualquier acta notarial, y ya vimos que el Notario nicaragüense tiene amplia competencia para intervenir en todo tipo de actos, actas, contratos, negocios, etc. (64), y los particulares, por su parte, gozan de la amplia esfera de libertad que dan el artículo 32 de la Constitución y el artículo 2437 del Código Civil.

Lo que el artículo 41 de la Ley del Notariado prohíbe al Notario es que dé certificación de hechos que presencie *y en los que no intervenga por razón de su oficio*, es decir, lo que no deben hacer los notarios es actuar oficiosamente, pues en general debe hacerlo siempre *a ruego de parte interesada*, como ya se dejó sentado *ut supra*.

En consecuencia es perfectamente legítimo que una persona acuda ante un Notario a hacer una declaración y que el Notario la haga constar en un acta, si esa declaración es lícita.

La intervención del Notario, y la circunstancia de que éste exprese que advirtió al compareciente decir verdad *"bajo promesa de ley"*, o de que le advirtió sobre las penas que sancionan el falso testimonio o las declaraciones infieles sobre hechos propios (65) no le da ni le quita a la declaración su valor intrínseco, que es el de ser una mera manifestación privada del deponente y no una declaración testifical, y sujeta por consiguiente a ser contradicha por cualquier persona a la que se trate de oponer, y que ni siquiera tiene el carácter de presunción sim-

(64) *Cfr.* artículo 3 párrafo 1º de la Ley del Notariado.
(65) *Cfr.* artículos 475 y 474 del Código Penal.

plemente legal de que gozan las informaciones para perpetua memoria. (66)

Y tampoco es exacto sostener que sea privativo de los funcionarios judiciales tomar promesa de ley, pues existen casos en que la toman otros funcionarios (en la toma de posesión ciertos de cargos públicos, por ejemplo) e incluso los propios notarios (en actuaciones matrimoniales, en la llamada "*identificación notarial*" (67), en las particiones de herencia, en las traducciones notariales, etc.).

Además, son varios los casos en los que el Derecho nicaragüense expresamente exige la "*declaración jurada*" como requisito dentro de diversos trámites, y entre ellos que podemos citar:

— El artículo 36 literal b) de la Ley de Migración dispone que el extranjero que solicita ser admitido en la sub-categoría migratoria de estudiante debe presentar una "*declaración, ante Notario Público, que asume la obligación de presentar ante la Dirección de Migración y Extranjería la constancia oficial de que fue inscrito y aceptado por el centro de enseñanza en el que cursará sus estudios, bajo apercibimiento de cancelarse su permanencia en el país. Esta declaración la presentará oportunamente*".

— El artículo 10 numeral 6 del Reglamento de la Ley de Servicio Exterior establece como uno de los requisitos para participar en el Concurso Público de Ingreso al Servicio Exterior, adjuntar una "*Declaración Jurada ante Notario Público de no haber sido condenado por sentencia privativa de libertad, ni haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualesquiera otras ramas de la Administración Pública, ni hallarse inhabilitado para el desempeño de funciones públicas*".

— El artículo 21 de la Ley General de Cámaras de Comercio, por su lado, establece que "*los agricultores para cumplir con el Art. 18, acompañarán una declaración jurada, conteniendo los siguientes datos: Nombre y apellido completo, nacionalidad, domicilio; tiempo de residencia en el municipio; clase de cultivo a que se dedican sus esfuerzos, cantidad de animales de asta y casco que posee; cabida en manzanas de su propiedad;*

(66) *Cfr.* artículos 754 a 759 del Código de Procedimiento Civil.

(67) *Cfr.* artículo 3 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado.

árboles de café que tienen en cosecha, y los que todavía no fructifican; cantidad de café, maíz y otros productos que coseche regularmente; nombre con que es conocida su propiedad, si está libre o gravada y en cuánto; valor en que estima su propiedad".

— La Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados, en su artículo 34 exige que "*en los casos en que se trate de la destrucción de un arma de fuego, su propietario debe de informar del hecho y la circunstancial en que se produjo éste, el informe se hará mediante una declaración jurada y juramento de ley ante la autoridad que concedió el permiso. En caso de destrucción el interesado debe de presentar los restos del arma de fuego y la respectiva licencia para su cancelación*", y en el artículo 152 párrafo 2.º otorgó un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia esa misma Ley, a toda las persona que poseyera armas de uso civil sin licencia de portación para que procediera a solicitarla, y de faltar la factura o el instrumento público de compraventa, podía acreditarse la propiedad del arma mediante una declaración jurada, explicando las razones por las que carecía de la documentación solicitada.

Es cierto que en algunos casos la "declaración jurada" se realiza ante una autoridad administrativa (caso de la Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados), pero en otros la ley exige expresamente que ella se autorice por Notario Público.

2.3. Actas notariales "activas"

2.3.1. Actas de hechos propios del Notario

2.3.1.1. Acta de traducción

El acta de traducción está regulada por los artículos 1132 del Código de Procedimiento Civil, 33 de la Ley del Notariado y 5 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, aunque este último la denomina "*escritura pública*".

En relación con este tipo de acta, considero necesario traer a colación la Circular de 8 de octubre de 2007, arriba citada, en la que el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial externó el criterio siguiente: "*Que toda actuación notarial para efectos de ser autenticada debe constar en*

el idioma castellano, tal como lo establece el Art. 33 Pr., y en conformidad al inciso 2do del Art. 38, párrafo VIII del Título Preliminar del Código Civil, y en caso de que el documento esté en otro idioma deberá ser traducido mediante trámite judicial o por un Notario que tenga más de diez años en el ejercicio de dicha profesión tal como lo estatuye la Ley Número 139, Ley que da mayor utilidad a la Institución del Notariado o acompañarse la traducción del mismo conforme el arto. 1132 Pr."

Ahora bien, no es cierto que sea *"para efectos de ser autenticada"* que los instrumentos públicos deben constar en idioma castellano, sino que no tiene valor legal un instrumento público otorgado por un Notario nicaragüense y que no esté extendido en el idioma oficial. (68)

Tampoco es cierto que todo documento extendido en idioma distinto del castellano *deba* ser traducido mediante el trámite judicial de que hablan los artículos 188 y 1132 del Código de Procedimiento Civil, o por el procedimiento notarial establecido en el artículo 5 *in principi* de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución Del Notariado.

Como claramente expresa el artículo 1132 del Código de Procedimiento Civil, la traducción <u>*puede*</u> ser hecha privadamente por el interesado, y que sólo en caso de ser impugnada su fidelidad por la contraparte se procederá necesariamente a su traducción por intérprete nombrado por el juez.

El artículo 5 de la Ley Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, por su parte, dispone que la traducción a que se refiere el artículo 1132 del Código de Procedimiento Civil <u>*podrá*</u> hacerse en "*escritura pública*" (en realidad, en acta notarial) por un intérprete nombrado por el Notario autorizante.

Es evidente que el citado artículo 5 se refiere a la traducción *judicial* y no a la *privada*; es decir, que la facultad conferida a los notarios con más de diez años de ejercicio no puede ser otra que la de *autorizar una traducción con la misma fuerza de la realizada judicialmente*; y que los particulares conservan su potestad de hacer sus traducciones de la manera que mejor les convenga (en instrumento privado o público), las que en caso de ser presentadas en juicio estarán sujetas a impugnación, como se ha dicho.

Además, es también evidente que por mandato del artículo 33 *in fine* de la Ley del Notariado ("... *No podrán agregarse al protocolo documentos extendidos en idioma extranjero, sino acompañados de la debida*

(68) *Cfr.* artículo 11 de la Constitución; artículo 33 in principi de la Ley del Notariado; artículo XXXVIII del Título Preliminar del Código Civil.

traducción al castellano, la cual será autorizada por el Notario y el traductor oficial, o el llamado por el mismo Notario, en un solo contexto, sin mezclarse en él actos extraños"), todo Notario no sólo *puede* sino que *debe*, traducir él mismo o hacer traducir todo documento extendido en idioma distinto del castellano y que vaya a agregarse al protocolo, sin que esté limitado por el artículo 8 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado ("*Las facultades conferidas al Notario mediante la presente Ley solamente podrán ser utilizadas por aquellos notarios que hubieren cumplido por lo menos diez años de haberse incorporado como Abogado o Notario en la Corte Suprema de Justicia*").

2.3.1.2. Acta de protocolización

Las actas de protocolización son las específicamente dirigidas a plasmar el hecho por el que el Notario incorpora un documento al protocolo.

Se destaca esta especificidad porque también en una escritura pública o en un acta notarial de distinta naturaleza habitualmente se incorporan al protocolo diversos documentos (por ejemplo, el testimonio de un poder, la certificación de un acta de toma de posesión de cargo público, la certificación de un acta de una junta directiva, etc.).

Se regulan en los artículos 61 a 66 de la Ley del Notariado y el artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil, y se dispone que "*la protocolización se hace agregando al Registro, en la fecha que le fueren presentados al Notario, los documentos y diligencias mandados a protocolizar. El Notario pondrá al fin de dichos documentos una razón firmada en la que conste el lugar, hora, día, mes y año en que se protocolizan, el número de hojas que contienen; y el lugar que, según la foliación, ocupan en el protocolo, designando los números que corresponden a la primera y última hoja*". (69)

Esta disposición parece sugerir que el documento a protocolizar se agrega físicamente al protocolo (70), lo que no se compadece con el sistema de instrumentos "encadenados" o sucesivos que establecen los numerales 1.º y 3.º del artículo 21 de la Ley del Notariado, a diferencia de otros sistemas (como el cubano) en que cada instrumento del protocolo es físicamente independiente del que le antecede; sin embargo,

(69) Artículo 62 de la Ley del Notariado.

(70) "Registro" le llama el artículo 62 de la Ley del Notariado, y en los artículos 15 numerales 1.º y 4.º, y 17 de la misma Ley este vocablo se usa como sinónimo de "protocolo".

la Corte Suprema ha opinado que la protocolización puede hacerse transcribiendo las diligencias o documentos en el protocolo, y custodiando los originales en el libro de anexos, lo que resulta más práctico y conveniente:

"... el Notario, al hacer protocolización... Puede hacer en él, siguiendo el orden cronológico de las escrituras, trascripción íntegra de las diligencias mandadas a protocolizar, procedimiento este que es preferible, por la garantía que presta a las partes y al público, observándose siempre las solemnidades legales. Es entendido que las diligencias originales serán siempre agregadas por el Notario al legajo de comprobantes". (71)

A partir de su incorporación al protocolo, el documento o diligencia protocolizados circulará en el tráfico únicamente como testimonio. (72)

El artículo 63 de la Ley del Notariado contempla la posibilidad de protocolizar documentos privados, advirtiendo que para ello se requiere autorización judicial (cuando existe contención de partes (73) o consentimiento de los interesados, y en este último caso *"el Notario levantará una acta en que exprese el nombre del que la solicita y demás requisitos de que habla el artículo anterior"*.

— Acta de protocolización de testamento cerrado. (74)

— Acta de protocolización de testamento abierto extra-notarial. (75)

— Acta de protocolización de testamento oral. (76)

— Acta de protocolización de testamentos privilegiados o especiales. (77)

---

(71) Consulta de 26 de agosto de 1915, *Boletín Judicial,* p. 956.

(72) *Cfr.* artículo 64 de la Ley del Notariado.

(73) Artículo 66 de la Ley del Notariado; artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.

(74) *Cfr.* artículo 1065 del Código Civil; artículo 667 del Código de Procedimiento Civil.

(75) *Cfr.* artículos 1041 y 1042 *in principi* del Código Civil; artículo 654 del Código de Procedimiento Civil.

(76) *Cfr.* artículo 1041 y 1042 *in fine* del Código Civil; artículo 648 del Código de Procedimiento Civil.

(77) *Cfr.* artículos 668 y 669 del Código de Procedimiento Civil.

— Acta de protocolización de un documento público extranjero, previa su autenticación o legalización. En algunas legislaciones, el documento público extranjero no puede usarse directamente en el tráfico jurídico, sino que debe incorporarse a un protocolo, y lo que circula es el testimonio librado por el Notario que lo protocolizó.

— Acta de protocolización de un documento privado, solicitada por los otorgantes. (78)

— Acta de protocolización de documentos auténticos de toda clase.

2.3.1.3. Acta de depósito

Es un acta *sui generis*, porque en ella el Notario no se limita a consignar un hecho, sino que además contiene un aparente negocio jurídico: el depósito de objetos, valores, documentos y/o cantidades que los particulares hacen al Notario, sea como prenda de garantía de sus contratos, sea para su custodia.

En realidad, el acta de depósito no contiene un negocio jurídico (si así fuera, el Notario estaría inhibido de autorizarlo por sí mismo (79)), sino que se trata de un acto funcionarial, relacionado a la facultad que tiene el Notario para aceptar voluntariamente la custodia de documentos, títulos-valores, dinero, objetos, etc., sea como garantía de un contrato, sea para su mera custodia.

Aunque en el Derecho nicaragüense no está regulada con carácter general (lo está para la custodia del testamento cerrado (80)), creo que debe aceptarse, por ser congruente con las facultades del Notario, y no existir prohibición al respecto.

Lógicamente, el Notario debe rechazar el depósito si con él se pretende cualquier actividad ilícita, lo que constituye una manifestación del deber que tiene el Notario de ajustar su actuación al Derecho.

Resultará inadmisible el depósito presentado en sobre cerrado, porque el Notario tiene no sólo el derecho sino el deber de saber lo que se deposita, para denegar el depósito ilegal (81); es por esto que el artículo

(78) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado; artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.

(79) *Cfr.* artículo 2372 del Código Civil; artículo 43 inciso 4.º de la Ley del Notariado.

(80) *Cfr.* artículo 1059 del Código Civil.

(81) Rodríguez Adrados, A., "Cuestiones de técnica notarial...", *cit.*, *p.* 137.

217 del Reglamento Notarial español no habla de "*sobre*" como objeto del depósito, sino de "*documentos*" y lo que si prevé es que determinados objetos, como el metálico, se entreguen al Notario, cerrándolo y sellándolo en un sobre a su presencia, es decir que el Notario comprueba el contenido y después se cierra en un sobre lo depositado. De estas consideraciones, por supuesto, quedaría excluido el depósito de custodia de un testamento cerrado.

En cuanto a la devolución del depósito, habrá que distinguir: si es de mera custodia o hecho en interés exclusivo del depositante, éste o sus causahabientes podrán retirarlo en cualquier momento; pero si el depósito se ha constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el Notario no debe restituirlo mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de lo estipulado. (82)

2.3.1.4. Acta de notificación

Notificar, dice Escriche en su Diccionario Razonado, es "el acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda o intima, o para que le corra término".

Aplicado a las notificaciones notariales, es el acto de poner en conocimiento de alguien un hecho o acto, sea para perfeccionar un contrato, o porque la ley exige que en forma fehaciente se haga saber alguna circunstancia (83). En el Derecho nicaragüense encontramos las siguientes:

— El acta de notificación aceptación de una donación. (84)

— El acta de notificación de cesación de comunidad de pastos. (85)

— El acta de notificación de existencia de títulos ejecutivos contra el difunto. (86)

---

(82) *Cfr.* artículo 218 del Reglamento Notarial español.

(83) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 356.

(84) Artículo 2278 del Código Civil.

(85) Artículo 1707 del Código Civil.

(86) Artículo 1462 del Código Civil; artículo 1691 del Código de Procedimiento Civil.

— El acta de notificación al deudor de la cesión de un crédito. (87)

2.3.2.1.5. Actas de requerimiento

El requerimiento, expresan SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, es el vehículo por el que una persona exterioriza su deseo de hacer valer un derecho contra otra (88), y citan a SANAHUJA Y SOLER, que acota que "se dirige al cumplimiento de una obligación, correlativa al derecho de pretensión".

Aunque en general cualquier obligado puede ser sujeto de requerimiento por este medio, la legislación nacional nos ofrece casos específicos de este tipo de acta:

— El acta de consignación de especies o dinero para ser ofrecidos al acreedor. (89)

— El acta de de protesto de un título-valor. (90)

— El acta de desahucio por la que se pone fin al arriendo sin plazo o al comodato precario, y se exige la restitución de la cosa arrendada o comodatada. (91)

— En los juicios ejecutivos promovidos por los bancos, la diligencia de requerimiento de pago puede ser realizada por un Notario, siempre que sea expresamente designado en el escrito de demanda. (92)

— En los préstamos mercantiles por tiempo indeterminado, la interpelación previa al deudor para el pago de la obligación. (93)

(87) Artículos 2720 y 2721 del Código Civil.
(88) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.*, p. 259.
(89) Artículos 2055, 2056, 2058 y 2059 del Código Civil.
(90) Artículos 141, 258 y 263 de la Ley General de Títulos-Valores; artículo 232 del Código Penal.
(91) Artículos 2958, 2959, 2960 y 3446 del Código Civil; artículo 1429 del Código de Procedimiento Civil.
(92) Artículo 59 numeral 14 de la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros.
(93) Artículo 489 del Código de Comercio.

2.3.2. Actas de calificaciones jurídicas

En ellas se tiene como contenido esencial un juicio emitido por el Notario acerca de un determinado hecho o circunstancia de relevancia jurídica. Dentro de ellas puede encuadrarse el acta de notoriedad.

2.3.2.1. Actas de notoriedad

De acuerdo con el Reglamento Notarial español, las actas de notoriedad "*son aquellas que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos, y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica*".

Sobre la última parte de esta definición reglamentaria, RODRÍGUEZ ADRADOS manifiesta que no es función notarial declarar derechos, por muy evidentes que resulten de la aplicación directa de las normas legales a los hechos (94), y el mismo autor recuerda que lo declarado es la notoriedad del hecho, de lo que se derivará lógicamente la aplicación de la norma jurídica (95), criterio compartido por CÁMARA ÁLVAREZ, que lo califica de "*postizo*" a la función notarial. (96)

ESCOBAR DE RIBA define las actas de notoriedad como "aquellos instrumentos públicos mediante los cuales, y bajo dicha forma, el Notario, previo un juicio de valoración o estimación de pruebas, declara acreditado por notoriedad la existencia de un hecho". (97)

CÁMARA ÁLVAREZ disiente de este criterio, señalando que el objeto del acta de notoriedad no es acreditar la *existencia* del hecho notorio, sino comprobar la *notoriedad* del hecho (98); y en el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ADRADOS al definirlas como "*aquéllas que tienen por contenido la narración por el Notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho*". (99)

---

(94) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El Notario latino y su función", en *Revista de Derecho Notarial,* Núm. LXXXVI, abril-junio 1972, p. 91.

(95) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Cuestiones de técnica notarial...", *cit.,* pp. 157-158.

(96) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino en Madrid, 1950, Junta de Decanos, Madrid, 1975, volumen I de las ponencias presentadas por el Notariado español–Congresos Internacionales, p. 91.

(97) Citado por SALAS MARRERO, O. y R. VALLE HERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 261.

(98) CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *op. cit.,* p. 443.

(99) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El Notario latino...", *cit.,* p. 91.

Con esto quiere decirse que el juicio del Notario no recae sobre la existencia del propio hecho, sino sobre la circunstancia de que un hecho es tenido por cierto por la mayoría de las personas que tienen relaciones habituales con ese hecho, porque la notoriedad no la acredita el Notario respecto a la sociedad en general sino respecto a ese círculo habitual; y en ese mismo orden de ideas, RODRÍGUEZ ADRADOS sostiene que el acta de notoriedad parte de que un hecho es notorio dentro de un círculo de personas. (100)

De lo dicho se desprende que el acta "de notoriedad" no se realiza para dotar de notoriedad al hecho, sino para lograr que esa notoriedad pueda surtir sus efectos fuera del limitado círculo de personas que lo reconocen como tal.

En cuanto al valor probatorio del acta de notoriedad es claro que los hechos presenciados directamente por el Notario están cobijados por la fe pública notarial. Sin embargo, en lo que es propio del contenido del acta de notoriedad debe distinguirse dos situaciones:

a) Cuando es el legislador quien designa al acta de notoriedad como medio adecuado para ciertos efectos habrá que estarse a lo dispuesto expresamente en la ley.

b) En los demás supuestos, se tratará de un juicio del Notario, no sobre la existencia de un hecho, sino sobre su *notoriedad*, juicio que podrá siempre destruirse mediante la producción de prueba en contrario.

Como adelantamos, el único caso de acta de notoriedad que he encontrado en la legislación nicaragüense se encuentra en el artículo 3 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, el cual dispone que "*La persona que hubiere usado constante y públicamente un nombre propio distinto del que aparece en su partida de nacimiento, o usare nombre incompleto, podrá pedir ante un Notario, su identificación. El Notario levantará acta notarial en su protocolo, recibiendo la declaración del interesado y la prueba de dos testigos idóneos, insertando íntegramente la partida. El testimonio será presentado ante el Registro del Estado Civil, quien hará la anotación correspondiente al margen de la partida*".

(100) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., Cuestiones de técnica notarial..., *cit.*, p. 166.

2.3.3. Actas de control y percepción

En estas actas el Notario no se limita a percibir lo ocurrido, sino que además desarrolla una actividad de control jurídico, "*porque el objeto de la percepción es el resultado de un procedimiento cuya pertinencia es de apreciación notarial. El Notario... controlará –desde su imparcialidad– la observancia de la legalidad en la obtención del resultado que percibe*" (101), refiriéndose con esto al deber del Notario de constatar que en la realización del evento de que se trate, se observen los requisitos y trámites ordenados en las bases, ofertas, pacto social o ley aplicables al evento en cuestión, y que todos los participantes han tenido igual oportunidad de hacer valer sus derechos en cuento al mismo.

Chinea Guevara señala como ejemplos de estas actas las de sorteo, de muestreo, de publicidad comercial, de determinación del saldo, de juntas de accionistas o directores, de subasta, entre otras. (102)

Una característica de las actas de control y percepción es el grado de detalle descriptivo que se exige tanto en la rogación como en la redacción del cuerpo del acta.

2.4. Valor probatorio de las actas notariales

El valor de las actas notariales como prueba producida extrajudicialmente es disímil. En su calidad de instrumentos públicos constituyen medios probatorios admisibles, a los que no se les puede desconocer valor, pero éste deberá ser apreciado por los órganos jurisdiccionales tomando en consideración las circunstancias de cada caso.

En cualquier caso, me parece que claro que, al igual que sucede con las escrituras públicas, todas aquellas circunstancias que el Notario hace constar *de visu et auditu*, o que han sido realizadas personalmente por el Notario, están cubiertas plenamente por la fe pública notarial, de modo que deberán ser tenidas por verdaderas mientras no se redarguya su falsedad mediante la correspondiente querella. Pero otras circunstancias recogidas por el Notario *de credulitate*, por provenir de quienes están interesados en producir prueba a su favor, o por no haber el Notario podido comprobar por sí mismo su realidad, pueden ser atacadas por la producción de simple prueba en contrario.

---

(101) Chinea Guevara, J., "La fe pública en el ámbito mercantil", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008, p. 22.

(102) *Idem,* p. 22.

Así, la manifestación del Notario de haberse constituido en un determinado lugar, hora y fecha para practicar un protesto, y el hecho mismo, está cubierta por la fe pública, pero no lo estará la manifestación de haberlo practicado con una persona determinada, si el Notario no la conoce personalmente ni ha podido constatar su identidad por los medios legales.

3. Conclusiones

Creo posible concluir que, en materia de actas notariales, la legislación nicaragüense adolece de una regulación general que unifique el tratamiento formal de las distintas y muy diversas manifestaciones de este tipo instrumental y de su valor o eficacia probatoria en los distintos supuestos, lo que conlleva a una falta de seguridad en los notarios en cuanto la manera de llevar adelante las diligencias encomendadas por los interesados, y en los tribunales y órganos administrativos acerca del valor o eficacia de estos instrumentos.

Sería conveniente que una futura reforma de la legislación notarial se deslindara conceptual y formalmente a las escrituras públicas de las actas y otras actuaciones y documentos notariales, dando a aquellas la individualidad que necesitan.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*. Collectio Fide, dirigida por Luis Roca-Sastre Muncunill, Ediciones Nauta, Barcelona, 1962.

Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", y "La fe pública en el ámbito mercantil", *en Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008.

Cámara Álvarez, Manuel de la, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino en Madrid, 1950, Junta de Decanos, Madrid, 1975, volumen I de las ponencias presentadas por el Notariado español–Congresos Internacionales.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1978.

Giménez-Arnau, Enrique, *Instituciones de Derecho Notarial*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954.

GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio Jurídico y Documento*. Conferencia leída en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, al 3 de junio de 1950, Gráfica Sucesores Vives Mora, Valencia, 1951.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", tomo I, en *Estudios de Derecho Notarial,* Instituto de España, Madrid, 1986.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El Notario latino y su función", en *Revista de Derecho Notarial*, Núm. LXXXVI, abril-junio 1972.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, III Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca, publicada en *Escritos Jurídicos*, volumen IV, Colegios Notariales de España, 1996.

SALAS MARRERO, Oscar y Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Apuntes de Derecho Notarial*, tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970 (documento mimeografiado).

II. Fuentes legales

Circular del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de octubre de 2007.

Código Civil de la República de Nicaragua.

Código de Comercio de la República de Nicaragua.

Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

Código Notarial de la República Costa Rica.

Código Notarial de la República de Honduras.

Código Penal de la República de Nicaragua.

Constitución Polìtica de la República de Nicaragua.

Ley de Migración.

Ley del Notariado.

Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados.

Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros.

Ley General de Cámaras de Comercio.

Ley General de Títulos-Valores.

Ley Núm. 1690 de 26 de febrero de 1970, La Gaceta, Núm. 124, de 5 de junio de 1970.

Ley Orgánica de Tribunal de 1894.

Ley Que Da Mayor Utilidad A La Institución del Notariado.

Reglamento de la Ley de Servicio Exterior.

Reglamento Notarial de España.

LAS ACTAS NOTARIALES Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO NICARAGÜENSE

ANÍBAL ARTURO RUIZ ARMIJO
Abogado y Notario Público

SUMARIO: 1. Introducción. **2.1.** De las actas notariales en general. **2.1.1.** Lugar de las actas notariales en la clasificación general de los documentos. **2.1.2.** Caracterización del acta notarial. **2.1.3.** Estructura general del acta notarial. **2.1.4.** Clasificación de las actas notariales. **2.2.** Actas notariales "pasivas". **2.2.1.** Acta de presencia (o de mera percepción). **2.2.1.1.** Actas de mera percepción de cosas. **2.2.1.2.** Actas de mera percepción de documentos. **2.2.1.3.** Actas de mera percepción de personas. **2.2.2.** Acta de manifestaciones (o de referencias. **2.3.** Actas notariales "activas". **2.3.1.** Actas de hechos propios del Notario. **2.3.1.1.** Acta de traducción. **2.3.1.2.** Acta de protocolización. **2.3.1.3.** Acta de depósito. **2.3.1.4.** Acta de notificación. **2.3.1.5.** Actas de requerimiento. **2.3.2.** Actas de calificaciones jurídicas. **2.3.2.1.** Actas de notoriedad. **2.3.3.** Actas de control y percepción. **3.** Valor probatorio de las actas notariales. **4.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Dentro de la amplia y compleja gama de funciones que el Derecho ha encomendado al Notario, una de las menos estudiadas en nuestro entorno ha sido su actuación en la autorización de las actas notariales.

Partiendo de la propia ley especial de la materia, nuestra vetusta Ley del Notariado (ya ha cumplido 106 años de vigencia), que menciona tan solo de pasada a estos instrumentos, o del escaso o nulo interés que estos temas despiertan en las Universidades, o la desidia y falta de cuidado con que la propia Corte Suprema de Justicia se permite "orien-

tar" a los notarios en estos asuntos, se configura un panorama bastante desolador.

Ahora bien, el estudio de las actas notariales resulta de gran importancia tanto desde el punto de vista de la teoría como por su significación práctica, sobre todo en materia probatoria y por su incidencia en la consecución de la seguridad jurídica, meta del Derecho en general y del Derecho Notarial en particular.

Es por esto que en este estudio me he propuesto abordar las características, utilidad y especialidades de las actas notariales, tanto desde el punto de vista doctrinario y de legislación comparada, como con relación a las normas legales nicaragüenses, por supuesto sin pretender agotar un tema de suyo extenso y complejo.

2. De las actas notariales en general

2.1.1. Lugar de las actas notariales en la clasificación general de los documentos

Aunque ni el Código Civil ni el Código de Procedimiento Civil nicaragüenses dan un concepto de "documento", del análisis de sus disposiciones se deduce que en ambos cuerpos normativos sólo se considera como tal aquel que contiene signos de escritura.

Por ello, consideraremos como "documento" a todo escrito que incorpora, enseña, expresa, constata, publica o prueba declaraciones de voluntad positiva o negativa, o simplemente hechos y derechos (esta definición excluye, pues, a los planos, fotografías, videocintas, grabaciones magnetofónicas, radiografías, dibujos, etc., los cuales no son considerados como documentos en materia civil).

En relación con la autoridad que goce el sujeto de quien emanan, y del cual depende su valor y eficacia, los documentos se clasifican en *documentos privados* y *documentos públicos*.

Son documentos *privados* los extendidos por las partes interesadas, pero sin intervención de funcionario competente y sin los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley. Los documentos privados hacen prueba contra quienes los suscriben o sus causahabientes. (1)

(1) *Cfr.* artículo 2385 del Código Civil.

Son documentos *públicos* los autorizados por Notario o empleado público competente, con los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley, revistiéndolos de autenticidad derivada de la fe pública de la que están investidos. (2)

Los documentos públicos hacen plena prueba no sólo contra los contratantes y sus causahabientes, sino también contra terceros. (3)

Los documentos públicos, a su vez, se subdividen en dos clases: *documentos auténticos* e *instrumentos públicos* (4), siendo *auténticos* los emanados de empleado o funcionario público sobre la materia de Derecho Público o Administrativo en que es competente. (5)

Los *instrumentos públicos* son los emanados de un Notario público sobre actos particulares, los que autoriza y reviste de fe pública, y que –salvo excepciones legales– guarda y conserva bajo su responsabilidad en su protocolo. (6)

Los instrumentos públicos se subdividen a su vez en *escrituras públicas* y *actas notariales*.

El instrumento público se diferencia de los documentos privados y de los documentos auténticos por la presencia de los siguientes elementos característicos:

a) *En cuanto documento*, por la intervención del Notario público (7);

b) *En cuanto a su contenido*, por la licitud del acto jurídico que constituye su objeto (8);

c) *En cuanto a los otorgantes*, por la capacidad de estos (9), y en caso de actuar los otorgantes en carácter de representantes legales, judiciales o convencionales de otro, por su habilitación suficiente (10);

d) *En cuanto a su forma*, por su ajuste a las disposiciones legales pertinentes. (11)

---

(2) *Cfr.* artículo 2364 del Código Civil.

(3) *Cfr.* artículo 2374 del Código Civil.

(4) *Cfr.* artículo 2364 in fine del Código Civil.

(5) *Cfr.* artículo 1125 incisos 3.°, 4.°, 6.° y 7.° del Código de Procedimiento Civil.

(6) *Cfr.* artículo 2365 del Código Civil; artículo 1125 inciso 1.° del Código de Procedimiento Civil; artículos 15 numerales 1.º y 4º, y 17 de la Ley del Notariado.

(7) *Cfr.* artículo 2364 del Código Civil; artículos 10 párrafo 1.º y 15 inciso 1.° de la Ley del Notariado.

(8) *Cfr.* Artículo 32 de la Constitución; artículo XII del Título Preliminar del Código Civil; artículo 2437 del Código Civil.

(9) Artículos 6, 7 y 8 del Código Civil; y artículo 28 de la Ley del Notariado.

(10) *Cfr.* Artículo 24 de la Ley del Notariado.

(11) Artículos 15 a 45 de la Ley del Notariado; y artículo 2371 del Código Civil.

Como adelanté, los instrumentos públicos son de dos clases: *escrituras públicas* y *actas notariales*.

a) Las *escrituras públicas* son los instrumentos públicos referidos a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica que contiene un negocio jurídico. Su contenido propio lo constituyen las *declaraciones de voluntad* en los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento por los otorgantes.

b) Las *actas notariales* son instrumentos públicos en los que, a petición de parte interesada, se hace relación o se constatan hechos o circunstancias ocurridos en presencia del Notario, o realizados por éste a ruego de parte.

2.1.2. Caracterización del acta notarial

Según lo dispone el artículo 2 de la Ley del Notariado, "*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*", y ateniéndonos a la letra de dicha disposición, pareciera que el Notario público nicaragüense únicamente puede autorizar instrumentos públicos que contienen negocios jurídicos, es decir, escrituras públicas.

Sin embargo, es de notarse que el artículo 3 de la Ley del Notariado, faculta al Notario público para dar fe en toda clase de actos, convenciones, contratos y actas, que el artículo 288 de la Ley Orgánica de Tribunal de 1894 (aun vigente) le autoriza a "*practicar las demás diligencias que la ley le encomiende*", y que en distintos cuerpos normativos (Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Títulos-Valores, entre otros) el ordenamiento jurídico indica como necesaria la forma de acta notarial para asentar auténticamente hechos y circunstancias de relevancia jurídica.

De manera que a pesar de la parquedad de la Ley del Notariado en materia de actas, la actuación del Notario público nicaragüense no se limita en absoluto al ámbito negocial, sino que se extiende al ámbito de los hechos, a "*hechos que objetivamente estamos en la obligación de aceptar como hechos reales y revestidos de verdad, en obediencia a un ordenamiento de carácter legal,... El Estado ideó el sistema de investir a una persona de la delicada función de dar fe, esa persona se llama Notario... La fe pública conferida por el Estado, se considera como verdad de carácter oficial que todos estamos en la obligación de aceptar, salvo que*

se demuestre en juicio que el Notario haya incurrido en cualquier falsedad". (12)

A pesar de la breve referencia a las actas que contiene el artículo 3, la Ley del Notariado sólo normó la forma de la escritura pública (13), dejando por fuera la definición y regulación técnica de las actas notariales, salvo el caso de los artículos 61 a 66 de esa misma Ley, referidos a la protocolización de documentos y diligencias, actividad que el Notario público realiza utilizando la forma instrumental de acta.

En la doctrina y la legislación notarial extranjera, es habitual definir al acta notarial de modo negativo, es decir, no por lo que el acta es, sino por lo que no es.

Así, RODRÍGUEZ ADRADOS expresa que "por decantación, acta notarial es todo instrumento matriz que no tenga el carácter de escritura pública". (14)

El artículo 144 del Reglamento Notarial español, por su parte dispone que "*Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases*", mientras que "*la órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como la manifestación formal adecuada*", lo que lógicamente viene a definir las actas en contraposición de la escritura pública.

Más cerca de nosotros, similares definiciones ofrecen los códigos notariales de Costa Rica y Honduras, el primero de los cuales afirma que: "*Las actas notariales son instrumentos públicos cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del Notario y a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia, darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimaciones procedentes según la ley*". (15)

El Código Notarial hondureño, por su lado, indica que: "*Acta Notarial es el instrumento público que autoriza el Notario, a requerimiento del interesado o por disposición de la ley, en el que se consignan los*

(12) Sentencia de las 10:30 a.m. de 7 de abril de 1994, *Boletín Judicial,* p. 49.

(13) Artículos 22 a 31 de la Ley del Notariado.

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas.* III Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca, publicada en Escritos Jurídicos, volumen IV, Colegios Notariales de España, 1996, p. 15.

(15) Artículo 101 del Código Notarial de Costa Rica.

hechos y circunstancias que presencie o que ante él se declaren o le conste" (16), y que "*el contenido de las actas notariales debe referirse exclusivamente a hechos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos*". (17)

De lo expuesto, y siguiendo en esto a SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ (18) podemos deducir una definición operativa de acta notarial, que pueda resultar útil y aplicable a la realidad nicaragüense: "Las actas notariales son instrumentos públicos, que pueden o no constar en el protocolo, autorizados en forma legal por Notario público para, a petición de parte interesada, dar fe de un hecho o pluralidad de hechos que él presencie o le consten, o que personalmente realice o compruebe, y que por su contenido no constituyan negocios jurídicos", entendiendo por éstos últimos "... un acto de autonomía privada que reglamenta para su autor o autores una relación o situación jurídica". (19)

El objeto del acta notarial puede ser entonces un hecho que la ley exija hacer constar en acta, como el protesto de un título-valor (20), como cualquier otro hecho jurídico que no consista en prestación de consentimiento y que voluntariamente se quiera probar mediante el acta notarial (por ejemplo, la acreditación del estado físico de un inmueble, hecha por un acta de mera percepción de cosas).

En la confección de las actas, el Notario típicamente actúa en calidad de fedatario público: se limita a dar fe de la existencia de los hechos tal como se realizan y, a veces, a declarar la consecuencia jurídica que de esos hechos resulta, pero sin posibilidad de moldearlos: el Notario público se limita a narrar y dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, o de los hechos que él personalmente realice; y aunque recoja en el acta declaraciones de voluntad, no las legaliza ni les da forma pública, como si ocurre en la escritura pública. Tampoco los interesados prestan ningún consentimiento; su aprobación del acta es una simple conformidad con el relato. (21)

---

(16) Artículo 21, párrafo 1.º del Código Notarial de Honduras.

(17) Artículo 14 párrafo 1.º del Código Notarial de Honduras.

(18) SALAS MARRERO, Oscar y Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Apuntes de Derecho Notarial,* tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970 (documento mimeografiado), pp. 250 y 251).

(19) DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I, Tecnos, Madrid, 1978, p. 535.

(20) *Cfr.* artículos 141 y 258 de la Ley General de Títulos-Valores; artículo 232 del Código Penal.

(21) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", tomo I, en *Estudios de Derecho Notarial,* Instituto de España, Madrid, 1986, p. 481).

Es por esto que Ávila Álvarez (22) externa la opinión –un poco exagerada, a mi juicio– de que en las actas "el Notario desarrolla una actividad 'literario-funcionarista'", queriendo expresar que en ellas el contenido principal de la actividad del Notario no es tanto de jurista como de funcionario "encargado de reflejar, sin someterse a más preceptos que los del Derecho formal y los de Gramática, de la mejor manera posible, el hecho de que se trate".

En similar sentido se pronuncian Salas Marrero y Valle Hernández:

"Si en la escritura pública, la función notarial se expresa fundamentalmente a través de la actividad asesora y modeladora del Notario, en el acta notarial, en cambio, el escribano actúa básicamente en su calidad de fedatario público, puesto que el ejercicio de la función notarial en estos casos se reduce a autenticar la existencia de un hecho. Desde un punto de vista estrictamente técnico, al acta notarial tiene la ventaja de constituir un instrumento ágil, mucho menos lleno de formalidades que una escritura pública. Se ha dicho, con justa razón, que mientras en la escritura 'tiene importancia el sentido de los hechos, en aquélla interesa más bien, una fotografía de los hechos'". (23)

Rodríguez Adrados (24) hace dos observaciones a estas concepciones legales y doctrinales:

1. En ocasiones resulta difícil distinguir entre escritura y acta.

Esta primera observación de Rodríguez Adrados es aun más pertinente en nuestro ordenamiento, en el que el legislador se ha mostrado descuidado a la hora de designar los instrumentos a que se refiere (por ejemplo, en la Ley Que Da Mayor Utilidad A La Institución del Notariado se denomina *"escritura"* al acta de rectificación de errores evidentes en los asientos del Registro del Estado Civil de las Personas –artículo 2– y al acta de traducción de un documento escrito en idioma distinto del castellano –artículo 5 *in principi*–; y llama *"acta"* al instrumento en que se autoriza la celebración de matrimonio –artículo 1–).

2. La definición del acta como instrumento que afecta exclusivamente a hechos *jurídicos* puede ser insuficiente, porque en la práctica

(22) Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial.* Collectio Fide, dirigida por Luis Roca-Sastre Muncunill, Ediciones Nauta, Barcelona, 1962, p. 263.

(23) Pérez Pascual, Eduardo.; op. cit. p.69.

(24) Rodríguez Adrados, A., *Cuestiones de técnica notarial..., cit.*, p. 18.(23)

notarial se ven actas de manifestaciones que solo contienen consejos (de un padre a sus hijos), actas de depósito de documentos de mero valor sentimental, etc.

Las actas notariales, aunque variadas en especie, tienen en común una serie de rasgos que las caracterizan:

a) En primer lugar, son siempre instrumentos públicos (25), independientemente de que consten o no en el protocolo;

b) Normalmente se refieren a hechos jurídicos cuya existencia se constata por el Notario, o a actos realizados por él mismo Notario a petición de parte interesada (por ejemplo, el ofrecimiento de pago por consignación, la notificación del desahucio);

c) Deben referirse a hechos lícitos; son lícitos los hechos que no son contrarios a la ley, ni causan perjuicio a terceros ni ofenden la moral o las buenas costumbres. (26)

d) Por regla general, deben figurar en el protocolo, como instrumento matriz, salvo excepciones derivadas de la ley o de la naturaleza del hecho que se recoge en el acta (ejemplo de excepción legal sería el acta de notificación del desahucio de la cosa arrendada o comodatada –artículos 2958 a 2960 del Código Civil, y 1429 párrafo 1.° del Código de Procedimiento Civil–. Ejemplo de excepción por naturaleza lo es la llamada acta "*de fe de vida*" o "*de existencia de una persona*", que acredita la realidad de una circunstancia esencialmente efímera).

e) Las actas no siempre requieren unidad de acto, ni de contexto, pues cada actuación notarial puede hacerse en diligencia separada, en la que constarán el lugar, hora y fecha. Es decir, que al Notario se le hace la rogación y en ese mismo acto puede practicar el hecho objeto del acta (como en la dación de fecha cierta a un documento privado), o bien se le hace la rogación y posteriormente en una o más diligencias separadas se practican las actuaciones pertinentes, aunque respetando en cada una de ellas la unidad de acto (casos del protesto de un título-valor).

---

(25) *Cfr.* artículo 3 de la Ley del Notariado.
(26) *Cfr.* artículos 2476 y 2478 del Código Civil.

2.1.3. Estructura general del acta notarial

Como ya he señalado, la Ley del Notariado nicaragüense no se ha ocupado de regular la forma de las actas notariales, por lo que tradicionalmente se han confeccionado siguiendo las disposiciones relativas a las escrituras públicas, en lo pertinente.

Sin embargo, por su propia naturaleza, las actas tienen exigencias y requisitos propios, que el Notario debe tener en cuenta a la hora de aceptar o denegar su intervención:

a) Rogación, audiencia o requerimiento del interesado al Notario

El Notario tiene legalmente prohibido *"... dar certificación sobre hechos que presencie y en que no intervenga por razón de su oficio..."* (27), de modo que el requerimiento de parte será siempre indispensable para legitimar la actuación del Notario.

Para la validez de ese requerimiento o rogación de parte se exige: que sea previo a la actuación del Notario, que esté claramente delimitado, y que provenga de persona legitimada para expresarlo.

El carácter necesariamente previo de la rogación se justifica porque siendo ella una condición *sine qua non* de la legitimidad de la intervención del Notario, cualquier actuación suya no precedida de esa rogación será absolutamente nula, por infringir el principio de imparcialidad contenido en los artículos 41, 43 inciso 4.º de la Ley del Notariado y en el artículo 2372 del Código Civil.

Además de previa a la actuación del Notario, la rogación de parte debe ser concreta, pues la falta de precisión en el contenido de la actuación que se pide al Notario, en definitiva, implican falta de rogación, desde luego que en ese caso el Notario actuará por su cuenta, es decir, de oficio.

Por último, el peticionario debe acreditar interés legítimo en las consecuencias jurídicas que se deduzcan del hecho sobre el que va a recaer el acta. A diferencia de lo que ocurre en la autorización una de escritura pública, la manera de acreditar el interés de la parte, y los medios para hacerlo variarán en amplitud en los diversos casos: Por ejemplo, será más amplio en un acta de notificación al deudor de la cesión de un crédito, y más reducido en un acta de mera percepción de cosas.

---

(27) Artículo 41 de la Ley del Notariado.

La comprobación de tener los interesados la capacidad necesaria para el otorgamiento es un requisito insoslayable para la autorización de una escritura pública, pues ella contiene un negocio jurídico. En las actas, sin embargo, los hechos que en ellas se recoge no tienen carácter de acto negocial, por lo que bastará con la apreciación de su capacidad de obrar, sin que se precise afirmar la capacidad negocial del requirente, ni del requerido en su caso. (28)

b) Expresión del objeto o finalidad de la rogación o requerimiento

La finalidad de la rogación debe ser lícita, circunstancia que el Notario está en el deber de examinar. GIMÉNEZ-ARNAU admite que se recoja en un acta notarial la comisión de un ilícito penal o civil realizado por un tercero, por ser conveniente que se haga oficialmente esa constatación para facilitar la prueba del hecho ilícito y su posterior sanción y reparación patrimonial, pero no así cuando el autor del hecho ilícito es el propio requirente, y cita a LÓPEZ PALOP, quien opina que "... cuando se requiera al Notario para dar fe de un acto del requirente constitutivo de delito, no sólo debe negarse a ello, sino que debe denunciar el hecho a la autoridad competente" (29).

Aquí es necesario acotar, con SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, que como el acta notarial no contiene declaraciones de voluntad del requirente, sino que únicamente expresa una relación de hechos, no se exige que en ella "se consignen los fines mediatos del requirente de la misma". (30)

Finalmente, la actividad que la parte le pide al Notario debe estar dentro del ámbito de las facultades de este, es decir, debe cerciorarse de que los hechos o actuaciones sobre los que se ha pedido su intervención no estén privativamente encargados a funcionarios judiciales o administrativos.

---

(28) CHINEA GUEVARA, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008, pp. 13-14.

(29) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 267-268. La cita en cuestión está tomada de *Legislación Notarial,* p. 315.

(30) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.,* p. 253.

c) Narración fiel de los hechos percibidos por el Notario, o realizados por éste

Esta es, por supuesto, la parte principal del acta, y debe redactarse en lenguaje *"claro, llano, sencillo"*, y los hechos asentarse en el orden cronológico en que sucedieron, incluyendo la relación circunstanciada de las diligencias practicadas y de sus resultados. (31)

d) Firma o autorización del Notario

La autorización del instrumento debe distinguirse del otorgamiento del mismo.

La autorización, según GIMÉNEZ-ARNAU (32), es el momento final de producción del instrumento público, el acto que le da vida y carácter de tal, y corresponde en exclusiva al Notario, que lo realiza mediante la imposición en él de su firma y, en ciertos casos de su sello. (33)

El otorgamiento corre a cuenta de las partes interesadas, y consiste es un asentimiento al documento, que hasta ese momento solo contiene una serie de manifestaciones personales del Notario, aunque éste se las atribuya a las partes. Cuando las partes firman el instrumento, hacen suyas esas manifestaciones (34); de aquí que aun si posteriormente el instrumento es declarado nulo por defecto de forma o por incompetencia del Notario, aun continúa surtiendo efectos jurídicos, en el primer caso como instrumento privado reconocido (35), y de simple instrumento privado en el segundo (36). Además, siempre de acuerdo a GIMÉNEZ-ARNAU, el otorgamiento tiene la finalidad formal de provocar la intervención autorizante del Notario. (37)

Sin embargo, al no recoger actos ni negocios jurídicos, y por lo tanto, tampoco prestación de consentimiento, en las actas no existe otorgamiento, por lo que únicamente resulta indispensable la firma del Notario que autoriza el instrumento. La firma del rogante, esté o no presente al realizarse la diligencia notarial, no es indispensable para

(31) *Ídem,* p. 254.

(32) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones de Derecho Notarial,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 210.

(33) *Cfr.* artículos 29 inciso 3º, y 5 de la Ley del Notariado.

(34) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones..., cit.,* p. 201.

(35) *Cfr.* artículo 2381 del Código Civil.

(36) *Cfr.* artículo 2380 del Código Civil.

(37) GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Instituciones..., cit.,* p. 202.

la validez del acta; y claro, tampoco resulta necesaria la firma de la persona requerida.

Para GIMÉNEZ-ARNAU en las actas notariales no hay otorgamiento, porque aunque existe manifestación de voluntad (por ejemplo, la del requirente que dirige su rogación al Notario) esta no constituye un negocio jurídico, sino tan solo un hecho jurídico; y que aun en el caso de que el requerido conteste al requerimiento con una manifestación positiva de voluntad, esto no implica otorgamiento porque se manifiesta escindida del negocio considerado como un todo unitario. (38)

2.1.4. Clasificación de las actas notariales

Como es usual en nuestra ciencia, partiendo de criterios disímiles la doctrina ha desarrollado una amplia variedad de clasificaciones de las actas notariales.

Así, GIMÉNEZ-ARNAU divide las actas notariales en dos grandes grupos: las incorporadas al protocolo (actas en sentido restringido o *extrictu sensu*) y las no incorporadas al protocolo (actas en sentido amplio o *latu sensu*), y hace la acotación de que ambos tipos pueden definirse de modo negativo: las primeras, como instrumentos públicos incorporados al protocolo que no son escrituras, y las segundas como instrumentos públicos que no se incorporan al protocolo. Esto diferenciaría a las actas de otros documentos notariales que no son instrumentos (las razones de apertura y cierre de protocolo, los índices, etc.), en los que predomina un carácter administrativo. (39)

Sin embargo, no debe perderse de vista que ambas divisiones tienen las mismas características internas, y la misma finalidad: acreditar un hecho o revestirlo de notoriedad y de eficacia. (40)

Otra clasificación las divide en actas *típicas* y actas *atípicas*, según la legislación las regule expresamente o no. (41)

Resulta así claro que el encuadramiento de una determinada acta notarial dentro de cualquiera de estas clasificaciones va a depender de la legislación específica en la que se esté actuando.

Una clasificación a mi juicio más general y útil hace GONZÁLEZ PALOMINO, quien parte de la conducta a observar por el Notario al realizar las diligencias correspondientes, y las divide en actas *activas* y

(38) *Idem*, p. 203.
(39) *Ibídem,* p. 273.
(40) *Ibídem,* p. 218.
(41) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* p.16.

actas *pasivas*. Las primeras documentan aquellas diligencias en las que el Notario adopta una actitud de enérgica intervención en los hechos, mientras que las segundas documentan diligencias en las que el Notario asume una actitud más distante o neutral de lo que percibe o le es manifestado. (42)

Partiendo esta clasificación, RODRÍGUEZ ADRADOS encuadra dentro de las activas a las actas de actas de control y percepción, las actas de hechos propios del Notario, y las actas de calificación; y engloba dentro de las pasivas a las actas de mera percepción de cosas y a las actas de manifestaciones.

3. Actas notariales "pasivas"

2.2.1. Acta de presencia (o de mera percepción)

El acta "*de presencia*" es la que acredita la verdad o realidad del hecho que motiva su autorización, dice el artículo 199 del Reglamento Notarial español, lo que resulta ser una definición general de acta, y no de las actas de presencia en particular, porque el propósito de toda acta es de acreditar la realidad o verdad de un hecho, entendido éste en sentido amplio; en el segundo párrafo del artículo 199 se añade que la redacción del acta se hará por el Notario según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, lo que también es propio de las actas en general y no únicamente en estas.

Por ello se ha preferido denominar a las actas de presencia, con más exactitud, como actas de "*mera percepción*", considerándolas como las más puras de las actas notariales, de las que por especialización han ido manando todas las demás. Así lo consideran, por ejemplo, SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, para quienes ellas "constituye a no dudarlo, el prototipo del acta notarial, puesto que en ellas se ejerce, en forma plena, la facultad autenticadora de que están revestidos los escribanos, como contenido parcial de su total función notarial". (43)

En ella, el Notario es convocado en carácter de testigo rogado, y presencia los hechos sin participar en ellos, aunque tomando nota de cuanto ocurre para luego plasmarlo en el instrumento correspondiente. Se exige al Notario, entonces, más que una simple "presencia" física,

---

(42) GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio Jurídico y Documento,* conferencia leída en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, al 3 de junio de 1950, Gráfica Sucesores Vives Mora, Valencia, 1951, p. 25.

(43) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.,* p. 254.

un simple "estar ahí": debe adoptar una actitud receptiva, que le permita captar la realidad o verdad de los hechos que presencia, pues la calificación de "pasiva" de la actuación notarial en estas actas no debe llevar a olvidar que el Notario no es una máquina que simplemente capta acríticamente lo que sucede ante él. Por el contrario, el Notario debe empeñar sus facultades cognitivas para comprender lo que percibe, interpretarlo y comprenderlo para luego poder narrarlo de forma exacta; concretando, lo que el vocablo "pasivo" así utilizado lo que quiere significar, es que el Notario debe abstenerse de adelantar juicios subjetivos acerca de lo percibido (44), en forma similar a como lo hace un juez que practica una inspección personal. (45)

El objeto de la mera percepción recogida en estas actas pueden ser *cosas*, *documentos* o *personas*.

2.2.1.1. Actas de mera percepción de cosas

En ellas el Notario narra su percepción de una o varias cosas para acreditar su existencia o inexistencia en un lugar determinado, determinar quien detenta su posesión, el estado en que la cosa se encuentra o las circunstancias en que es mantenida.

En este tipo de actas tiene especial relevancia la calidad de público o privado del lugar donde el Notario realizará la diligencia encomendada. Tratándose de un lugar público no necesitará comunicar su presencia, ni pedir autorización para actuar; pero si actuará en un sitio privado, el Notario tiene el deber de advertir previamente de su carácter de fedatario y del propósito de la diligencia a los dueños o a las personas encargadas de la vigilancia del lugar donde se requiera su actuar. Si estas personas no lo autorizan, no podrá realizar la gestión (46). Si los objetos que debe describir están guardados en una caja de seguridad o mueble cerrado, el Notario necesitará también el consentimiento del dueño o custodio para actuar. (47)

En la legislación nicaragüense podemos subsumir en este tipo el acta de protesta de mercaderías. (48)

---

(44) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* pp. 16-17.
(45) *Cfr.* artículos 2417 a 2419 del Código Civil.
(46) *Cfr.* artículo 26 de la Constitución; artículo 200 del Código Penal.
(47) CHINEA GUEVARA, J., "Teoría de las actas...", *cit.,* p. 17.
(48) *Cfr.* artículo 359 del Código de Comercio.

2.2.1.2. Actas de mera percepción de documentos

El Notario debe ser muy cuidadoso en este tipo de actas, pues por su puede producirse una invasión a la competencia funcional de otros funcionarios si se usa sobre los originales de documentos públicos de competencia ajena. Sin embargo, es perfectamente posible sobre las copias o testimonios de aquellos documentos.

Así, un Notario puede autenticar la fotocopia de la certificación de una sentencia (49), pero no puede librar certificación de los contenidos del Libro Copiador de Sentencias o del Libro de Votos, como descubrió a su costa una Notario que, a pedido del entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Róger Camilo ARGÜELLO, libró certificación de un Voto de la Sala de lo Constitucional, lo que permitió sustraer ilícitamente de una cuenta de la Corte Suprema la suma de US$ 609,000.00. (50)

Las actas de mera percepción de documentos sirven para acreditar –entre otras cosas– su posesión por persona determinada, el lugar en que se encuentra, el reconocimiento de la propia firma puesta con anterioridad en un documento o su mera existencia. El Notario debe observar en estos casos las mismas cautelas que en las actas de mera percepción de cosas.

Dentro de ellas tenemos, en nuestra legislación, el acta de otorgamiento de testamento cerrado (51), y el acta de dación de fecha cierta. (52)

Es conveniente indicar que en la práctica notarial nicaragüense es común confundir la protocolización de un documento a instancia de parte (53), con la dación de fecha cierta, y que se refiere al caso del documento privado al que, a solicitud de uno de los interesados que desea dar autenticidad a su fecha, el Notario da fe de que se le ha presentado el documento privado, el que no por ello se eleva a instrumento público, ya que comparece uno solo de los interesados, el Notario no responde de la autenticidad de la firma del otro, y no hay ninguna reno-

(49) Artículo 4 de la Ley Núm. 1690 de 26 de febrero de 1970 (*La Gaceta,* Núm. 124, de 5 de junio de 1970), reformado por el Decreto No. 1556 de 22 de diciembre de 1984 (*La Gaceta,* Núm. 8, de 10 de enero de 1985) y por la Ley Núm. 16 de 17 de junio de 1986 (*La Gaceta,* Núm. 130, de 23 de junio de 1986).

(50) *El Nuevo Diario,* de 30 de septiembre de 2005, No. 9026.

(51) *Cfr.* artículos 1055 y 1058 del Código Civil.

(52) *Cfr.* artículo 2387 del Código Civil.

(53) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado, artículo 1144 párrafo 2.º del Código de Procedimiento Civil.

vación de consentimiento contractual. Es decir que el documento que se presenta al Notario sigue siendo igual de privado que antes de su presentación (54), pues tan sólo se acredita fehacientemente su existencia en la fecha del acta (*"razón"*, le llama el artículo 2387 del Código Civil).

2.2.1.3. Actas de mera percepción de personas

En estas actas el Notario debe acreditar la identidad de una persona, lo que implica un juicio del Notario. Entre ellas tenemos el acta de existencia o de "fe de vida". Esta es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una "certificación negativa de defunción y afirmativa de presencia, expedida por autoridad competente y sobre todo utilizada para el cobro de haberes pasivos".

Acreditar que una persona está viva puede ser de interés no sólo para la persona misma, sino también para un tercero (como en el caso del contrato de renta vitalicia, en el que la obligación del deudor de la renta subsiste mientras viva el cabeza de la misma (55)).

El hecho de estar presente una persona en un determinado lugar y momento pueden también ser objeto de un acta de este tipo, pero el Notario debe recordar el deber de respeto a la honra y reputación, a la privacidad, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos constitucionalmente protegidos (56), en especial cuando la persona que es objeto de percepción y el requirente no son la misma.

También podemos encuadrar en este tipo de actas las de autenticación de las firmas colocadas en un documento privado en presencia del Notario. (57)

A este respecto, resulta interesante citar la Circular del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de octubre de 2007, en la que, entre otros despropósitos, se afirmo:

"Que los Notarios en el ejercicio de su profesión autentican firmas de particulares, atribución que es propia de este Supremo Tribunal, tal

(54) *Cfr.* artículo 1144, párrafo 1º, del Código de Procedimiento Civil.
(55) *Cfr.* artículos 3625 y 3641 del Código Civil.
(56) *Cfr.* artículos 26 y 46 de la Constitución.
(57) *Cfr.* artículo 5 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial, artículo 7 de la Ley de Prenda Comercial, artículo 65 de la Ley Electoral, artículo 23 inciso d) de la Ley General de Cooperativas y artículo 7 inciso i) del Reglamento de la Ley General de Cooperativas, entre otros.

como ya se dejó establecido; asimismo, el Art. 41 de la Ley del Notariado, no permite intervenir a los Notarios en la autorización de documentos privados, sino en los casos determinados por la ley, tales como la autenticación de fecha cierta de los documentos privados contenida en el arto. 2387 C. lo que significa que el Notario dará fe de la fecha del documento incorporándola a su protocolo y la autenticación de las firmas conforme a la Ley de Prenda Agraria e Industrial y la Ley de Prenda Comercial, tales actos deben de estar consignados en actas notariales, es decir que deben constar en el protocolo, pues el Notario pondrá razón en él, siguiendo el orden cronológico de los instrumentos que redacte, de la autenticación que hiciere, de la fecha en que se presenta el documento privado; expresando el nombre y apellidos de los que suscriben el documento, el objeto y el valor del contrato o de la deuda. El cartulario al hacer la autenticación, citará el folio del protocolo en que se pusiere la razón mencionada".

Aquí se deslizan diversos dislates.

Primero, es incorrecto afirmar que *"la autenticación de firmas de particulares es atribución que es propia de este Supremo Tribunal, tal como ya se dejó establecido"*. Lo que autentica la Corte Suprema de Justicia es la firma de notarios, jueces, Registradores de la Propiedad, etc., y no de particulares.

"Y por lo que respecta a la tesis que el indiciado sostiene en su defensa de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al autenticar la firma de un Ministro extranjero o de cualquier otro funcionario se atiene sólo al conocimiento de ella, sin consideración al hecho de haber sido puesta a su presencia; y de que la Corte Suprema de Justicia procede de igual manera, cabe decir: que es de todo punto inadmisible la analogía que el señor Notario Valladares N. cree encontrar entre el procedimiento seguido en aquellos casos y el que la ley prescribe a un Notario. Porque las autenticaciones operadas por funcionarios de aquella categoría son de firmas de empleados públicos, que es de obligación conocer, mientras que el Notario tiene la atribución de autorizar documentos privados extendidos por particulares, pero siempre dentro de los límites y con los procedimientos que la ley señala, pues de lo contrario cualquiera extralimitación o abuso traería consigo el peligro del engaño, ya que el público, por razón de Ministerio que el Notario ejerce está acostumbrado a dar toda fe a un acto autorizado con firma de Cartulario; y este peligro, precisamente, fuera de la represión por infracción de ley, es el que la Corte Suprema de Justicia

en virtud de sus atribuciones debe reprimir para mantener en toda su pureza el ejercicio de esa profesión: artículos 41 Ley del Notariado y 2387 C.". (58)

Segundo, con respecto de la llamada "*fecha cierta*" (59), tampoco es correcto decir que "*el Notario dará fe de la fecha del documento*" o que autoriza a éste, sino que el documento tendrá como fecha auténtica la de su incorporación al protocolo del Notario o al Registro correspondiente, como ya se explicó *ut supra*.

Tercero, con respecto a la autorización de documentos privados, en nuestra legislación existe al menos un caso en que la Ley permite que se autentiquen las firmas de los contratantes sin levantar acta ni incorporarla al protocolo: el del artículo 122 de la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, que dispone que la cesión del crédito hipotecario o prendario celebrada entre instituciones financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos, se hará mediante endoso escrito a continuación del testimonio de la escritura respectiva o del contrato privado y deberá contener la identificación plena de las partes, la fecha en que se haya extendido, y las firmas del endosante y del endosatario, autenticándose la firma del endosante y del endosatario con solo un "*ante mí*", el sello y la indicación del quinquenio del Notario.

Además, la propia Ley del Notariado autoriza la protocolización de toda clase de actos y contratos (60). Esto incluye la protocolización de escrituras privadas, si media el consentimiento de las partes (61) o reconocimiento judicial. (62)

2.2.2. Acta de manifestaciones (o de referencias)

Es la que, redactada por el Notario y previo los apercibimientos de ley, recoge las declaraciones de quienes en ellas intervengan, usando en lo posible sus mismas palabras. (63)

---

(58) Sentencia de las 10:00 a.m. de 15 de mayo de 1914, Considerando II, p. 411 del Boletín Judicial.
(59) *Cfr.* artículo 2387 del Código Civil.
(60) *Cfr.* artículos 61 a 66 de la Ley del Notariado.
(61) *Cfr.* artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.
(62) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado.
(63) *Cfr.* artículo 208 del Reglamento Notarial español.

En nuestro medio se acostumbra a denominarla *"declaración jurada"*, *"declaración notarial"* o *"declaración ante Notario"*, lo que ha dado origen a un sinnúmero de discusiones bizantinas acerca de si es correcto llamarla *"jurada"*, o si el Notario está facultado para tomar promesa al declarante o apercibirlo de las consecuencias civiles o penales de declarar falsamente.

Así, en la ya mencionada Circular de 8 de octubre de 2007, el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial externó que *"... los Notarios están autorizando en escrituras públicas declaraciones juradas advirtiendo a los comparecientes decir la verdad "bajo promesa de ley", competencia que es propia de las autoridades judiciales, en consecuencia, al Notario le es prohibido dar certificación sobre hechos que presencia"*.

Ahora bien, decir que *"al Notario le es prohibido dar certificación sobre hechos que presencie"*, es un absurdo, porque esto es precisamente lo que constituye la esencia de la actuación del Notario cuando redacta cualquier acta notarial, y ya vimos que el Notario nicaragüense tiene amplia competencia para intervenir en todo tipo de actos, actas, contratos, negocios, etc. (64), y los particulares, por su parte, gozan de la amplia esfera de libertad que dan el artículo 32 de la Constitución y el artículo 2437 del Código Civil.

Lo que el artículo 41 de la Ley del Notariado prohíbe al Notario es que dé certificación de hechos que presencie *y en los que no intervenga por razón de su oficio*, es decir, lo que no deben hacer los notarios es actuar oficiosamente, pues en general debe hacerlo siempre *a ruego de parte interesada*, como ya se dejó sentado *ut supra*.

En consecuencia es perfectamente legítimo que una persona acuda ante un Notario a hacer una declaración y que el Notario la haga constar en un acta, si esa declaración es lícita.

La intervención del Notario, y la circunstancia de que éste exprese que advirtió al compareciente decir verdad *"bajo promesa de ley"*, o de que le advirtió sobre las penas que sancionan el falso testimonio o las declaraciones infieles sobre hechos propios (65) no le da ni le quita a la declaración su valor intrínseco, que es el de ser una mera manifestación privada del deponente y no una declaración testifical, y sujeta por consiguiente a ser contradicha por cualquier persona a la que se trate de oponer, y que ni siquiera tiene el carácter de presunción sim-

(64) *Cfr.* artículo 3 párrafo 1º de la Ley del Notariado.
(65) *Cfr.* artículos 475 y 474 del Código Penal.

plemente legal de que gozan las informaciones para perpetua memoria. (66)

Y tampoco es exacto sostener que sea privativo de los funcionarios judiciales tomar promesa de ley, pues existen casos en que la toman otros funcionarios (en la toma de posesión ciertos de cargos públicos, por ejemplo) e incluso los propios notarios (en actuaciones matrimoniales, en la llamada "*identificación notarial*" (67), en las particiones de herencia, en las traducciones notariales, etc.).

Además, son varios los casos en los que el Derecho nicaragüense expresamente exige la "*declaración jurada*" como requisito dentro de diversos trámites, y entre ellos que podemos citar:

— El artículo 36 literal b) de la Ley de Migración dispone que el extranjero que solicita ser admitido en la sub-categoría migratoria de estudiante debe presentar una "*declaración, ante Notario Público, que asume la obligación de presentar ante la Dirección de Migración y Extranjería la constancia oficial de que fue inscrito y aceptado por el centro de enseñanza en el que cursará sus estudios, bajo apercibimiento de cancelarse su permanencia en el país. Esta declaración la presentará oportunamente*".

— El artículo 10 numeral 6 del Reglamento de la Ley de Servicio Exterior establece como uno de los requisitos para participar en el Concurso Público de Ingreso al Servicio Exterior, adjuntar una "*Declaración Jurada ante Notario Público de no haber sido condenado por sentencia privativa de libertad, ni haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualesquiera otras ramas de la Administración Pública, ni hallarse inhabilitado para el desempeño de funciones públicas*".

— El artículo 21 de la Ley General de Cámaras de Comercio, por su lado, establece que "*los agricultores para cumplir con el Art. 18, acompañarán una declaración jurada, conteniendo los siguientes datos: Nombre y apellido completo, nacionalidad, domicilio; tiempo de residencia en el municipio; clase de cultivo a que se dedican sus esfuerzos, cantidad de animales de asta y casco que posee; cabida en manzanas de su propiedad;*

(66) *Cfr.* artículos 754 a 759 del Código de Procedimiento Civil.

(67) *Cfr.* artículo 3 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado.

árboles de café que tienen en cosecha, y los que todavía no fructifican; cantidad de café, maíz y otros productos que coseche regularmente; nombre con que es conocida su propiedad, si está libre o gravada y en cuánto; valor en que estima su propiedad".

— La Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados, en su artículo 34 exige que "*en los casos en que se trate de la destrucción de un arma de fuego, su propietario debe de informar del hecho y la circunstancial en que se produjo éste, el informe se hará mediante una declaración jurada y juramento de ley ante la autoridad que concedió el permiso. En caso de destrucción el interesado debe de presentar los restos del arma de fuego y la respectiva licencia para su cancelación*", y en el artículo 152 párrafo 2.º otorgó un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia esa misma Ley, a toda las persona que poseyera armas de uso civil sin licencia de portación para que procediera a solicitarla, y de faltar la factura o el instrumento público de compraventa, podía acreditarse la propiedad del arma mediante una declaración jurada, explicando las razones por las que carecía de la documentación solicitada.

Es cierto que en algunos casos la "declaración jurada" se realiza ante una autoridad administrativa (caso de la Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados), pero en otros la ley exige expresamente que ella se autorice por Notario Público.

2.3. Actas notariales "activas"

2.3.1. Actas de hechos propios del Notario

2.3.1.1. Acta de traducción

El acta de traducción está regulada por los artículos 1132 del Código de Procedimiento Civil, 33 de la Ley del Notariado y 5 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, aunque este último la denomina "*escritura pública*".

En relación con este tipo de acta, considero necesario traer a colación la Circular de 8 de octubre de 2007, arriba citada, en la que el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial externó el criterio siguiente: "*Que toda actuación notarial para efectos de ser autenticada debe constar en*

el idioma castellano, tal como lo establece el Art. 33 Pr., y en conformidad al inciso 2do del Art. 38, párrafo VIII del Título Preliminar del Código Civil, y en caso de que el documento esté en otro idioma deberá ser traducido mediante trámite judicial o por un Notario que tenga más de diez años en el ejercicio de dicha profesión tal como lo estatuye la Ley Número 139, Ley que da mayor utilidad a la Institución del Notariado o acompañarse la traducción del mismo conforme el arto. 1132 Pr."

Ahora bien, no es cierto que sea *"para efectos de ser autenticada"* que los instrumentos públicos deben constar en idioma castellano, sino que no tiene valor legal un instrumento público otorgado por un Notario nicaragüense y que no esté extendido en el idioma oficial. (68)

Tampoco es cierto que todo documento extendido en idioma distinto del castellano *deba* ser traducido mediante el trámite judicial de que hablan los artículos 188 y 1132 del Código de Procedimiento Civil, o por el procedimiento notarial establecido en el artículo 5 *in principi* de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución Del Notariado.

Como claramente expresa el artículo 1132 del Código de Procedimiento Civil, la traducción <u>*puede*</u> ser hecha privadamente por el interesado, y que sólo en caso de ser impugnada su fidelidad por la contraparte se procederá necesariamente a su traducción por intérprete nombrado por el juez.

El artículo 5 de la Ley Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, por su parte, dispone que la traducción a que se refiere el artículo 1132 del Código de Procedimiento Civil <u>*podrá*</u> hacerse en "*escritura pública*" (en realidad, en acta notarial) por un intérprete nombrado por el Notario autorizante.

Es evidente que el citado artículo 5 se refiere a la traducción *judicial* y no a la *privada*; es decir, que la facultad conferida a los notarios con más de diez años de ejercicio no puede ser otra que la de *autorizar una traducción con la misma fuerza de la realizada judicialmente*; y que los particulares conservan su potestad de hacer sus traducciones de la manera que mejor les convenga (en instrumento privado o público), las que en caso de ser presentadas en juicio estarán sujetas a impugnación, como se ha dicho.

Además, es también evidente que por mandato del artículo 33 *in fine* de la Ley del Notariado ("... *No podrán agregarse al protocolo documentos extendidos en idioma extranjero, sino acompañados de la debida*

(68) *Cfr.* artículo 11 de la Constitución; artículo 33 in principi de la Ley del Notariado; artículo XXXVIII del Título Preliminar del Código Civil.

traducción al castellano, la cual será autorizada por el Notario y el traductor oficial, o el llamado por el mismo Notario, en un solo contexto, sin mezclarse en él actos extraños"), todo Notario no sólo *puede* sino que *debe*, traducir él mismo o hacer traducir todo documento extendido en idioma distinto del castellano y que vaya a agregarse al protocolo, sin que esté limitado por el artículo 8 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado ("*Las facultades conferidas al Notario mediante la presente Ley solamente podrán ser utilizadas por aquellos notarios que hubieren cumplido por lo menos diez años de haberse incorporado como Abogado o Notario en la Corte Suprema de Justicia*").

2.3.1.2. Acta de protocolización

Las actas de protocolización son las específicamente dirigidas a plasmar el hecho por el que el Notario incorpora un documento al protocolo.

Se destaca esta especificidad porque también en una escritura pública o en un acta notarial de distinta naturaleza habitualmente se incorporan al protocolo diversos documentos (por ejemplo, el testimonio de un poder, la certificación de un acta de toma de posesión de cargo público, la certificación de un acta de una junta directiva, etc.).

Se regulan en los artículos 61 a 66 de la Ley del Notariado y el artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil, y se dispone que "*la protocolización se hace agregando al Registro, en la fecha que le fueren presentados al Notario, los documentos y diligencias mandados a protocolizar. El Notario pondrá al fin de dichos documentos una razón firmada en la que conste el lugar, hora, día, mes y año en que se protocolizan, el número de hojas que contienen; y el lugar que, según la foliación, ocupan en el protocolo, designando los números que corresponden a la primera y última hoja*". (69)

Esta disposición parece sugerir que el documento a protocolizar se agrega físicamente al protocolo (70), lo que no se compadece con el sistema de instrumentos "encadenados" o sucesivos que establecen los numerales 1.º y 3.º del artículo 21 de la Ley del Notariado, a diferencia de otros sistemas (como el cubano) en que cada instrumento del protocolo es físicamente independiente del que le antecede; sin embargo,

(69) Artículo 62 de la Ley del Notariado.

(70) "Registro" le llama el artículo 62 de la Ley del Notariado, y en los artículos 15 numerales 1.º y 4.º, y 17 de la misma Ley este vocablo se usa como sinónimo de "protocolo".

la Corte Suprema ha opinado que la protocolización puede hacerse transcribiendo las diligencias o documentos en el protocolo, y custodiando los originales en el libro de anexos, lo que resulta más práctico y conveniente:

"... el Notario, al hacer protocolización... Puede hacer en él, siguiendo el orden cronológico de las escrituras, trascripción íntegra de las diligencias mandadas a protocolizar, procedimiento este que es preferible, por la garantía que presta a las partes y al público, observándose siempre las solemnidades legales. Es entendido que las diligencias originales serán siempre agregadas por el Notario al legajo de comprobantes". (71)

A partir de su incorporación al protocolo, el documento o diligencia protocolizados circulará en el tráfico únicamente como testimonio. (72)

El artículo 63 de la Ley del Notariado contempla la posibilidad de protocolizar documentos privados, advirtiendo que para ello se requiere autorización judicial (cuando existe contención de partes (73) o consentimiento de los interesados, y en este último caso *"el Notario levantará una acta en que exprese el nombre del que la solicita y demás requisitos de que habla el artículo anterior"*.

— Acta de protocolización de testamento cerrado. (74)

— Acta de protocolización de testamento abierto extra-notarial. (75)

— Acta de protocolización de testamento oral. (76)

— Acta de protocolización de testamentos privilegiados o especiales. (77)

---

(71) Consulta de 26 de agosto de 1915, *Boletín Judicial,* p. 956.

(72) *Cfr.* artículo 64 de la Ley del Notariado.

(73) Artículo 66 de la Ley del Notariado; artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.

(74) *Cfr.* artículo 1065 del Código Civil; artículo 667 del Código de Procedimiento Civil.

(75) *Cfr.* artículos 1041 y 1042 *in principi* del Código Civil; artículo 654 del Código de Procedimiento Civil.

(76) *Cfr.* artículo 1041 y 1042 *in fine* del Código Civil; artículo 648 del Código de Procedimiento Civil.

(77) *Cfr.* artículos 668 y 669 del Código de Procedimiento Civil.

— Acta de protocolización de un documento público extranjero, previa su autenticación o legalización. En algunas legislaciones, el documento público extranjero no puede usarse directamente en el tráfico jurídico, sino que debe incorporarse a un protocolo, y lo que circula es el testimonio librado por el Notario que lo protocolizó.

— Acta de protocolización de un documento privado, solicitada por los otorgantes. (78)

— Acta de protocolización de documentos auténticos de toda clase.

2.3.1.3. Acta de depósito

Es un acta *sui generis*, porque en ella el Notario no se limita a consignar un hecho, sino que además contiene un aparente negocio jurídico: el depósito de objetos, valores, documentos y/o cantidades que los particulares hacen al Notario, sea como prenda de garantía de sus contratos, sea para su custodia.

En realidad, el acta de depósito no contiene un negocio jurídico (si así fuera, el Notario estaría inhibido de autorizarlo por sí mismo (79)), sino que se trata de un acto funcionarial, relacionado a la facultad que tiene el Notario para aceptar voluntariamente la custodia de documentos, títulos-valores, dinero, objetos, etc., sea como garantía de un contrato, sea para su mera custodia.

Aunque en el Derecho nicaragüense no está regulada con carácter general (lo está para la custodia del testamento cerrado (80)), creo que debe aceptarse, por ser congruente con las facultades del Notario, y no existir prohibición al respecto.

Lógicamente, el Notario debe rechazar el depósito si con él se pretende cualquier actividad ilícita, lo que constituye una manifestación del deber que tiene el Notario de ajustar su actuación al Derecho.

Resultará inadmisible el depósito presentado en sobre cerrado, porque el Notario tiene no sólo el derecho sino el deber de saber lo que se deposita, para denegar el depósito ilegal (81); es por esto que el artículo

(78) *Cfr.* artículo 63 de la Ley del Notariado; artículo 1144 del Código de Procedimiento Civil.

(79) *Cfr.* artículo 2372 del Código Civil; artículo 43 inciso 4.º de la Ley del Notariado.

(80) *Cfr.* artículo 1059 del Código Civil.

(81) Rodríguez Adrados, A., "Cuestiones de técnica notarial...", *cit.*, *p.* 137.

217 del Reglamento Notarial español no habla de "*sobre*" como objeto del depósito, sino de "*documentos*" y lo que si prevé es que determinados objetos, como el metálico, se entreguen al Notario, cerrándolo y sellándolo en un sobre a su presencia, es decir que el Notario comprueba el contenido y después se cierra en un sobre lo depositado. De estas consideraciones, por supuesto, quedaría excluido el depósito de custodia de un testamento cerrado.

En cuanto a la devolución del depósito, habrá que distinguir: si es de mera custodia o hecho en interés exclusivo del depositante, éste o sus causahabientes podrán retirarlo en cualquier momento; pero si el depósito se ha constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el Notario no debe restituirlo mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de lo estipulado. (82)

2.3.1.4. Acta de notificación

Notificar, dice Escriche en su Diccionario Razonado, es "el acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda o intima, o para que le corra término".

Aplicado a las notificaciones notariales, es el acto de poner en conocimiento de alguien un hecho o acto, sea para perfeccionar un contrato, o porque la ley exige que en forma fehaciente se haga saber alguna circunstancia (83). En el Derecho nicaragüense encontramos las siguientes:

— El acta de notificación aceptación de una donación. (84)

— El acta de notificación de cesación de comunidad de pastos. (85)

— El acta de notificación de existencia de títulos ejecutivos contra el difunto. (86)

---

(82) *Cfr.* artículo 218 del Reglamento Notarial español.

(83) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 356.

(84) Artículo 2278 del Código Civil.

(85) Artículo 1707 del Código Civil.

(86) Artículo 1462 del Código Civil; artículo 1691 del Código de Procedimiento Civil.

— El acta de notificación al deudor de la cesión de un crédito. (87)

2.3.2.1.5. Actas de requerimiento

El requerimiento, expresan SALAS MARRERO y VALLE HERNÁNDEZ, es el vehículo por el que una persona exterioriza su deseo de hacer valer un derecho contra otra (88), y citan a SANAHUJA Y SOLER, que acota que "se dirige al cumplimiento de una obligación, correlativa al derecho de pretensión".

Aunque en general cualquier obligado puede ser sujeto de requerimiento por este medio, la legislación nacional nos ofrece casos específicos de este tipo de acta:

— El acta de consignación de especies o dinero para ser ofrecidos al acreedor. (89)

— El acta de de protesto de un título-valor. (90)

— El acta de desahucio por la que se pone fin al arriendo sin plazo o al comodato precario, y se exige la restitución de la cosa arrendada o comodatada. (91)

— En los juicios ejecutivos promovidos por los bancos, la diligencia de requerimiento de pago puede ser realizada por un Notario, siempre que sea expresamente designado en el escrito de demanda. (92)

— En los préstamos mercantiles por tiempo indeterminado, la interpelación previa al deudor para el pago de la obligación. (93)

(87) Artículos 2720 y 2721 del Código Civil.
(88) SALAS MARRERO, O. y R. Hernández Valle, *op. cit.*, p. 259.
(89) Artículos 2055, 2056, 2058 y 2059 del Código Civil.
(90) Artículos 141, 258 y 263 de la Ley General de Títulos-Valores; artículo 232 del Código Penal.
(91) Artículos 2958, 2959, 2960 y 3446 del Código Civil; artículo 1429 del Código de Procedimiento Civil.
(92) Artículo 59 numeral 14 de la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros.
(93) Artículo 489 del Código de Comercio.

2.3.2. Actas de calificaciones jurídicas

En ellas se tiene como contenido esencial un juicio emitido por el Notario acerca de un determinado hecho o circunstancia de relevancia jurídica. Dentro de ellas puede encuadrarse el acta de notoriedad.

2.3.2.1. Actas de notoriedad

De acuerdo con el Reglamento Notarial español, las actas de notoriedad "*son aquellas que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos, y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica*".

Sobre la última parte de esta definición reglamentaria, RODRÍGUEZ ADRADOS manifiesta que no es función notarial declarar derechos, por muy evidentes que resulten de la aplicación directa de las normas legales a los hechos (94), y el mismo autor recuerda que lo declarado es la notoriedad del hecho, de lo que se derivará lógicamente la aplicación de la norma jurídica (95), criterio compartido por CÁMARA ÁLVAREZ, que lo califica de "*postizo*" a la función notarial. (96)

ESCOBAR DE RIBA define las actas de notoriedad como "aquellos instrumentos públicos mediante los cuales, y bajo dicha forma, el Notario, previo un juicio de valoración o estimación de pruebas, declara acreditado por notoriedad la existencia de un hecho". (97)

CÁMARA ÁLVAREZ disiente de este criterio, señalando que el objeto del acta de notoriedad no es acreditar la *existencia* del hecho notorio, sino comprobar la *notoriedad* del hecho (98); y en el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ADRADOS al definirlas como "*aquéllas que tienen por contenido la narración por el Notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho*". (99)

---

(94) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El Notario latino y su función", en *Revista de Derecho Notarial,* Núm. LXXXVI, abril-junio 1972, p. 91.

(95) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Cuestiones de técnica notarial...", *cit.,* pp. 157-158.

(96) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino en Madrid, 1950, Junta de Decanos, Madrid, 1975, volumen I de las ponencias presentadas por el Notariado español–Congresos Internacionales, p. 91.

(97) Citado por SALAS MARRERO, O. y R. VALLE HERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 261.

(98) CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *op. cit.,* p. 443.

(99) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El Notario latino...", *cit.,* p. 91.

Con esto quiere decirse que el juicio del Notario no recae sobre la existencia del propio hecho, sino sobre la circunstancia de que un hecho es tenido por cierto por la mayoría de las personas que tienen relaciones habituales con ese hecho, porque la notoriedad no la acredita el Notario respecto a la sociedad en general sino respecto a ese círculo habitual; y en ese mismo orden de ideas, RODRÍGUEZ ADRADOS sostiene que el acta de notoriedad parte de que un hecho es notorio dentro de un círculo de personas. (100)

De lo dicho se desprende que el acta "de notoriedad" no se realiza para dotar de notoriedad al hecho, sino para lograr que esa notoriedad pueda surtir sus efectos fuera del limitado círculo de personas que lo reconocen como tal.

En cuanto al valor probatorio del acta de notoriedad es claro que los hechos presenciados directamente por el Notario están cobijados por la fe pública notarial. Sin embargo, en lo que es propio del contenido del acta de notoriedad debe distinguirse dos situaciones:

a) Cuando es el legislador quien designa al acta de notoriedad como medio adecuado para ciertos efectos habrá que estarse a lo dispuesto expresamente en la ley.

b) En los demás supuestos, se tratará de un juicio del Notario, no sobre la existencia de un hecho, sino sobre su *notoriedad*, juicio que podrá siempre destruirse mediante la producción de prueba en contrario.

Como adelantamos, el único caso de acta de notoriedad que he encontrado en la legislación nicaragüense se encuentra en el artículo 3 de la Ley Que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado, el cual dispone que "*La persona que hubiere usado constante y públicamente un nombre propio distinto del que aparece en su partida de nacimiento, o usare nombre incompleto, podrá pedir ante un Notario, su identificación. El Notario levantará acta notarial en su protocolo, recibiendo la declaración del interesado y la prueba de dos testigos idóneos, insertando íntegramente la partida. El testimonio será presentado ante el Registro del Estado Civil, quien hará la anotación correspondiente al margen de la partida*".

(100) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., Cuestiones de técnica notarial..., *cit.*, p. 166.

2.3.3. Actas de control y percepción

En estas actas el Notario no se limita a percibir lo ocurrido, sino que además desarrolla una actividad de control jurídico, "*porque el objeto de la percepción es el resultado de un procedimiento cuya pertinencia es de apreciación notarial. El Notario... controlará –desde su imparcialidad– la observancia de la legalidad en la obtención del resultado que percibe*" (101), refiriéndose con esto al deber del Notario de constatar que en la realización del evento de que se trate, se observen los requisitos y trámites ordenados en las bases, ofertas, pacto social o ley aplicables al evento en cuestión, y que todos los participantes han tenido igual oportunidad de hacer valer sus derechos en cuento al mismo.

Chinea Guevara señala como ejemplos de estas actas las de sorteo, de muestreo, de publicidad comercial, de determinación del saldo, de juntas de accionistas o directores, de subasta, entre otras. (102)

Una característica de las actas de control y percepción es el grado de detalle descriptivo que se exige tanto en la rogación como en la redacción del cuerpo del acta.

2.4. Valor probatorio de las actas notariales

El valor de las actas notariales como prueba producida extrajudicialmente es disímil. En su calidad de instrumentos públicos constituyen medios probatorios admisibles, a los que no se les puede desconocer valor, pero éste deberá ser apreciado por los órganos jurisdiccionales tomando en consideración las circunstancias de cada caso.

En cualquier caso, me parece que claro que, al igual que sucede con las escrituras públicas, todas aquellas circunstancias que el Notario hace constar *de visu et auditu*, o que han sido realizadas personalmente por el Notario, están cubiertas plenamente por la fe pública notarial, de modo que deberán ser tenidas por verdaderas mientras no se redarguya su falsedad mediante la correspondiente querella. Pero otras circunstancias recogidas por el Notario *de credulitate*, por provenir de quienes están interesados en producir prueba a su favor, o por no haber el Notario podido comprobar por sí mismo su realidad, pueden ser atacadas por la producción de simple prueba en contrario.

---

(101) Chinea Guevara, J., "La fe pública en el ámbito mercantil", en *Derecho Notarial,* tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008, p. 22.

(102) *Idem,* p. 22.

Así, la manifestación del Notario de haberse constituido en un determinado lugar, hora y fecha para practicar un protesto, y el hecho mismo, está cubierta por la fe pública, pero no lo estará la manifestación de haberlo practicado con una persona determinada, si el Notario no la conoce personalmente ni ha podido constatar su identidad por los medios legales.

3. Conclusiones

Creo posible concluir que, en materia de actas notariales, la legislación nicaragüense adolece de una regulación general que unifique el tratamiento formal de las distintas y muy diversas manifestaciones de este tipo instrumental y de su valor o eficacia probatoria en los distintos supuestos, lo que conlleva a una falta de seguridad en los notarios en cuanto la manera de llevar adelante las diligencias encomendadas por los interesados, y en los tribunales y órganos administrativos acerca del valor o eficacia de estos instrumentos.

Sería conveniente que una futura reforma de la legislación notarial se deslindara conceptual y formalmente a las escrituras públicas de las actas y otras actuaciones y documentos notariales, dando a aquellas la individualidad que necesitan.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*. Collectio Fide, dirigida por Luis Roca-Sastre Muncunill, Ediciones Nauta, Barcelona, 1962.

Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", y "La fe pública en el ámbito mercantil", *en Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), La Habana, Félix Varela, 2008.

Cámara Álvarez, Manuel de la, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español", ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino en Madrid, 1950, Junta de Decanos, Madrid, 1975, volumen I de las ponencias presentadas por el Notariado español–Congresos Internacionales.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1978.

Giménez-Arnau, Enrique, *Instituciones de Derecho Notarial*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954.

GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio Jurídico y Documento*. Conferencia leída en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, al 3 de junio de 1950, Gráfica Sucesores Vives Mora, Valencia, 1951.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", tomo I, en *Estudios de Derecho Notarial,* Instituto de España, Madrid, 1986.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7.ª edición, Porrúa, México, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El Notario latino y su función", en *Revista de Derecho Notarial*, Núm. LXXXVI, abril-junio 1972.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, III Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca, publicada en *Escritos Jurídicos*, volumen IV, Colegios Notariales de España, 1996.

SALAS MARRERO, Oscar y Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Apuntes de Derecho Notarial*, tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970 (documento mimeografiado).

II. Fuentes legales

Circular del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de octubre de 2007.

Código Civil de la República de Nicaragua.

Código de Comercio de la República de Nicaragua.

Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

Código Notarial de la República Costa Rica.

Código Notarial de la República de Honduras.

Código Penal de la República de Nicaragua.

Constitución Polìtica de la República de Nicaragua.

Ley de Migración.

Ley del Notariado.

Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados.

Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros.

Ley General de Cámaras de Comercio.

Ley General de Títulos-Valores.

Ley Núm. 1690 de 26 de febrero de 1970, La Gaceta, Núm. 124, de 5 de junio de 1970.

Ley Orgánica de Tribunal de 1894.

Ley Que Da Mayor Utilidad A La Institución del Notariado.

Reglamento de la Ley de Servicio Exterior.

Reglamento Notarial de España.

LOS ELEMENTOS COMUNES EN LOS EDIFICIOS MULTIFAMILIARES EN CUBA

MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
Profesora. Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana
Notaria

SUMARIO: Declaración de Principios. **1.** La estructura de la relación jurídica nacida de la Propiedad Horizontal. Sujetos. Causa. Forma. Objeto. **1.1.** Especial referencia a los garajes y azoteas. **2.** El registro de la propiedad inmobiliaria y la inscripción de la propiedad horizontal en Cuba. **2.1.** El Registro Inmobiliario y la Propiedad Horizontal. Generalidades. **2.1.1.** Sistema más común de inscripción de la Propiedad Horizontal. **2.1.1.1.** La finca matriz. **2.1.1.2.** Las fincas filiales. Importancia de la Propiedad Horizontal. Bibliografía. Legislación.

Resumen: Una de las más agudas polémicas en relación con este tema se refiere a la verdadera naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal en Cuba. Es discutible si en Cuba es necesario el título constitutivo en la Propiedad Horizontal *de facto,* o mediante cuál instrumento jurídico esta debe acceder al Registro de la Propiedad Inmobiliaria? Se precisa además dilucidar las cuestiones polémicas en la doctrina y en el análisis de la legislación vigente en cuanto a la determinación de los derechos que ostentan los titulares sobre los elementos comunes y sus diferencias con los elementos privativos del régimen, para un ejercicio valido. El tema es importante e imprescindible tanto para juristas como para arquitectos en el ejercicio para lograr un desarrollo urbano sostenible.

Declaración de Principios

— La propiedad horizontal es una conjugación de dos elementos: los elementos comunes y los elementos privativos.

— Los edificios multifamiliares es la denominación legislativa que adopta la propiedad horizontal en Cuba.

— La ley Decreto 407/ 52 Ley de Propiedad Horizontal esta derogada en parte y el régimen especial vigente para la regulación de estos derechos es la Resolución 4 de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda.

1. La estructura de la relación jurídica nacida de la Propiedad Horizontal

La Propiedad Horizontal es un derecho y como derecho subjetivo tiene una estructura propia. (1)

Uno de los elementos de la estructura del derecho de propiedad horizontal es **el sujeto.** No existe mayor dificultad en aceptar que puede ser sujeto de propiedad horizontal tanto la persona natural como la persona jurídica colectiva (2). Ambas pueden ser perfectamente titulares de un piso o de un apartamento o pueden ser los que hayan construido el inmueble que se adscribió al régimen de Propiedad Horizontal.

Aquí no tenemos que hablar de sujeto pasivo o activo, pues baste recordar las tan claras diferencias entre los derechos reales y de crédito, para precisar que en la Propiedad Horizontal, sucede lo mismo que en la propiedad como derecho subjetivo por antonomasia; es decir, si se quiere buscar el otro sujeto de la relación jurídica lo encontramos en el resto de la sociedad que tiene el deber de abstenerse de perturbar el derecho de propiedad del titular. La relación no se establece entre el sujeto y la cosa. Así se considera que la sociedad es un sujeto pasivo indeterminado que, en un supuesto dado se concreta en la persona per-

(1) Valdés Díaz, Caridad del C. *Derecho Civil. Parte General,* Editorial Felix Varela, La Habana, 2002, pp. 98 y 99.

(2) En Cuba, la Ley–Decreto 407/52 concibió como sujeto a los titulares dominicos, pudiendo ser personas naturales o jurídicas; sin embargo tanto en la Resolución 39/ 87 INV, como en la 4/91 INV, se conciben como sujetos de este derecho a los propietarios y arrendatarios, los cuales pueden ser también personas naturales o jurídicas colectivas.

turbadora. Por ello, no puede considerarse como sujeto pasivo en sede de Propiedad Horizontal al resto de los titulares de los pisos o apartamentos del inmueble ni mucho menos a ninguno de los órganos de la Propiedad Horizontal, a menos que ellos hayan sido los perturbadores del disfrute pacifico de la propiedad.

Teniendo como base la preceptiva del Código civil cubano y su normativa sobre la relación jurídica, **la causa** que generaría la relación jurídica de Propiedad Horizontal, sin dudas, sería un acto jurídico. Sin embargo, la teoría más generalizada acerca de la relación jurídica incluye dentro de sus elementos, los referidos a los derechos y a los deberes de los sujetos, lo que se relaciona con el contenido del derecho. (3)

El elemento **formal** también ha sido muy discutido en esta materia y ha generado variadas y disímiles consideraciones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales referidas, sobre todo, a la necesidad del mismo para la efectiva validez en el nacimiento o constitución de la Propiedad Horizontal.

Otro de los elemento del derecho subjetivo lo constituye **el objeto**, siendo en esta materia su determinación adecuada lo más conflictual. El objeto es aquella materia sobre la que recaen los derechos y deberes de los sujetos de la relación jurídica. El objeto de la Propiedad Horizontal es, sin lugar a dudas, un inmueble edificado que constructivamente tenga determinadas características.

En primer lugar hay que determinar qué significa para este régimen inmueble edificado.

La Ley General de la Vivienda, Ley 65 de 1989 regula en su artículo 6 c) que se consideraran *"Edificios multifamiliar: toda edificación de varios pisos, en que existan viviendas independientes, que ocupan cada una de ellas todo o parte de un piso, o las que contando con un solo piso con varias viviendas, tengan elementos comunes y de servicios"*

Por su parte según lo previsto en las Regulaciones Urbanas del Vedado (marzo de 2004), se considera, en ocasiones contradictoriamente lo que sigue:

"Edificios multifamiliares.– Edificaciones de 3 a 4–5 plantas de forma cuadrangular y también rectangular según su adecuación máxima a la parcela. Se asocian en conjuntos de parcelas de dimensión y forma simi-

(3) Los derechos y deberes de los titulares en los regímenes de la Propiedad Horizontal se abordaran a lo largo de la investigación.

lar colindantes, quizás conteniendo una esquina. Tienen ocupación máxima de la parcela y a veces hasta la infringen sin respetar las condicionales urbanísticas. El portal es cerrado con vidrio o poseen simplemente medio portal interior o vestíbulo de acceso, ofreciendo hacia la calle casi una fachada continua".

"Vivienda multifamiliar: Conjunto de viviendas con equipamiento completo, que comparten la planta o nivel de un edificio único, generalmente de tres o más niveles. A partir del espacio público, se presenta un acceso común con escaleras y elevadores que conecta con pasillos de comunicación repetidos en cada nivel, también de uso compartido".

"Vivienda unifamiliar: Vivienda en inmueble diseñado para ser ocupado por una familia única, con equipamiento completo y acceso directo e independiente de la calle. Generalmente ocupa un nivel completo de la parcela, y en ocasiones alcanza dos o tres niveles con dos o tres viviendas o no. Se consideran también viviendas unifamiliares, aquéllas adosadas o pareadas –casas gemelas– que integran un inmueble único, siempre que cumplan la primera condición citada".

"Cuartería: Inmueble de tipo doméstico multifamiliar, formado por una serie de habitaciones dispuestas perimetralmente alrededor de un patio común, y donde los servicios sanitarios, lavaderos y áreas de cocina eran compartidos en su concepción original. Posteriormente pequeños apartamentos interiores con servicios auxiliares propios".

"Cuarto o habitación: En una vivienda unifamiliar o en un apartamento, el local originalmente destinado a dormitorio. En ciudadelas y cuarterías, el local utilizado como vivienda".

"Edificio alto-bajo: Se considera edificio alto al que posee más de cinco plantas con más de 15,00 metros y bajo hasta cinco plantas equivalentes a 15,00 metros".

De las definiciones legales se constatan ambigüedades que provocan imprecisiones a la hora de la determinación del régimen a aplicar, a saber:

1. ¿Cuántos pisos se requieren para considerar una edificación, edificio multifamiliar? En mi criterio, el tema de la cantidad de pisos no es importante lo importante es que existan elementos comunes.

2. ¿Es importante que sea ocupada o posean títulos formales independientes cada piso o apartamento para que sea considerado multifamiliar, aunque los que habiten sean familia? Si no existen

títulos formales independientes y existe un solo propietario aunque sean "6" pisos, no es una propiedad horizontal, es una vivienda independiente. La pluralidad de propietarios es un elemento esencial para la adscripción al régimen de propiedad horizontal.

En segundo lugar, en relación con el objeto, por su especialidad en la Propiedad Horizontal, por converger un haz de relaciones jurídicas, sobre un inmueble dividido o no en planos horizontales (4) se pueden distinguir diversos elementos en el objeto: los privativos y los comunes (5).

El elemento privativo (6) lo constituye el piso o local sobre el cual el titular o los titulares se reservan la propiedad exclusiva, según la superficie que le asigne el título de adquisición del apartamento y el

---

(4) Ténganse en cuenta que las llamadas modernamente Urbanizaciones, son consideradas como una figura atípica de la Propiedad Horizontal, más horizontal que las mismas según Fernández Martín-Granizo, M.; en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador); *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999. pp.148 y 149 "suponen una mayor o menor extensión de terreno que se vende o adjudica por parcelas a terceras personas o a los asociados o cooperativas, para construir torres, chalets, quintas, etc., quedando una parte de la superficie destinada a los elementos y servicios comunes necesarios para lograr un mejor y más adecuado uso y disfrute de los edificios, tales como jardines, piscinas, campos de golf, paseos, aceras, etc."

(5) No concordamos con Pérez Pascual, Eduardo; *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1974, p. 68, que incluye como elemento objetivo de la Propiedad Horizontal a "La organización colectiva de los propietarios objetivada y realizada". Si bien es cierto que para que los titulares puedan de manera pacífica disfrutar de los elementos comunes del inmueble, necesitan de un reglamento que los organice; ello no constituye un objeto sobre el cual recaigan los derechos y obligaciones de los titulares, ello lo que va a lograr es regular dichos derechos y obligaciones.

(6) No concordamos con los autores que consideran que la razón de ser de la Propiedad Horizontal lo constituye la parte privativa, *Vid.* Font Boix, Vicente; "El Derecho de Vuelo y el Derecho de Superficie. Especial referencia a sus relaciones con la Propiedad Horizontal", *en Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre, España, 1967, p. 57 que acepta como idea central de la Propiedad Horizontal la parte privativa, y no al edificio, a pesar de las dificultades que ofrece su limitación como cosa. Y añade "no se olvide, sin embargo que el edificio tampoco es un supuesto de cosa normal, como no lo son las universitas, las pertenencias, etc. Por eso los autores modernos están de acuerdo en que ser objeto de derecho implica ser considerado *sub-specie-iuris* como tal objeto, aunque antológicamente el objeto así estimado tenga una configuración confusa como cosa corporal. Atendida la función económico-social que va prestando el piso, como vivienda, aunque pudiera pensarse que se trata de una pura ficción, la circunstancia que implica un espacio suficientemente, a nuestro juicio, para que *sub-specie-iuris*, el piso sea el elemento determinante de la Propiedad Horizontal".

plano de subdivisión del edificio, sin injerencia de otro sujeto. Este derecho exclusivo se limita al espacio comprendido, en sentido vertical, entre la cara superior del piso y la cara inferior del techo, y en sentido horizontal, entre la superficie interna (las cubiertas de las paredes) que lo separan del apartamento contiguo, o del edificio lindero o del espacio aéreo (7).

Así, se le atribuye a dicho titular todos los derechos que le son inmanentes al propietario: uso, disfrute y disposición (8), sin depender de la autorización de los demás titulares. El titular de un piso o de un apartamento ejercita estos derechos con sus límites propios a saber:

— Cuando el titular goza de su parte privativa no puede perturbar el derecho de goce de las partes privativas de otros titulares; aquí se pone de manifiesto el principio de no abuso del derecho, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

— El titular de una parte privativa, no puede, porque no tiene derecho a ello, realizar en ella actividades dañosas, molestas, insalubres, incómodas, peligrosas, inmorales u otras que impidan o perturben gravemente a otro titular.

— Al usar los elementos comunes del inmueble debe hacerlo con arreglo a las características y a la naturaleza de los mismos. Y en correspondencia con la cuota asignada en el título de adquisición al efecto.

Los elementos privativos tienen las siguientes características:

■ Están bien delimitados, no se presumen, su determinación es taxativa y expresa en el titulo formal de adquisición.

---

(7) *Vid*. Negri, José A.; *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, Ediciones Arayú, Buenos Aires Argentina, 1953, p.47.

No definió la Ley- Decreto 407/52, ni la Ley General de la Vivienda No.48/84 ni la Resolución 39/87 INV, ni la Ley General de la Vivienda Núm. 68/89, ni la Resolución 4/91 INV, qué se entiende por elemento privativo, pero sí el derecho exclusivo que tienen los titulares sobre sus apartamentos y la participación que ostentarán sobre los elementos comunes.

(8) Así, es posible introducir las mejoras, que se estimen convenientes siempre que no pongan en peligro las bienes comunes del edificio, o sea, se puede vender, arrendar, cambiar la disposición de los apartamentos, cambiar las puertas, poner tabiques; en fin, realizar cualquier obra que no ponga en peligro la seguridad del edificio, ni el normal uso de los bienes comunes por los demás titulares.

■ Están indisolublemente ligados a los elementos comunes.

■ Su goce y aprovechamiento es independiente o exclusivo del titular.

■ Tienen salida propia a la vía pública o a un elemento común de la edificación.

■ Por lo general cada parte pertenece a diferentes propietarios. (9)

■ Pueden estar estructurados en línea arquitectónica continua o no, pues pueden existir anejos que sean privativos.

En régimen de propiedad horizontal, "el propietario no puede escindir el derecho sobre su parte privativa de aquellas facultades sobre las partes comunes, a la pertenencia a la organización colectiva, al conjunto de propietarios. Es decir, la disposición sobre la parte privativa supone que una vez realizada, el que fue titular del mismo no puede reservar para sí ningún otro tipo de facultades derivadas del derecho de Propiedad Horizontal". (10)

La titularidad sobre los elementos privativos va indisolublemente ligada a la titularidad sobre los elementos comunes. Estos últimos no son accesorios, sino necesarios e indispensables para el goce de los elementos privativos. Para analizar los elementos comunes hay que verlos desde dos puntos de vista: el jurídico y el fáctico.

De manera unánime se considera que los espacios no configurados en el titulo constitutivo como elementos privativos han de tenerse por comunes por presunción.

Se puede concluir, por tanto, que el elemento privativo comprende un espacio suficientemente delimitado, susceptible de aprovechamiento independiente, con elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, y los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se encuentren situados fuera del piso o apartamento.

No existe una lista taxativa de elementos comunes, dependerá de la forma arquitectónica del edificio en cuestión. Así, las legislaciones sobre la materia refieren una lista de estos elementos; pero, a la vez, dejan abierta la posibilidad de incluir como elemento común todo lo

(9) Esta característica hay que analizarla a la luz de que la mayoría de las legislaciones sobre Propiedad Horizontal conciben como titulares a los propietarios, no a otros sujetos que ostenten otro derecho real o personal sobre el piso o local.

(10) Pérez Pascual, Eduardo.; *op. cit.* p.69.

que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su conservación y seguridad. (11) "El principio de *numerus apertus* es generalmente admitido y trae consigo una consecuencia muy importante: cuál es la presunción de que un elemento utilizado en común, sea elemento común, salvo se pruebe lo contrario. Pero es esta una conclusión que merece un análisis más detenido. Los elementos existentes en el edificio han de ser, o pertenecientes a un solo propietario, o pertenecientes a la conjunción de todos los propietarios. Si un determinado elemento, susceptible de ser utilizado y realmente siendo utilizado por todos, carece de título para su adjudicación a un determinado propietario, habrá que estimar que es un elemento común. Efectivamente, razones de orden lógico y práctico aconsejan que la determinación de un elemento como privativo vaya acompañada de una titularidad específica concreta de esa relación jurídica de propiedad. (12) Por el contrario, cuando no exista la citada titularidad expresa y, por su propia naturaleza, el elemento sea susceptible de ser utilizado por la conjunción de propietarios, habrá que establecer la presunción de que es un elemento común." (13)

Sin embargo, los citados elementos comunes tienen características especiales:

■ Son indivisibles. Este principio establece la imposibilidad jurídica de que estos elementos puedan ser adjudicados privativamente por un titular o titulares de los pisos o de los apartamentos. No obstante, esto pudiera ser atenuado en dependencia de la clasificación del elemento común, por destino (14) o afectación. Sirven de uso común.

■ Son inseparables, es decir no pueden desligarse de los elementos privativos, o sea no son autónomos, no son accesorios.

---

(11) *Vid*. Artículo 11 de la Ley-Decreto 407/52 y el artículo 10 de la Resolución 4/91 INV, de Cuba; artículo 3 de la Ley Núm. 130 de 30 de diciembre de 1948 de Bolivia; Artículo 2 de la Ley Núm. 13.512/49 de Argentina; Artículo 4 de la Ley Núm. 10751, de 25 de junio de 1946 de Uruguay, artículo 4 de la Ley Núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia; artículo 11 de la Ley Núm. 43 de 21 de mayo de 1996 de Puerto Rico; Artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal de 17 de agosto de 1983 de Venezuela y artículo 1 de la Ley Núm. 9 de 6 de abril de 1999 de España.

(12) Esta regla está establecida en el artículo 15 de la Resolución 4/91 INV y no así en la Ley- Decreto 407/52.

(13) *Idem*. p. 81.

(14) Así plantea Pérez Pascual, Eduardo; *op. cit*. p. 80 que es posible la enajenación de una estatua que estaba colocada en el portal de la entrada de la finca.

■ Son irrenunciables, ya que no se puede renunciar válidamente a la titularidad de los mismos con independencia de los elementos privativos. Cuestión distinta sería la renuncia a determinado elemento común.

■ Se presumen, es decir que si no son privativos pueden presumirse como comunes.

La doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia han clasificado los elementos comunes desde diferentes aristas, las primeras manifestaciones los distinguieron en elementos comunes por naturaleza y por destino. (15) Los primeros se refieren a aquellos que son generales del edificio y los segundos, a aquellos que se adscriben a algún propietario singular. También se han clasificado estos bienes como comunes por ley o por voluntad de las partes para lo que se tiene en cuenta quien determinó su estatus. (16) Otra de las clasificaciones (17) ha sido la de elementos absolutamente comunes o relativamente comunes, y la de generales o limitados, para lo cual se tiene en cuenta, cuáles están a disposición y en utilización de toda la comunidad de titulares o sólo de una parte de ellos. (18)

---

(15) Clasificación nacida de la Jurisprudencia española al decir de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, *op. cit.* pp.156-157. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, de 6 de abril de 1978, de 14 de noviembre de 1979, de 31 de marzo de 1980 y de 2 de enero de 1980. Esta clasificación, al decir del autor, tuvo como inconveniente que se puede incurrir en errores teniendo en cuenta el matiz civil conceptual de la misma.

(16) Según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, *op. cit.* p. 158, "esta clasificación tiene a su favor que se acomoda al sistema que inspira el régimen de propiedad horizontal, esto es, el de la imperatividad atenuada. Pero es que además, ni lleva implícito que los elementos descritos en el referido precepto hayan de ser comunes, ni que los *ex voluntaris* hayan de mantener la cualidad de tal para siempre, dado que unos y otros pueden perfectamente perder su condición comunitaria por acuerdo unánime."

(17) Existen otras clasificaciones no tan generalizadas, a saber: la Ley Núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia establece que pueden clasificarse los elementos comunes en principales, accidentales y circunstanciales. PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *op. cit.* pp. 84-85, aporta otra clasificación considerando los elementos como comunes esenciales, naturales y accidentales: A nuestro juicio, toma como parangón la clasificación de los elementos de la teoría del negocio jurídico. Se refiere también este autor a los anejos y al llamado elemento procomunal y concluye que no es necesaria la construcción jurídica de este último que no es más que un anejo (elemento común limitado).

(18) Esta última clasificación es la que recoge la Ley-Decreto 407/52, en su artículo 11 y la Resolución 4/91 INV, en sus artículos 8 y 9.

Haciendo un paralelo entre las dos normas jurídicas en debate jurídico en Cuba sobre la propiedad horizontal, a saber la Ley Decreto 407/52 Ley de Propiedad Horizontal y Resolución 4 de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento sobre edificios multifamiliares, se identifican semejanzas y diferencias.

La Ley Decreto 407/ 52, en Artículo 11 establece que son elementos comunes generales del inmueble:

a) El terreno en que se asienta el edificio.

b) Los cimientos, paredes medianeras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.

c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, ***salvo disposición o estipulación en contrario*** (19).

d) Los locales destinados al alojamiento de porteros o encargad del edificio, ***salvo disposición o estipulación en contrario****.*

e) Los locales e instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques, bombas de agua y demás similares.

f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para beneficio común.

g) Todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su existencia, conservación y seguridad.

La Resolución 4 /91 del INV, en su artículo 10 considera elementos comunes generales:

a) El terreno en que se asienta el edificio;

b) Los cimientos, columnas, pilares, vigas, viguetas, losas, bóvedas, muros de carga, escaleras, pretiles, aleros, la tablazón del techo, la cubierta de la edificación, las paredes de todas las fachadas excepto la carpintería de todo tipo, los elementos de la impermeabilización de las cubiertas (20)*;*

c) Las galerías, vestíbulos, vías de entrada y salida o de comunicación, pasillos de circulación;

ch) Los sótanos, azoteas, patios, cercas, huecos de patio, jardines, garajes;

d) Los locales destinados al alojamiento del encargado;

e) Los locales e instalaciones de servicios centrales de electricidad,

(19) Negrita de la autora para comentar posteriormente.

(20) Lo subrayado es lo que introduce diferente la nueva resolución.

gas, cisternas, tanques, bombas de agua, almacenamiento de filtros y demás similares;

f) Los elementos de las instalaciones eléctricas, hidráulicas, pluviales y sanitarias ubicadas en áreas comunes y los que van desde el metro contador acometida hasta el sistema interior de las viviendas;

g) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para beneficio común;

h) Todo lo demás que sea racionalmente de uso común de la edificación y necesario para su existencia, conservación y seguridad.

¿Tiene que ver el régimen de administración con la titularidad? ¿Porque? ¿es o no una contradicción? Que en nuestro contexto legislativo existan una clasificación de los edificios en de administración municipal y administración propia no implica en ninguna medida vinculación con el régimen de propiedad actualmente. Para entender esta clasificación hay que ir a la génesis legislativa del fenómeno, la que se encuentra en los Acuerdos del Consejo Superior de la Reforma Urbana (21) los que determinaron además que los edificios siguieran en Régi-

(21) Acuerdo Número 1 de 28 de octubre de 1960 del CSRU, que estableció Propiedad Múltiple para el Estado y para los demás titulares. Se advierte que, desde su primer acuerdo, la Reforma Urbana determinó como propiedad múltiple a los inmuebles en que había varios compradores con locales independientes y que tenían servicios o elementos comunes. Además, modificó la forma en que se mantendrían y atenderían los elementos comunes de los inmuebles. Así determinó también que una parte de lo pagado se destinaría a los gastos de mantenimiento y de atención a los elementos comunes y que el Consejo de la Reforma Urbana administraría las cantidades recaudadas para ese fin.

Acuerdo Número 6 de 28 de octubre de 1960 del CSRU, que reguló los servicios colectivos de mantenimiento en los edificios de apartamentos cumpliendo lo dispuesto en el acuerdo anterior. Se distinguieron para el mantenimiento de los elementos comunes los siguientes casos:

a) Los edificios que estaban sometidos al régimen legal de Propiedad Horizontal con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma Urbana, cuyos apartamentos estuvieran ocupados por sus propietarios; estos continuarían rigiéndose por las prescripciones correspondientes a dicho régimen de Propiedad Horizontal y en consecuencia, podrían seguir pagando el mantenimiento de tales servicios en la forma usual, mediante la administración acordada.

b) Los edificios cuyos apartamentos todos estaban arrendados hasta la vigencia de la Ley de Reforma Urbana. En este caso el CSRU descontaría de las mensualidades correspondientes que pagaron los ocupantes por la compra- venta, las cantidades para el mantenimiento de los servicios comunes, pagando el consejo a las personas o a las entidades que prestaren ese servicio.

c) El edificio que tenga parte de sus apartamentos en el primer caso y parte en otro de los casos, se adscribiría a lo que estaba determinado para la mayoría

men de Propiedad Horizontal o se constituyeran como tal los que estaban en pre-horizontalidad. Si el 50 porciento de los propietarios del edificio fueron afectados (confiscados) por la Ley de Reforma Urbana, no seguirían en Propiedad Horizontal (esto significó una extinción forzosa del régimen por ley, sin la correspondiente inscripción en el registro de la Propiedad). No serían ya administrados por los particulares, sino por el estado (oficinas públicas), pues se decía que por una razón económica los particulares no podrían mantener ni reparar los edificios, además de establecer el Consejo de Vecinos como sustituto de la Junta de Propietarios.

La razón de la clasificación es de índole económica. Ciertamente en su génesis los edificios que fueron confiscados y los que no pasaron a favor del estado cubano, pero el estado le vendió a sus ocupantes los pisos o apartamentos y hoy en la inmensa mayoría en dichos edificios no coexiste propiedad estatal con propiedad personal, por lo que es un contrasentido decir que los edificios siguen siendo propiedad estatal y rezan inscriptos así en el Registro de la Propiedad Inmueble. Ello quedo en el devenir histórico de la institución postrevolucionaria.

---

de los apartamentos, para determinar si los servicios colectivos se pagaban por un sistema u otro.

Este acuerdo establecía ya una modificación sensible al régimen previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, sobre la forma de pago del mantenimiento de los elementos comunes del edificio, además de concebir que en un mismo edificio podían coexistir ambos regímenes.

Acuerdo Número 47 de 27 de diciembre de 1960 que estableció las reglas para el uso, como viviendas, de garajes que forman parte integrante de los inmuebles cuando dichos locales son utilizados por personas que no ocupan la vivienda de la que forma parte el garaje.

Acuerdo Número 59 de 7 de febrero de 1961 que estableció cómo se conformaría el fondo que sería utilizado por el Departamento de Propiedad Múltiple del Consejo y por los Consejos Provinciales para sufragar, indiscriminadamente, los gastos de reparaciones menores de todos los inmuebles y otros urgentes cuya trasmisión dispone la ley.

Acuerdo Número 154 de 30 de septiembre 1966, que estableció que la atención de los servicios y elementos comunes en los edificios múltiples se encuentra a cargo de las administraciones locales.

La Resolución RU-4 de 2 de noviembre de 1967, que concedió usufructo gratuito a las personas ocupantes de cuartos o de habitaciones situadas en azoteas, garajes, sótanos.

Por el Acuerdo 103 de 1968 del CSRU, todos los edificios serían administrados por las oficinas de la Reforma Urbana, sin considerar aquellos que no fueron afectados por la Ley de Reforma Urbana, es decir que no fueron confiscados.

Se puede apreciar una ostensible modificación de la Ley de Propiedad Horizontal, en sus fundamentos, en los deberes y en los derechos de los titulares, en el espíritu del legislador y en las sentencias recaídas en este período.

Si contar que nos podemos preguntar ¿Qué significa y que efectos jurídicos tiene el derecho refrendado en el artículo 3 de la Resolución 4 del 91 del INV al establecer: *El propietario de una vivienda ubicada en un edificio multifamiliar tiene derecho exclusivo a su apartamento y* ***a una participación igual a la de los demás titulares, en los elementos comunes del inmueble****?*

No por gusto en los títulos dominicos nacidos por lo general de la Ley general de la vivienda hay una referencia expresa a la igual participación en los elementos comunes del inmueble. A lo que los notarios tenemos que sumarnos aún y cuando no lo diga el título anterior o la certificación del registro de la propiedad inmueble, pues lo establece la ley. Y es uno de los derechos que ostenta el titular de este régimen.

1.1. Especial referencia a los garajes y azoteas

Uno de los elementos comunes más conflictuales y que constituye una finca filial interesante son los garajes y trasteros. El garaje puede ser:

— Anejo de un piso o local (valla de garaje privativa): Cada plaza de garaje será privativa de su propietario, y el garaje, en su conjunto, elemento común de la Comunidad (accesos, rampas, puertas, muros y techos, servicios contra incendios, sistemas de alarma). Si la plaza de garaje se configura como anejo inseparable, sólo podrá ser enajenada, gravada o embargada junto con el piso o con el local de la que es un anejo inseparable, por lo que no se admitirá ningún acto de disposición sobre la referida plaza, si el garaje no pierde tal condición, y dicha condición necesariamente está vinculada con la cuota de participación del Propietario. Cuando esto sucede, es decir, cuando el titular pretenda hacer un acto de disposición sobre la valla de garaje se concibe en el argot registral no como una segregación sino como una separación.

— Garaje como elemento común: Se configura el garaje como elemento común, en cuyo caso la Propiedad de un piso o de un local da derecho a la utilización de una o más plazas de garaje en los términos en que se haya convenido en el título constitutivo. Según su cuota, cada propietario del edificio participa del disfrute sobre las plazas de aparcamiento de la misma forma que sobre otros elementos comunes del edificio, sin corresponderle ninguna plaza concreta en propiedad exclusiva. La transmisión del piso o del local privativo determina la cesión del derecho común de uso del aparcamiento.

— Garaje como elemento privado ajeno a la Comunidad de Propietarios del inmueble: Coexistencia de dos Comunidades independientes: Comunidad de Propietarios del inmueble y Comunidad de Propietarios de plazas de garaje, derivadas del derecho de explotación y/o de enajenación por un tercero ajeno al inmueble, para su venta o alquiler, tanto a los copropietarios del edificio como a terceros ajenos a éste. (22)

A su vez, teniendo en cuenta lo complicado que resulta dicho elemento en un edificio, pueden existir diversos tipos de acceso al garaje:

— Si el propietario de la plaza es a su vez propietario del piso o local, este tendrá derecho de paso al garaje a través del portal de la finca y por tanto a utilizar el ascensor y la escalera, al ser estos elementos comunes del edificio.

— Si posee únicamente titularidad sobre la plaza de garaje, pero no sobre el inmueble, tendrá derecho de paso al garaje por la rampa de acceso, salvo que en la inscripción registral de la finca se especifique otro acceso. Los titulares de una finca ajena no tienen derecho a utilizar el portal de otra para salir a una calle distinta, aunque exista una puerta de acceso. (23)

Por todo lo anterior y por razón de claridad registral, se extiende la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas en garajes como es la suficiente descripción de la plaza con referencia a un plano, (24) aspecto que, por analogía, puede ser aplicado a los trasteros.

En Cuba ¿existen vallas de uso exclusivo? ¿Qué valor dominico tienen los títulos, nacidos antes de la revolución en el poder, relativos a las vallas de garaje?

El artículo 15 de la Resolución 4/91 es claro al establecer.– *"Cuando algún propietario de las viviendas que componen el edificio demuestre fehacientemente ante la Junta de Administración, mediante documento legal, que posee el derecho de propiedad sobre el área de patio, o parte de éste, o sobre el garaje o un área específica del edificio, dichos espacios no*

(22) *Vid.* Base de datos. *Ídem.*

(23) *Ídem.*

(24) Así se estableció en España por el Art. 68 D 08-02-46 en la modificación sufrida por el RD 1867/98.

serán considerados elementos comunes sino parte privativa anexa a la propiedad de la vivienda de que se trate.

Si existieren dudas sobre el posible derecho que alega el propietario, el asunto se resolverá ante la Dirección Municipal de la Vivienda".

Sin embargo hay un criterio generalizado en considerar a los garajes elementos comunes y si además se suma que se inscribe la finca matriz a favor del estado se considerara todos los elementos incluidos los comunes a favor del estado. ¿Soy titular del apartamento? ¿Tengo derechos sobre los elementos comunes? ¿Soy titular de la valla aunque lo diga mi título formal del dominio?

En muchas ocasiones para dirimir estos conflictos se pide certificación de amillaramientos para identificar si el propietario del edificio antes de la Ley de Reforma Urbana de 1960 arrendaba la valla de garaje al inquilino o a un extraño y de ello se derivan posibles derechos de propiedad o no para el arrendatario de aquel entonces del piso o apartamento. Hay que tener encuentra que el amillaramiento se funda en la declaración jurada de los contribuyentes relativa a la riqueza imponible del titular (pago de impuesto) sobre inmuebles de su propiedad; pero en modo alguno es un registro de derechos dominicos. Por ello esa prueba no puede ser excluyente ni conclusiva del derecho.

¿Ante quien se dirimen los conflictos nacidos del ejercicio de la titularidad? ¿Si el conflicto nace del goce y aprovechamiento de un elemento común y provoca, por ejemplo una filtración, tan común, en la finca inferior? ¿Es una limitación a las relaciones de vecindad? Y tengo que solucionarlo o ¿tengo que valorar los daños y proceder a pedir una reparación del daño material derivado del incumplimiento de extracontractual por acto ilícito?

Las Azoteas son también un elemento común conflictual. ¿Quién tiene derecho a la azotea, todos o los del último piso? ¿Alguien me puede limitar el uso de la azotea? ¿Puede considerarse la misma un elemento común limitado? ¿Cuándo construyo en la azotea nace un pent-house?

Todos los titulares de la propiedad horizontal tienen derecho a la azotea y a su disfrute. Solo por acuerdo de junta se pudiera limitar el disfrute de este elemento.

Cuando se autoriza la construcción en azotea no implica nunca el nacimiento de un pent-house. Los edificios que cuentan con tales tipos de apartamentos que cubren todo el piso superior de la edificación y que tienen regulaciones especiales, es porque fueron concebidos así desde su plano inicial, y ello repercute en la titularidad, pues en estas edificaciones, no existe azotea común pues forma parte de la titularidad

individual del propietario del pent-house. Cuando se construye en azotea, el titular de lo construido, no es titular de la azotea, no puede impedir el paso de los restantes titulares al área no construida de la azotea y hasta está obligado a construir una escalera de acceso a su techo, pues se considera esta azotea también para los restantes titulares (25).

2. El registro de la propiedad inmobiliaria y la inscripción de la propiedad horizontal en Cuba

2.1. El Registro Inmobiliario y la Propiedad Horizontal. Generalidades

El análisis de la publicidad de la Propiedad Horizontal, discurre necesariamente en lo complicado que resulta para el registro que el principio de especialidad no padezca de lagunas a la hora de inscribir estas fincas especiales y sus reglamentos internos de organización de la comunidad, y que no se diluyan las facultades y deberes que le competen a cada titular.

Los sistemas registrales basados en el folio real (26), conciben a la finca como un concepto material y formal que constituye la base del

---

(25) La Resolución 4 de 1991 del INV, establece: Artículo 28. *La vivienda construida en la azotea de un edificio multifamiliar es propiedad personal del que la construya, y su propietario tiene derecho a la participación en los elementos comunes del inmueble, en igual forma que los demás propietarios de las viviendas que componen el edificio.*

Artículo 29.– *La cesión de Ia azotea, a los efectos de Ia fabricación de una vivienda, puede hacerse por el total o sóIo pate de esta. En este último caso, la parte no cedida de Ia azotea se considera elemento común de los propietarios de las viviendas del edificio, incluyendo los de Ia nueva construcción*

Artículo 30.– *Cuando el edificio cuente con una escalera hacia Ia azotea, al trasmitirse el derecho a fabricar en ésta, el que fabrique está obligado, salvo pacto en contario, a construir una escalera hasta Ia nueva azotea o cubierta de Ia vivienda que fabrique. En tal caso, Ia nueva azotea es considerada como elemento común y de condominio de los propietarios de todas las viviendas de Ia edificación.*

Artículo 31.– *La cesión de Ia azotea, o de parte de ésta, puede hacerse por el precio que acuerden libremente las partes o gratuitamente. En todo caso debe realizarse mediante escritura pública ante notario, previa autorización de Ia Dirección Provincial de Ia Vivienda.*

(26) Se diferencian del folio personal en que la organización del Registro de la Propiedad Inmueble no es en base a la finca sino a las personas. Países que siguen este sistema: Francia, Italia y algunos Estados de Estados Unidos Norteamericanos. Esta forma de organización es un mero archivo de documentos o de fichas. Esta clasificación se basa en la organización del Registro de la Propiedad y no en los efectos de la inscripción, ni en los efectos de la extensión de los asientos.

Registro de la Propiedad Inmueble. Los países que siguen este sistema, (Alemania, Austria, España, Cuba, entre otros) considerado el más avanzado en la organización de los registros, clasifican las fincas inscribibles en: normales y especiales.

La finca normal, según Roca Sastre, es "el trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común" (27). Por su parte las fincas especiales son aquellas "de configuración especial o aquellas cosas, objetos o conjunto de elementos que, no reuniendo las circunstancias antes indicadas, reciben la consideración o trato hipotecario de las fincas normales a los efectos de la apertura de la correspondiente hoja registral". (28)

En virtud de esta clasificación general de las fincas, la Propiedad Horizontal, por su naturaleza jurídica, es considerada una finca especial. "En el fondo, la Propiedad Horizontal significa una serie de fincas particulares superpuestas, que dan lugar a una comunidad en los elementos necesarios para sus aprovechamientos individuales y que no originan ni una suspensión ni un estado excepcional de la especialidad publicitaria" (29). Así Batlle afirma que "viene a formar con su solar un todo único en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas -verdaderos trozos- que se encuentran en recíproca dependencia corporal." (30)

Al decir de Roca Sastre "tratándose de propiedad horizontal, la finca urbana podrá figurar inmatriculada en dos formas distintas: a) una, la general, o sea bajo un solo folio registral en el que se concentrará todo el historial hipotecario de la finca y de cada uno de los pisos o departamentos de la misma pertenecientes a distintos dueños, extendiéndose sucesivamente, en la misma forma que en materia de fincas *pro indiviso*, los asientos relativos a la finca global o a sus diferentes pisos o departamentos de dominio separado; y b) otra, la especial, consistente en figurar inscrita la finca en su conjunto en un folio principal, y en folios separados y bajo número propio, a modo de fincas independientes, los diferentes pisos o departamentos pertenecientes a los distintos propietarios de los mismos". "Cabe, de hecho, un sistema mixto. Como es potestativo seguir el primero o el segundo sistema, puede que

---

(27) Roca Sastre, Ramón María; *Derecho Hipotecario,* T-II, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1954, p. 63.

(28) *Ibidem.*

(29) Bugeda Lanzas, Jesús; *La Propiedad Horizontal*, Editorial Cultural, SA, Sin Edición, La Habana, Cuba, 1954, p. 81.

(30) Batlle Vázquez, Manuel; *La Propiedad de Casas por Pisos*, Editorial Marfil, S A. España, 1954, p. 176.

unos de los dueños de los pisos quieran adoptar este último y otros no, en cuyo caso la hoja principal solo en parte quedará descongestionada". (31)

En materia de Propiedad Horizontal la ecuación clásica "registral" de finca=folio resulta alterada en ambos términos de esa ecuación. De ahí el sistema nuevo de folio doble, como consecuencia del desdoblamiento del objeto de la relación jurídica según la construcción dualista que es la que inspira la registración de la Propiedad Horizontal

La inscripción de la Propiedad Horizontal establece particularidades y derivaciones "registrales", que abarcan todos los puntos importantes del sistema hipotecario clásico: desde el sistema de pluralidad de folios (que rompe el principio esencial del folio único, basado en el principio de especialidad), pasando por las especialidades del tracto sucesivo y de la legitimación registral, las relaciones comunitarias (modificaciones del título constitutivo y de los estatutos), los actos sobre la totalidad del edificio (v. gr., la hipoteca), los actos de "desafección" de un elemento común no esencial, la venta de una valla de garaje, el caso de los departamentos procomunales, el juego de los principios de la fe pública registral y de la prioridad registral, las modificaciones de la Propiedad Horizontal inscrita, los sistemas de inscripción de la Propiedad Horizontal, el deslinde entre el régimen de un título constitutivo de Propiedad Horizontal y la inscripción de fincas en Propiedad Horizontal.

2.1.1. Sistema más común de inscripción de la Propiedad Horizontal

Sin dudas, el sistema más común es el especial, aunque algunos han considerado que aquel que conjuga la inscripción de la finca matriz con las fincas filiales, referidas a los apartamentos y a los pisos que conforman el edificio constituye una duplicidad en el registro (32). Sin embargo, si bien es cierto que existirá una descripción general del

---

(31) Roca Sastre, Ramón María; *op. cit.* pp. 71 y 72.

(32) *Vid.* Valpuesta Fernández, M.° R. En *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* Coordinado por López y López–Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, p. 823, al expresar "el nuevo folio es una prolongación del primero, del que trae causa, o constituye un folio independiente. La solución que se dé puede tener importancia para delimitar el alcance de los efectos sustantivos de la publicidad registral, cuando en éste segundo folio no se recoge algunas disposiciones contenidas en el título de constitución del régimen de horizontalidad o en los estatutos, y sean desconocidas para el tercer adquirente."

edificio donde estarán necesariamente reflejados los elementos comunes y privativos del inmueble en folio registral, la envergadura de los apartamentos o de los pisos requiere que sean considerados como entidades inmobiliarias autónomas, sin desligarse, por sus caracteres de finca especial, de la finca matriz lo cual no supone un estado de subordinación. (33)

Se coincide en considerar que para inscribir las fincas filiales, en las legislaciones se exige que previamente haya sido objeto de inmatriculación la finca principal, es decir, el edificio o los complejos inmobiliarios en su conjunto.

2.1.1.1. La finca matriz

En dependencia del sistema que establezcan las legislaciones, en la inscripción registral de la finca matriz deben figurar, como circunstancias de dicho asiento, diversos aspectos, a saber: naturaleza de la finca, situación, linderos, extensión, condiciones, cargas, naturaleza del título, fecha, el nombre y apellidos de la persona natural o jurídica o colectivo de personas a favor de la cual o de las cuales se realiza la inscripción, el nombre y la residencia del Tribunal, del Notario o entidad administrativa que autorice el título que se ha de inscribir, la fecha de presentación del título en el registro, la conformidad de la inscripción, la fecha y la firma del Registrador (34). Estos aspectos están presentes en toda inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad, lo cual cumplimenta el principio de especialidad.

Si la adscripción al régimen es voluntaria, en la inscripción de la finca matriz debe constar la declaración expresa de todos los titulares, o de un titular único, de someter el edificio al régimen de Propiedad Horizontal, constancia que puede estar reflejada en escritura especial de adscripción al régimen o en la misma escritura de Descripción de Obra nueva construida o en construcción. Si la aplicación del régimen previsto en la norma no es voluntaria, la inscripción de la finca matriz no requiere expresar dicho particular.

---

(33) Criterio compartido por Roca Sastre; *op. cit.* p. 68, Sanz Fernández, Ángel; *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria.* Madrid, s/f. p. 67, Bugeda Lanza, Jesús, *op. cit.* p. 82.

(34) *Vid.* Artículo 9 de la Ley Hipotecaria de 1893 vigente en Cuba, complementado por el artículo 63 del Reglamento Hipotecario, que establece once reglas a cumplir como requisitos para toda inscripción de una finca en el Registro. También, los artículos 24 y 28 de la Ley-Decreto 407 de Propiedad Horizontal, de 16 de septiembre de 1952.

En dicha inscripción se deberá también hacer referencia a todo el inmueble en su totalidad y también a los elementos privativos del mismo, aunque luego se realicen inscripciones independientes de cada uno de los apartamentos.

La inscripción de la finca matriz deberá realizarse en el folio donde esté inscripto el terreno sobre el cual se levanta dicho edificio; de no estar inscripto, deberá inscribirse el dominio del mismo, para posteriormente hacerlo con el edificio, o en el título a inscribir, se deberá hacer referencia a la titularidad que se ostenta sobre el terreno. Por tanto se describirá también el edificio en construcción o construido, con expresión exacta de las áreas respectivas, de todos sus elementos comunes generales y de los comunes limitados a cierto número de apartamentos. También se describirá cada elemento privativo, sin mención necesaria a sus titulares, pero sí a la participación que tendrá cada uno en los elementos comunes generales o limitados del inmueble en su conjunto como anejo inseparable. Tendrá que contener el valor del edificio, lo referido a la administración del mismo; de tener el edificio un reglamento, podrá también inscribirse en el folio correspondiente a la finca matriz. La renuncia se inscribirá si el régimen es voluntario. Se hará referencia además a la titularidad que se ostenta sobre el terreno en que se asienta el edificio.

Para la inscripción en el registro, algunas legislaciones establecen el requisito de presentación de otros documentos que quedarán archivados, a saber: planos del edificio construido o en proyecto bajo fe pública de cualquier índole.

En la finca matriz, habrá constancia de todos los actos jurídicos que se refieran a la totalidad del edificio, incluidos los gravámenes que sobre el mismo puedan pesar. Deberán también incorporar en este folio, en nota marginal, los actos referidos a los distintos pisos o apartamentos, con independencia de la autonomía registral que logra cada uno de estos pisos en el registro, pues ello permite cumplir su doble función: constituir un registro propio y a la vez un registro de enlace (35).

Esto no quiere decir que la finca matriz desaparece para convertirse en fincas filiales, sino que el edificio, en su conjunto, conserva su trascendencia inmobiliaria, pues en estas, se hará constar las agregaciones de nuevos pisos, la cancelación total o parcial de los gravámenes. También se expresan en ella las obras que están terminadas y las

(35) *Vid.* Bugeda Lanza, Jesús; *op. cit.* p. 85

que están en proyecto, así como la adscripción y renuncia al régimen de Propiedad Horizontal, si fuera voluntario. Sin dudas, la finca matriz se erige en el efectivo enlace con las fincas filiales. "Los registros de las fincas filiales, no pueden quedar aisladas unas de otras, pues se obviaría la discontinuidad que produciría la existencia de la historia inmobiliaria de un apartamento, la no referencia de los demás, que en conjunto, integran la historia del inmueble parcelado cúbicamente" (36). Por lo general, al margen de las fincas matrices se encuentra las referencias exactas de cada una de las inscripciones particulares de las fincas filiales.

¿Es la finca matriz en Cuba propiedad del estado? Existen patologías de la inscripción registral. Si bien en la aplicación de los postulados de la Ley de Reforma Urbana de 1960, podemos entender que el Estado confisco los edificios bajo el principio de que nadie puede ser titular de más de un inmueble de residencia permanente, posteriormente a ello, lo trasmitió a los ocupantes de pisos o apartamentos, por lo que el estado no es titular, los titulares son los propietarios del piso o apartamento que tienen un derecho igual sobre los elementos comunes del régimen.

2.1.1.2. Las fincas filiales

Más que una duplicidad registral, la inscripción de cada uno de los apartamentos, de los pisos o de los locales independientes y privativos que reconoce la Propiedad Horizontal, constituye un reconocimiento de la importancia de estos elementos y de la autonomía dispositiva que ostentan sus titulares. De ahí que el registro los considere finca independiente. Ello, sin dudas, permite al registro descongestionar los folios, lo que facilita el mecanismo de funcionamiento de los principios registrales, sobre todo el de tracto sucesivo. De esta forma, sin romper la unidad del folio registral, cada piso o apartamento tiene un historial hipotecario independiente.

Por ello, a los mismos se les considerará finca y, por demás, se expresará como circunstancias del asiento las que resulten para cualquier otra finca en el registro, a saber: descripción exacta del apartamento, número, medidas (superficie), linderos, situación, distribución de las piezas que lo integran, valor del inmueble, mención de la manera que utilizarán los elementos comunes o limitados (derechos que osten-

(36) *Idem; op. cit.* p.87.

ten sobre los mismos) y demás datos necesarios para su correcta identificación.

Hay legislaciones que sólo admiten registro particular de finca filial cuando la misma ya se haya comenzado a construir. Hacerlo de otro modo, según la doctrina, sería desconocer el principio de especialidad, pues en la publicidad inmobiliaria se hace necesaria, la materialización del bien, con independencia de que el mismo piso proyectado pueda ser enajenado, pues en el comercio civil es válida la disposición de cosas futuras. Puede darse el caso de que un sujeto sea titular en planos del piso o del apartamento, pero no lo podrá inscribir como tal si no está construido.

Para inscribir una finca filial es necesario aportar los mismos documentos que se necesitan para inscribir la finca matriz.

En este registro particular, habrá constancia de todo acto dispositivo, ya sea *intervivos* o *mortiscausa,* que tenga por objeto el apartamento o el piso en cuestión. Se hará referencia, en todos los casos, a la parte proporcional que le corresponde en relación con los elementos comunes del edificio. Siempre los elementos comunes, como anejo inseparable, se entenderán transmitidos o gravados conjuntamente con el elemento privativo. Así la hipoteca de un piso afecta el valor que le corresponde al mismo en los elementos comunes, lo que no afecta a la totalidad del edificio. Cosa distinta sucede si lo que se hipotecó fue la finca matriz, pues entonces se distribuye para hacerla efectiva a cada uno de los apartamentos, de los pisos o de los locales de edificio.

En los registros particulares de cada finca filial, existe una necesaria referencia a la finca matriz lo cual completa el sistema de mutuas referencias que debe existir en estas fincas especiales en notas marginales. "La nota marginal de referencia, por su carácter accesorio, no legitima y sirve para relacionar aquellos asientos principales que constan en distintos folios; auxilia en el mecanismo material de las oficinas territoriales, facilitando la claridad de las historias y simplificando el tracto sucesivo. Su omisión por lo tanto, no ocasiona el derrumbe o la vulnerabilidad de los derechos olvidados, ni les otorga más fuerza de la que tienen al mencionarlos". (37)

Se plantea la imposibilidad de inmatricular fincas filiales si previamente no está inmatriculada la finca matriz, pues aunque sean independientes, conservan un cordón umbilical.

(37) Bugeda Lanzas, Jesús; *op. cit.* p.91.

De esta forma, no se crea un registro inmobiliario especial para la Propiedad Horizontal, ni siquiera una sección especial dentro del propio registro. Con este sistema complejo, pero ordenado, se respeta la dinámica registral y el mecanismo de los principios hipotecarios.

Importancia de la Propiedad Horizontal

El asunto relativo a las ventajas y desventajas que reporta la Propiedad Horizontal ha sido muy discutido en la doctrina. Sin embargo, gran número de autores refiere que el instituto es ventajoso desde varios puntos de vista: económico, social y jurídico.

Para tener una visión económica de la Propiedad Horizontal, es necesario citar a COLOMA (38) que, aplicando el Teorema de Coase, analiza cómo la Propiedad Horizontal es una solución para establecer derechos sobre activos que producen, de una manera conjunta, servicios susceptibles de ser consumidos de forma individual y conjunta. Bajo ciertas condiciones, esta institución parece servir para economizar costos de transacción y de administración, en especial en los casos en los que los costos de administración de un condominio centralizado sean relativamente altos y el número de agentes económicos involucrados (número de apartamentos del edificio) también elevado. Este teorema del economista inglés Ronald Coase (39) establece como formulación general la siguiente: si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente. Así, en su interesante y economicista concepción, el autor fundamenta lo eficiente que resulta la propiedad horizontal como intento de disminuir los costos junto a los que se generan cuando se transfieren las porciones del edificio. Esta institución brinda una respuesta jurídica a un problema social tan difícil como es el problema de la vivienda (40) y en consecuencia, contribuye a resolver los problemas de estabilidad social que pueden surgir en relación con este asunto. Constituye, sin lugar a dudas, una forma más económica de adquirir

(38) COLOMA, Germán; *Breve análisis económico de la propiedad Horizontal,* publicado en www.actualidadjurídica.com.

(39) COASE, R. H.; "The Problem of Social Cost", en *journal of Low and Economics,* V-3, 1960, pp. 1-44, citado por COLOMA, German, *op. cit.* p. 4.

(40) *Vid.* BATLLE, *op. cit.* p. 11 considera que la naturaleza humana tiene la inclinación natural a disfrutar de un hogar propio. GAMBINO, Humberto.; Dominio Horizontal, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral,* Núm. 48 y 49, Santa Fe, 1946, p. 74, expresa que "la necesidad de la Vivienda, y de vivienda propia, es de las que no abandonará

una vivienda con confort aceptable, además de abaratar los gastos de construcción y permitir, en un solo terreno, la posibilidad de edificar más viviendas a más personas, lo cual constituye un ahorro de los espacios urbanizables.

Además, desde el punto de vista jurídico, la importancia de la Propiedad Horizontal radica en constituir una respuesta normativa que organiza un hecho físico que, en potencia, puede provocar conflictos si no existe una determinación de los derechos y deberes de sus titulares. Así, se determina cuáles son los límites del derecho de cada cual, y hasta qué punto el ejercicio de ese derecho no interfiere el ejercicio del derecho ajeno.

La concepción de la Propiedad Horizontal ha llegado al límite de concebir la posibilidad de que las necrópolis del futuro se construyan bajo este régimen. Las ventajas que ello reportaría serían enormes desde el punto de vista económico, estético, de higiene, y de salubridad pública. Así se concibe la necrópolis del futuro compuesta de varios bloques de elevados edificios, de varios pisos, con ascensores, con amplias avenidas, con arboledas y con jardines. Los precios de las bóvedas resultarán relativamente reducidos, en correspondencia con el número de pisos, pues lo más costoso es, sin dudas, el suelo. En cuanto a la higiene y a la salubridad, para nadie es un secreto que los restos depositados en pisos elevados del suelo, perfectamente ventilados con aire, luz, sol a diferencia de los sótanos (41), resultan más convenientes en la ciudad a esos efectos.

---

nunca el hombre. Su insatisfacción es la que produce entre otros males más resentimiento y, como es sabido, cuando el resentimiento de este orden anda en el corazón de muchos constituye la levadura, sorda, pero efectiva que trabaja y empuja hacia las revoluciones".

(41) Refino Pereyra, Virgilio; *La Propiedad Horizontal de los Inmuebles,* Editor " El Ateneo", Buenos Aires, Argentina, SA, 1999, pp. 201-206

Bibliografía

AGUIRRE TORRADO, Agustín; *Cursillo de Derecho Hipotecario,* Facultad de Derecho, La Habana, 1943.

— *Derecho Hipotecario,* Editor Jesús Mateo, La Habana, 1950.

— *Desarrollo actual de la Propiedad Horizontal,* Sin Editorial, La Habana, 1951.

— Agustín; *Disposición sobre la Ley de Propiedad Horizontal,* Sin Editorial, La Habana, 1954.

— *El condominio y la inscripción arrendaticia,* Editorial Librería Martí, La Habana, 1958.

— *Derecho Inmobiliario Registral,* Universidad de la Habana, La Habana, 1959.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (coordinador); *Comentarios al Código Civil,* V-III, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

— *Derecho Civil,* T-III, V-II, Madrid, España, sexta edición, Editorial Librería Bosch, 1989.

AZPITARTE CAMY, R; "Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal" *en Revista de Derecho Notarial*, Núm. 103, enero-marzo 1979, Editada de Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, octubre 1979, pp. 7 a 296.

BASE DE DATOS: La Propiedad Horizontal, Editorial El Derecho actualización de Abril del 2002. España. (soporte magnético).

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel; *La Propiedad de Casas por Pisos,* Editorial Marfil, SA. España, 1954.

BERCOVITZ RODÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador); *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

BUGEDA LANZAS, Jesús; *La Propiedad Horizontal,* Editorial Cultural, SA, Sin Edición, La Habana, Cuba, 1954.

BUTERA, Antonio; *La Compropietá Di Case per Piani"*, Segunda Edición, Turín, 1933.

CAMCHO GARCÍA, León Alberto; *Algunos aspectos prácticos sobre el Derecho especial de Propiedad Horizontal en Colombia,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá, Colombia, 1977.

CERDA GIMERO, José; *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal,* publicado en www.megaconsulting2000.com/propiedad_horizontal.htm. Consultado el 20 de septiembre de 2002. Notario de España.

COLOMA, Germán; *Breve análisis económico de la propiedad Horizontal,* publicado en www.actualidadjurídica.com. Consultado el 19 de octubre de 2002. Profesor de la Universidad del CEMA, Córdova, Buenos Aires, Argentina.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo; *La Nueva Ley General de la Vivienda,* La Habana, Cuba, Editorial Ciencias Sociales, 1990.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, GARRIDO CERDÁ, E., SOTO BISQUERT, A.; "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", en la *Revista de Derecho Notarial*, 1969, núm. 64, Madrid. pp. 145 y ss.

DESARTE GUANTER, José Martín; El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal, *Anuario de Derecho Civil,* T-II, Fascículo III, julio-septiembre, Madrid, 1956.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana; *Propiedad Horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial,* Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil,* V-II, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1995.

DORTA DUQUE, Manuel; *Curso de Legislación Hipotecaria,* T-I, II, cuarta edición, Editado por Departamento de Publicaciones de Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, 1951.

ECHAVERRI AYALDE, Alfredo; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá, 1967.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús y Rafael VERDERA SERVER; *La Junta de Propietarios: Constitución, Acuerdos e Impugnación.* Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2000.

FUENTES-LOJO LASTRE, Alejandro; *Ley de Propiedad Horizontal (concordancias, comentarios, jurisprudencia y normas complementarias)*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 1997.

GAMBINO, Humberto; Dominio Horizontal, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Núm. 48 y 49, Santa Fe, 1946.

GÓMEZ GIL, Orlando; *La Propiedad Horizontal en Cuba,* Editorial Lex, La Habana, 1954.

GÓMEZ CALLE, E; "La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal", en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, pp. 1533-1589.

HERNÁNDEZ LEAL, Alberto; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá Colombia, 1986.

NEGRI, José A; *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal. Teoría y Práctica del la Ley 13/512,* segunda edición, Ediciones Arayú. Buenos Aires. Argentina, 1953.

PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1974.

PÉREZ SERRANO, Nicolás; La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del supremo, *Anuario de Derecho Civil,* Fascículo IV, octubre-diciembre, Madrid, 1957.

POINIER, Pierre; *La Propiedad Horizontal,* segunda edición, Ediciones Arayú, Buenos Aires, Argentina, 1955.

RACCIATTI, Hernán; *Propiedad por pisos o por departamentos,* segunda edición, Editor Roque Deplama, Buenos Aires, Argentina, 1958.

RAMOS, Nelson F; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá, Colombia, 1980.

REFFINO PEREYRA, Virgilio; *La Propiedad Horizontal de los Inmuebles,* Editor "

El Ateneo", Buenos Aires, Argentina, SA, 1999.

RESTREPO, Luis José; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá. Colombia, 1963

Legislaciones

Código civil alemán (BGB), 1900.

Código civil de la República de Cuba, 1988.

Código civil español, 1888.

Código civil francés, 1804.

Código civil italiano, 1942.

Ley de Propiedad Horizontal de Argentina.

Ley de Propiedad Horizontal de Bolivia, Ley Número 130 de 30 de diciembre de 1949.

Ley de Propiedad Horizontal de Venezuela de 4 de agosto de 1983.

La Ley Número 33 de 25 de Noviembre de 1952 sobre el Régimen de la Propiedad por pisos y departamentos de un edificio de Panamá.

Ley de Propiedad Horizontal de Colombia.

Ley de Propiedad Horizontal de España, Núm. 49/60, reformada en 1999.

Ley de Propiedad Horizontal de Puerto Rico.

Ley de Propiedad Horizontal de Costa Rica, Decreto Número 36 de 1970.

Ley Hipotecaria y su Reglamento, 1893.

Ley-Decreto 407 de 16 de septiembre de 1952 de Propiedad Horizontal de Cuba. Ordenanzas de Construcción para la Ciudad de la Habana de 18 de octubre de 1861 y de 1963.

Ley de Reforma Urbana, La Habana, Cuba, 14 de octubre de 1960. Acuerdos del Consejo General de la Reforma Urbana 1/60, 10/60, 13/61, 103/68. Compendio de Legislación Vigente, Ministerio de Justicia, La Habana, 1977. Ley Núm. 48 General de la Vivienda, La Habana, Cuba, 1984. (Derogada). Resolución 29 de 1987 del Instituto Nacional de la Vivienda. Ley Núm. 65 General de la Vivienda, La Habana, Cuba, 1988. Ley Núm. 77 de la Inversión Extranjera, La Habana, Cuba, 1995. Resolución 4/91 de 14 de enero del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento de Edificios Multifamiliares. Decreto-Ley 185/98, de 28 de mayo 98 Sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad. Resolución 104/2000. Ministerio de Justicia de Cuba. Resolución 39/2002. Ministerio de Justicia de Cuba. Resolución 3372002 de 21 de enero, Instituto Nacional de la Vivienda. Resolución 6/2002. Instituto Nacional de la Vivienda. Decreto-Ley 214 de 23 de noviembre 2000 sobre la Hipoteca Inmobiliaria.

EL *NOMEN IURIS* DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO, HECHO O CIRCUNSTANCIA, CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana
Notario

Al maestro del notariado peruano Carlos Enrique Becerra Palomino,
notario de pura estirpe, académico insigne,
hombre de probidad incuestionada.

SUMARIO: 1. El estudio del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales: ¿Acaso una curiosidad? **2.** ¿Qué es el *nomen iuris* en los documentos públicos notariales? Apuntes sobre su naturaleza. **3.** Su ubicación en la topografía instrumental. **4.** Contenido mismo del *nomen iuris*: sus particularidades en las escrituras públicas y en las actas notariales. **5.** ¿Es rectificable el *nomen iuris* en sede judicial? ¿Y en sede registral? **6.** El *nomen iuris* del instrumento y el arancel notarial. **7.** El *nomen iuris* y su reflejo en la dinámica instrumental: la adecuación del acto o negocio instrumentado a los verdaderos fines de las partes. Bibliografía.

1. El estudio del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales: ¿Acaso una curiosidad?

Pareciere que el tema en el que incursiono en esta oportunidad está tan huérfano de pisadas humanas como una zona desértica, la razón resulta verdaderamente indescifrable. Y no es solo que la doctrina le haya dedicado casi ninguna atención, sino también que en el Derecho positivo comparado, los legisladores pasan por alto algo tan significativo como el *nomen iuris* del instrumento. Sin embargo, si algo se aprende, primero desde las aulas universitarias y luego, en el ejercicio de la profesión es la necesidad de que en el proemio o encabezamiento del instrumento se sitúe el *nomen iuris* de ese instrumento, calificación que compete al notario en el ejercicio de su función y en razón de su pericia profesional.

Como nos enseña GIMÉNEZ ARNAU, al igual que las personas que han de tener un nombre por el que resultan designadas, "También debe tenerlo cualquier acto que va encaminado al cumplimiento de un fin específico. Aplicando este imperativo a la escritura notarial, surge la necesidad de darle nombre, de calificarla, calificando el acto que contiene" (1). Lo cual también debe ser extensivo al resto de los tipos instrumentales.

No se trata de una mera curiosidad investigativa, los instrumentos públicos han de ser calificados por el notario, sobre la base de su contenido, a saber: según la naturaleza del hecho, circunstancia, acto o negocio jurídico que se instrumenta, el notario, primero delimita el tipo instrumental: esencialmente, si es una escritura o un acta notarial (*vid*. artículo 13 a) y b) de la Ley notarial) y luego, según el tipo fáctico o negocial instrumentado, la modalidad de acta notarial o escritura pública que corresponda. Como expresa PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO "Calificar significa dar un nombre, pero sobre todo, determinar qué acto jurídico desean llevar a cabo las partes" (2).

Al decir de ARIAS GINER: "Se trata de una calificación meramente técnica, ajena a la esencia del documento; es un deber del notario para que quede claro el tratamiento legal que ha de aplicarse a los actos jurídicos contenidos en el documento notarial, especialmente en todo

(1) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial,* ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 532.

(2) *Vid*. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 6.ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 240

aquello no previsto expresamente por las partes" (3). La calificación que hace el notario al atribuir el *nomen iuris* del acto, es para NÚÑEZ LAGOS un acto de entendimiento, en contraposición a los actos de voluntad que protagonizan los comparecientes (4). El autor la ubica dentro del contenido del documento público notarial, en los modos gráficos del *dictum*, referido en concreto a la esfera del Derecho. Se trata de un juicio emitido por el notario como funcionario perito en Derecho (5).

En tal sentido, el primer interrogante que cabe formularnos, es si tiene carácter preceptivo que el notario denomine el tipo instrumental que autoriza, es decir, si el notario debe consignar en el instrumento, en su encabezamiento, que se trata de una escritura pública o de un acta notarial. En principio, la respuesta pareciere ser negativa. La estructura instrumental delata el tipo de instrumento que autoriza el notario, según los dictados del Reglamento notarial (*vid*. artículos del 63 al 68 y del 80 al 84). No obstante, es saludable que el notario califique en el proemio o encabezamiento el tipo instrumental que autoriza. Reitero, de la lectura del instrumento cabrá colegir su naturaleza, amén de que los términos escritura pública o acta notarial, serán plasmados textualmente en algunas de las partes del instrumento mismo. Una mera maniobra jurídica le permitirá, eso sí a los operadores del Derecho, determinar que el acto o negocio, cuyo *nomen iuris* se consigna en el instrumento, es una escritura pública. De ahí que en nuestro entorno notarial es común que se denomine testamento, poder general, matrimonio, divorcio por mutuo acuerdo, sin que se diga expresamente, al situarse la denominación en el encabezamiento, que se trata de una escritura pública de… En sede de actas notariales, su propia naturaleza hace que se exprese concretamente al identificarse el tipo de acta a autorizar, que se trata de un acta notarial, pues el tipo de acta que adjetiviza al tipo instrumental, no suele consignarse sin la denominación acta, como corresponde. De ahí que en la práctica notarial es lo más común expresar acta de notoriedad, acta de subsanación de errores y de omisiones, acta de requerimiento, acta de notificación, etcétera. Ello no desdice que algún que otro notario pueda omitir el

---

(3) ARIAS GINER, Antonio, "Tema 16", en *Derecho Notarial,* Joaquín BORRELL (coordinador), Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 430.

(4) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en Revista de *Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, Núms. I – II, julio–diciembre 1953, p. 139.

(5) NÚÑEZ LAGOS, R., *Estudios de Derecho Notarial,* tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986, p. 318.

término acta y vaya directamente a ofrecer como *nomen iuris* el que corresponde al tipo concreto de acta que autoriza.

De más calado resulta la determinación exacta del acto o negocio instrumentado en sede de escrituras públicas, lo cual en nuestro ordenamiento es un requisito establecido vía reglamentaria, de modo que en todo instrumento público el notario tiene que determinar la naturaleza del acto o negocio instrumentado y el tipo concreto de acta notarial que autoriza. Al parecer, esta posición es la que predomina en el Derecho comparado, pues las pocas normas legales que establecen expresamente que en el instrumento público el notario debe proceder a ofrecerle un *nomen iuris*, lo hacen en clave de escritura pública (6).

2. ¿Qué es el *nomen iuris* en los documentos públicos notariales? Apuntes sobre su naturaleza

El *nomen iuris* no es sino el juicio de calificación que hace el notario, basado en sus conocimientos jurídicos. Como expresa Ballarín Marcial, –siguiendo en este orden a Kant–, se trata de un juicio aser-

(6) A la naturaleza del acto y su objeto (el de la escritura pública) hace alusión el artículo 1001 del Código Civil argentino. Al acto o contrato se refiere el artículo 15 del Estatuto del Notariado y Registro de Colombia. Al acto o contrato igualmente se refiere el artículo 15 b) de la Ley Notarial de Puerto Rico. El artículo 127 del Reglamento notarial uruguayo alude tan solo a las escrituras públicas. Y también al acto o contrato, con sus modalidades, el artículo 31.5 del Código del Notariado de Guatemala y el artículo 56.9 del Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español, atinente además a las formalidades de las escrituras públicas. El Reglamento español lo sitúa como una de las formalidades de la comparecencia en este tipo instrumental. El artículo 74 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, regula este particular en materia de escrituras públicas.

Más confusa resulta la regulación que da el artículo 53 del Decreto Legislativo del Notariado, del Perú, que alude a que el notario deberá indicar la naturaleza del acto jurídico. En primer orden, la formulación se sitúa, como las demás legislaciones citadas, en sede de escrituras públicas que son las que constituyen reservorio continental de los actos jurídicos, pero además la expresión naturaleza del acto jurídico puede responder a otros interrogantes en Derecho, distintos al *nomen iuris* propiamente dicho del instrumento. Así, tratándose de un contrato de compraventa, derivar su naturaleza no es sinónimo de calificar el contrato que las partes quieren concertar atribuyéndole el nombre que en Derecho corresponde. Forman parte de su naturaleza otros particulares, totalmente ajenos a su denominación misma. De todos modos, algún comentarista local de la norma, ha entendido que con tal expresión también quedan incluidos los hechos constatados por el notario, los que a mi juicio, deberán instrumentarse por vía de acta notarial. *Vid*. Tito Puca, Carlos Ricardo, *Comentarios al Decreto Legislativo 1049–Decreto del Notariado,* Gaceta notarial, Lima, 2010, p. 98.

tórico que hace el notario "con base en su simple apreciación científica, de experto en Derecho, cuando califica el negocio jurídico que consta en la escritura, señalando que se trata de una compraventa o de una donación, etc." (7). Si bien es un juicio subjetivo o valorativo, viniendo del notario, tiene una alta probabilidad de ser cierto. Téngase en cuenta que los juicios notariales se consideran dotados de una fuerte presunción de veracidad.

Uno de los principios que informa la actuación notarial es el de calificación (8), que se manifiesta, entre otras expresiones, en la determinación del tipo instrumental y del tipo negocial o del hecho que se ha cobijar en el documento público. Para poder calificar se exige que el notario sea un profesional del Derecho. Solo alguien, experto en temas jurídicos, puede determinar el negocio, acto o hecho jurídico que se pretende instrumentar por los sujetos que requieren de la actuación notarial. Se trata de una operación jurídica que engarza las voluntades de las partes con el fin práctico que ellas persiguen y que permite además "hacer más accesible la aplicación supletoria de la ley" (9).

3. Su ubicación en la topografía instrumental

Según el docto profesor argentino Carlos Emérito GONZÁLEZ la naturaleza y objeto del acto integra lo que él denomina membrete del documento público, a su juicio "heredero directo del antiguo preámbulo que exponía el asunto acompañado de una máxima moral o religiosa" (10).

---

(7) *Vid.* BALLARÍN MARCIAL, Alberto, "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* tomo XXXV, 1996, p. 539.

(8) Al respecto *vid.* CORZO GONZÁLEZ, Lázaro y Rodolfo HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Principios del Derecho Notarial cubano", en *Derecho Notarial,* tomo I, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Félix VARELA, La Habana, 2006, pp. 27-28.

(9) Según MORALES, Francisco de P., *El notariado, su evolución y principios rectores,* Asociación Nacional del Notariado mexicano, México, 1994, p. 110. El autor insiste en que en materia contractual, v.gr., dada la variedad de figuras contractuales reconocidas que pueden ser concertadas por los particulares, corresponde al notario su definición en el texto del instrumento, lo cual ha de ser expresado con claridad a los fines de facilitar su ulterior circulación en el tráfico jurídico (p. 109).

(10) *Vid.* GONZÁLEZ, Carlos Emérito, *Teoría general del instrumento público,* Ediar editores, Buenos Aires, 1953, p. 196.

El artículo 63 del Reglamento notarial (para las escrituras públicas) y el artículo 80 de la propia norma (para las actas notariales) remiten la regulación de la parte relativa al encabezamiento de uno y otro tipo de instrumento, respectivamente (llamada proemio en otros ordenamientos como el mexicano) al artículo 40 de la propia norma, precepto que establece como segundo requerimiento formal que el notario consigne, a continuación del número que le concierne en el protocolo al instrumento (regla de numeración ordinal por fecha), *"el nombre que en derecho le corresponde al acto jurídico; hecho; acto o circunstancia"*. No se trata de una mera denominación caprichosa del notario. Es clara la norma cuando establece que el *nomen* atribuido por el notario, será aquel que se aviene o corresponde en Derecho, conforme con la naturaleza del acto jurídico, hecho, acto o circunstancia instrumentada. El *nomen iuris* tiene trascendencia, como posteriormente explicaré, en la actuación notarial, una buena parte de los controles administrativos y tributarios que lleva el notario exigen la denominación atribuida por él, valga citar entre otros tantos, el libro único de control de asuntos notariales (11) y el índice alfabético (12). En estos últimos, el notario debe consignar el asunto que motiva la intervención notarial, y el nombre definitivamente atribuido, tras la autorización, respectivamente.

Empero, aun cuando en mi experiencia profesional, no he conocido ningún instrumento público, en el que el notario autorizante haya omitido el juicio de calificación relativo al *nomen iuris* de este, su ausencia no es motivo de nulidad instrumental al amparo del artículo 16 de la Ley notarial, que no lo sitúa entre los supuestos que la podrían desencadenar. El contenido del acto, negocio jurídico, hecho o circunstancia, instrumentados, delatan su esencia, razón por la cual, cabría colegir su denominación de lo realmente instrumentado, en consecuencia, la omisión sería colmada con una labor de interpretación que correspondería al destinatario del instrumento público, quien como buen intérprete debería determinar el nombre que en Derecho corresponde, omitido por el notario autorizante, por supuesto si este tiene conocimientos jurídicos. Situación que se agravaría si el destinatario es una persona, lego en Derecho.

---

(11) *Vid*. Instrucción 3/2009 de 30 de octubre, de la directora de registros civiles y notarías del Ministerio de Justicia, apartado SEGUNDO.

(12) Como expresaba González, C. E., *Teoría general…, cit.*, p., 196: "El membrete facilitará la búsqueda del instrumento y la formación de índices".

En el orden formal no se exigen otros requerimientos, si bien, es común que el nombre del instrumento se coloque en mayúscula sostenida, o en negrita, de modo que resalte, a manera de pórtico.

En el Derecho español, algún autor ha afirmado en fecha relativamente reciente que "Aunque es frecuente efectuar la calificación de acto o contrato en el encabezamiento de la escritura pública, porque es más fácil identificar así las escrituras, el artículo 156 RN ubica esta calificación en la parte destinada a la comparecencia, y en la práctica se coloca habitualmente antes de la parte expositiva de la escritura" (13). Otros ordenamientos jurídicos han preferido situarla en el encabezamiento propiamente dicho, aunque no nombren así al atrio del instrumento público. En Puerto Rico, el artículo 15 b) de la Ley notarial incluye el juicio de calificación jurídica atinente al *nomen iuris* del instrumento, tras el cumplimiento de la regla de numeración ordinal por fecha. El Reglamento notarial uruguayo adopta similar posición. A tenor del párrafo primero del artículo 127 toda escritura pública está precedida por un membrete en el que quedan incluidos: el número que le corresponde en el protocolo y su *nomen iuris*, así como los nombres y los apellidos de los otorgantes. En Perú, el artículo 53 del Decreto del Notariado lo fija antes de la introducción de la escritura pública. En tanto, el artículo 74 de la Ley notarial para el Distrito Federal ubica en el margen de la escritura, además del número que le corresponde en el protocolo, su *nomen iuris*. En la doctrina mexicana Carral y de Teresa, a tal fin, expone que la calificación del acto debe mencionarse en la comparecencia, dado que la naturaleza misma del acto es la que decide la intervención del notario, o sea, a partir de la calificación del acto o negocio jurídico, se hace admisible la competencia del notario por razón de la materia (14).

---

(13) Martínez-Gil Vich, Ignacio, "Comentarios al artículo 156 del Reglamento", en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I–*Legislación notarial,* Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 414. Esta posición ha sido también seguida por Arias Giner, A., "Tema 16", en *Derecho…, cit.*, p. 430.

(14) Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y Derecho registra*l, 6.ª edición, Porrúa, México, 1981, p. 157.

4. Contenido mismo del *nomen iuris*: sus particularidades en las escrituras públicas y en las actas notariales

Había expresado que al atribuirle un *nomen iuris* al instrumento público, el notario ofrece un juicio de calificación jurídica que se expresa en una doble dirección: la sustantiva y la instrumental. De ellas la que más trasciende es la primera.

El notario debe delimitar el acto jurídico, negocio, hecho, circunstancia, clasificarlo. Con ello podrá fijar el régimen jurídico que le resultará aplicable. En este sentido, en el ámbito negocial, y concretamente contractual, es posible en algunos casos atribuirle un nombre en Derecho, si obedece a que exista al menos un reconocimiento doctrinario, no así si se trata de un negocio innominado, fruto de una prístina creación de las partes que él intervienen. Y con ello no quisiera limitarme a los contratos, por el reconocimiento doctrinario que tiene la figura de los contratos innominados y atípicos (recordemos que estos pueden ser nominados, cuando la *communis opinio* les ha atribuido un nombre a pesar de no tener recepción en el Derecho positivo, lo cual los lleva a la atipicidad) (15). Tan innominado pudiera resultar un contrato, como un negocio de naturaleza no contractual. De ahí la fórmula que emplea el artículo 41 del Reglamento notarial: *"Si no fuere posible titular el documento notarial con un nombre conocido en derecho, el Notario consignará el que más se ajuste a los derechos y obligaciones que estipulan los interesados y demás circunstancias jurídicamente relevantes que declaren"*. El autor del reglamento está atento a esta situación, y busca una solución alternativa ante los casos en que no hay recogido en el Derecho positivo un nombre concreto para el negocio instrumentado. Lo cierto es que el instrumento notarial hay que titularlo con un nombre, conocido o no en Derecho. Si no lo es, el notario tiene que darle cobertura jurídica, si el acto pasa el test de legalidad. Muchas veces los notarios han convertido sus notarías en laboratorios jurídicos, dando cobertura legal a contratos que no tienen recepción legal y ni siquiera un nombre en Derecho, constituyendo ello un llamado a la necesidad ulterior de una mirada del legislador.

De ahí que, ante la ausencia de un título o nombre reconocido en Derecho, la labor calificadora del notario sea más aguda, tenga más intensidad y cobre mayor protagonismo, no solo por captar instru-

(15) Como nos recuerda MARTÍNEZ-GIL VICH, I. *"Comentarios al…", cit.*, p. 414, "hay que reseñar que una cosa es la atipicidad y otra cosa es que sean contratos innominados".

mentalmente un negocio o acto que aún no tiene tipicidad normativa (en el supuesto de que además sea atípico), sino por la necesidad de darle un *nomen* por el cual el instrumento, a través de su copia, circulará en el tráfico jurídico. Los criterios recogidos en el Reglamento se sitúan en: a) los derechos y obligaciones que estipulen los interesados y b) las demás circunstancias concurrentes relevantes que declaren las partes. Quizás los autores del Reglamento notarial pensaron más en los contratos que en otros actos o negocios jurídicos. No en todos los actos o negocios resultan obligaciones para las partes. Obligación, en sentido estricto, solo se genera en contratos y ciertos actos jurídicos unilaterales, en aquellos ordenamientos en que estos últimos pueden constituir fuentes de las obligaciones, al estar reconocidos así. De los demás actos jurídicos brotan deberes jurídicos, no obligaciones. No obstante, no siempre el término obligación está concebido como sinónimo de débito, o lado pasivo de la relación jurídica obligatoria. Es común que el legislador sitúe el término obligación como sinónimo de deber jurídico, razón por la cual cabría colegir para algunos interpretes que el artículo 41 del Reglamento notarial al hacer referencia a las obligaciones que estipulen los interesados, lo está haciendo en el sentido de deberes jurídicos derivados del acto o negocio jurídico. Precisamente el contenido de los derechos y obligaciones (o deberes jurídicos si se entendiera así), pueden constituir la quintaesencia del acto o negocio instrumentado. De aquel podría destilarse el tipo negocial o de acto jurídico concertado por las partes. Más complejo resulta, sin dudas, recurrir al segundo material probatorio, que se reconoce por la norma, para delimitar el tipo negocial. Me refiero a las demás circunstancias concurrentes relevantes, elemento de pura naturaleza objetiva ¿A qué circunstancias se refiere el autor del Reglamento? ¿En qué sentido son relevantes? ¿Qué es lo que nos permite considerar que las circunstancias concurrentes son relevantes? ¿Es el objeto del negocio? ¿Acaso los motivos exteriorizados? En todo caso, se trata de una operación puramente jurídica, de orfebrería del notario. Este, en razón de su hondo conocimiento del Derecho y de la experiencia acumulada podría atribuir el nombre que en Derecho más se aviniera a la naturaleza del acto, a su propia razón de ser y de existir, buscando siempre los fines prácticos de las partes.

Tratándose de escrituras públicas, es común que en un mismo instrumento tomen cuerpo más de un acto o negocio jurídico interconectados entre sí, digamos en sede sucesoria, aceptaciones de herencias, cesiones de derechos hereditarios, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, condonaciones y adjudicación de la herencia o de

bienes concretos. Es indudable que el notario califica varios actos o negocios jurídicos que mantienen su autonomía, pero que forman parte del algoritmo jurídico que permite el tránsito hacia la adjudicación hereditaria. No cabe duda que si bien cada uno de esos actos puede instrumentarse de modo independiente, ello no tendría razón de ser y multiplicaría el quehacer el notario, además de la erogación del cliente por razón de los aranceles aplicables y los impuestos sobre documentos. Compete al notario la determinación de qué actos o negocios pueden estar en un mismo instrumento, con la consecuencia eso sí, que la calificación de cada uno de ellos tendrá en la aplicación del arancel notarial. En tal caso, se impone el sentido de la lógica y de la racionalidad. Se trata de negocios o actos que incluso podrán tener o no a los mismos protagonistas como comparecientes y que a su vez están interconectados entre sí. Se interrumpirá esta cadena "negocial", *v.gr.,* si el adjudicatario pretendiera vender el inmueble adjudicado, pues para ello tendría que inscribir en el Registro de la Propiedad a su nombre, o en el Registro de Vehículos, si se trata de un vehículo de automotor el bien adjudicado. No acontecería así, sin embargo, si el bien no está sujeto a inscripción. Nada quita que en la propia escritura pública de adjudicación hereditaria, comparezca también el comprador, de modo que una vez adjudicado el bien, se proceda en el mismo instrumento a la venta, si no se utiliza, como resulta más pertinente, el útil expediente de la cesión de derechos hereditarios, evitando así, varias transmisiones del bien en el mismo instrumento. Si ciertamente, ello no es común, nada empece que se autorice. Algo similar acontece en aquellas escrituras públicas que incluyen la división del inmueble y la consiguiente donación de uno de los inmuebles resultantes a favor de un tercero. Tanto el acto de división del inmueble como el contrato de donación quedarían corporificados en un mismo instrumento público.

Sobre este particular, ya en los umbrales del siglo XX, SANCHO TELLO Y BURGUETE, exponía en España que nada impedía la concentración en un mismo instrumento público de varios contratos, dado que "Ni por la legislación notarial, ni por la hipotecaria en sus relaciones con aquella se sanciona con nulidad la inserción de dos ó más contratos en una misma escritura; y aun cuando por la del timbre del Estado se halla prohibido insertar más de un instrumento en un pliego, este caso es distinto y no tiene con el que examinamos la relación por algunos pretendida; la disposición fiscal se refiere á la de varios contratos en un instrumento: dos escrituras no pueden extenderse en un mismo pliego de papel, aun cuando una ocupara sólo materialmente la cuarta parte del pliego; pero dos ó más contratos sí pueden hacerse en una misma

escritura" (16). Tómese en consideración que cuando SANCHO-TELLO habla de contratos, hay que entenderlo aplicable *mutatis mutandi*, a cualquier otro acto o negocio jurídico, siempre que: a) se trate de los mismos comparecientes, o al menos de uno de ellos, b) haya un fin práctico o común en los actos o negocios instrumentados y c) no exista prohibición legal al respecto. Tampoco se requiere que los actos o negocios jurídicos que se corporifiquen en un mismo instrumento tengan igual o similar naturaleza. Así, un negocio jurídico unilateral puede instrumentarse conjuntamente con un contrato. Por lo que es dable, tras la aceptación de la herencia por los llamados a la sucesión, negocio jurídico unilateral por excelencia, que los herederos cedan los derechos hereditarios a través de un contrato de cesión de derechos hereditarios y todo ello en el mismo instrumento público.

Nada priva tampoco que en un mismo instrumento se incluyan varias hechos o circunstancias que por su diversa naturaleza constituyen distintos tipos de actas notariales, lo que sí que debe quedar claro en el objeto del requerimiento que debe aceptar el notario, previa determinación de su licitud, esto es que el requirente le exprese al notario cuáles son los hechos respecto de los que se requiere su constatación. En un mismo instrumento público podrían quedar comprendidos un juicio de notoriedad y un juicio subsanatorio de errores y omisiones de otro instrumento público precedente, autorizado este último por el mismo notario o por otro. A fin de cuentas se trataría de dos juicios de calificación jurídica. Pero digo más, ni tan siquiera se trata de que las actas tengan similar naturaleza como sucede con las de notoriedad y las subsanatorias que doctrinalmente se ubican en las de calificación jurídica, pudiera instrumentarse un acta de presencia y una subsanatoria, en un mismo instrumento público, formalmente concebido, solo ello a guisa de ejemplo. Reitero, compete al notario determinar el nexo que vincula los hechos que pretende el requirente sean constatados, por existir un común interés en ellos, y estar legitimado para su solicitud, pues precisamente la ausencia de legitimación para la constatación de un determinado hecho, pudiera dar al traste con esa pretensión acumulativa (17).

---

(16) *Vid.* SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente, *Derecho Notarial de España,* Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 133-134. Con igual parecer PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Derecho…, cit.,* p. 240.

(17) Así, *v.gr.,* cualquier persona no puede interesar la promoción de un acta de declaración de herederos, ni de notoriedad, ni de subsanación de errores y omisiones (*vid.* respectivamente los artículos 106 a), 103 a), y 105, primer párrafo, todos del Reglamento notarial). Son actas que por su propia naturaleza requieren que se pruebe la legitimación del requirente.

El *nomen iuris* atribuido ha de ser el que corresponde en Derecho, a partir de su tipicidad normativa. El artículo 85 del Reglamento notarial, *v.gr.*, regula los distintos tipos de actas notariales. Así, en sede de actas, es común que el notario se limite a nombrarlas a partir de la calificación legal contenida en dicho artículo, pero nada quita que el notario quiera ir más allá y no limitarse a calificar el tipo de acta notarial que corresponde, sino a delimitar el objeto mismo del acta notarial, con la incidencia que puede tener para la calificación atribuida. Por ejemplo, en el supuesto de las actas de notoriedad, es lo más habitual que el notario se limita a atribuirle el *nomen iuris* que corresponde al acta en especie en cuestión, siendo suficiente con nombrarla como acta de notoriedad, pero son muy variados los supuestos de notoriedad que se les pide al notario calificar. Así, la notoriedad para constatar el plazo que establece la ley para tener por aceptada la herencia, y con ello adquirida la condición de heredero, bajo la presunción *iuris et de iure* prevista en el artículo 527.2 del Código Civil, a partir de los efectos del silencio del llamado a la sucesión durante el plazo establecido *ex lege*, o el plazo de caducidad de un año que establece el artículo 40 del Código de Familia, contado desde la disolución del vínculo matrimonial para entender adquiridos por ministerio de la ley los bienes muebles, tras acreditar la posesión ininterrumpida durante tal plazo por uno de los excónyuges, o la identidad de una persona, conocida socialmente con otra identidad, distinta de la que obra en sus documentos oficiales. Igualmente, el acta de manifestaciones, puede ser de manifestaciones de testigos, de peritos, o de otros terceros, dentro de las actas de presencia, se incluyen las de fe de existencia, y a su vez estas pueden ser de personas o de cosas. En fin, el notario puede limitarse a denominar el acta a partir del tipo o especie de que se trate, o ir más allá, indicando a través del *nomen iuris* sobre qué versa el contenido del acta, yendo hasta su más pulcra calificación que permita a su destinatario con facilidad saber de qué va el instrumento.

No obstante, no puede olvidarse que el autor del Reglamento notarial concibe en el artículo 85 j) la posibilidad de que el notario autorice otros tipos de actas que no tienen expresa recepción en los incisos anteriores, a modo de supuesto residual, en el que pudieran encontrar cobija legal todas las demás actas notariales que no tributan directamente en ninguno de los supuestos reconocidos en el propio artículo, pero que la vida pueda llevar a la necesidad de su instrumentación. En estos casos esa labor de orfebrería notarial resaltaría pues habría que atribuir el nombre más adecuado a Derecho al acta que se pretende autorizar. Tómese en cuenta que se trataría de

un acta que por su naturaleza no calificaría en ninguna de las especies de actas que el Reglamento notarial reconoce. No me refiero al contenido mismo de una de esas especies de acta tipificadas en el Reglamento notarial, sino a un acta de naturaleza, instrumentalmente hablando, distinta.

En sede de escrituras públicas la cuestión tiene aún más relevancia. Ningún notario se limitaría a atribuir como *nomen iuris* de una escritura, la clasificación instrumental, a saber: escritura pública constitutiva o recognoscitiva. En materia de escrituras públicas, juega un rol más importante la calificación sustantiva, o sea, sobre qué acto o negocio jurídico concreto versa el instrumento. Y en tal sentido apuntan los artículos 40 y 41 del Reglamento notarial. El primero para los supuestos de actos o negocios nominados, y el segundo por los de naturaleza innominada, y no necesariamente atípica, pues esta responde más al no reconocimiento legislativo, que a la atribución de un *nomen* que puede ser doctrinario, sin que en el Derecho vigente sea reconocido.

Por tal motivo, la calificación jurídica del notario en el caso de las escrituras públicas ha de ser el resultado de su pericia técnica. Se impone un juicio equilibrado, basado en la experiencia científica y en el conocimiento que del Derecho tenga el notario. En casos de situaciones atípicas e innominadas, deberá el notario atribuir un nombre al instrumento, coincidente con la naturaleza de cada acto o negocio instrumentado, porque uno de los extremos que prueba el instrumento público es el propio acto o negocio que se corporifica en él. No confundamos la excepcionalidad del instrumento, por su poca probabilidad de autorización, con la ausencia de un *nomen iuris* doctrinalmente conocido. *Vid*. a guisa de ejemplo, los actuales actos de autoprotección. El ordenamiento jurídico cubano no tiene explícitamente regulados los actos de autoprotección, si bien en algunos ordenamientos jurídicos como el argentino, el peruano o el español, estos están concebidos (en una mayor o menor dimensión). Empero, su no regulación en una norma concreta del Derecho patrio, no priva a los sujetos interesados en ellos que puedan manifestar su voluntad con la confianza y garantía que ofrece la actuación notarial, la autonomía de la voluntad, así lo permite. Al no tener un *nomen iuris* concreto, cabría que el notario les ofreciera el que más se aviene a su naturaleza, de ahí que algunos instrumentos ya autorizados en suelo patrio hayan sido bautizados en la "pila notarial" como actos de autoprotección (formulación más genérica), estipulaciones y previsiones sobre la propia incapacidad, autotutela, entre otros.

5. ¿Es rectificable el *nomen iuris* en sede judicial? ¿Y en sede registral?

Ciertamente, el juicio de calificación en que consiste la atribución de un *nomen iuris* a un documento público notarial es perfectamente rectificable, pues como juicio o aseveración notarial, no tiene más valor que el ser una fuerte presunción *iuris tantum*, pues dada la autoridad profesional, por la pericia técnica de quien lo da, se entiende que el nombre atribuido es el que corresponde en Derecho. Pero el notario puede errar. He conocido en varias ocasiones nombres inadecuadamente atribuidos, unos en mayor proporción que otros. En algunos casos se trata de atribución incompleta, en otros, la dada es confusa o ambigua. Durante años en nuestro país a las escrituras contentivas de negocios autorizativos, en supuestos de situaciones de cotitularidad, o en razón del ejercicio de alguna autoridad como la parental, se les denominó consentimiento, término que en Derecho evoca otros significados, ninguno relacionado con el negocio mismo de autorización para disponer o enajenar un bien común o habilitar a un menor para residir en el exterior o viajar a un tercer país. Igualmente se ha calificado de aceptación de la herencia, como si fuere una manifestación expresa de voluntad, a supuestos en los que por notoriedad el notario público ha podido calificar una situación de silencio del llamado a la sucesión dentro del plazo concedido por ley para renunciar a la herencia (*vid*. artículo 527.2 del Código Civil), de modo que ha sido el legislador quien ha considerado aceptada la herencia. También he conocido instrumentos en los que el notario ha calificado al poder como especial, cuando en realidad es general.

A mi juicio, le es dable al tribunal rectificar el *nomen iuris* atribuido por el notario, para lo cual puede o no pronunciarse expresamente en la sentencia o auto judicial que dicte. Lo que importa es el acto o negocio jurídico verdaderamente concertado, con independencia del nombre que le haya atribuido el notario (18). El error en la calificación no

(18) Criterio que se comparte con Pérez Fernández del Castillo, B., *Derecho…, cit.*, p. 240, para quien "El nombre califica al acto, pero su contenido lo determina". En tal sentido se apoya en los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la federación que parte de la tesis de que lo importante no es el nombre que se le dé al contrato (lo cual –opino–, pudiera extenderse a otros actos o negocios jurídicos), sino la voluntad interna de las partes, el contenido del contrato.

Algún comentarista del Código Civil argentino, que en su artículo 1001 regula lo concerniente al *nomen iuris* del acto, con las expresiones naturaleza y objeto

conlleva a la nulidad del documento (19), tampoco hay que solicitarle al tribunal que rectifique el *nomen* atribuido por el notario, se dice, no sin razón, que "el error en la calificación o la omisión de ésta, no tiene

---

del acto, dice con toda razón que "Igualmente, y más allá de las declaraciones de las partes en la escritura pública que deben estar para que la escritura sea válida, la calificación jurídica dependerá de la realidad más que de la declaración". *Vid.* FISSORE, Diego, "Comentarios al artículo 1001", en *Código Civil comentado- Hechos y actos jurídicos (artículos 896 a 1065)*, Julio CÉSAR RIVERA y Graciela MEDINA (directores), RUBINZAL CULZONI, Buenos Aires, s. f., p. 584.

Aun cuando no se trata de casos de contratos instrumentados en documentos públicos notariales, en torno a la calificación del contrato o atribución de su *nomen iuris* por las partes, la jurisprudencia foránea es conteste en que lo que prevalece es el contenido y no el *nomen* atribuido. Por supuesto, si este fue dado por el notario, hay una menor probabilidad de que no se ajuste a su contenido.

A modo de ejemplo: la Audiencia Provincial de Cantabria, España, ha dejado dicho en su sentencia de 12 de mayo de 1999 (Ref. *El Derecho 1999/19793)*, que: *" (...) la 'causa petendi' no es configurada por el 'nomen iuris' que las partes den a un determinado contrato, ni la calificación de éste conforme a Derecho por el Juez en forma distinta a la sostenida por las partes supone necesariamente un cambio en ella, pues los contratos son lo que son con independencia de la calificación que les atribuyan las partes y la denominación que empleen para referirse a ellos, y en el presente caso, el derecho invocado para fundar la pretensión no es la regulación concreta del usufructo o del contrato de renta vitalicia, sino la normativa general sobre los contratos y obligaciones habida cuenta de que lo pactado ya se expresaba en la demanda como un contrato de perfiles propios y atípicos en lo que a este punto se refiere"*. Similar posición han asumido los tribunales argentinos: *"En la interpretación de los contratos no hay que atender tanto a la denominación que le dieron las partes como a la esencia y a la naturaleza de la convención realizada"* (CcivComLab y Paz Letrada Curuzú Cuatiá, 10/8/95, DJ, 1995-2-1134). Según refieren GHERSI, Carlos Alberto, *et al.*, *Contratos civiles y comerciales,* 4.ª edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 260.

(19) Más polémico resulta el supuesto en que el notario incurre en error de calificación en el plano continental o del instrumento, o sea, al momento de calificar el instrumento que corresponde según la naturaleza jurídica del contenido a instrumentar, ello por el principio de respeto a las formas instrumentales superiores, a cuyo tenor puede ser contenido de una escritura pública lo que corresponde a un acta notarial, no así viceversa, pues en tales circunstancias, pudiera el negocio o acto jurídico documentado por acta carecer de los presupuestos esenciales para su validez, *v.gr.,* la ausencia de otorgamiento en las actas, compromete la validez del negocio instrumentado por vía de acta notarial. Si bien no se trata del *nomen iuris* propiamente dicho, pues se incurriría en grave error de calificación del tipo instrumental. Un caso de esta naturaleza fue el fallado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia Núm. 336 de 29 de octubre de 2010 (ponente ACOSTA RICART), que ratificó la sentencia del tribunal a quo. El recurrente le imputaba a la sala de instancia que no debía rectificar o variar el tipo instrumental, cuando a su juicio el notario había calificado de acta notarial, y no de escritura pública, el reservorio documental en el que se contenía un negocio jurídico de renuncia a la herencia, dada la consecuencia que en Derecho ello conlleva, entre otras cuestiones para la aplicación del régimen jurídico de la nulidad del acto o negocio, contenido en los

en principio mayor trascendencia jurídica" (20). "Dése a la escritura una denominación acertada o errónea, el contenido de ella y su subsiguiente eficacia, no sufren mengua alguna" (21). *V.gr.*, en el supuesto de que el notario haya calificado como compraventa una permuta, es lógico que las partes tendrán que comportarse en el proceso como lo que son, a saber: permutantes y no podrán reclamar el precio no entregado, si ciertamente del contenido del contrato y de las obligaciones derivadas para las partes, no hay dudas que el contrato concertado es el de permuta, aunque erróneamente el notario la haya calificado de compraventa (22). El tribunal al estudiar la escritura pública, o el acta notarial, puede rectificar la calificación dada por el notario, en el sen-

---

artículos 67 y 68 del Código Civil, no extensible a las actas notariales. En derredor de este argumento desarrolla el recurrente los distintos motivos del recurso de casación establecido. La sala de casación combate los argumentos sobre la base de que: *"… si se procede a la valoración de la prueba de referencia* (documental) *con arreglo a los principios de la razón y la ciencia (…), tendríamos en primer lugar que señalar que en el caso específico el fedatario actuante no hace referencia expresa a la denominación del referido instrumento, advirtiéndose que incurre la parte inconforme en inexcusable error pues no puede desconocer que mientras que la escritura es el documento público notarial redactado y autorizado por notario, cuyo contenido es un acto o negocio jurídico o manifestación de voluntad, capaz de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los interesados en el mismo, está por ello precisamente dentro de los negocios que deben constar en escritura la cesión, repudiación o renuncia de los derechos hereditarios; por lo que resulta carente de fundamento la imputación contenida en el presente motivo que por tal razón ha de rechazarse"* (segundo Considerando). No obstante, razones ajenas a la calificación misma del documento, dieron al traste desde la instancia con la eficacia de la renuncia instrumentada. Empero, en el tercer Considerando, si bien el tribunal no da relevancia a los argumentos esgrimidos a los fines casacionales de ese caso, dado que la renuncia había sido declarada nula por el tribunal a quo, deja entrever –a mi juicio a modo de *obíter dictum*–, que ello *"no sería más que otro elemento para justificar su ineficacia"*.

(20) *Vid.* Arias Giner, A., "Tema 16", en *Derecho…, cit.*, p. 431.

(21) *Vid.* Giménez Arnau, E., *Derecho…, cit.*, p. 532. El propio autor cita con una posición discrepante a Ávila, quien llama la atención en lo trascendente que puede resultar un error de calificación por parte del notario del acto o negocio jurídico instrumentado, sobre todo cuando se trata de negocios con naturaleza mixta, es decir, que cabalgan entre distintos tipos negociales, nominados en Derecho, dado que el error de calificación pudiera acarrear la aplicación de normas legales, no queridas por las partes.

(22) Se aclara en este ejemplo que se trata de un error en el juicio de calificación notarial, y no de un supuesto de simulación relativa o absoluta, cuyo régimen jurídico es diametralmente distinto, con la sanción prevista en el artículo 67 incisos f) y g) del Código Civil. En este caso para las partes está claro que concertaron una permuta, no hay un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad interna y la declarada, sino un error por parte del notario al atribuirle al instrumento el *nomen iuris*.

tido de aplicar como fundamento de derecho para la solución del conflicto las normas jurídicas atinentes al verdadero negocio o acto instrumentado y no al que erróneamente hace alusión el *nomen* atribuido por el notario. Similar puede acontecer con el registrador de la propiedad, su rectificación sería dada en la calificación registral que le compete. Si bien, la normativa vigente no se refiere con especial detenimiento a la calificación del notario relativa al *nomen iuris* del instrumento, según el dictado del apartado TERCERO de la Resolución 270/2011 de 31 de octubre, de la Ministra de Justicia, *"el Registrador califica bajo su responsabilidad, los aspectos formales, la validez y eficacia de los actos contenidos en el título"*. Y para poder calibrar su validez y eficacia, tiene primero que determinar si la calificación jurídica dada por el notario de su *nomen iuris,* es acertada. Terreno más discutible es si ante el error de calificación jurídica del notario, corresponde la inscripción del título, o se hace necesario que ello sea enmendado por el notario, a los efectos de su inscripción, esto es, ¿impide el acceso del título al Registro de la Propiedad cuando el notario ha calificado inadecuadamente los actos o negocios jurídicos contenidos en la escritura pública? En tales circunstancias, el registrador pudiera (y queda en el terreno de las hipótesis) interesar la subsanación del *nomen iuris* al concebirlo como una formalidad del instrumento, a su juicio quebrantada. No obstante, en la doctrina española Arias Giner considera que un *nomen iuris* correcto no es un requisito para la inscripción del documento (23), mientras que Giménez-Arnau razona que se trata de un fallo técnico sin trascendencia (24).

6. El *nomen iuris* del instrumento y el arancel notarial

Entre los efectos más importantes que tiene la determinación del *nomen iuris* de un instrumento público, en el contexto del Derecho cubano se sitúa su repercusión en vía arancelaria. Sobre el particular

(23) Arias Giner, A., "Tema 16", en *Derecho…, cit.,* p. 430.

(24) Giménez Arnau, E., *Derecho…, cit.,* pp. 532-533. Incluso expresa que si bien desde el punto de vista reglamentario hay que consignar la calificación del acto o contrato con el nombre conocido en Derecho que tenga, al amparo (en aquel entonces del artículo 156.9.º), "el incumplimiento de este requisito quebrantaría normas de *bien hacer,* pero sin producir la ineficacia del instrumento". Tal error, si bien no contribuirá a prestigiar al notario "se tratará, aún en los casos más graves de calificación desafortunada (…), de un fallo técnico sin trascendencia (…)".

se pronunció la Dirección de Registros Civiles y Notarías, a través de su dictamen núm. 1/2003 de 19 de marzo al cual remito (25), y en el que se esclarece la necesidad de que no se confundan los efectos jurídicos con la naturaleza del acto, así, aunque no lo dice expresamente el dictamen, sería erróneo incluir en el título de un documento público notarial, la extinción de la copropiedad, si ello es solo efecto de la cesión de participación operada. En tal caso el único acto contenido en el instrumento es la cesión de participación, el que la copropiedad se extinga como consecuencia de esa cesión, es un efecto jurídico, muy importante eso sí, pero no es causa, sino efecto, motivo por el cual no puede ser calificado y mucho menos gravar al cliente con el pago de un arancel más elevado.

La Resolución Núm. 130/1998 de 9 de diciembre, regula los aranceles notariales. Estos están fijados sobre la base de la calificación dada por el notario a cada escritura pública y acta notarial que autorice, a tal punto que cuando los actos, negocios, hechos o circunstancias instrumentados, no tengan un *nomen iuris* conocido en Derecho, clasifican como otras escrituras u otras actas, y sobre esa base se fija el arancel notarial a pagar.

Es dable apuntar en este sentido que si bien nada se dice al respecto, puede que en un instrumento público obren varios actos o negocios jurídicos de la misma naturaleza, de tal manera que, de darse esta situación, el notario debería consignar en el título o nombre del instrumento el número plural. *V.gr.,* si todos los herederos ceden los derechos hereditarios a favor de uno, no hay una sola cesión de derechos hereditarios, sino habrán tantas cesiones de derechos hereditarios, como herederos hayan, todas tendrán en común el mismo sujeto cesionario, aunque el cedente cambie de una a otra. Sería un error en tal caso, que el notario nombrara en singular "cesión de derechos hereditarios". El arancel aplicable sería en este caso el correspondiente al número de cesiones operadas. Y ello, tómese solo a modo de ejemplo. Algo similar puede suceder con la condonación o con la aceptación de herencia, en este último caso se protagoniza un acto de aceptación (si es expresa) en cada uno de los llamados, que es independiente del otro, pues la aceptación es una acto individual. En dichas circunstancias habrá tantas aceptaciones como llamados existan a la sucesión. Podría aceptar cada uno en un instrumento independiente, o todos en un mis-

(25) *Vid.* en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Juliett ALMAGUER MONTERO y Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ, *Compilación de Derecho Notarial*, Félix VARELA, La Habana, 2007, pp. 112-114.

mo instrumento, previo a la adjudicación, o en la propia partición y adjudicación hereditarias. Igual reflejo debería tener este caso en el cobro del arancel notarial.

A diferencia del reglamento notarial uruguayo, el nuestro no permite sintetizar el nombre o título del instrumento con expresiones como "y otros", para referirse al resto de los actos o negocios corporificados en un mismo instrumento (26). Todos los actos y negocios instrumentados, o los hechos constatables, deben ser nominados en el documento que corresponde. Todos tienen igual importancia. Si bien no hay reglas de prelación, el orden lógico en que se narran los actos o negocios jurídicos, es el que impone la secuencia en que deben ser consignados. El instrumento público se redacta siguiendo un estricto orden lógico, el cual se impone *per se* (27). A él se debe atener el notario. *V.gr.,* tras las aceptación de una herencia, corresponde la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, y no al revés pues el cónyuge *supérstite* tiene que entenderse en la liquidación con los herederos, y estos no lo son en el sistema sucesorio nuestro, hasta que no acepten (*vid*. artículo 207.1 del Código Civil). Solo liquidada la comunidad matrimonial de bienes es que puede determinarse a cuánto asciende el monto del caudal hereditario repartible entre los herederos (en el entendido de que a los bienes propios del causante se le suman la mitad de los de naturaleza comunitaria). No es posible tampoco donar, vender, uno de los inmuebles resultantes de una división o segregación, hasta que aquella no se practique (28). Y en ese mismo orden debe ser narrado en el instrumento. Si a consecuencia de una delación

---

(26) En efecto, el Reglamento notarial uruguayo, en posición diría que bastante *sui géneris*, establece que *"Cuando los actos fuesen varios, bastará con designar uno de ellos agregándole 'y otro' o 'y otros' (ejemplo: compraventa y arrendamiento, podrá ponerse 'compraventa y otro')"*.

(27) En este orden se impone el estudio del dictamen número 2/2010, de 12 de febrero de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, sobre la aceptación de la herencia y su calificación instrumental, en cuyo apartado CUARTO se expresa: *"es dable expresar que la aceptación debe preceder en la calificación notarial, a cualquier otro acto posterior, pues el nomen iuris atribuido al documento público debe ser fiel expresión de los hechos o actos contenidos en él, en el mismo orden en que se describen, lo cual debe obedecer a los principios de la lógica jurídica"*.

(28) No perdamos de vista que en el ordenamiento jurídico cubano, una persona no puede ser titular de más de una vivienda de residencia permanente (*vid*. artículo 2 de la Ley General de la Vivienda). Por ese motivo tendría que desprenderse de una de ellas. Cabría en tal circunstancia también la permuta, pero siempre que por este acto no adquiera la propiedad de otra vivienda de residencia permanente.

hereditaria conjunta, varios de los llamados aceptan la herencia y esta se concreta sobre un inmueble, se constituye así una situación jurídica de copropiedad por cuotas indivisas. Y en ese mismo orden lógico es que se deben calificar los actos o negocios instrumentados.

7. El *nomen iuris* y su reflejo en la dinámica instrumental: la adecuación del acto o negocio instrumentado a los verdaderos fines de las partes

La determinación del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico o del hecho constatado es una compleja operación jurídica, solo posible en la medida en que el notario es capaz de volcar, sobre todo en materia de escritura pública, las declaraciones de voluntad de los comparecientes y adecuarlas al ordenamiento jurídico.

La determinación del *nomen iuris* es esencial: para el juicio de capacidad y para el de legitimación que del compareciente da el notario. En efecto, el juicio notarial de capacidad está en relación directa con el acto o negocio jurídico a instrumentar. Se trata, no de la capacidad jurídica que en principio, se alcanza con la mayoría de edad o con la emancipación del menor por matrimonio (*vid*. artículo 29 del Código Civil), sino de la capacidad de obrar para el acto en concreto y vinculado con ello la legitimación del sujeto para actuar, de ahí, *v.gr.*, la calificación notarial de las facultades conferidas por el poderdante al apoderado en el negocio representativo. Este podrá concluirse conforme con dichas facultades, primero, siempre que el negocio o derecho a ejercitar no tengan naturaleza personalísima y, segundo, si está dentro del alcance de las facultades, a menos que, tratándose de un negocio jurídico que conforme con su naturaleza sea posible, se concluya de modo irregular, supeditado a la ratificación posterior del *dominus negotii* (según las prescripciones del artículo 420 del Código Civil). No es igual para un notario la autorización de una escritura pública de testamento, negocio jurídico *mortis causa* por excelencia, de naturaleza personalísima, que la autorización de una escritura pública sobre contrato de compraventa. En aquel no es posible la representación, ni legal, ni voluntaria, en este, en cambio, sí. La determinación de la naturaleza del acto o negocio jurídico, y en consecuencia, de la atribución de su *nomen iuris*, se torna presupuesto esencial para los juicios notariales a los que he hecho referencia.

La determinación del *nomen iuris* es el resultado, en ocasiones, de aplicar la mayéutica socrática a las partes que buscan empíricamente

un resultado, un efecto jurídico, sin saber el derrotero que tienen que emprender (29). De este modo el acto o negocio jurídico, puede ser concebido en sede notarial, a instancia del mismo notario, cuando las partes no tienen claro el tipo negocial idóneo para provocar el resultado que persiguen (30), ellas "tienen más o menos clara una voluntad práctica o empírica que debe ser configurada jurídicamente, como tal o cual negocio jurídico, típico o atípico, simple, compuesto o complejo" (31). Prevé el artículo 10 inciso ll) de nuestra Ley notarial la labor de asesoramiento del notario, como expediente idóneo para la instrumentación del acto o negocio, realmente querido por las partes. De ahí la previsora fórmula del legislador que le atribuye al notario el deber de *"asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate"*. Es la noción de intérprete o traductor jurídico que del notario nos ofrece CARNELUTTI, de traducir no solamente de la lengua común al lenguaje jurídico (32), en lo que –apunto yo–, la calificación o *nomen iuris* del instrumento juega un significativo papel. "Traducción" a la que alude RODRÍGUEZ ADRADOS cuando expresa que "Esa voluntad primaria ha de ser objeto de *interpretación* por el Notario, e incluso de *integración*, por tratarse normalmente de una voluntad parcial, incompleta, solamente dirigida al efecto práctico fundamental, sin haber previsto otros aspectos, otros planos, que no siempre cabrá considerar secundarios" (33).

En la aplicación notarial del Derecho – denominación dada por CASTÁN TOBEÑAS, tantas veces aludida por VALLET-, tiene un significativo alcance el juicio de derecho que el notario ha de formular, entre cuyos elementos configurativos sitúa el maestro CASTÁN a la "calificación de

(29) *Apud* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., M*etodología de la determinación del Derecho,* II, *Parte sistemática*, Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1112.

(30) Como expone VALLET "se trata no solo de captar la voluntad *consciente* sino también de alumbrar la subconsciente, después de iluminársela al propio sujeto; e incluso, a veces, de alumbrarle lo que, ni siquiera subconscientemente ha sospechado". *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología… II, cit.*, p. 1112.

(31) *Idem.*

(32) CARNELUTTI, Francisco, "La figura jurídica del notariado", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Reus, Madrid, 1954, pp. 17-18.

(33) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado incluso en las relaciones de Derecho internacional privado", en *Escritos Jurídicos, III,* Colegios notariales de España, Madrid, 1996, p. 429.

la naturaleza del acto o contrato objeto de la formulación instrumental; la apreciación de su validez y legalidad; así, como de su expresión o formulación instrumental para que corresponda al legal contenido del acto", apreciaciones que "conducen, como consecuencia lógica, y a modo de conclusión del silogismo que en cierto sentido parece envolver la aplicación del derecho, a las declaraciones que constituyen la 'parte dispositiva', o también 'estipulación' o 'disposición'" que "es el verdadero eje o núcleo de la escritura pública" (34).

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

ARIAS GINER, Antonio, "Tema 16", en *Derecho Notarial*, Joaquín Borrell (coordinador), Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

BALLARÍN MARCIAL, Alberto, "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXV, 1996.

CARNELUTTI, Francisco, "La figura jurídica del notariado", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Reus, Madrid, 1954.

CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho notarial y Derecho registral*, 6.ª edición, Porrúa, México, 1981.

CORZO GONZÁLEZ, Lázaro y Rodolfo HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Principios del Derecho Notarial cubano", en *Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Félix VARELA, La Habana, 2006.

FISSORE, Diego, "Comentarios al artículo 1001", en *Código Civil comentado-Hechos y actos jurídicos (artículos 896 a 1065)*, Julio César RIVERA y Graciela MEDINA (directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, s. f..

GHERSI, CARLOS ALBERTO, *et al.*, *Contratos civiles y comerciales,* 4.ª edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito, *Teoría general del instrumento público*, Ediar editores, Buenos Aires, 1953;

MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, "Comentarios al artículo 156 del Reglamento", en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I-*Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007.

(34) CASTÁN TOBEÑAS, *cit. pos Vallet de Goytisolo*, J. B., *Metodología… II, cit.*, p. 1136.

MORALES, Francisco de P., *El notariado, su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado mexicano, México, 1994.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, Núms. I–II, julio–diciembre 1953; *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 6.ª edición, Porrúa, México, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado incluso en las relaciones de Derecho internacional privado", en *Escritos Jurídicos*, III, Colegios notariales de España, Madrid, 1996.

SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente, *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.

TITO PUCA, Carlos Ricardo, *Comentarios al Decreto Legislativo 1049–Decreto del Notariado*, Gaceta notarial, Lima, 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Metodología de la determinación del Derecho,* II, *Parte sistemática*, Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Julliet ALMAGUER MONTERO y Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ (compiladores) *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007;

Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Núm. 404(1)/2000 de 15 de junio y su Reglamento, Decreto Núm. 1624/2000 de 22 de septiembre, ambos en http://www.colegio-escribanos.org.ar/, consultada el 22 de abril del 2013; Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 de 20 de junio, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril del 2013.

Código Notarial de Costa Rica, Ley Núm. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Hermán MORA VARGAS y Jaime WEISLEDER WEISLEDER, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999; *Código del Notariado de Guatemala*, Decreto Núm. 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003.

Ley Notarial de Puerto Rico, Ley No. 75/1987 de 2 de julio, en http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm, consultada el día 22 de abril del 2013; Ley del Notariado de la República Dominicana, Ley No. 301/1964 de 18 de junio, en http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html, consultada el 14 de junio del 2013; Ley Orgánica Notarial

de Uruguay, Decreto-Ley Núm. 1421, de 31 de diciembre de 1878 y su Reglamento, contenido en la Acordada Núm. 7533 de 22 de octubre de 2004, en formato pdf.

PROPUESTAS PARA UNA CORRECTA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO

(El proyecto de Código Civil y Comercial)

LUIS R. LLORENS
ALICIA B. RAJMIL
Escribanos públicos. Argentina

"A fin de cuentas, ningún Estado, ni siquiera aquellos que se proclaman absolutamente laicos, podrían mantenerse sin impulsar cierto número de creencias fundantes que escapan de toda demostración experimental y que determinan su manera de ser y de actuar. Así como la libertad de palabra y la posibilidad de comunicarse no tendrían lugar sin el dogmatismo de la lengua, los hombres no podrían vivir en libertad y en buenas relaciones sin el dogmatismo del Derecho." (1)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Antecedentes. **A)** El régimen de Vélez Sársfield. **B)** La "Reforma" de 1968. **C)** La Convención Internacional de los Derechos del Niño. La ley nacional 26.061. **D)** La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ley 26.657. **III.** El proyecto de Código civil y comercial. **A)** Capacidad de derecho. **B)** Capacidad de ejercicio. **C)** Capacidad de ejercicio de los menores de edad. **D)** Restricciones a la capacidad de obrar de los mayores de edad con deficiencias mentales o intelectuales. **E)** Representación y asistencia en la tutela y curatela. **F)** Las directivas anticipadas. **G)** Restricciones a la capacidad de obrar de los mayores de edad con deficiencias sensoriales. **H)** La "regulación" del discernimiento. **IV.** Propuestas.

---

(1) Supiot, Alain. "Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho". Siglo veintiuno editores. 2.° ed. Buenos Aires. 2012. P. 18/19.

I. Introducción

El cientificismo moderno pretende someter el Derecho a los postulados del cálculo matemático, al utilitarismo de las ciencias duras y al de la economía, lo que a todas luces es absurdo. Tal como reza la precedente cita de SUPIOT, toda organización jurídica parte de ciertas creencias fundantes que la sustentan.

Los dogmas y presupuestos vigentes en la segunda mitad del siglo XIX iluminaron la magna obra de la codificación velezana. Durante el siglo XX muchos intentos se hicieron por sustituirla. Todos ellos fracasaron, a nuestro entender, por no tener en claro por múltiples razones, tanto los autores como la sociedad del momento, cuáles eran esos dogmas y presupuestos fundantes sobre los que debía construirse un nuevo código civil.

Ante la nueva propuesta escrita por la comisión formada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, que se encuentra actualmente en tratamiento en el Congreso de la Nación, entendemos que es necesario analizar cuáles son los paradigmas que guían esa propuesta y si ellos se adecuan a los de la sociedad y si son comprendidos por los operadores del derecho.

En tal sentido, observamos que en determinados temas, como los vinculados con el comienzo de la vida o con los de la familia, no están claros en la sociedad. En cambio, en materia de capacidad y de discernimiento de las personas físicas, al parecer, ellos no lo están entre los operadores del derecho, quienes observan con desconcierto los nuevos e irreprochables postulados que emanan de las convenciones internacionales. No ven cómo diseñar un sistema acorde a ellos y que, al mismo tiempo, resulte funcional a la seguridad del tráfico jurídico.

Por tal motivo, y con ánimo de hallar las claves de ese desconcierto, resumiremos brevemente el régimen velezano y las sucesivas y profundas modificaciones que se le introdujeron a través de su vigencia, para analizar finalmente las normas proyectadas en la materia.

Quizás, la más importante de todas las reformas introducidas al régimen velezano fue la eliminación de las restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, tema que dejaremos de lado por hallarse solucionado y fuera de discusión.

Aclaramos también, como postulado previo, que, siguiendo a LLAMBÍAS (2), entendemos a la capacidad de obrar como una categoría jurídi-

(2) "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado

ca y a la existencia de discernimiento y sus grados como una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar.

Lo dicho, que parece obvio, es muchas veces olvidado por el operador jurídico y por el legislador (3); y, según veremos, ese olvido nos parece pieza clave en la perplejidad que suelen generar los nuevos dogmas introducidos por las convenciones internacionales.

Destacamos así que la ley prevé institutos completamente separados del régimen de capacidad para proteger a los mayores que, sin estar declarados "dementes" o inhabilitados, pudieran llegar a otorgar un acto jurídico sin comprenderlo debidamente.

Quienes carecen del atributo del discernimiento (por su falta de madurez o por su discapacidad intelectual) no otorgan negocios jurídicos válidos, pues la consecuencia de esa falta de discernimiento es su anulación (arts. 897, 900, 921, 1045 CC.) Si bien aquí el vicio sólo puede ser demandado por el perjudicado o sus representantes, al igual que en el supuesto de falta de capacidad (se habla así de nulidad o anulabilidad relativa), no se trata ya de un acto "nulo" sino "anulable". Es el juez (y no la ley) el que debe considerar y sopesar la existencia del vicio al tiempo del otorgamiento del acto, a diferencia de lo que ocurre con las falencias en materia de capacidad, que originan actos "nulos" (art. 1044 CC).

II. Antecedentes

A) El régimen de Vélez Sársfield

Por conocido, no vamos a repetir acá el análisis del régimen de capacidad en materia de menores instituido por Vélez Sársfield. Bas-

---

emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental", pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces" Voto del doctor Jorge Joaquín Llambías en autos " M. de H. de A., M. L. y otros c. R., A. y otros", CNCiv., sala A, septiembre 20-1960, La Ley, 101-232. Sobre el tema, ver: Zannoni, Eduardo A. "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos". Ed. Astrea. Buenos Aires 2004, 3ra. reimpresión. P. 243, quien afirma: "He aquí la fuente inicial de equívocos"

(3) Ejs. art. 1045 C C: "Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón,.. " Art. 174 inc. 2.° C. Penal: "Sufrirá prisión de 2 a 6 años (…) 2.° El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, …"

ta a los fines de este trabajo indicar que, al igual que en materia de mayores con deficiencias intelectuales, era de carácter rígido: Por ejemplo, la mayoría de edad se cumplía, y se cumple aún en la actualidad, el día en que se alcanza la edad postulada. Ni antes, ni después. (Art. 126 CC)

Esa rigidez imperaba también en materia de mayores con deficiencias intelectuales: O se era capaz, o se era incapaz.

Si bien en materia de minoridad existían algunas escasas posibilidades de obrar para los menores, todas ellas estrictamente tasadas por la ley, en ambos casos (menores y mayores con deficiencias intelectuales) se los transformaba en un objeto digno de protección pero carente de su calidad de persona: su opinión carecía de importancia alguna. (4)

B) La "Reforma" de 1968

El Decreto-Ley 17.711/1968 introdujo importantes cambios, que atenuaron en varios aspectos el régimen tan rígido.

En cuanto a menores redujo la edad para alcanzar la mayoría de edad en un año (de 22 años a 21) e introdujo la emancipación dativa a partir de los 18 años (art. 131). La reforma flexibilizó además el régimen al permitir a los mayores de 18 años celebrar contrato de trabajo y disponer y administrar libremente del producto de ese trabajo. Igual derecho concedió a los menores (sin limitación de edad) que obtuvieran título habilitante. Sin embargo en el artículo 55 estableció como regla general la incapacidad del menor adulto para el ejercicio de sus derechos, al disponer que:"Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar" (5).

En materia de mayores introdujo el art. 152 bis que contempla especialmente la situación de los que padecen embriaguez o uso de estupefacientes, la de los disminuidos en sus facultades "sin llegar al

(4) "Art. 274: Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, (…) y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración (…)" "Art. 411. El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad" (Aplicable al régimen de la curatela conf. art. 475). Curiosamente, ninguno ha sido derogado o modificado.

(5) El derogado artículo 55 establecía que los menores adultos eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos, con lo cual estas limitaciones constituían excepciones a su capacidad.

supuesto previsto en el art. 141" y a los pródigos, cuando por esa situación expongan a su familia a la pérdida del patrimonio.

En estos supuestos, al inhabilitado por esta norma, se le nombra un curador, sin cuya conformidad no puede disponer por acto entre vivos, aún cuando puede otorgar los actos de administración, salvo los que le limite la sentencia.

El régimen, que no dispone control judicial sino sólo del curador, importó un avance importante. Podríamos decir que crea un régimen *con graduación* y *con acompañamiento* y sin reemplazo de la voluntad de la persona involucrada.

Sin embargo, quizás por el temor que origina esa pérdida de control por parte del magistrado interviniente, no tuvo aplicación práctica en la medida deseada.

C) La Convención Internacional de los Derechos del Niño. La ley nacional 26.061

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada (con reservas) por nuestro país mediante la ley nacional 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990. Le fue conferida jerarquía constitucional por la modificación de la carta magna del año 1994 (art. 75 inc. 22).

Introduce el gran cambio de paradigma, el que resulta aplicable tanto en materia de minoridad como de mayores con deficiencias intelectuales por aplicación de la remisión dispuesta en el art. 475 C.C. Nos referimos a la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos en oposición a su incapacidad jurídica sostenida como regla por nuestro código civil. Así el artículo 5 del tratado establece que: *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.* (6)

(6) En igual sentido el artículo 14 establece: 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su

Miguel Cillero Bruñol analiza que la convención es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado. Y agrega que " esta disposición relativa a la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de los derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención, por lo cual, la promoción y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos. La CDN contiene múltiples mecanismos para este objeto, los que deben ser incorporados y desarrollados en las legislaciones nacionales" (7).

El art. 12, norma clave en la materia, dispone: *"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin: se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."*

En su consonancia, nuestro país sancionó el 28 de septiembre de 2005 la ley nacional 26.061. Sin perjuicio de la importancia para la cuestión de varios artículos, entre ellos el 27, su art. 24 dispone que *"Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos*

---

caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

(7) Cillero Bruñol, Miguel. "Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios". *Revista Infancia,* Boletín del Instituto Interamericano del Niño, núm. 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. Al respecto cita a Bobbio, N. *Igualdad y Libertad*, Ed. Paidos, Barcelona, 1993, pp. 72 y ss. "Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica".

en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

El artículo 3.º expresa claramente el nuevo paradigma cuando luego de definir el interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley, impone respetar su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, entre otras pautas.

Estas normas resultan contradictorias con el régimen velezano, incluida la reforma del año 1968. Por otra parte, la ley 26.061 sólo modificó implícitamente el régimen de capacidad del código civil y no modificó expresamente ninguna de sus normas entre las que destaca el art. 921 que pretende decidir cuándo la naturaleza confiere madurez suficiente a los niños para los actos lícitos y para los actos ilícitos: *"Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; (…)"*.

Ante estas contradicciones de la normativa, la jurisprudencia avanzó tímidamente en su aplicación. Si bien ninguna de las nuevas normas distingue entre asuntos extrapatrimoniales y patrimoniales, desconocemos su aplicación en la práctica para estos últimos. Así, desconocemos que en algún caso se haya consultado la opinión de los involucrados en materia de autorizaciones para otorgar actos de disposición de bienes. Se reserva generalmente esa consulta de la opinión de los menores, por ejemplo, para las cuestiones de familia.

D) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ley 26.657

El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, los que fueron ratificados por nuestra ley nacional 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008.

Varios artículos suyos tienen especial trascendencia para el tema que nos ocupa. Así, su artículo 1.° destaca que incluye entre las personas con discapacidad a quienes tengan deficiencias mentales o intelectuales a largo plazo, mientras que su art. 4 incluye entre sus principios: *"a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la*

libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (...)", etc.

Pero, sin duda, la clave en materia de capacidad la constituye su *"Artículo 12.°. Igual reconocimiento como persona ante la ley"*. Su inciso 3.° establece que *"Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica"*, y su inciso 4.° que *"Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica* ***respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,*** *que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida,* ***que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas."***

En un intento de parcial adecuación de nuestra normativa interna a los postulados de esta convención, la República Argentina sancionó el 25 de noviembre de 2010 la ley 26.657 de "Salud Mental". Según su art. 3 *"(…) Se debe partir de la presunción de capacidad de* ***todas*** *las personas"*, reconoce a las personas con padecimiento mental el derecho *"a poder tomar decisiones relacionas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades"* (art. 7, inc. k), e, inclusive, en el caso extremo de personas internadas involuntariamente el derecho a designar abogado (art. 22).

Su art. 42 incorpora al código civil el art. 152 ter: *"Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible."*

La compleja norma, si bien constituye un avance y, como ya dijimos, un intento de adecuación, resultó insuficiente y poco clara.

Mantiene la convivencia de los regímenes de incapacitación por demencia (arts. 140 y 141 del CC) con el de inhabilitación del art. 152 bis, pero con una importante modificación que consiste en la

necesidad de la especificación de las "funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible". Para el primero, con reemplazo de la voluntad de la persona involucrada y con control judicial; para el segundo, con acompañamiento (supervisión) por el curador y sin control judicial, aspectos, estos últimos, en que no modifica los regímenes precedentes.

Sobre este régimen de graduación ha surgido la duda acerca de si la sentencia que declare una incapacitación puede llegar hasta la incapacitación total. Entendemos que ello no es posible (8)***, por atentar contra los postulados de las convenciones internacionales ya citadas. Expondremos nuestra posición "infra".***

Han surgido también algunas dudas acerca de qué debe entenderse por consultas interdisciplinarias; pero las más importantes surgieron alrededor del plazo de tres años: ¿es éste un plazo de caducidad de tal manera que si no se cumple con la revisión dentro del plazo pactado la persona recupera automáticamente su plena capacidad? Entendemos que el vencimiento del plazo no puede importar una desprotección hacia la persona involucrada con riesgo de que lo sea antes del recupero de su salud. Entenderlo como plazo de caducidad nos recuerda palabras del ya citado Supiot: "En efecto, una de las enseñanzas de la historia social es que no basta con proclamar la igualdad para que exista, porque la simple declaración de la igualdad formal sólo sirve en un primer momento para despojar a los más débiles de aquello que los protege." Y ejemplifica: "La igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo actualmente más formal que real y su consagración en el Derecho comunitario sirvió principalmente para justificar la supresión de las reglas que protegían la vida familiar de las intrusiones de la vida laboral, en lugar de ampliar su beneficio a los hombres." (9)

III. El proyecto de Código civil y comercial

La sanción de un nuevo código civil, que unifique con la materia mercantil, parece el lugar adecuado para poner fin a tamaño y contradictorio desorden.

---

(8) En contra: GUAHNON, Silvia y SELTZER, Martín: "La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud mental", en *Doctrina Judicial,* año XXVII, número 26, 29 junio 2011, p. 95.

(9) Ob. cit. p. 280.

Luego de su presentación, el proyecto que comentamos sufrió algunas modificaciones en su paso por el Ministerio de Justicia de la Nación, seguramente motivadas por el documento del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas remitido al Estado Argentino denominado "Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina". (10) Aludiremos "infra" a esas modificaciones.

A) Capacidad de derecho

El proyecto dedica el Título I del libro primero (Parte General) a la "Persona humana". Su capítulo 2 se titula "Capacidad" y su art. 22 refiere al régimen de la denominada capacidad de derecho que no merece mayores comentarios, a nuestro entender.

B) Capacidad de ejercicio

En materia de capacidad de ejercicio, el art. 23 sienta el **principio general** que rige tanto en materia de minoridad como de mayores con discapacidades intelectuales: *"Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial"*. El principio general es entonces el de la presunción de capacidad. (11)

Entendemos que es errónea la expresión "en este código" pues pueden existir otras restricciones legales que no estén dentro del código. Debió decir "en la ley".

En cuanto a la expresión "en una sentencia judicial" diremos que es confusa pues toda sentencia judicial que restrinja la capacidad de obrar debe fundarse en la ley, por ejemplo, en el art. 32 del proyecto. Al estar previsto en él el dictado de sentencias que restrinjan la capacidad de obrar a partir de los trece años en ese mismo art. 32, la expresión resulta superflua y hubiera sido suficiente decir "… excepto las limitaciones expresamente previstas en la ley".

---

(10) CRPD/C/ARG/Q/1–16/5/2012, citado por María Silvia VILLAVERDE en "Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechosde las personas con discapacidad (ONU)" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. La Ley. Septiembre 2012–Año IV–Número 8–P. 154.

(11) Concuerdan en tal sentido los incisos a) y b) del art. 31.

Por otro lado, al expresar "en este código **Y** en una sentencia judicial" expresa algo incorrecto en materia de minoridad, en donde las restricciones a la capacidad de obrar no requieren del dictado de sentencia alguna. Surgen directamente del imperativo legal. No hubiera sido tan incorrecto si se hubiese utilizado la conjunción "o" en lugar de "y".

C) Capacidad de ejercicio de los menores de edad

El art. 25 señala que *"Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años"* y adolescente al menor de edad que cumplió 13.

El art. 26 se contradice, indudablemente, con el principio general sentado en el art. 23, al establecer que *"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales"* y mantiene la contradicción al proseguir así: *"No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente* ***puede ejercer por sí los actos que le son permitidos*** *por el ordenamiento jurídico. En situación de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada"*. De este modo se invierte la regla y parece subsistir la incapacidad de obrar relativa establecida como regla de incapacidad por nuestro vigente art. 55.

El párrafo siguiente del artículo reconoce al menor de edad el derecho a ser oído en **todo** proceso judicial que le concierne, con lo que quedarían incluidas tanto las cuestiones patrimoniales como las extrapatrimoniales. ¿Será comprendido esto en la práctica tribunalicia?

Agrega el mismo párrafo que también tiene derecho a *"participar en las decisiones sobre su persona"*, expresión que podría quizás mal interpretarse como restricción a la amplitud conferida en el párrafo precedente para actuar en materia patrimonial en los procesos judiciales. Por otro lado, en la medida en que el artículo faculta a participar fuera del ámbito judicial sólo en las decisiones sobre su persona, podría deducirse, a contrario, que no lo faculta a participar fuera de ese ámbito judicial en cuestiones vinculadas con su patrimonio. Parece que los artículos 274 y 411 del código de Vélez Sársfield pretenden solapadamente mantener su vigencia.

Finalmente el artículo dedica tres párrafos a la intervención del menor sólo en materia de salud, con lo que parece sugerir también que otro tipo de asuntos se encuentran vedados.

Para los adolescentes (entre 13 y 16 años) dispone que pueden disponer por sí acerca de "aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave

en su vida o integridad física". De lo contrario, el consentimiento informado debe ser prestado con la asistencia de sus progenitores.

A partir de los 16 años el adolescente es considerado "como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

El art. 27 refiere a la emancipación por matrimonio, el 28 a los actos prohibidos al emancipado y el 29 a los que requieren autorización judicial.

El art. 30 permite a los menores de edad con título habilitante administrar y disponer de los bienes que adquiera con el producto de su profesión y pueden estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ello.

No regula acerca de los menores que trabajan sin título habilitante, seguramente por dejar la cuestión librada a las normas especiales en la materia.

El título VII del libro segundo que legisla sobre la responsabilidad parental, reemplaza la desacreditada denominación de patria potestad de nuestro Código Civil. Si bien el artículo 638 (12) proyectado reitera el concepto vigente (13), los principios que introduce el artículo 639 constituyen un importante avance y dotan a la función de los padres de un nuevo contenido acorde con los artículos 3, 5,12 y 14 de la CDN. Estos principios son: a) El Interés Superior del Niño; b) La autonomía progresiva, conforme características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Sin embargo normas posteriores parecen desdibujar su alcance.

Por ejemplo el art. 646 enumera los deberes de los progenitores y en su inciso c), establece que deben "respetar el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a participar de su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos". Como lo hemos dicho, entendemos que el derecho a ser oído y a participar se extiende a todos los actos de la vida del menor de edad.

El artículo 690, por su parte, establece que los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración y que deben informar al hijo que cuenta con edad

(12) Art. 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor y no se haya emancipado.

(13) Artículo 264 CC.

y grado de madurez suficiente. Consideramos que resulta insuficiente el deber de información y que debe respetarse, como en todo asunto que involucre los intereses del menor, el derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta.

D) Restricciones a la capacidad de obrar de los mayores de edad con deficiencias mentales o intelectuales

La sección 3.ª del primer capítulo del libro primero refiere a las "Restricciones a la capacidad". Sufrió importantes modificaciones tras su paso por el Ministerio de Justicia de la Nación. Su parágrafo 1.°, por de pronto, cambió su título de "Reglas comunes a la incapacidad y a la capacidad restringida" a "Principios comunes".

Comienza con el art. 31 que se iniciaba así: *"Reglas generales a la restricción de la capacidad por razones de salud. La restricción a la capacidad de ejercicio por razones de salud se rige por las siguientes reglas generales:…"* La nueva redacción reza así: *"Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:…"*

Continúa con seis incisos, de los cuales destacamos que en el primero de ellos se insiste con el principio de que la capacidad se presume, *"aún cuando (la persona) se encuentre internada en un establecimiento asistencial"*; y en el segundo que *"las limitaciones a la capacidad de obrar son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona"*.

Los restantes incisos se adecuan a los preceptos de la ley nacional 26.657.

De la comparación de la redacción original del art. 32 con su redacción actual surge que el cambio es mayoritariamente formal. Parece sólo un intento de maquillarlo para adecuarlo a los principios de las convenciones internacionales. Veamos:

Redacción originaria: *"Persona con incapacidad y con capacidad restringida. El juez puede declarar la incapacidad de una persona mayor de TRECE (13) años de edad que por causa de enfermedad mental se encuentra en situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.*

El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración funcional permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En ambos casos, el juez debe designar un curador y fijar sus funciones."

Redacción actual: *"Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad.

En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones.

Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida."

La comparación de ambas redacciones merece varios comentarios:

a) La primera modificación, que salta a la vista, es que en el título se ha invertido el orden entre "incapacidad" y "capacidad restringida", con el mismo criterio con que se ha colocado en primer lugar el párrafo dedicado a la "capacidad restringida" que ocupaba el segundo lugar. Si lo que se buscaba era destacar la "capacidad restringida" por sobre la "incapacidad", el método parece infantil.

b) Ambas redacciones persisten en mantener un régimen de "incapacidad" para los casos de "falta absoluta de aptitud". Creemos que se encuentra aquí el punto de arranque de la incomprensión de las disposiciones de las convenciones internacionales a las que precedentemente hemos aludido. De esa incomprensión deriva que la redacción originaria incurriera en graves incumplimientos de sus principios y que originara los reclamos de los organismos internacionales pertinentes. De allí deriva también que la nueva redacción pretenda enmendar esos errores y caiga en un régimen confuso y carente de sentido.

Admitimos que existen personas que se encuentran en tal situación de "falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes". Carecen del discernimiento suficiente para ello (Art. 921 vigente; 261 del proyecto (14)). Pero el hecho natural de que no puedan hacerlo

(14) Art. 261. Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) El acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de razón…"

no impide que la ley les confiera, sin incurrir en riesgo alguno de abuso o explotación por otras personas, del derecho a expresar su opinión y a que ella sea valorada y tenida en cuenta en todos los asuntos de su incumbencia cuando tengan madurez y aptitud suficiente. No quiere decir ello que deban acatarse ciegamente esas opiniones, sino sólo que en el caso de que se exterioricen deben ser valoradas prudentemente.

De conformidad con las convenciones internacionales citadas, es este el derecho que nunca puede serle quitado a una persona, de la edad o con las alteraciones intelectuales que fueren, siempre más allá de que puedan o no emitir esas opiniones, cuestión ajena al régimen legal de capacidad.

En la medida en que la ley reconozca ese mínimo derecho a **todas** las personas y, repetimos, más allá de que ellas puedan naturalmente ejercerlo o no, deja de existir la categoría de personas "incapaces". La sentencia o la ley podrían así restringir la capacidad de una persona por falta de madurez o por falta de aptitud intelectual suficiente en máxima medida, pero deberían respetar siempre la posibilidad de que la persona ejerza ese derecho a opinar y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta si en algún caso tiene la madurez y el discernimiento suficiente para ello.

c) La redacción modificada por el Poder Ejecutivo antes de su presentación al Poder Legislativo introduce la referencia al "régimen de apoyos". La conjunción "o" utilizada parece dar la opción al juez de elegir entre el curador o un régimen de apoyos. No es precisa la expresión "según corresponda": ¿quiere decir acaso que en un caso, por ejemplo, de restricción a la capacidad corresponde un régimen de apoyo; y que en el supuesto de incapacidad el nombramiento de curador? ¿O se refiere a las peculiaridades del caso?

d) La mención de un régimen de apoyos intenta adecuar la terminología a la del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ya hemos transcripto. En el régimen del proyecto, en su versión presentada al Poder Legislativo, el parágrafo 2.° (art. 43) reza así: *"Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la mani-

festación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas."

De este artículo podemos decir que describe por sus principios lo que debería ser un régimen de apoyo con algunas palabras que usa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero no lo regula. O sea, omite cumplir con lo que debe hacer la ley que es regular. Deja así librado al completo arbitrio del juez el contenido del régimen.

Lo más grave es que el art. 152 bis vigente (conforme con la redacción dada por el Decreto-Ley 17.711/1968) es una regulación perfectible pero concreta de lo que debiera ser un régimen de apoyo. Esta norma dispone un régimen de acompañamiento por el curador para, entre otros, el disminuido en sus aptitudes intelectuales, quien conserva las facultades de administración que no le restrinja la sentencia. Y el proyecto, conforme con los artículos 48, 49 y 50, desdibuja el régimen y lo deja vigente sólo para los pródigos.

E) Restricciones a la capacidadRepresentación y asistencia en la tutela y curatela

La sección 1.° del capítulo 10° abarca cuatro artículos (100 a 103) y sienta las reglas comunes para la tutela de los menores de edad y la curatela de los mayores "incapaces" o con capacidad restringida. El sistema resulta confuso.

El primero de ellos (el 100) establece como regla general que *"Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí"*.

La primera pregunta que surge es ¿a quién se refiere con "personas incapaces"? Porque "incapaces" son los que no tienen capacidad, y hasta aquí hemos vistos que el proyecto sienta en materia de menores, primero, la presunción de capacidad (art. 23), y luego, en el art. 26, dispone lo contrario y "concede" algunas facultades de ejercicio a los menores, de manera excepcional. En materia de mayores, establece dos principios, el de "incapacidad" y el de "capacidad restringida". ¿Se

refiere el art. 100 a quienes son totalmente "incapaces" o incluye también a quienes tienen restricciones a su capacidad (adolescentes, mayores sujetos a un régimen de capacidad restringida, inhabilitados por prodigalidad)?

La duda se resuelve mal en el artículo siguiente cuando establece que *"Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres, b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud mental, el curador que se les nombre."* De donde se podría deducir que todas estas personas, aún las que en otra parte del articulado tienen concedido determinadas facultades de ejercicio, lo ejercen únicamente a través de sus representantes.

Entendemos que la redacción correcta del artículo 100 debió ser la siguiente: *"Cuando una persona carece de suficiente capacidad de obrar, sus derechos se ejercen a través de un representante."* De esta manera no se contradeciría con otras normas y quedaría claro que los representantes actúan sólo cuando la persona carece de capacidad para actuar, en el caso concreto, según el resto del articulado.

El art. 102 también merece reparos: *"Asistencia. Las personas con capacidad restringida por razones de salud mental y las inhabilitadas son asistidas por un curador y por otras personas mencionadas en la sentencia respectiva y otras leyes especiales."*

Notamos, en primer lugar, que la norma olvida a los adictos, que sí incluye en el art. 32.

En segundo lugar, en este último artículo, se habla de "un curador **o** los apoyos que resulten necesarios", mientras que en el 102 se habla de "un curador **y** por otras personas mencionadas en la sentencia respectiva y otras leyes especiales." Cabe preguntar, entonces si la designación de un curador impide la existencia de la creación de un régimen de apoyo o no. Esto es, si el curador puede coexistir o no con un régimen de apoyos.

Por otro lado, tampoco regula en este lugar qué significa "otras personas" (¿los apoyos de la convención?) ni qué funciones habrían de cumplir. Queda todo librado al arbitrio judicial. ¿Podría, por ejemplo, una sentencia disponer restricciones a la capacidad de actuar de una persona salvo que esa persona actúe conjuntamente con otra, como en nuestro art. 152 bis vigente?

Finalmente cabe preguntarse cuál es la distinción entre representación y asistencia en este régimen, cuando el art. 138, en su segun-

do párrafo dispone que *"La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz o con capacidad restringida, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinados preferentemente a ese fin."* Se ha perdido así la posibilidad de regular la designación de una o varias personas encargadas de la administración de los bienes para destinarlos preferentemente al cuidado de la persona; y de otras personas dedicas al cuidado mismo de la persona.

Ocurre que muchas veces la persona necesitada de un régimen de protección dispone de familiares que por su avanzada edad o por falta de preparación no tienen aptitud para el manejo de los bienes pero le brindan el cariño y la contención necesarios. En ese caso, la legislación debería prever la posibilidad de desdoblar tanto la representación (p. ej. en la administración de los bienes por un lado y en la educación por otro); o el cuidado de los bienes por un lado y el cuidado de la persona por el otro.

Nace también otra pregunta: ¿puede una persona jurídica desempeñar el cargo de tutor o de curador? No existe norma en la actualidad que lo prohíba, aún cuando en muchas oportunidades menores o mayores precisados de asistencia están al cuidado de determinadas instituciones, a veces, de carácter religioso. Suele en estos casos nombrarse curador o tutor en la persona del representante legal de la institución, lo que acarrea inconvenientes ante el traslado o renuncia de éste al cargo.

En la materia también se ha perdido la oportunidad de evaluar la rica experiencia española en materia de fundaciones tutelares, esto es, de personas jurídicas especializadas dedicadas a cumplir estas funciones. (15)

F) Las directivas anticipadas

El proyecto alude en el art. 60 a la posibilidad de que la persona "plenamente capaz" otorgue por anticipado directivas médicas y confiera mandato respecto de su salud.

---

(15) En el régimen español, como en el de muchos otros países, la expresión "tutela" se puede referir tanto a menores como a mayores de edad sujetos a un régimen de protección. En general, la diferencia entre tutela y curatela se vincula con el grado de restricción a la capacidad de obrar dispuesto en el régimen o en la sentencia. Ver: Zito Fontán, Otilia del Carmen, "El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español". En *Revista Notarial* 2008, núm. 959, p. 471 y ss.

Por otro lado, el art. 139 dispone que *"La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela."*

Ya hemos aludido a estas normas en otras oportunidades (16), por lo que sólo diremos acá que se ha perdido la ocasión de introducir una regulación completa de las directivas anticipadas o actos de autoprotección, de manera general, para todas las materias que estos actos abarcan.

G) Restricciones a la capacidad de obrar de los mayores de edad con deficiencias sensoriales

Hasta aquí hemos eludido mencionar la incapacidad dispuesta en el código civil de Vélez Sársfield para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (arts. 153 a 158, inclusive).

Estas disposiciones no se reproducen en el proyecto, seguramente en razón de que se considera que si el sordomudo no sabe darse a entender ello ha de provenir de una discapacidad mental que la origina; y que nunca el mero hecho de las deficiencias sensoriales debiera ser una causa de pérdida de capacidad.

Quizás con igual criterio no fue incluida en el anteproyecto una norma similar a la vigente en el art. 990 del CC de Vélez Sársfield que prohíbe a los ciegos ser testigos en los instrumentos públicos. (ver art. 295 proyectado). En este caso, la aplicación de este criterio parece sumamente discutible, pues ¿cómo puede superar eficazmente un testigo de un instrumento público la imposibilidad de ver? El testigo es quien tiene que responder acerca de los hechos acaecidos en su presencia. Parece coherente que la ley pida que el testigo haya "visto" el otorgamiento del acto, más allá de las habilidades que la persona en cuestión tenga para haber percibido los hechos ocurridos.

H) La "regulación" del discernimiento

Entrecomillamos la palabra "regulación" pues la ley no puede disponer quién tiene discernimiento o no lo tiene. Como ya dijimos, es esta una cuestión de la naturaleza.

---

(16) Ver de los autores "Derecho de autoprotección. Directivas Anticipadas en: Micorjuris.com cita: MJ-DOC-6019-AR/MJD6019. 17 de octubre de 2012.

Por tanto, entendemos que es un error fijar edades en el art. 261 cuando dispone: *"Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de razón. b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido DIEZ (10) años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido TRECE (13) años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales."*

Según nuestro criterio, hubiera bastado con expresar: "Es involuntario el acto de quien, al momento de realizarlo, carece del discernimiento suficiente."

IV. Propuestas

En un trabajo reciente, en relación con el régimen de capacidad proyectado, la doctora María Silvia VILLAVERDE expresó: "En realidad, creo que no nos hallamos ante una mera pertinacia clasificatoria de las personas físicas, sino de la pertinacia de una arraigada sociedad discriminatoria y excluyente que no emprende la retirada." (17)

Por nuestra parte, si bien adherimos a tan graves palabras, creemos que esa pertinacia clasificatoria es especialmente grave cuando se trata de forzar a la naturaleza, disponiendo a qué edad se tiene o no se tiene el discernimiento necesario para determinados fines. Si el autor del acto tenía o no tenía el discernimiento necesario al momento de su otorgamiento, es cuestión que ha de analizar y valorar el magistrado interviniente.

En todos estos temas hay que destacar que las obligaciones y los derechos van de la mano. La persona, el sujeto, es titular de derechos y tiene autonomía porque está sujeto a un régimen normativo (heterónomo) y por tanto está obligado en igual medida que la autonomía que se le concede.

En cuanto a la capacidad propiamente dicha, si se siguen los principios anteriores, las clasificaciones son admisibles para dar seguridad al tráfico jurídico.

Empero, esas clasificaciones deberían partir de los siguientes principios:

(17) VILLAVERDE, María Silvia. Ob. cit. P. 155.

a) De la presunción de capacidad de todas las personas. Las restricciones tendrían que ser específicas, lo más acotadas posibles y teniendo en mira, en primer lugar, el interés de la persona protegida.

b) De que no hay incapaces, pues a nadie se le puede quitar el derecho de opinar y de que su opinión sea tenida en cuenta, más allá de que la naturaleza le conceda o no el discernimiento necesario para hacerlo.

c) Que no impidan que las restricciones sean adecuadas a las circunstancias particulares de la persona.

De cumplirse estos recaudos, sería posible construir un régimen de capacidad acorde con los postulados de las convenciones internacionales que, sin afectar la seguridad del tráfico jurídico, garantice la dignidad de las personas involucradas y el respeto de sus autonomías, en la mayor medida posible.

LAS ACTAS NOTARIALES EN EL TRÁFICO JURIDICO MERCANTIL: UNA REVISION DEL DERECHO NICARAGUENSE

REYNA ESTHER MORALES OCÓN
Abogada y Notario Público

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Las actas notariales en el tráfico jurídico mercantil. **2.1.** Algunas consideraciones para las actas notariales en materia mercantil. **2.2.** Delimitación del Derecho mercantil y ejercicio del notariado en el tráfico jurídico en materia de actas. **2.3.** Revisión del Derecho Notarial y Derecho Mercantil nicaragüense: Regulación de las actas notariales en el tráfico jurídico mercantil. **2.3.1.** El acta de junta o de asamblea de accionistas. **2.3.2.** El acta de protesto de títulos valores. **2.3.3.** El acta de notificación. **2.3.4.** El acta de requerimiento. **2.3.5.** El acta de depósito. **2.3.6.** El acta de traducción de documentos mercantiles. **2.3.7.** El acta de protocolización. **2.3.8.** Otras actas necesarias para el tráfico jurídico. **2.4.** Valor probatorio y eficacia jurídica de las actas en el tráfico jurídico mercantil. **3.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

El estudio con ahínco de las actas notariales, al parecer resulta una tarea no muy alentadora para cualquier profesional del Derecho en Nicaragua, debido a las dificultades técnicas y confusiones en que se incurren al momento de su redacción y desde luego por la inexistencia de una regulación concreta o específica sobre el tema dentro del ordenamiento jurídico nicaragüense.

Sin embargo, el tema no es absolutamente limitado, ni desolador, las actas notariales como instrumentos públicos que emanan del actuar del Notario se encuentran reguladas en la ley del notariado nicaragüense, y se tratan de documentos de gran importancia en el tráfico jurídico, porque no solamente se califican como instrumentos públicos sino porque dichos instrumentos están revestidos de fe pública notarial, dando el Notario seguridad, constancia y perpetua memoria de los hechos y circunstancias ocurridos que instrumentaliza, sea por presencia propia del Notario, o porque lo ha realizado, a solicitud del interesado.

La actuación del Notario en la redacción de este tipo instrumental, resulta de mucha importancia en la práctica notarial y mercantil, a fines de probar de manera indubitable, los hechos o circunstancias documentados, circulando en el tráfico como medios de pruebas judiciales y extrajudiciales, es decir, un medio de prueba eficaz para las partes y una forma de garantizar la seguridad de los actos jurídicos encomendados por los particulares y, en especial, por los comerciantes o empresarios.

De manera que, a pesar de las deficiencias y omisiones de nuestra legislación, encuentro razón suficiente para encargarme del estudio de las actas en sede notarial, partiendo de su ley especial y las leyes mercantiles, a fin de profundizar sobre el alcance y el verdadero sentido de la técnica notarial, porque efectivamente su existencia y su general regulación hace que la actuación del Notario en el ejercicio de sus funciones, sea de gran relevancia en las transacciones de índole mercantil que a diario celebran los empresarios; y porque muchas veces la falta de reconocimiento y limitada utilización en el ámbito notarial, se debe al desconocimiento y a la falta de interés del profesional para su uso y aplicación.

2. Las actas notariales en el tráfico jurídico mercantil nicaragüense

2.1. Algunas consideraciones para las actas notariales en materia mercantil

Me parece oportuno destacar en esta oportunidad, algunos aspectos generales que el Notario debe tomar en cuenta al momento de redactar un acta notarial en materia mercantil, que resultará esencial para la validez y aplicación en el ordenamiento jurídico nicaragüense, a saber:

(a) En la introducción, toda acta deberá hacerse constar la solicitud de quién se procede (*requerimiento*) y el motivo por el cual interviene el Notario.

(b) En caso de representación, el Notario indicará la representación expresada por la parte interesada.

(c) El Notario que no conozca a quienes debe notificar, informar, intimar o prevenir, deberá procurar identificarlos y hacerles saber por encargo de quién procede, su calidad de Notario, la diligencia por efectuar y el derecho que les asiste de hacer constar las manifestaciones que tengan a bien sobre esa diligencia, siempre que sean pertinentes, a juicio del profesional.

(d) En la descripción se relatarán, objetiva y concretamente, todas las circunstancias necesarias para los fines jurídicos de las diligencias y los detalles o condiciones solicitados.

(e) La presencia del solicitante no es necesaria, a menos que deba suscribirse legalmente en el acta.

(f) No es indispensable la unidad del acto ni del texto. Por tal razón, podrán extenderse actas al mismo tiempo que se comprueban los hechos, mientras se realiza la diligencia o con posterioridad, siempre que se confeccionen dentro de las veinticuatro horas siguientes. Podrán también separarse en dos o más textos, en orden cronológico, lo cual deberá advertirse.

(g) Si la diligencia se refiere a un documento y legalmente fuere exigible, se dejará en él una constancia sucinta de lo actuado, indicando el número de tomo del protocolo, la página y el instrumento en que se levanta el acta, así como su fecha.

(h) En la conclusión del acta que se está documentando, no se requiere leer el acta a los interesados; tampoco, su aprobación, y podrá llevar o no sus firmas. El Notario autorizará el acta, aunque alguno no quiera o no pueda firmar, y dejará constancia del hecho o circunstancia.

(i) En las actas de naturaleza mercantil, podrán incluirse informes o juicios de profesionales, peritos y otros concurrentes, sobre la natu-

raleza, las condiciones y consecuencias de los hechos comprobados. Se indicarán sus nombres, apellidos y calidades, y ellos deberán firmar el acta.

2.2. Delimitación del Derecho mercantil y ejercicio del notariado en el tráfico jurídico en materia de actas

Tradicionalmente, el Derecho mercantil se configuró, sobre todo, como un Derecho regulador del estatuto profesional del comerciante y de un particular acto o actividad comercial.

Como prueba de tal aserto basta revisar cualquiera de los códigos de comercio decimonónicos, comenzando con el nicaragüense, y se descubrirá que estos se ocupan de regular las especialidades de un conjunto de actos o actividades mercantiles que también coexisten en los códigos civiles de la época (1).

Dichas especialidades han sido "impuestas" por las necesidades de un tráfico jurídico mercantil caracterizado por la nota de celeridad.

Con todo, como cuestión previa para emprender cualquier estudio de la materia, resulta indispensable determinar la cuestión de "mercantilidad", es decir, el criterio que debe seguirse para delimitar el tema, y con ello, la delimitación de la actividad del Notario en el uso de un acta notarial propia del tráfico jurídico mercantil, con independencia del resto de las demás documentos o actas notariales existentes en el ordenamiento jurídico.

El asunto de delimitación está relacionado con la normativa positiva dentro del ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, es decir, a las leyes mercantiles, de aplicación por excepción, que tiene como regla acudir a las necesidades o al interés de comercio, satisfaciéndolas ampliamente y protegiendo la seguridad y la rapidez de sus múltiples transacciones. Por consiguiente, como comenta Solorzano Reñasco, cada vez que el Código de Comercio reglamenta un acto que también lo contempla el Derecho civil, debe aplicarse el Derecho comercial, porque el legislador pretende haber dictado un cuerpo de leyes para resolver los casos especiales del comercio, concibe al acto de comercio como… "la manifestación jurídica de cada actividad económica, sea industrial o comercial. Es el espíritu de lucro, salvo por

(1) Guzmán García, Jairo J., Jesús J. Herrera Espinoza, *Contratos Civiles y Mercantiles,* 1.ª edición, Universidad Centroamericana, Managua, 2006, p. 139.

razón de su forma, como los efectos de comercio, el fundamento y criterio que debe guiar a los tribunales para distinguir el acto de comercio" (2).

Siguiendo con este criterio formal, se puede afirmar que son mercantiles los actos o contratos regulados en el Código de Comercio y en las leyes mercantiles especiales. De esta manera, el primer párrafo del artículo 1 del Código de Comercio, asume un criterio objetivo, a cuyo tenor se dispone: "*El presente Código de Comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan, aunque no sean comerciante las personas que los ejecutan*".

Guzmán García y Herrera Espinoza, citan a Rodrigo Uría, comentando que la doctrina mayoritaria estima que la "*mercantilidad*", de los actos o contratos vienen dada por el hecho de tratarse de "contratos de empresa", es decir, por tratarse de actos o contratos celebrados en el seno de la actividad organizada y continuada de la empresa (3).

Nuestro Código de Comercio concibe esta concepción, en el segundo párrafo del artículo 1, cuando estipula que "*los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario, y por consiguiente, estarán sujetos a las disposiciones de este Código*".

Con esta línea de pensamiento se concibe que los actos o negocios serán mercantiles sin importar en nada quién es la contraparte, y se pueden considerar como mercantiles los llamados "*contratos mixtos*", a pesar que en ellos participen un empresario o un consumidor.

La doctrina mercantil llega a la conclusión de que hay dos características básicas que pertenecen a todos los actos de comercio, a saber: *el lucro y la circulación de bienes entre productores y consumidores*. La idea de lucro es consustancial al comercio, puesto que esto constituye una actividad que resulta ser el medio de vida de todos, los que la llevan a cabo, y en consecuencia el lucro es, o debe ser, la remuneración de esa actividad. Por otro lado, desde el punto de vista intrínseco, el comercio se refiere a la conducta por la que los bienes y la riqueza pasan de unas manos a otras, como consecuencia del trabajo de unas

(2) Solórzano Reñazco, A., *Glosas al Código de Comercio de la República de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia*, 1999, p. 16.

(3) Guzmán García, Jairo J. y J. J. Herrera Espinoza, *Contratos Civiles y Mercantiles…*, *cit.*, p. 140.

personas. El comercio consiste, en suma, en la circulación de bienes entre productores y consumidores (4).

De igual forma, no hay que olvidarse del criterio subjetivo, regulado en el artículo 6 del Código de Comercio, cuando se refiere a la calificación de los comerciantes: *"Son comerciantes los que se ocupan ordinariamente y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que correspondan a esta industria y las sociedades mercantiles o industriales"*.

En opinión de los autores Guzmán García y Herrera Espinoza, al final, resulta difícil establecer un universal criterio delimitador de la materia mercantil, ya que ni el *"ánimo de lucro"* (solución adoptada por el legislador nicaragüense), ni la calificación como *"contratos de empresa"* (opción acogida por la doctrina más en forma), permiten fijar con precisión los senderos de la *"mercantilidad"*, y frente a tal panorama, no queda más remedio que acudir al particular acto o contrato (necesariamente *a posteriori*), para determinar en el caso concreto, atendiendo a las singulares circunstancias y a las reglas codicíticas aplicables, si el negocio puede calificarse o no de mercantil (5).

En ese sentido, me parece que la labor del fedatario público, resultará de gran relevancia, pues le tocará la función de delimitar su actuación y calificar el acto que estará instrumentando, desarrollando un juicio asertórico, determinando si se trata de un acto de comercio o de la documentación de un hecho o circunstancia que tenga necesaria vinculación con una actividad mercantil, necesaria para el tráfico jurídico, debiendo aplicar en tal caso, el Código de Comercio sobre esa actividad o las demás leyes especiales y, desde luego, la Ley Notarial vigente.

A mi manera de ver, el Derecho Notarial o el Notariado como institución constituye una institución auxiliar al tráfico mercantil, porque garantiza dentro del marco de la celeridad, la seguridad jurídica de los actos, hechos y circunstancias que necesariamente debe documentarse para lograr los fines y propósitos del empresario o del comerciante individual o jurídico.

---

(4) Ruiz de Velazco y del Valle, A., *Manual de Derecho Mercantil,* en http://books.google.com.ni/books?id=FUrtIh4Vo-EC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=trafico+jur%C3%ADdico+mercantil&source=bl&ots=yk13fCy-8s&sig=tZE7NHg569kci1JI5fdf1e_A3Sg&hl=es&ei=-Z00Tf_nIpLpgQeEvNi7Cw&sa=X&oi=book_result&ct= result&resnum=10&ved=0CEcQ6AEwCTgK#v=onepage&q&f=false, consultado el día 15 de enero de 2011, p. 37.

(5) Guzmán García, J. J. y J. J. Herrera Espinoza, *Contratos Civiles y Mercantiles…*, cit., p. 143.

Es natural que la actuación del Notario no solo debe ceñirse a la redacción, confección y autorización de documentos públicos que contienen negocios jurídicos o manifestaciones de voluntad contractuales o que esté limitada a un solo ámbito del Derecho. Se necesita dejar constancia, también de la realización de los hechos o circunstancias, que desencadenan en consecuencias jurídicas. La Ley de Notariado nicaragüense lo deja establecido, concediendo a los notarios amplia competencia material y territorial, y define el alcance de la fe púbica notarial, según lo dispone el artículo 3 de la LN el cual expresa que la fe pública concedida a los notarios no se limita por la importancia del acto, acta, convención o contrato, ni por las personas ni por el lugar, día y hora, pudiendo cartular en toda clase de actos, actas, convenciones y contratos, fuera de su oficina y aún fuera de su domicilio, en cualquier punto de la República. Incluso pudiendo cartular en el extranjero.

Es por ello, que el Notario como funcionario que pertenece a la institución del Notariado, se encuentra autorizado en el ejercicio de sus funciones, para actuar, garantizar y asegurar la perpetua constancia de los actos, hechos y circunstancias, que circulan o trafican en el ámbito jurídico mercantil, pudiendo autorizar las actas reguladas en el Código de Comercio y leyes mercantiles especiales, conforme con la técnica notarial que estime conveniente, utilizando sus criterios y haciendo uso de sus juicios, sea *problemáticos, apodícticos y asertóricos como en el caso del nomen iuris* del hecho, acto o circunstancia que se instrumentará, según sea el caso, a razón de su intervención sobre la base del principio de rogación.

El Notario en las actas de carácter privado y comercial realiza una función propedéutica, aconsejativa y preventiva, una función de asesoría a los interesados, empresarios y comerciantes, esclarece las dudas y advierte del contenido jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial. En realidad es una función compleja que como señala la doctrina se caracteriza por: 1) la dación de fe de los actos o hechos jurídicos, hacerlos ciertos y verdaderos ante la sociedad, dotados de una garantía de legalidad y seguridad jurídica (labor autenticadora); y 2) da forma legal (labor legitimadora y asesora), a fin de que ciertos actos sean plenamente válidos y eficaces en el mundo del tráfico jurídico mercantil (6).

(6) Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie", en *Derecho Notarial,* tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2008, p. 166.

2.3. Revisión del Derecho Notarial y Derecho Mercantil nicaragüense: Regulación de las actas notariales en el tráfico jurídico mercantil

Son muchas las actas notariales reguladas en el ordenamiento jurídico nicaragüense, propiamente en el Código Comercio y en las demás leyes especiales, me refiero a algunas:

2.3.1. El acta de junta o de asamblea de accionistas

Me referiero de forma especial a las actas de juntas o de asambleas, cuya actividad de control del Notario, es mucho más intensa. Son importantes en el tráfico jurídico mercantil, porque circulan, documentan, prueban hechos y circunstancias, derivadas de sus actividades mercantiles, de las actuaciones propias de la existencia jurídica como sociedades mercantiles y porque documentan la compleja función como englomerado empresarial.

Dentro de la clasificación general, constituye una acta ***"activa"*** por la actuación activa que puede tener el Notario; ***"de control y de percepción",*** porque controla la legalidad y constitución de hechos documentados por la percepción notarial; es *"típica"* por estar regulada en el Código de Comercio, y ***"protocolizable",*** a tenor del artículo 17 de la LN.

Nuestro Código de Comercio nada dice sobre la intervención del Notario en la redacción o autorización de las actas de juntas generales de una sociedad o de juntas directivas, sin embargo, considero que estas pueden ser celebradas con la asistencia de un Notario, quien brindará seguridad jurídica, neutralidad e imparcialidad. A ello, se requiere de previo el requerimiento del interesado al Notario, quien puede ser la administración de la sociedad, el apoderado conforme con la copia de la escritura de poder, o el representante social, autorizado conforme con la copia de la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad.

Dicho de otra forma, el Notario sólo puede levantar el acta de junta cuando la rogación sea formulada por el órgano representativo de la propia sociedad, porque así lo ha decidido la sociedad a través de su pacto social o estatutos.

En este tipo de actas, la rogación de uno de los socios o comuneros al Notario para levantar acta de una junta en que participa, es simplemente un caso subsumible en un acta de mera percepción de hechos, en que el Notario podrá realizar su comprobación rogada, luego de comunicar a la dirección de la junta su condición y propósito.

El control notarial, comienza con la comprobación de la *convocatoria, su autoría, publicidad, antelación, legalidad y revisión del orden del día*. Se debe cuidar la función del Notario, de mantener la independencia de su función sin inmiscuirse en el papel de los miembros de la junta. En su redacción, el Notario recogerá el texto literal de los acuerdos, los presupuestos de validez de su adopción y de la constitución de la junta.

El acta de junta podrá ser extendida en un solo acto, con unidad de contexto o con diligencias sucesivas si la junta se extiende por varios días.

El artículo 256 del Código de Comercio, establece que "*Todo acuerdo de la Junta General deberá constar, para que sea válido, en el acta de la sesión, firmada por el Presidente y Secretario de la Junta Directiva o los que hagan sus veces en la sesión y por los concurrentes que deseen hacerlo. En ella se expresará la fecha y lugar que se celebre, el nombre y apellido de los socios que han concurrido y de los que estén representados, el número de las acciones que cada uno representa y las resoluciones que se dicten*".

Como se indica el acta de juntas y de los órganos sociales de la sociedad mercantil, deben ser aprobadas por el órgano colegiado, seguidamente deberá ser firmada por el Presidente y Secretario de la Junta Directiva o quien haga sus veces. La aprobación de cualquier acuerdo en acta, implica la conformidad del propio órgano del contenido del acta.

Si se trata de Juntas Generales o de Junta Directiva, la aprobación debe hacerse en la forma prevista por el Código de Comercio y, en su defecto, en la forma prevista en el pacto social o estatutos. A falta de previsión específica en esta materia, las actas serán aprobadas por el propio órgano al final de la reunión o en la siguiente.

El Notario debe cuidar que se consigne en el acto los siguientes puntos: 1) la fecha y el lugar en que se esté celebrando la reunión; 2) la fecha y modo de la convocatoria y publicación, así como el texto íntegro de misma en caso necesario; 3) el número de socios o miembros del órgano colegiado que asisten personalmente o través de apoderado; 4) el porcentaje de capital social si se trata de Junta General y si se trata de Junta Directiva, el nombre de los asistentes o miembros; 5) la comprobación o determinación del quórum legal; 6) los puntos de agenda; 7) los acuerdos adoptados; 8) el resultado de las votaciones; 9) la aprobación, conformidad y firma del acta.

En este caso, el Notario, levantará el acta de lo ocurrido en la reunión y de los acuerdos adoptados, en la forma prevista o sucesiva. De

dicha acta, el Notario extenderá la copia correspondiente, la cual es la que circulará en el tráfico jurídico, y tendrá el carácter de acta de junta como tal, la que deberá ser transcrita en el Libro de actas de la sociedad, conforme con lo dispone el artículo 28 y con los requisitos regulados en los artículos 32 y 36 del Código de Comercio. *(*Referidos a la inscripción y contenido del libro de actas).

Finalmente, considero que en este tipo de actas, ya se trate de sociedades mercantiles: *bancarias, de seguros, marítimas, y otras*, sobre todo las que tienen por objeto el cambio de los órganos de administración, resulta necesaria la intervención del Notario, con su labor asesora y de control, a fin de que los actos que se instrumenten tengan eficacia jurídica y puedan acceder a su inscripción y publicidad registral, tal como legisla, el artículo 156 numeral 18) de la Ley Núm. 698 "Ley General de los Registros Públicos", publicada en la Gaceta Núm. 239 del 17 de diciembre de 2009, que dice: "*Art. 156 Actos y Contratos Objeto de Inscripción. En el Registro Público Mercantil se inscribirán los siguientes actos y contratos: 18. Los acuerdos de Asamblea General de Socios o de Junta General de Accionistas relativos a los cambios de órganos de administración*".

La inscripción registral del acta notarial, a la cual hago referencia, es sin perjuicio de la comunicación que debe existir en caso de elecciones de miembros de Junta Directiva de un Banco al Superintendente de Banco, conforme con lo que dispone el artículo 37 de la Ley Núm. 561 "Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieras", a fin de que circule en el tráfico jurídico mercantil y, en especial, en el Sistema Financiero Nacional.

2.3.2. El acta de protesto de títulos valores

Los títulos valores al ser documentos económicos, de fácil circulación, transacción y negociación en el comercio, resultan de mucha importancia en el tráfico jurídico mercantil. Sin lugar a dudas, todo acto o actividad notarial, que tenga relación con un título valor, como es el caso del "acta de protesto", constituye una función especial, calificada así, por las características propias que el acta debe cumplir y por las solemnidades que le atribuye la legislación local.

Reñazgo Solorzano en comentarios a la Ley General de Títulos Valores (LGTV) nos ofrece el concepto de VIVANTE "el protesto es un acto público solemne indispensable para probar el cumplimiento puntual de las prácticas prescritas por la ley para el ejercicio de la acción de cambio y su resultado. Tiene una función puramente probatoria y

conservatoria del derecho que pertenece al poseedor del título y no puede ser completada ni reemplazada por ninguna otra prueba, porque la ley ha querido poner al deudor de cambio, en condición de reconocer a la simple vista, antes de pagar, si puede ejercer a su vez el derecho de regreso" (7).

La Ley General de Títulos Valores de 1971, legisla sobre el acta de protesto de títulos valores, en el Libro Segundo, Título II "De la letra de cambio". Capítulos IV "De las acciones por falta de aceptación y por falta de pago", en su artículo 141; y Título V "Del Protesto", en sus artículos 258 y siguientes, artículos 262 y 263.

El artículo 262 enuncia los requisitos esenciales que debe contener el acto de protesto notarial; y en las demás disposiciones se prevén algunos recaudos que deben cumplirse en las diligencias de protesto.

El protesto establece en forma auténtica que un título no ha sido aceptado o pagado, total o parcialmente, y debe hacerse por medio de un Notario, así lo preceptúa el artículo 258 de la LGTV. Tiene por objeto acreditar de una manera fehaciente la falta de aceptación o pago de una **letra de cambio o de un cheque**. Es necesario que se haga al librado que no acepta o que no paga.

El artículo 141 de la referida ley establece que la negativa de aceptación o de pago debe hacerse constar por acto notarial auténtico *(protesto por falta de aceptación o por falta de pago),* el cual deberá hacerse en los plazos fijados para la presentación a la aceptación. Si la presentación se ha hecho en el último día del plazo, el protesto podrá levantarse en el día siguiente. El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera a día fijo, o cierto plazo fecha o de su vista, deberá hacerse en uno de los dos días hábiles siguientes al día en que la letra es pagadera.

El protesto como acto público y solemne, levantado por Notario público, en tiempo y forma, resulta necesario como condición *sine qua non* para el ejercicio de la acción de regreso. No es necesaria la asistencia de testigo dice el artículo 258 de la Ley, basta la fe pública de que están investidos los Notarios, sin otra condición que su propia declaración.

La Ley admite que el protesto se haga en documento separado, que es lo más indicado; pero consiente que se haga en el título o sobre el duplicado o sobre la copia, lugares que no permiten incluir todo el contenido del acta notarial.

---

(7) Solórzano Reñazco, A., *Ley General de Títulos Valores, Comentada y concordada,* Editorial Hispamer, Managua, 1998, p. 367.

El artículo 262, consagra los requisitos esenciales que debe contener el acta de protesto notarial, a saber: 1. La fecha y lugar en que se practica; 2. El nombre del requirente y de la persona del requerido, y el requerimiento hecho; 3. Las respuestas obtenidas o los motivos por los cuales no se obtuvo ninguna; y 4. La firma del Notario, y la de la persona con quien se entiende el protesto o expresión de su imposibilidad o resistencia a firmar, si la hubiere. Igualmente, en el protesto se deberá expresar, si es del caso, la búsqueda que se hizo del lugar del pago o de la presentación y si estuvo o no presente quien debió aceptar o pagar.

VIVANTE nos da una explicación de los elementos esenciales y añade que el protesto debe contener: "**Transcripción del título**: El Notario que hace el protesto debe reproducir literalmente en el acta, el titulo protestado. Puede reproducirlo al principio o al final o al dorso del protesto, siempre que forme parte del texto del documento amparado por su firma". **Lugar del protesto**: El título debe ser presentado para el pago en el lugar que él indique. El lugar del pago que constituye un elemento esencial del contrato de cambio, no puede modificarse aun con el acuerdo del poseedor y del aceptante porque la aceptación es irrevocable y por consiguiente inmodificable…" (8).

Según Hernán ZELAYA, para los efectos del protesto, el domicilio legal del librado o aceptante, es: "**El designado en el título;** en defecto, **el lugar de la residencia actual**; a falta de ambos, **el último que se le hubiere conocido**. El protesto hecho en otro domicilio distinto de los indicados, según los casos, es ineficaz" (9).

El artículo 260 *in fine* de la Ley, dispone: "*que si el domicilio o la residencia de la persona contra la cual debe levantarse el protesto no se puede encontrar, el protesto debe hacerse en cualquier local en el lugar de presentación o pago, a elección del Notario*".

Sobre este punto, es importante agregar, que cuando el Notario decida formular el protesto en cualquier local, en el lugar de presentación o pago a su elección, por no encontrarse ni en el domicilio ni en la residencia de la persona contra la cual debe levantarse el protesto, por seguridad jurídica y para evitar daños al librado, el Notario lo debe hacer constar en el acta.

(8) *Idem*, p. 371.
(9) ZELAYA, H., *Derecho Notarial, Tipografía Nacional*, Guatemala, 1932, p. 131.

Sobre cuestiones del domicilio en materia de protesto notarial, PELOSI, afirma: "si no fuere posible conocer el domicilio de dichas personas, el protesto se hará en el último domicilio que se les hubiese conocido" (10).

Menciona que en la práctica profesional se ha creado la duda acerca de si es indispensable que el requirente o persona que formaliza el protesto acompañe al escribano en el acto de la diligencia para la intimación al girado u obligado para aceptar o pagar la letra o cheque.

En la mejor obra sobre el protesto, que pertenece a Osvaldo S. SOLARI, sostiene el autor que no es necesario que esté presente el simple tenedor o el portador en el acto de la intimación y el siguiente protesto, pues si el protesto, como procedimiento notarial, tiene la exclusiva finalidad de comprobar la inaceptación o el impago, el Notario es el funcionario a quien la ley confía esa comprobación, y se recurre a él porque, en su condición de fedatario, su intervención permite que dicha comprobación tenga el requisito de autenticidad que le es indispensable (11).

Ahora bien, el artículo 263 de la ley regula la obligación del Notario de levantar el acta de protesto, poniendo razón en su protocolo, siguiendo el orden cronológico de los documentos que redacte, expresando el nombre y apellido del requirente y requerido, la naturaleza del título y todos los datos necesarios para su identificación.

En la razón el Notario deberá poner nota indicando el folio que ocupa en el protocolo, el número de acta, la hora y la fecha. Encuentro concordancia de esta disposición legal con el artículo 17 de la LN, que define al protocolo o registro y lo que forma parte de él.

Por otro lado, me refiero al acta de protesto de factura cambiaria, regulada en el artículo 12 de la Ley Núm. 739 "Ley de Factura Cambiaria", que entró en vigencia seis meses después de su publicación, efectuada el 7 de diciembre 2010, en virtud del cual se le atribuye al Notario la función de protestar la factura cambiaria no pagada en tiempo, total o parcialmente, a más tardar dentro de un plazo de sesenta días calendarios posterior a su vencimiento, conforme con lo establece el Libro Segundo de la Ley General de Títulos Valores, denominado: *Letras de cambio, pagarés a la orden, cheques y otros*.

No me quiero olvidar, del acta de protesto de bono de prenda**,** también calificada como título valor en el artículo 80 de la Ley No. 734,

---

(10) PELOSI, C. A., "Las actas en la Legislación Notarial Argentina", en http://www.vlex.com/vid/233202, consultado el 20 de abril de 2009.

(11) *Idem,* p. 8.

"Ley de Almacenes Generales de Depósitos", por ser considerado como un instrumento de crédito prendario necesario para el tráfico comercial. El Notario puede actuar a instancia de interesado, a fin de protestar un título de esta naturaleza, según lo preceptúa el artículo 71 de la referida ley*: "El Bono de Prenda no pagado en tiempo, total o parcialmente, debe protestarse a más tardar al octavo día hábil que siga al del vencimiento. El protesto debe practicarse en el Almacén que haya expedido el Certificado de Depósito correspondiente y en contra del tenedor eventual de éste, aun cuando no se conozca su nombre o dirección, ni esté presente en el acto del protesto*".

Finalmente, dentro de la clasificación general de las actas, al igual que el acta de junta, constituye una acta ***"activa"*** por la actuación activa que puede tener el Notario; ***"de control y de percepción",*** controla la legalidad, los requisitos, las solemnidades del acto; así como los hechos documentados por la percepción notarial; es ***"típica"*** por éstar regulada en la ley, este tipo de acta constituye una ***"modalidad de acta de requerimiento",*** porque está dirigida al cumplimiento de una obligación; y es necesariamente, "*protocolizable*", a tenor del artículo 17 de la LN y del artículo 263 de la Ley General de Títulos Valores.

2.3.3. El acta de notificación

La notificación, es el "acto de hacer saber alguna cosa jurídicamente para que la noticia dada a la parte le pare perjuicio en la omisión de lo que se le manda o íntima, o para que le corra término" (12).

Notificar, dice un diccionario razonado, "es un instrumento jurídico que formaliza una comunicación" y que según López Merino, es además, "una comunicación jurídica, propia e individualizada" (13).

Aplicado a las actas notariales, es el acto de poner en conocimiento de alguien un hecho o acto, sea para perfeccionar un contrato, o porque la ley exige que en forma fehaciente se haga saber alguna circunstancia para garantía de las partes o involucrados.

La notificación es entendida como una actividad, una operación, que ha de provocar o producir el conocimiento de algo "*in mente alterius*".

---

(12) Ruiz, Armijo, A., "Las actas notarariales y su recepción en el derecho nicaragüense", recuperado el día 9 de diciembre 2010, en el sitio web: http://miblogdederechonicaraguense.blogspot.com/2010/05/las-actas-notariales-y-su-recepcion-en.html, 2010, p. 31.

(13) Fundación Moro, T., *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa Calpe, Madrid, 2005, p. 1037.

El autor argentino Pelosi, entiende por acto de conocimiento, la declaración no negocial, especialmente sobre hechos o derechos, concretamente del tipo de las participaciones de previsión y de intención, emitida con el objeto de ser comunicada a una o más personas, con el fin de obtener determinados efectos jurídicos.

La dicción "*acto de conocimiento*" está dada con prescindencia del objeto del pensar que se comunica, en función del pensar que se comunica, en función de otorgar jerarquía al acta de notificación notarial y de hacerla omnicomprensiva de los actos que, con distintos nombres, pueden ser contenido o materia de ella (14).

La jerarquía emerge de considerar que por ella existe una transmisión real de conocimiento.

De forma igual, el acta de notificación resulta de mucha utilidad debida, que el Notario, como auxiliar del Juez, puede siempre a solicitud del interesado, encomendar para la realización de la comunicación a los fines de la perfección de determinados contratos de naturaleza mercantil, o para facilitar el tráfico jurídico entre empresarios o comerciantes.

En materia mercantil, esta acta de notificación, puede ser utilizada al amparo del artículo 366 del Código de Comercio, cuando se refiere a las cesiones de los créditos mercantiles que se practica entre empresarios, el que en su parte conducente dice: "*El deudor a quién se notifique la cesión y que tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá hacerlas presente en* ***el acta de notificación****, o dentro de tercero día a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas*".

El artículo 365 del Código de Comercio, hace referencia a que la cesión de un crédito no endosable estará sujetará a las disposiciones del Código Civil, por consiguiente, las disposiciones legales contenidas en el Capítulo I "De los Créditos Personales", del Título XI "De la Cesión de Derechos, es aplicado a los créditos mercantiles, y en especial, los artículos 2720 y 2721 C. referidos a la existencia del "*acta notarial*".

El precepto legal contenido del artículo 2721 CC habilita al Notario autorizado para cartular, para que verifique la notificación de la cesión de un crédito, evidentemente a través del "acta notarial", a fin de que produzca efecto contra el deudor y contra terceros, y esto es así porque el art. 2720 CC. Contempla que: "*La cesión no produce efecto contra el*

(14) Pelosi, C. A., "Las actas en la Legislación Notarial Argentina"…, *cit.,* p. 14.

deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste".

El legislador consideró esta acta, a fin de que el deudor pueda conocer del hecho acontecido como es la "cesión", y de esta manera el deudor pueda conocer a su nuevo acreedor, a quien va a realizar el pago, con ello garantiza el nuevo acreedor (cesionario) que el pago que realice el deudor al antiguo acreedor (cedente), no tenga eficacia. Constituye, sin dudas, una garantía de seguridad a favor de los interesados, en la negociación de títulos de créditos mercantiles y dentro del tráfico jurídico del mundo financiero o empresarial.

Por su parte, al revisar el artículo 59 numeral 6) de la Ley Núm. 561 "Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros", se constata que los Bancos gozan de determinada excepciones: "privilegios bancarios", considerándose como perfecta la cesión de derechos que realice un banco, sin necesidad de notificarla al deudor. De tal manera, la notificación notarial a través de acta, no es necesaria cuando los bancos actúan como cesionarios, y solamente se efectuará cuando sea requerida por un empresario individual o jurídico, que no sea Banco.

En materia de contrato de factoraje, regulado por la reciente Ley Núm. 740 "Ley de Factoraje", publicada el día 7 de diciembre de 2010, se regula en el artículo 15 *"la notificación de la transmisión de los derechos de créditos"*, regulándose que esta transmisión podrá ser notificada al deudor por el factorado, siendo una de sus formas, la establecida en el inciso b) referida a la comunicación realizada por Notario Público. En este caso, el legislador puntualiza, que la notificación deberá ser realizada mediante "acta notarial" en el domicilio del deudor, pudiendo efectuarse con su representante o cualquiera de sus dependientes o empleados facultados para ello. Se tendrá por domicilio del deudor el que señalen los documentos en que consten los derechos de créditos, objeto de contrato de factoraje suscrito por las partes que realicen actividades empresariales de naturaleza mercantil.

Dispone el mismo artículo 15, que la comunicación deberá informar al deudor que a partir de la notificación, los pagos subsiguientes deberán efectuarse exclusivamente a la empresa de factoraje, cuando así lo hubiere pactado.

Importa también, al tráfico jurídico mercantil, la circulación de la factura cambiaria, de conformidad con la Ley Núm. 739 "Ley de Factura Cambiaria", definida por el artículo 2 como "*Copia de la factura comercial de crédito, sin valor tributario, que cumple con los requisitos y solemnidades de ley y demás legislación vigente, tiene calidad de titulo*

valor, trasmisible por endoso y con fuerza ejecutiva, suscrita por el deudor o la persona acreditada formalmente...". El legislador deja establecido en dicha ley y en su artículo 8 *"la notificación de la circulación de la factura cambiaria",* para que el librador o vendedor de bienes o servicios haga circular el título.

Siendo que la notificación dice la ley, puede ser efectuada por cualquier medio verificable que evidencia la recepción de la notificación, considero pueda actuar el Notario, a través del "*acta de notificación*", cuidando que se estatuya en ella los requisitos que establece el mismo artículo 8 de la ley: a. Lugar y fecha de la notificación; b. Nombre del comprador de los bienes o adquirente del servicio; c. Número y monto de la factura cambiaria notificada; d. Nombre, cédula de identidad ciudadana y forma de la persona que recibe la notificación. Se puede incluir en el acta, el nombre de la persona natural o jurídica a favor de quien se pagará el título valor.

Con la actuación, el Notario brindará seguridad jurídica y controlará la legalidad del acto, a fin de que una vez realizada la notificación, habilite al librador o vendedor hacer circular en tráfico la factura cambiaria, y de esta manera el librado o comprador de los bienes o servicios, quede obligado a pagar el importe contenido del título a la fecha de vencimiento.

Por su parte, la Ley Núm. 515 "Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Crédito", nos ofrece este tipo de actas, en el artículo 9, cuando el emisor queda obligado a comunicar al fiador solidario, en los casos que se haya constituido tal fiador, el estado de mora en que ha incurrido el deudor principal, en un plazo no mayor de 30 días posteriores al acaecimiento de tal hecho.

De no verificarse tal notificación dentro de este plazo, el emisor de la tarjeta pierde su derecho de reclamar el pago vencido al fiador del deudor principal.

Esta obligación de notificación, dice la ley, debe efectuarse conforme norma que dicte el ente regulador.

La norma para operaciones de tarjetas de crédito, Resolución No. CD-SIBOIF-629-4-MAY26-2010, del 26 de mayo de 2010, deja establecida en su artículo 38, que la notificación al fiador, el emisor podrá efectuarla mediante medios que pueda evidenciar la realización de la notificación, como carta certificada o telegramas. En ese sentido, considero, que tanto la ley como la norma, no impiden el actuar del Notario, quien también podría encontrarse legitimado para levantar un acta, previa rogación del emisor. Sobre este punto, en materia de telegramas, el Notario también está habilitado para actuar conforme lo

que establece el artículo 112 del Código de Comercio, que a la letra dice:

> *"El telegrama hace prueba como documento privado, cuando el original está firmado por la persona que aparece enviándolo, o cuando se compruebe que el original fue entregado o hecho entregar en la oficina del telégrafo por la persona referida, aunque no lo haya firmado. Si la firma del original está autenticada por un Notario con su sello correspondiente, el telegrama tendrá valor de instrumento público".*

Para acotar esta idea, el banco podrá solicitar la actuación del Notario, incluso para la autenticación de un telegrama, como evidencia o comprobación de la notificación que dispone la Ley Núm. 515 y su norma prudencial.

Finalmente, por la importancia del hecho o circunstancia que instrumenta el Notario, *el acta de notificación*, es un acta de control, típica y que debe ser incorporada al registro o protocolo notarial.

2.3.4. El acta de requerimiento

El acto de requerimiento, en general, es el vehículo por el que una persona exterioriza su deseo de hacer valer un derecho contra otra, acotando la idea, "se dirige al cumplimiento de una obligación, correlativa al derecho de pretensión" (15).

Me he referido a ella, a través del acta de protesto, sin embargo, vale la pena mencionar que la legislación nicaragüense, en materia mercantil, solamente nos ofrece algunos casos específicos, como el contenido en el artículo 59 numeral 14) de la Ley No. 561. "Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros", en materia de "*actas de requerimiento de pago*", que tengan que efectuar los bancos, en cualquier tipo de juicio ejecutivo. Esta labor dice el mismo artículo, puede ser efectuada por Notario que designe el banco en su escrito de demanda.

Considero, que aunque no existe mayor regulación en Nicaragua, esta acta puede ser muy útil en el tráfico jurídico comercial, por el empresario o comerciante, a fin de garantizar y exigir, extrajudicialmente, el cumplimiento de las obligaciones contra el deudor y el pago preferente de sus créditos mercantiles.

---

(15) SALAS MARRERO, O., HERNÁNDEZ VALLE, R., *Apuntes de Derecho Notarial,* tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970, p. 259.

El acta de requerimiento es un acta "atípica", en la medida que no está sustancialmente regulada, es "activa", por la percepción directa y de control del Notario y por supuesto, objeto de protocolización.

2.3.5. El acta de depósito

La copia de un acta de depósito circula con mucha frecuencia en el tráfico mercantil, y esto es así, porque el Notario documenta la recepción de un documento, dinero, o bien mueble, que se custodiará, guardará o conservará y devolverá en su momento por él a la persona designada en ella.

El acta de depósito, también llamada acta de consignación, es un acta *sui generis*, porque en ella el Notario no se limita a consignar un hecho. Este tipo de actas se distingue de las escrituras públicas, porque el contenido del acta de depósito, es precisamente un depósito extrajudicial, que le viene impuesto al notario *ex lege*. En este tipo de actas, no hay declaraciones negociales de voluntad, porque de lo contrario el notario no podría autorizar un instrumento en el que él es una de las partes del contrato. En este tipo de actas importan los depósitos de objetos, valores, documentos y/o cantidades que los particulares hacen al Notario, sea como garantía de sus obligaciones, sea para su custodia (16).

"La competencia notarial para esta clase de asuntos de depósito manifiesta un carácter eminentemente voluntario" (17). Dicho de otro modo, su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones establecidas.

Estas se relacionan con la facultad que tiene el Notario para aceptar voluntariamente la custodia de documentos, títulos valores, dinero, objetos, etc., sea como garantía, sea para su custodia.

Generalmente, en este tipo de actas se consigna la constitución y devolución del depósito, pudiendo el Notario fijar plazos y límites para la custodia, se identificará detalladamente el objeto depositado y su devolución. El acta deberá ser firmada, por el depositante o por quien ostente su representación legal o voluntaria, sus causahabientes y por el Notario.

---

(16) Ruiz, Armijo, A., "Las actas notariales y su recepción en el derecho nicaragüense"…, *cit.*, p. 30.

(17) Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales…", *cit.*, pp. 138-139.

Nuestro legislador, al parecer, poco legisló en materia de actas de depósito. El artículo 1059 del Código Civil vigente nos ofrece una regulación de carácter general, cuando se refiere a la custodia del testamento cerrado.

Considero que se trata de un prototipo de acta que puede calzar con los actos de comercio y operaciones mercantiles o bancarias, porque nada lo prohíbe. Nuestra legislación notarial no limita la actuación del Notario para instrumentar este tipo de acta notarial.

El numeral 12) del artículo 59 de la Ley Núm. 561 "Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros", al regularse los privilegios bancarios, al parecer, nos ofrece una ligera idea de la actuación que puede tener el Notario, en materia de prenda de inventarios, el cual dice podrá ser objeto de tráfico y comercio dentro del plazo del préstamo bancario, quedando el deudor obligado a sustituir constantemente los bienes pignorados para que la garantía tenga un carácter de permanencia por ficción legal. Pudiera ser, que el Notario, a solicitud del banco, instrumente un acta que consigne el depósito de bienes muebles inventariados, a fin de garantizar la seguridad, para este tipo de operaciones.

Por su parte, en materia de prenda comercial, la Ley Nú. 146 "Ley de Prenda Comercial", dispone en su artículo 2 …"*que el deudor prendario tendrá en su dominio la cosa pignorada y conservará su posesión en calidad de depositario; podrá utilizarla, servirse de ella con las obligaciones de reparar su deterioro y mantenerla en buen estado*". Esto resulta evidente, cuando en el mismo contrato de prenda, se ha consignado el depósito, pero puede ocurrir que el contrato de prenda comercial haya quedado redactado de forma insuficiente, pudiendo el Notario actuar en acto independiente, para consignar a través de un acta de depósito el bien objeto de prenda comercial, indicando el nombre y datos de identificación del depositario o deudor, y una relación posiblemente del contrato de prenda. Finalmente, es importante indicar, que cuando el notario autoriza el acta de depósito se responsabiliza de la custodia del bien objeto de depósito. No se trata de narrar el hecho de la custodia, sino de asumir los riesgos, las responsabilidades o pérdidas que ella supone.

2.3.6. El acta de traducción de documentos mercantiles

Para la realización o comprobación de operaciones mercantiles, circulan en el tráfico, "las actas de traducción de documentos", reguladas en los artículos 1132 Pr., artículo 33 de la LN y 5 de la Ley Núm.

139 "Ley que Da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado", aunque ésta última disposición la denomina como "escritura pública".

La traducción, dice el artículo 1132 CC, puede ser hecha privadamente por el interesado, y sólo cuando su fidelidad es impugnada por la contraparte, se procederá necesariamente a su traducción por intérprete nombrado por el Juez.

El requisito esencial para este autorizar este tipo de acta, es que el Notario tengan más de diez años en el ejercicio de la profesión, tal como lo dispone el artículo 8 de la Ley que da mayor utilidad a la institución del Notariado, así lo enunció la Circular emitida el día 8 de octubre 2007 por el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte el artículo 5 de la Ley No. 139, regula la facultad que tiene el Notario de autorizar la traducción de un documento con auxilio de un intérprete nombrado por él.

La traducción privada o notarial, tendrá la misma fuerza que la realizada judicialmente.

Ahora bien, conforme con el artículo 33 *in fine* de la LN, el Notario tiene la obligación de agregar al protocolo documentos extranjeros, siempre que estén debidamente traducidos castellano, la cual deberá ser autorizada por el Notario, con intervención de traductor oficial, o por el mismo Notario, en un solo contexto, sin mezclarse en él actos extraños, y es natural que la hará constar mediante "acta notarial", y no mediante escritura pública, esto es así, porque no se debe consignar… como un negocio jurídico en tal caso tendría que documentarlo mediante escritura pública, encontrándose el Notario imposibilitado para actuar como parte en el instrumento público.

Con la traducción, el Notario puede instrumentar toda clase de documentos de naturaleza mercantil o comercial que tributen a la celeridad del tráfico jurídico empresarial.

2.3.7. El acta de protocolización

Es sujeto de protocolización a través de acta, toda clase de documentos, previsto en la ley, así lo preceptúa el artículo 61 de la Ley del Notariado, competencia que les ha sido atribuida exclusivamente a jueces y notarios.

Destaco este tipo de acta, porque a través de la figura de la "protocolización", en materia mercantil pueden incorporarse al protocolo cantidad de documentos (por ejemplo: el acuerdo de junta directiva, de asamblea general de accionistas, la copia de un poder especial, gene-

ral o generalísimo, una oferta de venta de acciones- una aceptación, un contrato privado de naturaleza mercantil, etcétera*)*.

Son aquellas dirigidas a plasmar el hecho por el que el Notario incorpora un documento mercantil al protocolo. Prueba el hecho de la incorporación y la fecha en la que se incorporan. A partir de su incorporación al protocolo, el documento o diligencia protocolizada circulará en el tráfico únicamente como copia o testimonio (artículo 64 de la LN).

Chinea Guevara comenta: "Las actas de protocolización de documentos, son incluidas dentro de las actas que documentan un hecho propio del Notario, porque 'protocolizar' es incorporar, pasar a formar parte del protocolo de un Notario, y ese hecho, únicamente el Notario responsable por la ley de la integridad y custodia de los protocolos, puede efectuarlo válidamente" (18).

El cauce normativo de esta acta se sitúa en los artículos, del 61 al 66 de la LN, donde especialmente se dispone:

> *"La protocolización se hace agregando al Registro, en la fecha que le fueren presentados al Notario, los documentos y diligencias mandados a protocolizar. El Notario pondrá al fin de dichos documentos una razón firmada en la que conste el lugar, hora, día, mes y año en que se protocolizan, el número de hojas que contienen; y el lugar que, según la foliación, ocupan en el protocolo, designando los números que corresponden a la primera y última hoja".*

El legislador sugiere que el documento se agregue físicamente al protocolo o que, según opinión de la Corte, se agreguen las diligencias originales al legajo de comprobantes, preferible para la mayor garantía y seguridad, respetando el Notario las solemnidades legales que incluye, el requerimiento, el orden cronológico de las escrituras y la transcripción íntegra de las diligencias mandadas a protocolizar (19).

En relación con la protocolización de un documento privado regulado en el artículo 63 *in fine* de la LN, es menester mencionar que la protocolización de un documento privado no lo convierte en público, sigue siendo privado, sin embargo, lo somete a la denominada seguridad protocolar, a todas las normas y regulaciones que afectan para su conservación y custodia a las matrices que conforman el mismo. A con-

---

(18) Chinea Guevara, Josefina, "Teoría de las actas notariales…", *cit.,* p. 137.

(19) Corte Suprema de Justicia, *Consulta del 26 de Agosto de 1915,* Boletín Judicial, p. 956.

secuencia de la protocolización afirma CHINEA GUEVARA que "el documento original no saldrá nunca más del protocolo notarial a que se somete y será representado en lo adelante con copia autorizada por Notario de dicha acta con expresión literal de su contenido" (20).

En clases de Derecho notarial, asegura el profesor PÉREZ GALLARDO que "Este tipo de actas ofrecen autenticidad a razón de su fecha o su incorporación en el Registro, matriz o protocolo notarial, es decir al día en que fue presentado" (21).

2.3.8. Otras actas propias del tráfico jurídico mercantil

Terminando con la revisión del Derecho positivo nicaragüense en materia de actas, puedo encontrar apropiada en temas mercantiles el *acta de autenticación de fecha cierta de un documento,* regulada en el artículo 2387 CC, en virtud de la cual el Notario puede dar fe de que cualquier documento privado le ha sido presentado, para dar autenticidad de su fecha, que como lo he mencionado, el Notario tan solo acredita la existencia en la fecha que le fue presentado, no convirtiendo el documento en instrumento público, éste sigue siendo privado.

Importan tambien, el *acta de autenticacion de las firmas colocadas en un documento privado en presencia del Notario***,** regulada en el artículo 7 de la Ley Núm. 146, "Ley de Prenda Comercial", que circulan en el ámbito bancario y financiero.

Por su parte, en el mundo de los "Mercados de Valores" nicaragüenses, considero también está presente la función del Notario.

El Notario puede desempeñar su función mediante una simple "*acta de declaración*", de cualquier emisor de oferta pública de Bolsa, tal como lo dispone la Ley No. 587, "Ley de Mercado de Capitales", artículos 13, 14, 15 y 16, al hacer constar en el acto, que el declarante se ha cerciorado y ha efectuado la necesaria diligencia profesional o la diligencia debida, en la verificación de las informaciones y manifestaciones anotadas y recogidas en los prospectos informativos de ofertas públicas. Incluso, haciendo constar en el acta mediante simple manifestación propia del declarante lo siguiente: 1. Que para la elaboración y presentación del prospecto a los inversionistas, se ha llevado a cabo

(20) CHINEA GUEVARA, Josefina, "Teoría de las actas notariales…", *cit.*, p. 137.

(21) PÉREZ GALLARDO, L., "Conferencias o apuntes de clases", VI edición del Programa de Maestría de Derecho Empresarial con especialización en asesoría jurídica empresarial, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2010.

las comprobaciones necesarias que garantizan la calidad y suficiencia en la información contenida; 2. Que como consecuencia de tales comprobaciones no se advierte la existencia de circunstancias que se contradigan o alteren la información detallada en el prospecto informativo que es facilitado a los inversiones de mercado de valores; 3. Que no se han omitido hechos o datos significativos e importantes para los inversionistas destinatarios de la oferta; 4. Se puede referir mediante la expresión literal del declarante, que el prospecto informativo preparado se ha elaborado en completo ejercicio de la función tutelar, fiscalizadora y bajo la responsabilidad que el caso amerita, mediante el suministro de datos e información clara, inequívoca y legitima, y que todo ello garantiza una información veraz, oportuna y eficiente, a fin de que los inversionistas puedan formarse un juicio fundado sobre la operación que se le propone y, en especial, sobre la oferta pública en las Bolsa de Valores de Nicaragua.

Dicho lo anterior, vale la pena culminar con esta revisión de nuestro Derecho positivo, afirmando que el Notario nicaragüense, como funcionario público, es apto para actuar y autenticar a través de un acta notarial los asuntos encomendados por los empresarios individuales y jurídicos, y en general todos los hechos o circunstancias propios del ámbito comercial, por mencionar algunas que se me escapan: *actas de subastas, de liquidaciones de cuentas voluntarias dentro de una sociedad, y demás actas de declaraciones*, *de percepciones y de control propias del Notario,* que en principio aunque no estén reguladas en nuestra legislación, no significa que se encuentren limitadas o prohibidas para su autorización notarial.

2.4. Valor probatorio y eficacia jurídica de las actas en el tráfico jurídico mercantil

El valor o la eficacia probatoria de las actas notariales dentro del tráfico jurídico, es innegable. No se les puede desconocer valor y éste debe ser apreciado con criterios indubitables. El acta notarial constituye una prueba extrajudicialmente disímil.

En materia judicial, son medios probatorios por excelencia, idóneos, admisibles y oportunos para legitimar u ofrecer autenticidad sobre un hecho o pluralidad de hecho o circunstancias que han documentado. Las actas están cubiertas plenamente de la fe pública notarial, de la verdad y de la certeza que requiere el tráfico jurídico, de modo que deben ser reconocidas y admitidas plenamente como ciertas, incluso en materia judicial, mientras no se ataque de falsedad.

Así, las manifestaciones, declaraciones, las autenticaciones de hechos o circunstancias, documentadas, que indiquen el Notario se ha constituido en un determinado lugar, hora y fecha, para llevar autorizar un acta de protesto de cualquier título valor, de un acta propia de sociedades mercantiles, de depósito, traducción, de notificación o de requerimientos, entre otras que operan en tráfico jurídico mercantil, están cubierta por la fe pública, siempre y cuando el Notario haya cumplido con las solemnidades legales, el requerimiento del interesado, la constatación de la identidad de los comparecientes.

3. Conclusiones

1. Las actas notariales se encuentran ubicadas en nuestro ordenamiento jurídico nicaragüense, dentro de la clasificación general de los documentos públicos que legítimamente puede redactar y autorizar el Notario Público.

2. La legislación notarial nicaragüense no regula de forma particular un concepto de acta notarial, para ello, resulta necesario el auxilio del Derecho comparado y la doctrina moderna que extraen los elementos más destacables para un acercamiento a su concepto.

3. El acta notarial es un documento público autorizado por Notario, que desde mi punto de vista, por seguridad jurídica, debe constar en el protocolo, para que el Notario a instancia del interesado, compruebe, consigne, describa o fije uno o varios hechos y circunstancias que presencia, escucha, percibe, le constan u observa por sus propios sentidos, limitándose a dar fe de la existencia o notoriedad de hechos, o como resultado de la calificación de las pruebas o documentos que practica y que le han facilitado, que por su naturaleza no son manifestaciones o declaraciones de voluntad.

4. La fijación de hechos o circunstancias que documenta el Notario a través del acta notarial puede recaer en la persona del requirente, de terceros, de documentos u objetos, siempre que estos hechos sean lícitos y no constituyan materia de contrato o de otro negocio jurídico y que no se trate de hechos o circunstancias prohibidas o limitadas, esto último sobre la base del principio de legalidad constitucional, regulado que se refiere a lo siguiente: "*lo que no está prohibido está permitido*".

5. El acta notarial debe ser redactada a tono, de acuerdo con la técnica notarial reconocida ampliamente por la doctrina y el Derecho comparado y en su estructura general debe configurarse mediante el involucramiento de sus principales componentes: *la comparecencia, requerimiento o rogación, descripción propiamente del hecho que se instrumenta y la autorización y firma*.

6. El Notario se encuentra legitimado conforme con la ley para redactar y autorizar "actas notariales", en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando sea requerido por persona con interés legítimo.

7. La rogación o el requerimiento del interesado legítimo constituye un requisito *sine qua non* para la autorización de un acta notarial. Nuestra legislación prohíbe al Notario actuar de forma oficiosa.

8. De acuerdo con su naturaleza jurídica, la esencia de las actas notariales lo son hechos jurídicos, cuya existencia se constata por el Notario, o los actos realizados por él mismo a petición de parte interesada.

9. En materia de actas notariales están presente los principios que informan al notariado latino, a saber: *principio de legitimación del Notario; principio de legalidad; principio de autoría y redacción; principio de rogación; principio de inmediación; principio de matricidad y protocolo; principio de reproducción; principio de imparcialidad; principio de asesoramiento; principio de autorización*, entre otros.

10. No se puede asimilar ni el contenido ni la estructura de un acta notarial con los de una escritura pública. Existen características de forma, de contenido y de la propia actuación del notario que la hacen completamente diferentes.

11. Dentro de la clasificación tradicional de las actas notariales, abordadas por la doctrina y el Derecho comparado, le corresponderá al Notario autorizante identificar el tipo de acta que estará instrumentando, así como la delicada función de determinar cuándo se trata de un acta de naturaleza mercantil y que circulará en el tráfico jurídico. Para ello, deberá determinar si se trata de una actividad mercantil o comercial (criterio objetivo) o si las personas que requieren de su actuación son comerciantes o empresarios (criterio subjetivo).

12. La utilidad del acta notarial en el ámbito comercial es innegable, a pesar de la celeridad que caracterizan las transacciones mercantiles. La existencia de un acta notarial en la esfera mercantil significará entonces, la documentación de un hecho o circunstancia de carácter patrimonial, es decir, un medio de prueba de valor, económico, bursátil, financiero, a favor de un comerciante o empresario.

13. Cada tipo instrumental de "acta notarial" regulada en el ámbito mercantil, deberá redactarse con la técnica general regulada en la ley especial, pero con el cuido y atención; y el cumplimiento de los requisitos legales, que la ley mercantil señala, a fin de procurar su validez y eficacia jurídica en el tráfico.

14. Las actas notariales como documentos públicos, son medios de pruebas por excelencia, idóneos, admisibles y oportunos, no solamente a nivel extrajudicial, sino para todo tipo de contienda judicial. Constituyen medios de pruebas suficientes y de innegable trascendencia jurídica en el tráfico jurídico mercantil (22).

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

BLANQUER UBEROS, R. BOLÁS ALFONSO, J. DELGADO DE MIGUEL, J. F. CHINEA GUEVARA, J. CHIKOC BARREDA, N. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *et al.*, *Lecciones de derecho notarial,* 2.ª edición, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2010.

CHINEA GUEVARA, Josefina, "Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie en Derecho Notarial", Tomo I, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Félix Valera, La Habana, 2008.

FUNDACIÓN MORO, T.**,** *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa Calpe, Madrid, 2005.

GATTARI, C. N., *Manual de derecho notarial,* Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1992.

GUZMÁN GARCIA, J. J., HERRERA ESPINOZA, J. J.**,** *Contratos Civiles y Mercantiles*, Primera Edición, Universidad Centroamericana, Managua, 2006.

(22) El artículo presentado, es el resultado o aporte esencial de una investigación científica elaborado bajo la dirección del Maestro Tutor Doctor Leonardo Pérez Gallardo, como requisito previo para ingresar al ciclo II de la VI Edición de la Maestría de Derecho de Empresas con Especialización en Asesoría Jurídica de la Universidad Centroamérica, Managua, Nicaragua, Febrero 2011.

MORENO CHAVEZ, J. A., *Curso de Derecho Notarial I*, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2008.

MURILLO HURTADO, E., "La fe pública notarial como garante de la seguridad jurídica", Curso de Postgrado de Asesoría Notarial en la Contratación Civil y Mercantil y Teoría General del Instrumento Público, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2005.

NAVAS MENDOZA, A**.,** *Curso Básico de Derecho Mercantil*, Editorial Universitaria, UNAN-León, 2004.

PÉREZ GALLARDO, L., *Documentos Públicos notariales en especie: Proyección en la técnica notarial-Parte General*, Postgrado de Teoría y Práctica del Derecho Notarial en el Ordenamiento Nicaraguense, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2006.

— **"**Apuntes de clases", Postgrado de Teoría y Práctica del Derecho Notarial en el Ordenamiento Nicaraguense, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2006.

— "Conferencias o apuntes de clases", VI edición de Programa de Maestría de Derecho Empresarial, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2010.

PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, "Conclusiones", Buenos Aires, Argentina, 1948.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Los componentes públicos de la función notarial", *Revista Jurídica del Notariado Número 25*, 1998.

SALAS MARRERO, O., y HERNÁNDEZ VALLE, R., *Apuntes de Derecho Notarial*, Tomo II, Universidad de Costa Rica, 1970.

SOLÓRZANO REÑAZCO, A., *Ley General de Títulos Valores*, Comentada y concordada, Editorial Hispamer, Managua, 1998.

— *Glosas al Código de Comercio de la República de Nicaragua*, Concordancias y Jurisprudencia, 1999.

VERDEJO REYES, P., *Seminario de Funcion Notarial*, Universidad de la Habana Cuba, Facultad de Derecho, La Habana, 1989.

ZABALA, G. A., XXVIII Jornada Notarial Argentina, "Las actas de notoriedad", Segunda Circunscripción, Rosario, Santa Fe, 2007.

ZELAYA, H., *Derecho Notarial,* Tipografía Nacional, Guatemala, 1932.

II. Fuentes consultadas en sitios web

ARRACHE MURGUIA, J. G., "Consideraciones sobre interés jurídico e interés legítimo", en http://www.alipso.com/monografias2/INTERES_JURIDICO_E_INTERESLEGITIMO_COMO_PROCEDENCIA_DE_LA_ACCION_AMNISTRATIVA_/index.php., consultado el 15 de enero del 2011.

CARRICA, P. A., "Las actas notariales", Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina, 2001, http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/1589733/Derecho—-Las-actas-notariales.html .consultado el 8 de diciembre de 2010.

GONZÁLEZ LLINAS, Escribanía, "Actas notariales", en http://www.escribaniallinas.com.ar/actas.html, consultado el 16 de enero de 2011.

LECARO DE CRESPO, G., "Las actas notariales", Universidad Católica de Santiago

de Guayaquil, *Revista on line de Derecho* por la Facultad de jurisprudencia, Ciencias sociales y políticas, Ecuador, en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=158&Itemid=72, consultado el 9 de diciembre de 2010,

PELOSI, C. A., "Las actas en la legislación notarial argentina", 1983, .en http://www.vlex.com/vid/233202, consultado el 20 de abril del 2009

PRADA GONZÁLEZ, J. M., "Las actas: Idea general", en Revista digital de derecho. Colegio de Notarios de Jalisco, Podium (8), México, 1993, en, http://www.revistaNotarios.com/?q=node/159., consultado el 8 de enero del 2011

RUIZ, ARMIJO, A., "Las actas notariales y su recepción en el derecho nicaraguense", en http://miblogdederechonicaraguense.blogspot.com/2010/05/las-actas-notariales-y-su-recepcion-en.html, consultado el 9 de diciembre del 2010.

RUIZ DE VELAZCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, en http://books.google.com.ni/books?id=FUrtIh4Vo-EC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=trafico+jur%C3%ADdico+mercantil&source=bl&ots=yk13fCy-8s&sig=tZE7NHg569kci1JI5fdf1e_A3Sg&hl=es&ei=-Z00Tf_nIpLpgQeEvNi7Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=10&ved=0CEcQ6AEwCTgK#v=onepage&q&f=false, consultado el día 15 de enero del 2011.

SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE, J., VILLANUEVA GARCÍA POMAREDA, B., "El acta notarial de la junta en la sociedad anónima", Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, en http://eprints.ucm.es/10570/1/Acta_notarial.pdf, consultado el 12 de enero del 2011.

WAISMAN ZAIDEMBERG, Escribanía, Preguntas frecuentes, "Actas de constatación", en http://www.escribaniawz.com.ar/index.php/preguntas-frecuentes.html, consultado el 15 de enero del 2011,

III. Fuentes legales

Constitución Política y Ley de Amparo de la República de Nicaragua, Grupo Editorial Acento, Edición Actualizada, Managua, 2009.

Código Civil de la República de Nicaragua, 1908.

Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, 1.ª edición, Editorial Acento SA, Managua, 2004.

Ley del Notariado Nicaragüense y Legislación conexa, incluye concordancias y jurisprudencia, Edición a cargo de Aníbal Arturo RUÍZ ARMIJO, Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2007.

Ley Núm. 139, Ley que da mayor utilidad a la institución del Notariado, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 36, del 24 de febrero 1992.

Ley Núm. 515, Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Crédito, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 11, del 17 de enero 2005.

Ley Núm. 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 232, del 30 de noviembre del 2005.

Ley Núm.. 587, Ley de Mercado de Capitales, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, No. 222, del 15 de noviembre 2006.

Ley Núm. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, Publicado en la Gaceta Diario Oficial, Nos. 83, 83, 84, 85, 86 y 87, los días 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo del 2008, Impresiones Helios, S.A, Managua, Nicaragua, 2008.

Ley Núm. 698, Ley General de los Registros Públicos, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, No. 239, del 17 de diciembre 2009.

Ley Núm. 729, Ley de Firma Electrónica. Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm.. 165, del 30 de agosto 2010.

Ley Núm.. 734, Ley de Almacenes Generales de Depósitos. Publicado en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 201 y 202, del 21 y 22 de octubre 2010.

Ley Núm. 739, Ley de Factura Cambiaria, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 234, del 7 de diciembre 2010.

Ley Núm. 740, Ley de Factoraje, Publicada en la Gaceta Diario Oficial, Núm. 234, del 7 de diciembre 2010.

Ley Núm. 50, Ley de las Notarias Estatales de Cuba, del 28 de Diciembre de 1984.

Ley Núm. 7764, Código Notarial de Costa Rica, del 17 de Abril de 1998, Publicado en Alcance Núm. 17 de la Gaceta Núm. 98 del 22 de mayo de 1998.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, del 28 de Marzo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, México.

Real Decreto Núm. 45/2007, de 19 de Enero, por el que se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado Español, aprobado por Decreto de 2 de Junio de 1944, España.

Decreto Núm. 314, Código del Notariado de Guatemala, del 10 de Diciembre de 1946.

Decreto Núm. 353, Código del Notariado de Honduras, del 16 de Diciembre de 2005.

Resolución Núm. CD-SIBOIF-629-4-MAY26-2010, Norma para las Operaciones de Tarjetas de Créditos, del 26 de Mayo 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia dictada a las 10:45 a.m. del día 28 de Julio de 1992, *Boletín Judicial,* 1992, Managua, Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 26 dictada a las 10:30 a.m. del 7 de abril de 1994, *Boletín Judicial* Núm. 16, 1994, Managua, Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia dictada a las 10:30 a.m. *Boletín Judicial,* 1994, Managua, Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia, Circular técnica emitida por el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, del 8 de Octubre del 2007, Managua.

REFORMA DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS EN EL DERECHO CHILENO (LEY NÚM. 20.680 DE 2013)

MAURICIO TAPIA R.
Profesor de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
(mtapia@derecho.uchile.cl)

Resumen: La Ley Núm. 20.680, de 21 de junio de 2013 (que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados), reformó el Código Civil chileno en materia de cuidado personal de los hijos, incorporó las nociones de corresponsabilidad parental y cuidado compartido, además de derogar la denominada "atribución preferente de todos los hijos menores a la madre".

Este artículo efectúa una revisión crítica de las modificaciones introducidas por esta reforma, en materia de corresponsabilidad parental, cuidado personal de los hijos, relación directa y regular, y patria potestad.

Introducción

1. ¿Los padres tienen iguales derechos respecto del cuidado de los hijos? ¿Las decisiones judiciales deben guiarse preferentemente por el interés del niño? En pleno siglo XXI, aunque parezca sorprendente, el derecho chileno respondía –hasta junio de 2013– que los padres no tenían iguales derechos y que los prejuicios legales valían más que el

interés del niño. La consecuencia era evidente: la postergación de la participación del padre en la crianza de los hijos luego de la separación; la perpetuación del estereotipo de la mujer encargada de labores "domésticas"; y, sobre todo, niños en medio de una batalla donde lo último que se consideraba era su bienestar.

2. El lector puede preguntarse cómo tolerábamos esta injusticia. Muchos no la aceptamos y luchamos contra ella con nuestros modestos medios académicos en la discusión parlamentaria de estos proyectos, tal como lo hicieron, con mucha más propiedad, varias organizaciones sociales promotoras de la igualdad y defensa del interés de los niños. Pero varios también defendían el estado anterior de cosas, tal como en su momento se opusieron ferozmente al reconocimiento de derechos civiles a la mujer, a la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, al reconocimiento del divorcio, y como hoy se oponen a otorgar derechos a las uniones civiles y a modificar la sociedad conyugal para remediar la discriminación contra la mujer. Son los mismos, y apoyados por los mismos entes religiosos, que confunden sus creencias con la ley civil (1).

3. Por ello, esta reforma de las reglas sobre cuidado personal de los niños luego de la separación es probablemente una de las más relevantes discutidos en el Parlamento en los últimos años en materia de derecho civil.

Este proyecto fue iniciado gracias al incansable trabajo de organizaciones sociales -como la organización Amor de Papá- que supieron encausar la demanda social por leyes que velen de mejor forma por el interés de los niños y que aseguren, en su beneficio, la presencia permanente de sus progenitores luego de la ruptura matrimonial (2).

---

(1) Al respecto, el autor de este artículo ha analizado la controvertida y lenta evolución legislativa en Chile en materia de filiación, en la siguiente publicación: "Constitucionalización del derecho de familia (s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri (Santiago), 2007, núm. 8, p. 155-199. También en: Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 123-135.

(2) El autor de este comentario tuvo la oportunidad de colaborar en el proceso de redacción y discusión de esta reforma, por invitación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (2012-2013).

4. El proyecto, de esta forma, desde su origen apuntó a dos propósitos perfectamente consistentes con el principio de interés superior de los niños y de igualdad constitucional.

El primer objetivo era garantizar la presencia de ambos padres en su crianza y educación, mediante un sistema que permitiera, cuando el bienestar del niño así lo demande y se presenten las condiciones adecuadas, establecer judicialmente lo que se ha denominado "tuición compartida", esto es, un régimen de residencia con una alternancia que posibilite a los padres compartir derechos y obligaciones en tales tareas fundamentales para su bienestar.

El segundo propósito era erradicar una discriminación histórica contra el padre, prevista en el antiguo artículo 225 del Código Civil, que concedía automáticamente el cuidado de todos los hijos a la madre luego de la separación, sin siquiera constatar si ello garantiza o no su bienestar. Tal regla, como lo habían concluido los principales especialistas nacionales, era contraria a la Constitución por oponerse al principio de igualdad, envolvía una concepción estereotipada de los roles femeninos y masculinos y, lo más grave, terminaba perjudicando a los hijos al asignar mecánicamente a la madre la labor de custodia y al padre la tarea de un simple proveedor.

5. De manera insólita, en la discusión parlamentaria de este proyecto esos dos objetivos fueron desdibujados. Por una parte, respecto de la tuición compartida, se privó al juez de la posibilidad de otorgarla cuando al menos uno de los padres la solicite, y se le asignó una definición tan estricta que se dificulta una residencia alternada del menor. En segundo lugar, se pretendía perpetuar la discriminación contra el padre, efectuando maquillajes al artículo 225 del Código Civil, que incluso, como lo afirmó la Asociación de Abogados de Familia, empeorarían la situación vigente hasta ese momento.

Tal revés se debió en esencia a la intervención del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en la discusión parlamentaria de este proyecto, que defendió con ahínco tanto la limitación de la tuición compartida como la mantención de la discriminación contra el padre. Muchos, entonces, nos preguntamos por qué el SERNAM intervenía en un proyecto que perseguía el interés de los hijos, y que no se encuentra por ello en términos estrictos en la competencia de un servicio público encargado de políticas de género a favor de las mujeres.

Afortunadamente, el Congreso, en la última etapa del trámite parlamentario, revirtió esa regla discriminatoria, pero conservó, lamentablemente, la regulación precaria de la tuición compartida.

Sin duda contribuyó en ese cambio y a la desaparición de la regla discriminatoria la fuerte presión de las organizaciones sociales de defensa de la igualdad de los padres, y en alguna medida también una carta abierta firmada por 42 profesores de derecho civil de distintas universidades de todo el país, dirigida a los parlamentarios, que hizo presente fundadamente cómo esa regla de atribución preferente y automática de todos los hijos a la madre luego de la separación era contraria a la Constitución y perjudicaba sobre todo a los hijos (3).

6. Como se desprende de lo anterior, se trata de una reforma relevante, pero incompleta, que sin duda requerirá pronto nuevas intervenciones del legislador.

Para analizar en detalle su alcance, en los párrafos siguientes se examinará: **I.** En primer lugar, la noción de "corresponsabilidad" de la reforma. **II.** En segundo lugar, el cuidado compartido que reconoce la reforma. **III.** En tercer lugar, la desaparición de la regla de la atribución preferente a la madre. **IV.** En cuarto lugar, los criterios legales para la atribución del cuidado de los hijos. **V.** En quinto lugar, las modificaciones en materia de relación directa y regular. **VI.** Finalmente, una revisión de otras modificaciones efectuadas por esta ley.

I. Corresponsabilidad

7. La reforma acentúa, como principio general, la igualdad de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los padres viven juntos como luego de la separación (art. 224 del Código Civil).

La modificación de este artículo introduce el principio de "corresponsabilidad" de los padres en el ejercicio de estos derechos y deberes, que alude a una distribución equitativa de los mismos, en "virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Como se sabe, la regulación de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos adolece en el derecho chileno de una falencia estructural, que lo aleja de todo el derecho comparado relevante, al establecer un reconocimiento fragmentado de tales derechos

(3) La historia de esta Ley Núm. 20.680 se encuentra disponible en línea: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?t ipo_norma=XX1&nro_ley=20680&an io=2014 (consultada por última vez el 18 de febrero de 2014).

y obligaciones que termina perjudicando a los hijos, tal como lo demuestra la experiencia judicial de las últimas décadas.

La regulación nacional –antes y luego de la reforma– pone acento excesivo en la "residencia" del menor luego de la separación de sus padres. Tal aspecto es sólo uno de los derechos-deberes entre padres e hijos, en el marco de un conjunto de potestades que involucra, entre otros, la crianza, educación y establecimiento, participación en decisiones relevantes de la vida del hijo (elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.), mantención o socorro (alimentos), la autorización de salida del país, representación y administración de sus bienes.

El sistema jurídico nacional al centrar las disposiciones en la regulación de la residencia del hijo, menosprecia otros derechos y deberes que son tanto o más importantes, como la participación en las decisiones relevantes de la vida del hijo (por ejemplo, aquellas relativas a la definición del colegio donde estudiará o si practicará alguna religión, y la forma en que ésta se conducirá).

8. En efecto, la reglamentación nacional menciona aisladamente algunos de estos derechos y deberes, pero adolece de las siguientes graves falencias en perjuicio de los hijos (que no se me remediaron con la reforma):

(i) La principal falencia es la carencia absoluta de una visión de conjunto, a través de la regulación de la denominada autoridad parental, concepto que en la experiencia comparada engloba este conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos.

La expresión hace referencia a un "poder-función" ("autoridad"), esto es, un poder que se emplea para ejercer la función de padre y en beneficio del hijo y no de su titular. Este poder es atribuido -en los sistemas que lo contemplan- siempre a ambos padres. De ahí la utilización de la expresión "parental", cuyo sentido natural y obvio es "perteneciente o relativo a ambos padres" (que es distinto, evidentemente, a "paternal" o "paterno", como se hacía referencia antes en el derecho nacional).

La carencia de esta regulación sistemática es en parte la explicación de por qué se percibe socialmente una asimetría tan radical entre la posición del padre y de la madre luego de la separación: el primero es reducido a un aportador de recursos (alimentos) y a un extranjero "visitante" del hijo, desligado de su vida cotidiana, y la segunda, porque carga con todos los cuidados personales diarios, tiende a sentirse "due-

ña" de los hijos y, por ende, responsable privativa de su dirección y decisiones relevantes.

En cambio, regulando estos derechos y deberes bajo este concepto comprensivo se permite atribuir su titularidad "siempre" (antes y después de la separación) a ambos padres, modelando el ejercicio de algunos de estos derechos y deberes conforme a la solución que más se adapte a la protección del interés preferente del hijo en atención a sus circunstancias (por ejemplo, la cuestión de la residencia).

La atribución de la autoridad parental a ambos tiene, de esta forma, una innegable carga simbólica (ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan idénticos deberes), pero también un evidente efecto práctico. Así, en ese contexto, la residencia del hijo, que es sólo uno de los aspectos de esta autoridad y que puede ser asignada a uno de los padres, no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros derechos y deberes como, por ejemplo, el poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas relevantes (la elección de colegio, la opción por una religión, la participación activa en su formación valórica, etc.).

En ese sentido, me parece muy pertinente la regulación que se propone en la materia por el Proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina, que sin duda da cuenta de la contribución de la notable jurista y gran amiga Aida Kemelmajer de Carlucci (arts. 638 y s.).

(ii) En la materia, como se dijo, la reforma introduce el "principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos" (art. 224 inc. 1.º del Código Civil); agregando que el cuidado personal compartido estimula la "corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes" (art. 225 inc. 2.º del Código Civil); y, que la relación directa y regular debe "asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo" (art. 229 inc. 4.º del Código Civil).

No obstante, en el texto final de la reforma se eliminó la referencia, que había sido aprobada por el Senado, de que si los padres viven separados, "compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes" (art. 225 inc. 4.º del Código Civil)

La incorporación de la noción "corresponsabilidad" puede ser estimada, en principio, un avance en el sentido de ser un atisbo de sistematización de nuestra legislación en un sentido similar al indicado, intentando establecer una distribución equitativa de derechos y debe-

res entre los padres respecto de los hijos, antes y después de la separación.

(iii) No obstante, esta innovación parece insuficiente y a la vez imprecisa, por las siguientes razones:

Ante todo, porque las nociones que se utilizan ("responsabilidad" y "corresponsabilidad"), son figuras jurídicas que el Código Civil emplea en otro sentido: como el efecto (indemnización de perjuicios) proveniente de la comisión de un hecho ilícito, y cuya regulación sistemática se encuentra en el Título XXXV del Libro IV.

En ese título, incluso, existe una disposición que le otorga tal alcance específicamente en los vínculos entre padres e hijos: "Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa" (art. 2320 inc. 2.º del Código Civil). En efecto, la "responsabilidad" es una fuente de las obligaciones que ha recibido, en virtud de la ley y del enorme desarrollo jurisprudencial desde la dictación del Código Civil, un inequívoco sentido en orden a designar la obligación de indemnizar perjuicios por la comisión de actos ilícitos. En el caso preciso de la disposición citada, la responsabilidad de los padres alude a la denominada "responsabilidad por el hecho de los hijos", que obliga a aquéllos a indemnizar a terceros víctimas de actuaciones de los niños que les causen daños.

Más aún, el propio Libro I del Código Civil, que contiene las disposiciones sobre el cuidado personal y la administración de los bienes de los hijos que se modificaron, contiene referencias a la "responsabilidad" en el mismo sentido indicado. Así acontece con el artículo 256 del Código Civil que señala que: "El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes". A lo que alude esta norma es a fijar una regla de responsabilidad civil (esto es, pago de indemnización de perjuicios) por mala administración de los bienes del hijo.

Estas normas demuestran de forma elocuente cómo el Código utiliza el término "responsabilidad" en un sentido completamente diverso al que pretende darle la modificación legal en comento. Por ello, con la aprobación de esta reforma en esos términos, se introduce incoherencia en la regulación, desde el momento que el mismo término jurídico (que antes tenía un sentido unívoco en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia) se utilizará para describir fenómenos totalmente distintos.

Es cierto que el concepto de "corresponsabilidad" o "responsabilidad parental" existe en algunos sistemas comparados y documentos internacionales sobre la materia. Pero es cierto también que el derecho civil chileno se ha destacado, desde la época de Andrés Bello, por ser sumamente riguroso a la hora de pretender introducir o importar expresiones foráneas, de forma que no rompan el espíritu general de la legislación y que mantengan la debida "correspondencia y armonía" que debe existir entre todas sus partes, como ordena el artículo 22 del Código Civil.

Luego, porque la denominada corresponsabilidad parental no se traduce en poderes efectivos para que el juez pueda establecer un cuidado compartido efectivo, en ausencia de acuerdo entre los padres, tal como se mencionará más adelante.

Asimismo, porque la reforma es particularmente ambigua, al no regular de manera sistemática la autoridad parental, sobre si se comparten efectivamente los derechos y deberes entre los padres luego de la separación y en ausencia de acuerdo. Como se dijo, la referencia expresa en la materia fue borrada del texto final en la última etapa de discusión parlamentaria.

Por otra parte, el sentido que se les asigna la reforma a los términos "responsabilidad" y "corresponsabilidad", en el contexto de esta regulación sobre el cuidado personal y la relación directa y regular, se presenta como bastante imperfecto e incompleto.

Es una regulación imperfecta, desde el momento que se vincula innecesariamente estos conceptos al establecimiento de la custodia compartida y el establecimiento de la relación directa y regular. En realidad, no sólo en tales casos, sino en todas las circunstancias los padres deben compartir equitativamente los deberes y derechos respecto de los hijos, cualquiera sea el régimen de cuidado o visitas. Es cierto que en el trabajo de la Comisión de Constitución del Senado se morigeró esta conexión entre corresponsabilidad y cuidado compartido (en particular, mediante el texto aprobado para el inciso 1.º del artículo 224 del Código Civil), pero la ausencia de una regulación sistemática para esta figura, sigue vinculando ambos conceptos.

En ese mismo sentido resulta también ser una regulación incompleta, desde el momento que sólo menciona específicamente algunos de los derechos y deberes vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones.

Al respecto, es lamentable que algunas indicaciones formuladas en la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, que iban en el sentido de introducir una regulación sistemática en la materia (aún cuando también refiriéndose equívocamente a la "responsabilidad parental" y no a la "autoridad parental"), fuesen desechadas por acuerdo de mayoría, por considerar que iban más allá de las ideas matrices de la reforma.

II. Cuidado compartido

9. La reforma establece expresamente la posibilidad de que los padres "acuerden" un régimen de cuidado personal compartido de los hijos (art. 225 inc. 1.º del Código Civil). En la materia, la regla introducida por la reforma dispone lo siguiente: "El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" (art. 225 inc. 2.º del Código Civil).

El inciso 1.ª de ese artículo 225 agrega que los padres que viven separados pueden "de común acuerdo" determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda a "ambos de forma compartida".

Por último, el inciso 4.º de ese mismo artículo, aclara que el juez puede atribuir el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que otorgue una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos.

10. En síntesis, si uno de los propósitos de esta reforma era regular la custodia compartida, las disposiciones aprobadas frustran parcialmente ese objetivo, al menos por las siguientes razones:

(i) Ante todo, porque el juez carece, según esta regla de la reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho de veto, para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos.

Esto es negativo por varias razones. Desde luego, es criticable porque no significa un avance sustancial respecto de la situación anterior a la reforma, en que los tribunales ya se encontraban aprobando acuerdos de custodia compartida. La única ventaja de este texto es que viene

a disipar las dudas acerca de la legalidad de esa medida. Pero tal ventaja se diluye, como se expondrá, por el hecho de que se le reconoce a esta figura una definición restrictiva.

También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, en ausencia de acuerdo, asignar una custodia compartida, ambos padres se sentirán proclives a mostrarse más "razonables" en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza. En otras palabras, la facultad judicial de asignar el cuidado personal compartido estimula los acuerdos y facilita la participación de ambos progenitores en la cuidado de los hijos.

Por otra parte, la propia experiencia comparada muestra que es perfectamente factible y conveniente que el juez pueda establecer una modalidad de cuidado compartido, bajo tres supuestos. El primero es que tal medida sea solicitada al menos por uno de los padres, cuestión que hace presumir que existe disposición de ambos para cuidar al hijo: respecto del padre reticente, porque confía en que la custodia se le asignará, y respecto del padre solicitante, porque precisamente su pretensión es participar activamente en el cuidado del hijo. El segundo supuesto es que la asignación de este cuidado compartido se haga por el juez sobre la base de ciertos criterios, cuestión que ya se hace en la reforma, pues el nuevo artículo 225-2 del Código Civil señala criterios para el establecimiento de todo régimen de cuidado personal (con esto, también se erradica todo riesgo de otorgarlo en casos de violencia familiar, conflictos exacerbados y otras situaciones que pondrían en riesgo el interés del menor). El tercer supuesto es que de alguna forma se constate el funcionamiento del régimen decretado, por ejemplo, estableciéndolo de forma provisoria y sujeto a una revisión por el tribunal en un breve plazo.

Cabe destacar que con estas prevenciones el sistema de asignación del cuidado personal compartido por el juez ha funcionado adecuadamente en Francia, de cuyo derecho es históricamente tributario y cercano el sistema chileno.

(ii) Luego, también la definición propuesta para el cuidado personal es ambigua y restrictiva, por varias razones:

a) Porque entiende el cuidado personal compartido como un "régimen de vida" determinado en esencia por la "residencia" del hijo, para incidir en su crianza y educación. Esto es erróneo, pues, como se

explicó, los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos son muchos más amplios. Así, por ejemplo, la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, vacío que también se vincula a la crítica expuesta más arriba sobre la ausencia de una regulación sistemática en la reforma de la "autoridad parental".

b) Porque parece vincular, como también se dijo, la "corresponsabilidad" (concepto, por lo demás, impropio como lo expuse) a la existencia de un cuidado compartido, cuando es evidente que en todo escenario, cualquiera sea el régimen de cuidado del hijo, ambos padres deben ser titulares de iguales derechos y deberes respecto del hijo.

c) Porque introduce en la definición una restricción que puede hacer inoperante el régimen, al exigir que el cuidado compartido deba pasar por un "sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad".

Es evidente que toda forma de cuidado compartido exige una cierta alternancia en la residencia del menor (aunque puede ser en proporción variable), cuestión que se opone a la definición de la reforma que exige "continuidad" y "estabilidad" en la residencia.

Resulta particularmente grave que no se haya aclarado en la discusión parlamentaria el alcance de esta disposición, defendida por el SERNAM, pues da la impresión, a partir de sus términos, que en realidad con ello se excluye cualquier alternancia en la residencia del menor, elemento que es consustancial a un cuidado y residencia compartida. Esto es, con esta norma en verdad se estaría negando todo cuidado y residencia compartida.

En otros términos, mediante esta definición, incluso las decisiones que actualmente pronuncian los jueces, autorizando cuidados compartidos con residencia alternativa, podrían estimarse ilegales.

Paradójicamente, en consecuencia, esta definición puede significar un retroceso en relación al actual estado de cosas, negando toda posibilidad de que los padres puedan acordar un cuidado compartido que involucre alternancia en la residencia del menor. Todo dependerá de la forma en que la interpreten los tribunales, pero efectivamente existe un riesgo de restricción en tal sentido.

d) Porque, por último, tampoco define en términos generales las modalidades de custodia y residencia compartida, entre las cuales se

encuentra la residencia alternativa y la modalidad con residencia principal. Este vacío priva al juez de criterios para establecer, en razón de las circunstancias del caso y del interés de los hijos, modalidades adaptadas de cuidado compartido.

11. En síntesis, en esta materia la reforma no asegura un efectivo cuidado compartido desde el momento que: **(i)** No permite que el juez pueda conceder esta modalidad de cuidado personal y residencia a petición de uno de los padres, conforme a los criterios legales de tutela del interés superior del hijo y por un período de prueba sujeto a revisión de su funcionamiento. La experiencia comparada muestra que esta medida es una buena forma de estimular los acuerdos y asegurar una participación equitativa de los padres en el cuidado de los hijos. **(ii)** Introduce la prevención de que esta modalidad de cuidado debe efectuarse por "un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad", que puede transformar en letra muerta esta disposición, pues por definición un cuidado compartido requiere cierta alternancia en la residencia de los hijos. Esta restricción de la reforma puede considerarse como un retroceso en relación al estado actual de nuestro derecho, y podría terminar por obstaculizar acuerdos de custodia compartida que actualmente se aprueban por los tribunales. **(iii)** No enuncia las modalidades principales de cuidado personal y residencia compartida, como aquella con residencia alternativa y residencia principal, de forma de aportar criterios a los jueces en la búsqueda de soluciones adaptadas para tutelar el interés de los hijos.

III. Desaparición de la atribución preferente a la madre

12. Como se señaló, en la materia, la norma vigente hasta la reforma disponía lo siguiente: "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos" (art. 225 inc. 1.º del Código Civil).

Ésta era quizá la mayor falencia de la ley chilena, pues envolvía una regla abiertamente perjudicial para los hijos y discriminatoria contra el padre, que ha sido impugnada en el Tribunal Constitucional por ser contraria a la Constitución, que envuelve un sesgo ideológico contra la mujer, y que la mayoría de la doctrina nacional también consideraba contraria al principio de igualdad.

Más aún, esta regla se percibía socialmente como una disposición de clara arbitrariedad contra los padres y que perjudica sobre todo el interés de los hijos, a quienes se termina por privar total o parcialmente

de la presencia de uno de sus progenitores en su crianza y educación.

La regla era también contraria al interés superior del hijo, porque si bien con frecuencia puede ser conveniente que los niños (particularmente los lactantes) residan con la madre, ello no ocurre en todos los casos.

La disposición permitía, por el contrario, que las madres sintieran en todo evento a los hijos como "de su propiedad", lo que reducía la posibilidad de acuerdos que beneficiaran una repartición equitativa de los derechos y deberes entre los padres, y la presencia de ambos en su crianza y educación.

En efecto, una disposición de esta naturaleza no hacía más que confirmar una distribución estandarizada de roles entre el hombre y la mujer, que provoca en definitiva una reducción de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos: la madre parece relegada a la función de custodio y el padre a la función de proveedor.

Tal perspectiva perjudicaba ante todo a los hijos, y era inconsistente con los modelos actuales de relación filial, donde es posible a simple vista percibir una participación mayor del hombre en el cuidado y educación de los hijos, por una parte, y una incorporación creciente de la mujer en actividades remuneradas, por otra. Basta con constatar cómo han proliferado las organizaciones sociales que luchan por una mayor participación de los padres en el cuidado cotidiano de los hijos, reflejo de un cambio progresivo de cultura y una revisión de tales roles.

Además, la preferencia legal otorgada a la madre, como ha sostenido reiteradamente la doctrina nacional y como es posible constatar en la práctica, envolvía una ventaja procesal estratégica, de tal suerte que los padres llegaban al proceso en un claro pie de desigualdad en relación a su pretensión sobre la custodia del hijo: la madre invocando una atribución que le viene concedida por la ley por el hecho de ser tal, y el padre intentando demostrar por qué razones el juez debería desestimar tal preferencia jurídica.

La regla era, además, abiertamente inconstitucional, pues no resistía ningún análisis desde la perspectiva del principio de igualdad, presentándose como una discriminación arbitraria contra el padre.

En este punto no es necesario ahondar, pues la doctrina mayoritaria en Chile ha insistido -como también se ha hecho en los países donde existía esa regla- que esta disposición establecía una discriminación sobre un criterio arbitrario (pues no obedece a ningún patrón de proporcionalidad).

13. Debe recordarse que esa regla era absoluta: se ordenaba que "todos" los hijos debían residir y estar al cuidado de la madre. Ni siquiera se hacía la distinción -como originalmente se hacía en la legislación nacional- entre hijos hombres y mujeres, y tomando en cuenta su edad.

Debe recordarse también que esa regla nacional era completamente excepcional en el concierto mundial y, porque se opone a varios instrumentos internacionales, era bastante probable que, de mantenerse, nuestro país habría recibido nuevas condenas internacionales por afectar el principio de igualdad (de la CIDH, en particular).

Así también, fundada una supuesta "aptitud natural" de la mujer para cuidar a los hijos, esta regla materializaba una concepción prejuiciada y estereotipada de ésta, que no se condice con la creciente repartición equitativa entre el hombre y la mujer de las labores de cuidado de los hijos y del hogar común, por una parte, y de obtención de recursos y de desarrollo profesional, por otra.

14. Esta norma discriminatoria subsistió prácticamente durante toda la tramitación parlamentaria de la reforma.

No obstante, en su último trámite constitucional fue sustituida por la siguiente: "A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo" (art. 225 inc. 3.º del Código Civil).

Esto es, luego de la separación de los padres, para determinar el cuidado personal de los hijos menores debe estarse a lo siguiente:

(i) Ante todo, prevalece el acuerdo de los padres, quienes pueden otorgar el cuidado personal a uno de ellos u otorgarlo a ambos de manera compartida (art. 225 inc. 1.º del Código Civil). Este acuerdo debe referirse a todos los hijos menores (antes, la ley permitía la separación de los hermanos, hoy no), y debe determinar de inmediato el régimen de relación directa y regular que beneficiaría al padre que no tenga el cuidado de los hijos.

Debe tenerse en cuenta lo expuesto más arriba acerca de la definición restrictiva que se le otorgó al cuidado personal compartido, y los problemas que ello podría provocar cuando el acuerdo se efectúe ante el Tribunal de Familia (en el marco del "acuerdo completo y suficiente").

(ii) A falta de acuerdo, el juez sólo puede otorgar el cuidado personal de los hijos a uno de los padres (art. 225 incs. 4 y 6 del Código Civil), sobre la base de los criterios incorporados por la reforma en el

artículo 225-2 del Código Civil, analizados más adelante en este comentario.

c) Ahora bien, mientras no exista acuerdo, y no se pronuncie el tribunal, la reforma establece una regla de alcance provisorio, en orden a que los hijos menores seguirán al cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225 inc. 3º del Código Civil).

La regla propuesta obedece a un consenso logrado en la Comisión Mixta (última etapa del proceso legislativo de la reforma), entre quienes propendían a la eliminación de la atribución preferente a la madre de todos los hijos y quienes estaban por su mantención, insistiendo en la necesidad de una regla "supletoria" o "provisoria", que resolviera el cuidado de los hijos mientras no existiera acuerdo o decisión judicial.

Finalmente, se optó por esta regla transaccional que borra la preferencia materna, pero que de todas formas contiene una norma supletoria (haciéndose eco de las afirmaciones -erróneas en mi parecer- de que la ausencia de una norma de esta naturaleza aumentaría la litigiosidad).

15. No obstante, la disposición plantea nuevas interrogantes.

En primer lugar, ¿cómo se acreditará la convivencia para estos efectos? Usualmente los hijos conviven con ambos padres antes de la separación. En tal caso, ¿con quién de los padres se estimará convivir?; ¿basta que la convivencia se radique por unas semanas o días en uno de los padres para que éste logre la preferencia legal?

En segundo lugar, la misma noción que se utiliza ("convivencia") no tiene una acepción precisa en este sentido. De hecho, etimológicamente sólo significa "vivir en compañía de otro", y las escasas utilizaciones que tiene en el derecho nacional le atribuyen un significado vinculado a una relación estable de pareja sin vínculo matrimonial (tal como se hizo presente en la misma discusión parlamentaria por el propio SERNAM). Así, es posible anticipar dudas de interpretación. ¿Qué sucede, por ejemplo, en casos en que la relación de pareja está rota pero ambos padres siguen viviendo con los hijos, o cuando ellos viven con los abuelos?

Por último, es posible también sostener que esta norma envuelve ciertos riesgos, pues si ella atribuye una preferencia (aunque sea transitoria) al padre o madre que convive con los hijos, es lógico que podría ello envolver un incentivo implícito a convertirse en el único padre que convive con los hijos, tratando se conservar el hogar común y presionar para que el otro parta. La regla, por esto, puede traer aparejado un incentivo implícito a la violencia intrafamiliar.

De todas formas, y en lo que importa para los efectos de este comentario, esta regla funciona como una medida supletoria y provisoria, mientras no exista acuerdo o decisión judicial, y en el caso en examen ya existe un convenio sobre la materia y debe entenderse que prima por sobre esa regla.

IV. Criterios para la atribución del cuidado personal de los hijos menores

16. En la materia, la reforma introduce una serie de criterios copulativos que deben ponderarse judicialmente para la definición del régimen y atribución del ejercicio del cuidado personal, tales como la vinculación afectiva entre padres e hijos, la aptitud de los padres para proporcionarles un entorno adecuado, la aptitud de cada padre a cooperar con el otro y asegurar la relación directa y regular, la opinión expresada por el hijo, entre otros (art. 225-2 del Código Civil).

Cabe destacar la acertada decisión de introducir estos criterios en el Código Civil, y no en la Ley de Menores, como venía propuesto por la Cámara de Diputados, cuestión que incluso se oponía a sugerencias formuladas a nuestro país por organismos internacionales.

17. Estos criterios son los siguientes:

(i) "La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar".

Cabe destacar sobre este criterio que se incorporó expresamente la consideración del vínculo del hijo con los restantes integrantes del grupo familiar del padre o madre que solicita su cuidado personal.

(ii) "La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad".

Sobre este criterio se destaca que en otra disposición (art. 225 inc. 5.º del Código Civil), se aclara que las decisiones judiciales sobre la atribución del cuidado personal no pueden fundarse "exclusivamente" en la capacidad económica de los padres. Evidentemente, es un factor que deben tener en cuenta los jueces al momento de decidir, pero no por ello deben prescindir de otras consideraciones que puedan llevar a concluir que uno de los padres asegura de mejor forma que el otro el interés preferente del hijo.

(iii) "La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo".

Este fue un criterio largamente debatido, pues el SERNAM pretendía introducir una sanción en orden a impedir que el padre que no hubiese hecho tal contribución pudiese optar por el cuidado personal (norma que se quería introducir en el artículo 225 del Código Civil). Finalmente, sólo se reguló como un criterio, sin asignarle tal sanción, cuestión que es consistente con el hecho de que no existe tampoco en la reforma una sanción equivalente a la obstaculización de la relación directa y regular.

(iv) "La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229".

(v) "La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades".

Esta disposición es riesgosa por cuanto por su intermedio pueden adoptarse decisiones sobre un esquema de relaciones familiares que ya no existe y que es completamente diverso al que sucede a la separación. Durante la armonía familiar es usual que los padres se distribuyan roles, y que uno de ellos dedique mayor tiempo al cuidado cotidiano del hijo, mientras que el otro asigne una mayor parte de su jornada a obtener los recursos para la familia. Luego de la ruptura, los roles necesariamente se alteran, y es natural que el padre que estaba a cargo del cuidado cotidiano pretenda acceder a un trabajo remunerado y que el padre que esencialmente tenía un rol de proveedor deba y quiera tener una mayor participación en el cuidado del hijo.

Si la decisión del juez se toma sobre la base del pasado, es evidente que uno de los padres puede ser perjudicado. En otros términos, la decisión sobre el cuidado personal debe ser enfocada hacia el futuro, hacia aquello que asegure de mejor forma el interés del menor y la aptitud de los padres, y no hacia un esquema pasado que necesariamente ya no se prolongará.

Estas aprehensiones, planteadas en la Comisión de Constitución, al menos lograron incorporar la expresión "especialmente" en esta regla.

(vi) "La opinión expresada por el hijo".

Se destaca también el haber generalizado la regla de considerar la "opinión expresada por el hijo", y no especialmente cuando el hijo haya alcanzado los 14 años de edad, cuestión que también habría ido en contra de instrumentos internacionales en la materia.

(vii) "El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar".

(viii) "Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio".

(ix) "El domicilio de los padres".

(x) "Cualquier otro antecedentes que sea relevante atendido el interés superior del hijo".

Cabe destacar, finalmente, que es una modificación favorable el que se hayan establecido criterios para la asignación del cuidado personal, que ponen atención en su interés superior, desvinculándose con ello el cambio de atribución del cuidado personal del carácter sancionatorio que tenía antes de la reforma.

V. Modificaciones en materia de relación directa y regular

18. La reforma efectúa varias modificaciones en la materia:

(i) Ante todo, invierte la redacción de la regla fundamental en materia de relación directa y regular, que antes señalaba: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber…" (art. 229 inc. 1.º del Código Civil). La nueva norma, acertadamente, le otorga una nueva redacción que pone en evidencia que tal relación directa y regular no es excepcional, sino que es una regla generalísima: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular…".

(ii) No se incluyó la referencia a que esta relación directa y regular debe ser "personal", que venía en el texto aprobado por la Cámara de Diputados (repetido en varios incisos de los artículos 225 y 229 del Código Civil). Esta exigencia pretendía efectuar una restricción inne-

cesaria, que no se condice con las posibilidades materiales de muchos padres de mantener contacto permanente con el hijo y participar en su crianza –en beneficio de su interés superior–, a pesar de que razones labores o de otra índole le impidan residir en la misma ciudad.

(iii) Se eliminaron algunos sesgos ideológicos, que provenían del texto aprobado por la Cámara de Diputados, y que hacían una expresa referencia de que esta relación directa y regular se refería al "vínculo paterno filial" entre el padre no custodio y el hijo (o "relación paterno filial", como se señalaba también más adelante en el texto), suponiendo con ello que es siempre el padre (y no la madre) a quien se priva del cuidado personal y a quien se le otorga la relación directa y regular (art. 229 incs. 2.º y 3.º del Código Civil).

En su lugar, el texto de esa disposición alude, en la redacción aprobada por la reforma, al "vínculo familiar".

(iv) Se dispone claramente que el juez, cuando establezca el cuidado personal del hijo a cargo de uno de los padres, debe necesariamente, de oficio o a petición de parte en la misma resolución, fijar la relación directa y regular que le corresponde al otro (art. 225 inc. 4.º del Código Civil).

(v) Se aclara que la relación directa y regular tiene por propósito mantener la relación familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y el hijo, mediante un contacto "periódico y estable", de forma de fomentar una "relación sana y cerna", velando por su "interés superior", su "derecho a ser oído" y la "evolución de sus facultades" (art. 229 incs. 2.º, 3.º y 4.º del Código Civil).

(vi) Tal como en el caso del cuidado personal, la reforma introduce criterios pertinentes para acordar o fijar por el juez la relación directa y regular, como la edad del hijo, su vínculo con el padre o madre (según corresponda), la relación con parientes cercanos, el régimen de cuidado personal, entre otros (art. 229 del Código Civil). Asimismo, cabe destacar que estos criterios se introducen en el mismo texto del Código, y no en la Ley de Menores, cuestión que parece consistente con el derecho común que expresan y con la relevancia de su contenido.

(vii) Se acentúa que, al acordar o fijar por el juez el régimen de relación directa y regular, se debe velar por asegurar la "mayor parti-

cipación y corresponsabilidad" de los padres en la vida del hijo (art. 229 inc. 4.º del Código Civil). Si bien la expresión "corresponsabilidad" es discutible, como ya se expuso, al menos deja en evidencia la necesidad de que la autoridad parental sea ejercida por ambos padres, en toda su amplitud, con independencia de la residencia del hijo.

(viii) Se establece expresamente el deber del padre que ejerza el cuidado personal de no obstaculizar la relación directa y regular del otro con el hijo (art. 229 inc. 5.º del Código Civil). No se le asigna una sanción específica a la infracción a este deber, en particular, la atribución del cuidado personal del hijo al otro padre.

VI. Revisión de otras modificaciones

19. La reforma introduce otras modificaciones relevantes. En los párrafos siguientes se expondrán las principales:

(i) Dispone que la modificación del régimen de cuidado personal acordado o fijado por el juez no procede cuando se hace "indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada", sino "cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo hagan conveniente" (art. 225 inc. 4.º del Código Civil).

Esta modificación presenta varias ventajas: **a)** Sustituye la norma que planteaba la sustitución del titular del cuidado personal como una "sanción" a conductas culposas (maltrato, descuido, etc.), centrando el análisis sobre la conveniencia para el interés del hijo (es decir, en la pregunta ¿con quién se encuentra asegurado de mejor forma el interés superior del niño?); **b)** Deroga el carácter excepcional de esta medida (graficada en la expresión "indispensable"); y, por último, **c)** Se desvincula esta norma de las "inhabilidades" de los padres, previstas en el artículo 42 de la Ley de Menores, las que se aclaran que "sólo" se aplican respecto del artículo 226 del Código Civil (esto es, cuando el cuidado personal es solicitado por un tercero), suprimiendo con ello una práctica judicial errónea en la materia.

(ii) Introduce una medida de apremio, claramente definida, para obligar a hacer entrega del hijo si se hubiere decretado ello por sentencia judicial (art. 227 inciso 3º del Código Civil).

(iii) Deroga el artículo 228 del Código Civil, que establecía una

odiosa disposición que obligaba a solicitar autorización del cónyuge para tener en el hogar común al hijo no nacido de ese matrimonio.

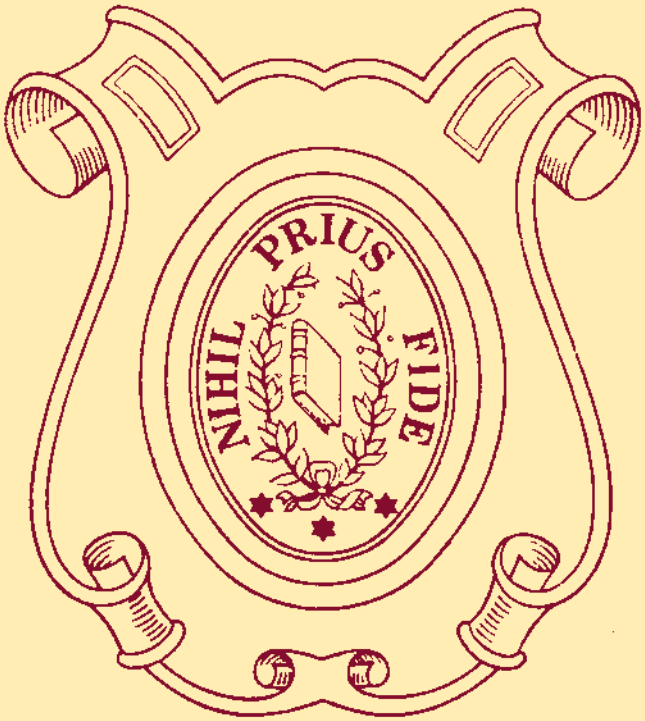
(iv) Asimismo, constituye un gran avance el que se haya reconocido expresamente la posibilidad de que los "abuelos" puedan solicitar al juez el establecimiento de un régimen de relación directa y regular con el niño (art. 229-2 del Código Civil). Si bien este derecho se podía entender implícito en disposiciones de leyes especiales, resulta particularmente simbólico y efectivo el que se reconozca abiertamente este derecho en el texto de la legislación común.

(v) Por último, en materia de mejoras a la legislación, cabe mencionar el que se haya perfeccionado en parte la "patria potestad".

No obstante, resulta lamentable que no se haya aprovechado esta oportunidad para unificar el tratamiento de los derechos y deberes personales y patrimoniales respecto de los hijos (como ocurre en prácticamente todo el derecho comparado), eliminando la institución de la "patria potestad", que es una noción que, debe recordarse, nació para discriminar a la mujer.

En todo caso, entre las mejoras a este texto está el asignar, en el inciso 2.º del artículo 244 del Código Civil, de consuno la patria potestad al padre y a la madre "a falta de acuerdo".

Asimismo, resulta destacable el que se haya hecho la distinción entre actos de "mera conservación", donde los padres pueden actuar separadamente (aunque ejerzan la patria potestad conjuntamente) y los otros actos (que involucran disposición, y donde deben actuar conjuntamente, o con intervención judicial a falta de acuerdo). Con ello, se desestima la equívoca redacción que venía aprobada por la Cámara de Diputados, que aludía a una actuación conjunta sobre actos de "representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones" (art. 244 inc. 3.º nuevo del Código Civil). Era evidente, en efecto, que tal disposición daría lugar a serios problemas de interpretación (¿qué actos de representación prescinden absolutamente de envolver la afectación de derechos y obligaciones?), resultando, por lo demás, ajena a nuestra tradición jurídica.


NIHIL PRIUS FIDE