

¿ERA NECESARIA UNA NUEVA LEY?

*GONZALES BARRON, GUNTHER HERNAN

Cada vez que asistimos a una reforma normativa surge la pregunta referida a si la nueva ley resulta necesaria. La cuestión nunca se puede responder en forma definitiva, salvo, claro está, cuando estamos en presencia de cambios sociales, ideológicos o tecnológicos que afectan profundamente la vida, la economía o los valores de una sociedad determinada.

En España, por ejemplo, continúa en vigor la Ley del Notariado de 1862, y en Italia ocurre lo mismo con una ley de 1913^[1]. Por tanto, si tenemos en cuenta la antigüedad de estas normas en sistemas jurídicas que sin duda han influido en el nuestro, entonces parece que los cambios producidos en los últimos tiempos no son tan profundos como para requerir una reforma legal a solo quince años de vigencia de la norma anterior. Sin embargo, una perspectiva meramente formal, de cómputo del año de promulgación de las leyes, puede ser equívoca si tenemos en cuenta que, muchas veces, las disposiciones normativas han sido profusamente modificadas, o en torno a ellas se ha construido una legislación especial o reglamentaria dispersa que poco tiene que ver, ya, con el texto original de la ley. Por tanto, la sola antigüedad de una norma no es causa para considerarla antigua, como tampoco su novedad es sinónimo de modernidad o perfección. Hay que estar prevenidos, pues, ante las evaluaciones simplistas y sin profundidad.

Si bien creemos que las reformas legales no pueden darse a cada momento pues ello atenta contra la idea misma que encierra la palabra “Derecho”, basada en la certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, sin embargo, ello no puede ser óbice para dictar los cambios que sean necesarios con el fin de refrescar, modernizar y perfeccionar un texto. En otras palabras, si el cambio incesante es malo; tal vez la inmovilidad legal sea peor. Una vez más, como en muchas otras cosas, habrá que buscar un sano equilibrio.

El Decreto Legislativo 1049, nueva Ley del Notariado, bien pudo concretarse en una reforma parcial de la anterior norma, pues en gran parte reproduce el contenido procedente en forma casi inalterable; por tanto, es claro que el legislador ha sido consciente del respeto que le inspira la tradición del notariado latino, sin que en ningún momento haya pretendido dar saltos al vacío mediante cambios dramáticos, como a veces en forma ingenua se proponen desde la cantera economicista, y por la que se busca una “legislación de avanzada” que no existe en ningún sitio, y por la que nuestro país se convierte a veces en un triste tubo de ensayo^[2]. Por tanto, debemos reconocer que no estamos ante una reforma dramática, aunque la dación de una nueva ley pudiese anunciarlo, sino en realidad ante un camino de modificaciones parciales en temas que requerían de modernización, aclaración o mejora, pero que no rompe en lo absoluto con el modelo anterior. Así, **en este caso asistimos a un cambio parcial, aunque con la vestimenta de una nueva ley**. Esta constatación hace que debemos mostrar nuestra aprobación a una reforma que mantiene lo mejor del sistema anterior, pero que lo refresca con algunas modificaciones necesarias, y

que hasta podrían considerarse imprescindibles.

Incluso los que piensan que una nueva ley es innecesaria, empero, no podrán negar que la norma encaja en el contexto en el que actualmente se inserta el país. Recordemos que todas las normas generales sobre el notariado se han dictado en situaciones análogas de crecimiento de la inversión y de sensación, por lo menos eso, de prosperidad. La primera ley del notariado (No. 1510) se da en 1911, dentro del período histórico llamado de la República Aristocrática, y en la que el Perú se conecta a los mercados mundiales capitalistas. Otro tanto surge con la segunda ley, de 1992 (Dec. Ley 26002), que se promulga dentro de las reformas neoliberales que pretendieron fomentar la inversión privada luego de las experiencias estatistas anteriores. Por último, la tercera ley, dada hace pocos días, se inserta una vez más dentro de un período de crecimiento económico, de reformas y globalización, específicamente por causa del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Si de algo sirve la historia, entonces el Decreto Legislativo No. 1049 tiene precedentes que lo avalan.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

La Ley No. 29157 delegó en el Poder Ejecutivo las facultades de legislar sobre determinadas materias con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y apoyar la competitividad económica. Así, dentro de las materias comprendidas en las facultades legislativas se tiene la **mejora del marco regulatorio para las inversiones**, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado. Por tanto, dentro de este ámbito de actuación se ha aprobado el Decreto Legislativo No. 1049.

El Notariado constituye el paso natural por el que transitan todos los actos de inversión, ya que el notario es el profesional privado a quien se le delega dar fe de la actividad contractual privada, por lo que su intervención constituye un importante eslabón dentro de la cadena del desarrollo económico, pues ante él se condensa un gran número de actos y contratos de tráfico patrimonial, por lo que la modernización de la actuación notarial resulta fundamental a efectos de proteger las inversiones, tutelar los derechos y la propiedad, fomentar la actividad crediticia, facilitar los negocios, propender a la creación de empresas y simplificar las transacciones. Así pues, si la razón de política legislativa que hace nacer el notariado se encuentra en dar garantía y estabilidad en la vida civil y económica de los ciudadanos, entonces resulta evidente que la reforma legal de esta materia, importante por ser el cauce por el que transitan las actividades económicas de inversión nacional y extranjera, se encuentra dentro del marco de las facultades delegadas por el Congreso de la República.

Por lo demás, téngase en cuenta que resultaba contradictorio que el notariado, pilar de la legalidad y la seguridad jurídica en la contratación, se encontrara regulado en un decreto ley de origen irregular. Por tanto, desde esa sola perspectiva formal, la aprobación del decreto legislativo constituye ya un avance.

BASES DE LA REFORMA

Normalmente las instituciones jurídicas no surgen en forma espontánea, ni por decisión iluminada de un legislador específico. Por el contrario, las instituciones jurídicas generalmente responden a una sentida **necesidad social** que requiere ser cubierta a través de principios o normas de Derecho. Así pues, cuando los hombres advierten que resulta imprescindible atribuir los bienes para aumentar la producción y la riqueza, entonces surge la propiedad; igual, cuando se advierte que los miembros de una sociedad no pueden abastecerse por sí solos, entonces surge el contrato como herramienta jurídica destinada a regular esas relaciones sociales de intercambio de bienes o servicios. ¿Qué necesidad se cubre a través de la figura del notario? Si los particulares se relacionan entre sí a través de contratos, actos o procedimientos privados, parece conveniente que un **TERCERO IMPARCIAL DEBIDAMENTE CALIFICADO**, certifique la autenticidad y legalidad de los derechos adquiridos, a fin de evitar o aminorar la posibilidad de que en el futuro surjan conflictos o litigios entre las partes. De esta manera, la actuación del notario se inserta dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas privadas, con el fin de dotarles de seguridad y confianza, facilitando así la circulación de los bienes e incentivando la producción, el crédito y el desarrollo económico en general. Así, la necesidad social que cubre el notario es **DOTAR DE SEGURIDAD JURÍDICA** a los actos y contratos en los que él intervenga, con lo cual se obtiene la debida confianza en el ámbito de la contratación, y asimismo se disminuyen las posibles causas de conflicto o litigio. Si la ocurrencia de los hechos se pierde irremediabilmente en el tiempo, y para ello el ser humano ha ideado una serie de herramientas para capturar esos hechos y darles perennidad. En el ámbito jurídico, el conocimiento perdurable todavía se encuentra delegado fundamentalmente en el **DOCUMENTO**, de tal suerte que el hecho histórico y temporal se perpetúa a través de su plasmación en un documento. Pero esta importante función de seguridad documental en el tráfico jurídico, de prevención de conflictos y de control de legalidad de los actos privados, solo puede estar encomendada a un sujeto que cuente con muy calificadas competencias técnico-jurídicas, y que además esté sujeto a rigurosas pruebas de selección y conservación del cargo. En buena cuenta, si la ley impone que los actos del notario se presuman ciertos y, en consecuencia, se imponga creer en lo que el notario dice, entonces es lógico inferir que esa creencia se debe basar no solo en un título formal de reconocimiento de la citada potestad pública, sino en la respetabilidad y honorabilidad que genere el protagonista de la función notarial. Por tal razón, **la nueva ley se preocupa reiteradamente en afirmar y exigir una correcta actuación del notario**, de tal suerte que le haga mantener la confianza ciudadana de la que afortunadamente aún goza. Esa es, en opinión nuestra, la idea subyacente en muchos de los cambios que inspiran el nuevo texto legal, tal como se demuestra, por ejemplo, con la obligación de verificar la base de datos de RENIEC para identificar a los otorgantes, o de impedir las certificaciones de firmas en las que no se constata su autenticidad, o de permitir la medida cautelar de suspensión de un notario cuando exista prueba de comisión de un hecho irregular que podría merecer la destitución. Como se advierte claramente, de estas y otras innovaciones, el legislador tiene la permanente idea de exigir corrección a la actuación notarial como única vía para dignificar su importante función, y con ello asegurar su continuidad en nuestro

sistema jurídico.

Otro punto importante que se ha tenido en cuenta es **adecuar el notariado a las nuevas tecnologías de la información**, de tal suerte que éste pueda intervenir en la certificación a través de formato virtual, y no físico, y además se autoriza que en los casos en los cuales el acto jurídico conste en documento, entonces las otras aplicaciones sí puedan realizarse por medio de entornos virtuales. Así, por ejemplo, se pueden emitir traslados de esa forma, solicitar inscripciones por vía telemática, llevar los índices en sistemas informáticos, etc. Por tanto, una segunda base importante de la reforma es que el notario se inserte en la tecnología, y no que ésta lo desplace a él.

Por último, también debemos tener en consideración que un punto fundamental que inspira el cambio normativo es **modernizar la regulación del procedimiento disciplinario**, para lo cual se instituyen los Tribunales de Honor como primera instancia de vigilancia del notariado en el caso de infracciones; y con lo que se elimina el sistema imperfecto de “jurado” por el cual la asamblea de notarios decidía sobre las sanciones a mano alzada, sin debate de pruebas y con ausencia de motivación.

PRINCIPALES INNOVACIONES

A continuación haremos un recuento solo de las reformas más importantes que realiza la nueva ley, y no de aquellas simplemente cosméticas con respecto al texto anterior. Por tal razón, no trataremos de cambios tales como que la hipoteca unilateral no requiere ahora de minuta (art. 58-j) o que las diligencias judiciales o fiscales sobre los instrumentos públicos se realizarán “necesariamente” en la oficina del notario (art. 43).

1.- CONCEPCIÓN MISMA DE LA LEY

La ley del notariado siempre se concibió como una norma auto-suficiente, es decir, que por sí sola bastaba para regular íntegramente la materia. Sin embargo, el art. 1º del nuevo texto señala que la actuación notarial se regula por la ley y su reglamento, lo cual anuncia que deberá emitirse una disposición reglamentaria que complemente y supla las lagunas que se adviertan en la ley.

Esta concepción no puede merecer crítica por cuanto en la experiencia comparada se aprecia la existencia de un reglamento que regula casi íntegramente la materia, como ocurre por ejemplo en España, ya que la ley de 1862 solo contiene algunos pocos principios generales. Por el contrario, nuestra ley es mucho más detallista que la española, y es bueno que así sea, pues de esa manera se evita que a través de normas infra-legales se desnaturalice y pervierta el contenido de la función notarial. Así, en nuestro caso el reglamento no llegará a ser la matriz normativa, como ocurre con leyes principistas, sino un complemento de la ley.

Mas bien se puede criticar que la ley no haya avanzado en consolidar a través de un solo texto legal toda la regulación propia del notariado, incluyendo las nuevas

funciones que va asumiendo a la luz de los tiempos. En efecto, un campo fértil para la actuación notarial se centra en el ámbito de los asuntos no contenciosos, con los cual se logra dos objetivos fundamentales: i) desjudicializar los procedimientos; b) obtener una rápida decisión jurídica que permita la tutela y actuación eficaz de los derechos.

En tal sentido, hubiera sido conveniente referirse a los “asuntos no contenciosos”, para lograr, desde una perspectiva sistemática, que la Ley del Notariado regule también esta materia, con la ventaja de establecer reglas generales para los distintos trámites, y dejando al reglamento la exposición de las reglas específicas para cada uno de los asuntos. Asimismo, habría sido conveniente establecer un nuevo listado de asuntos no contenciosos de competencia notarial con lo cual se seguiría apoyando la descongestión de los despachos judiciales. Dentro de los procedimientos novedosos en la órbita notarial pueden sugerirse los siguientes: Administración de bienes comunes, Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, Ofrecimiento de pago y consignación, Comprobación de testamento ológrafo y especiales, Cambio de nombre, Incorporación de herederos en sucesión intestada, Fijación de plazos legales o convencionales, Rendición de cuentas, Discernimiento de los cargos de tutor y curador, Designación de curador interino, Convocatoria de juntas o asambleas de personas jurídicas de derecho privado, entre otros.

2.- CREACIÓN DE PLAZAS NOTARIALES

Uno de los puntos más sensibles en toda ley del notariado, y por su evidente contenido político, es el referido a la creación de plazas notariales. El texto primigenio del Dec. Ley 26002 adoptaba un número fijo de notarios en Lima y provincias. Luego, el texto fijo se modalizó con una Comisión Técnica que debía formular los requerimientos de acuerdo con un estudio del INEI. Finalmente esa Comisión nunca produjo resultados, por lo cual el sistema fracasó rotundamente.

Por tal motivo resulta conveniente que el número de plazas notariales se determine mediante un criterio único y objetivo, ajeno a subjetividades o decisiones arbitrarias. Así, el art. 5 de la nueva ley establece ahora que cada provincia que tenga 50,000 habitantes deberá contar con no menos de dos notarios, y que por cada 50,000 habitantes adicionales se deberá contar con un notario adicional. La solución es buena porque aleja el tema de los vaivenes políticos y establece un parámetro objetivo.

Sin embargo, la cuestión no queda resuelta al interior de las provincias, pues recordemos que los notarios tienen localización por distrito. De tal suerte, una provincia como Lima puede requerir un número fácilmente determinado de notarios, pero ¿y cómo se localizan ellos en cada distrito? La lógica indica que en el distrito deba seguirse el mismo patrón objetivo que en la provincia, es decir, utilizar el módulo de los 50,000 habitantes, pero ello requerirá una necesaria precisión reglamentaria.

3.- INGRESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL

La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) propugna que el acceso sea por concurso público de méritos y oposición, y que el número de plazas sea cerrado. El

primer punto busca garantizar la actuación del notario como jurista experto y perito en el ámbito de la contratación; lo segundo pretende asegurar que la función se cumpla cabalmente pues se encuentra en juego la seguridad jurídica del tráfico, y un exceso de notarios, además de la imposibilidad de fiscalización, haría que sus ingresos económicos descendieran a niveles que podrían alentar conductas oportunistas.

En el caso del Perú, el ingreso al notariado se efectúa mediante concurso público ante jurado. Actualmente, los concursos son exclusivamente ABIERTOS, es decir, pueden presentarse en ellos cualquier abogado, o incluso notarios en ejercicio que deseen cambiar su localización distrital. La Ley 28580, publicada el 12 de julio de 2005, eliminó los concursos cerrados en los cuales sólo participaban notarios, y la nueva ley ha mantenido esa postura. Sin embargo, no puede negarse que el ejercicio correcto de la función notarial constituye un valioso antecedente para aquel notario que pretende acceder a otra plaza. Por tal razón, el art. 7 otorga una bonificación reducida, apenas 5%, para quien acredite antigüedad en el ejercicio de tres años, y siempre que en los últimos cinco años no registre sanciones. Vale acotar que esta disparidad temporal, entre los tres y cinco años, resulta inentendible.

La convocatoria a concurso público la realiza el Colegio de Notarios por propia iniciativa o a solicitud del Consejo del Notariado (órgano del Ministerio de Justicia). En caso que se haga a solicitud de este último, el Colegio de Notarios tendrá la obligación de convocarlo en un plazo no mayor de 60 días naturales; si ello no ocurriese, el Consejo del Notariado puede convocarlo directamente (art. 9). Se agrega ahora que en los casos de plaza vacante producida por cese del notario, entonces la convocatoria se realiza en el plazo no mayor de 60 días naturales de haber quedado firme la resolución de cese. De esta manera se aclara un punto que por falta de norma producía innecesarios conflictos entre las órdenes de notarios y abogados.

Los postulantes al cargo de notario deben cumplir los siguientes requisitos: ser peruano de nacimiento, ser abogado con una antigüedad de cinco años, tener capacidad de ejercicio, tener conducta moral intachable, estar física y mentalmente apto, no haber sido condenado por delito doloso y aprobar un examen psicológico (art. 10). De esta manera se corrige en parte una lamentable omisión de la ley anterior, en el sentido que no se exigía un mínimo de experiencia profesional como abogado para el ejercicio de la función notarial. En nuestra opinión, incluso, la antigüedad de cinco años todavía sigue siendo reducida, pues debió homologarse con el mismo tiempo de ejercicio profesional exigido para los postulantes a vocal de corte superior, es decir, siete años. Tal vez esta antigüedad se pudo suplir, en todo caso, con el ejercicio de la docencia en cátedra vinculada por dos o tres años. La finalidad que subyace siempre es dotar al cuerpo notarial de los profesionales más capacitados.

Con respecto al ingreso a la función notarial es necesario diferenciar entre el título del cargo y la habilitación del mismo. Ambas situaciones no son iguales. La primera se presenta cuando concluye el concurso público de méritos y el jurado comunica el resultado al Consejo del Notariado quien tramita la expedición de las resoluciones ministeriales de nombramiento (art. 12). Una vez que se cuenta con el título, el notario nombrado, pero no habilitado, debe incorporarse al Colegio Notarial respectivo en el plazo de 30 días desde la expedición del título, prorrogable por igual término, y previo juramento o promesa de honor que debe prestarse ante la junta

directiva (art. 13). Solo el notario que se encuentra habilitado, por prestar juramento, puede ejercer la función notarial dentro del plazo de 30 días contados desde la incorporación, prorrogable por el mismo término (art. 15). Incluso puede reconocerse una tercera condición, la de “notario en ejercicio” cuando ya se dio inicio a la función (véase el art. 21-g).

Nótese las distintas consecuencias jurídicas que se producen: un notario nombrado, pero que no se incorpora, solo es objeto de cese y la correspondiente extinción del título (art. 21-e); en cambio, el notario habilitado que no llega a ejercer funciones abandona el cargo (art. 21-f); y por último, si se produce el abandono del cargo por parte de un notario en ejercicio, entonces la declaración debe realizarse previo procedimiento disciplinario.

4.- DEBERES DEL NOTARIO

El notario se encuentra obligado a cumplir distintos deberes, unos de orden profesional frente a los clientes o usuario del servicio; y otros corporativos frente a su gremio y demás notarios. Entre los DEBERES PROFESIONALES podemos contar la apertura de oficina en el distrito localizado, asistencia al oficio, prestación obligatoria del servicio, guarda del secreto profesional, cumplimiento de las normas que regulan su función, mantenimiento de una infraestructura mínima que permita la adecuada atención al usuario y capacitación en forma permanente. Estas dos últimas obligaciones, justificadas a todas luces, se incorporan con la nueva ley. En el ámbito de la capacitación el reglamento debería establecer que luego de un cierto número de años de ejercicio el notario está obligado a optar por una maestría, y cada cierto tiempo acreditar la aprobación de cursos de postgrado sobre temas vinculados a la función notarial.

También llama la atención haber incorporado un deber, sin dudas profesional, consistente en brindar facilidades a la inversión nacional y extranjera dentro de los límites que permita la ley (art. 16-m). Esto significa que el notario debe buscar soluciones frente a los difíciles problemas que puedan surgir en la documentación de actos y contratos propios del tráfico patrimonial, siempre dentro del ámbito de la legalidad. No bastará el simple: “no se puede” o “busque otra notaría”, por lo que el beneficiado será el usuario del servicio. Es cierto que una obligación de este tipo no es tangible y difícilmente puede concluir en un procedimiento disciplinario, sin embargo, la idea de la ley se encuentra fundamentalmente en cambiar la óptica y las costumbres en la prestación del servicio notarial.

Por su parte, se establece expresamente la obligación de aceptar y brindar facilidades para las visitas de inspección (art. 16-ñ). Esta innovación constituye un acierto, pues en algunos casos aislados se habían presentado oposiciones o simplemente negativas a la inspección ordinaria o extraordinaria. Ahora, de presentarse esta situación, bien podrá iniciarse un procedimiento disciplinario por incumplimiento de este deber fundamental.

5.- CESE DEL NOTARIO A LOS 75 AÑOS

La inamovilidad en el cargo implica que el notario puede mantenerse en el ejercicio de la función mientras demuestre buena conducta y mantenga las condiciones que

habilitan su ejercicio (art. 19-a). El principal argumento que se esgrime a favor de este derecho es que garantiza la independencia funcional, y permite el arraigo y dedicación exclusiva a dicho ministerio. Sin embargo, la nueva ley pone un límite de edad para el ejercicio notarial, lo cual resulta un acierto indiscutible por dos motivos fundamentales: primero, no pueden existir cargos de servicio público de carácter vitalicio, aunque el titular no sea funcionario, ya que por línea de principio el notariado moderno se separa del viejo sistema de “compra de oficios” en los cuales efectivamente había una titularidad sobre la función de manera análoga a la propiedad; en otras palabras, el sistema vigente desde hace mucho tiempo es de carácter funcionarial y no patrimonial, por lo que el oficio notarial es una potestad pública delegada en un profesional privado, pero no es una cosa que ha ingresado en su patrimonio y de la cual no puede privarse; segundo, en toda actividad, especialmente pública, debe propenderse a la renovación de los cargos a través del ingreso progresivo de una nueva generación de juristas. El límite adoptado es bastante generoso, pues señala como edad tope los 75 años (art. 21-b), superior a la edad ordinaria de jubilación. Por lo demás, la ley ha previsto una *vacatio legis* hasta el 2014 en relación a este punto (novena disposición complementaria, transitoria y final), con lo cual se da un plazo de gracia a favor de los notarios que se encuentran dentro de la edad señalada o próxima a ella, quienes de esta manera ven reducido el perjuicio que podrían sufrir en caso de una medida abrupta.

Sin embargo, se viene escuchando severas críticas contra la adopción del límite de edad. Las críticas de fondo, simplemente, no son atendibles, y ello en vista a que nadie puede sostener, en forma medianamente sensata, que un oficio público pueda ser vitalicio. Los cargos perpetuos o la compra de los mismos, hace tiempo fueron dejados sin efecto, por lo que el notariado no podía sustraerse a esa situación. Por otro lado tenemos las críticas de corte estrictamente legalista, esto es, que la norma citada contraviene la Constitución en cuanto a la “libertad al trabajo” o a la “libre empresa”. Asimismo se dice que corta la expectativa económica del notario por cuanto al momento de ingresar a la función no tenía límites temporales, con lo cual se atenta contra los derechos adquiridos y se aplica en forma retroactiva una ley. Seguidamente analizaremos cada uno de estos fundamentos.

Es cierto que la Constitución consagra la libertad de trabajo entendido en sentido general, pero en ninguna parte del texto fundamental existe el derecho a “ser notario”. Por tanto, no podemos confundir la libertad de trabajo con una especie de estabilidad laboral vitalicia, que no tiene ningún trabajador público o privado, y que obviamente la Constitución no garantiza. Menos todavía puede hablarse de afectación a la libertad de empresa, pues resulta evidente que una potestad pública que corresponde al Estado no tipifica como actividad empresarial, y por ello la delegación se hace bajo determinadas condiciones que la ley establece.

En cuanto a la supuesta retroactividad, debemos recordar que en el problemático tema del conflicto de leyes en el tiempo se acoge la tesis de los “hechos cumplidos” (art. III del Título Preliminar del Código Civil), por el cual los hechos jurídicos agotados se rigen por la ley antigua, pero las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos anteriores se rigen por la ley nueva. Así, el ingreso de un abogado a la función notarial es un hecho jurídico agotado y se rige por la ley antigua, pero las consecuencias jurídicas de ese hecho, esto es, el ejercicio continuado de la actividad notarial, se rige por la ley nueva respecto a las situaciones posteriores a ésta. Por

tanto, la nueva ley puede regular la carrera notarial de quienes son notarios en la actualidad, pues sus normas se aplican a las consecuencias de los hechos anteriores. Solo de esta manera se evita el inmovilismo legal y se permite que las reformas puedan aplicarse realmente, en el valor entendido que la reforma constituye siempre una mejor opción a los ojos del legislador actual.

En conclusión, la introducción del cese notarial a los 75 años constituye una medida adecuada que pone fin a la cuestionable solución de reconocer cargos vitalicios, que constituía una rémora del sistema antiguo de compra del oficio, y además busca la renovación de los miembros del notariado a una determinada edad, lo cual permitirá el reemplazo progresivo por las nuevas generaciones.

6.- DECLARACIÓN DE CESE DEL NOTARIO

Otra precisión importante de la ley es la distinción entre procedimiento disciplinario, pertinente solo para el caso de infracciones y cuya competencia corresponde al Tribunal de Honor (art. 147), y la declaración de cese del notario por pérdida de las cualidades señaladas en el art. 10, y que es competencia de la junta directiva del Colegio respectivo (art. 21-i). Por ejemplo, la pérdida de la condición de abogado o la incapacidad física, son causales de cese cuya declaración corresponde a la junta, y no al Tribunal de Honor.

También resulta correcto introducir la medida cautelar de suspensión en el procedimiento de cese de notario, en tanto haya “indicios razonables” (aunque debió decir: “prueba suficiente”) de que se ha producido la causal de cese. Esta medida la dicta el Consejo del Notariado mediante decisión motivada que puede ser objeto de reconsideración (art. 22).

7.- INSTRUMENTOS PROTOCOLARES

La ley introduce algunas novedades, no de fondo, pero que sí buscan perfeccionar la legislación anterior. Así tenemos las siguientes:

- a) Se busca estar a tono con los tiempos, y por eso se reconoce que el notario puede utilizar la tecnología de firmas y certificados digitales para dar fe de los actos jurídicos que ante él se otorguen (art. 24). Es decir, se da el primer paso normativo para admitir un instrumento notarial, ya no en soporte papel, sino en virtual. Es cierto que la ley no pretende en lo absoluto eliminar el documento tradicional, ni se avizora que en el futuro pueda hacerlo, pero sí se introduce al notario en el entorno informático. Por tanto, no hay abandono de la función notarial, sino ampliación de la misma de acuerdo con las nuevas tecnologías a través de una norma que hoy es simplemente declarativa.
- b) El notario no solo es un mero documentador o redactor de formularios, sino que también tiene función asesora o de consejería respecto a los efectos jurídicos de los actos que los particulares celebran, de tal suerte que éstos puedan decidir con pleno conocimiento respecto a la conveniencia o no del negocio. Así, ahora el artículo 27 impone, antes solo lo sugería en forma implícita, que los instrumentos protocolares dejen constancia de haber advertido a los interesados de los efectos legales sobre los que se comprometen.

- c) Cuando una de las partes del instrumento no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, entonces basta la intervención de un intérprete nombrado por la propia parte, quien bajo su responsabilidad hará la traducción simultánea. De esta manera se facilita la labor del notario, tal vez excesivamente, pues no le es necesario hacer constar en el documento la traducción por escrito que realiza el intérprete. Sin embargo, en forma excepcional, y solo cuando el otorgante lo pida por escrito, se insertará el texto en el idioma extranjero o se adherirá al instrumento protocolar, haciendo mención de este hecho. La norma anterior también permitía alternativamente, ora que actúe solo el intérprete, ora que además del intérprete se añada la traducción por escrito. En cualquier caso el notario decidía el sistema a emplear, pero ahora el notario debe optar simplemente por la actuación del intérprete, y solo requerirá además el texto en el idioma extranjero cuando lo pida el mismo otorgante por escrito.
- d) Otro elemento facilitador consiste en permitir que los instrumentos puedan incorporar impresos o gráficos mediante el sistema de fotocopiado o escaneado, para lo cual no es necesario llenar los espacios en blanco que necesariamente quedarán en la escritura. De esta manera, por ejemplo, el instrumento puede contener un plano que grafique el predio adquirido, o los complejos cuadros o tablas referidos a las cuotas o intereses de una deuda (art. 32).
- e) El protocolo notarial se compone de fojas compiladas que se llaman “registros”, y que consisten en 50 folios ordenados correlativamente según su numeración. Cada registro debía ser autorizado con el sello y firma puesta por un miembro de la Junta Directiva del Colegio. Ahora el sistema se simplifica en cuanto el Colegio establecerá el procedimiento de autorización de cada registro y las medidas de seguridad (art. 39).

8.- INSTRUMENTOS PROTOCOLARES SIN COMPARECIENTE

Una vez que el instrumento público ha sido firmado por los otorgantes, su contenido textual no puede ser modificado o alterado, pues ello implicaría desnaturalizar la declaración de voluntad por la que las partes se obligaron y consintieron. Por tanto, de advertirse un error, o de convenirse en una modificación de la declaración negocial, entonces las partes deben otorgar un nuevo instrumento público que aclare el primero (art. 48).

Sin embargo, la ley ha introducido una novedad radical que parece no ha sido comprendida, lo que ha originado polémicas innecesarias que pretendemos zanjar aquí. En efecto, ahora el notario podrá extender un instrumento aclaratorio, sin necesidad de intervención de los otorgantes cuando advierta algún error en la escritura, siempre que ésta provenga de la propia declaración del notario. Esta figura, que es conocida en el Derecho comparado, se denomina “escritura pública sin compareciente”, y tiene como finalidad permitir que el notario corrija las erratas en las que haya incurrido respecto a sus propias manifestaciones contenidas en el instrumento, sin que en ningún caso quede autorizado a modificar la declaración de voluntad de las partes. Por tanto, si la polémica recayó sobre la inconveniencia de que el notario altere las cláusulas y pactos celebrados por las partes, entonces el debate es simplemente inútil, pues la ley no autoriza esa situación, sino permite

exclusivamente que se corrijan los errores del notario.

En la doctrina se sugiere que la estructura de la escritura pública se divide en dos partes sustanciales: **el texto negocial y las constancias notariales**. En efecto, una cosa es lo querido por las partes, y otra muy distinta son los dichos del notario (afirmaciones de verdad, juicios o menciones). La escritura pública sin compareciente tiene cabida solo en el ámbito de las constancias notariales. Aquí un ejemplo que aclara el panorama: una escritura pública consigna por error la fecha 02 de enero de 2008, pero en realidad, por el carácter cronológico del protocolo, es evidente que la fecha real es el 02 de enero de 2009. Con la ley anterior hubiera sido necesario llamar a todos los otorgantes del instrumento (¿y qué pasaba si uno no acudía?) para decirles que su declaración conjunta no se iba a modificar, y que en realidad su intervención era inútil pues solo se aclararía la fecha del instrumento ya que existió error de redacción por parte del notario. La situación anterior olvidaba que el instrumento protocolar es autoría del notario, y que muchas de las declaraciones allí contenidas le correspondían a él, por lo que siempre debió existir un mecanismo que sirva al autor del instrumento a efectos de corregir sus propios errores. El sistema anterior establecía que el autor del error no se corregía, sino las partes. Por el contrario, con el sistema actual el autor del error debe corregirse bajo su responsabilidad y a su costo.

De esta manera se logra que los errores materiales de la técnica documental no priven de eficacia a instrumentos públicos, que por otro lado son perfectamente válidos. Por tanto, la reforma legal se inspira en el principio de conservación de los actos jurídicos, en este caso de los documentados ante el notario, y en ningún caso generan inseguridad como se había sostenido sin ningún fundamento.

9.- ESCRITURAS PÚBLICAS

El art. 51 de la nueva ley, igual que la anterior, define a la escritura pública como todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por notario, y que contiene uno o más actos jurídicos. La sencilla definición legal reúne todas las características que normalmente se le reconoce en doctrina: ser un instrumento típicamente notarial, de carácter protocolar, y cuya función es contener documentalmente las declaraciones de voluntad por la que los otorgantes disponen sus intereses mediante actos y negocios jurídicos.

En la escritura pública surgen dos planos, teóricamente separables: el plano del *negocio*, que pertenece al derecho sustantivo; y el plano del *instrumento*, que pertenece al Derecho notarial. En palabras de NUÑEZ LAGOS, en la escritura se presenta una recíproca interferencia entre el negocio y el instrumento. Así pues, una cosa es el objeto y otra cosa es la representación de ese objeto^[3]. En el *actum*, el notario interviene para recibir las declaraciones de voluntad, pero con una previa labor de consejero y previsor de las consecuencias jurídicas del negocio. En lo que se refiere al *dictum*, el notario es el protagonista por ser el narrador del *actum*; es decir, en el *dictum* el notario asume la autoría del documento.

La técnica documental tiene como principal contenido el estudio de la estructura interna de los documentos, lo cual significa la distribución y combinación de las distintas partes que integran la composición o el texto. El manejo fluido de la

estructura interna pone de manifiesto la habilidad para combinar los distintos elementos que plantea cada documento en su individualidad; esta división en partes posibilita estudiar en forma separada cada una de ellas, con lo cual se logra mayor precisión y detalle en el análisis. Nuestra ley, igual que las anteriores, establece que la estructura interna de la escritura pública se divida en tres partes: introducción, cuerpo y conclusión (artículo 52). En la introducción se expresa la comparecencia de los otorgantes y sus datos personales y de identificación; en el cuerpo se contiene la declaración de voluntad de las partes y los comprobantes de representación u otros que sean necesarios; por último, la conclusión contiene la mención de haberse leído el documento, de ratificarse la prestación de consentimiento por los otorgantes, y la firma consiguiente del instrumento,

La introducción ha sufrido algunos cambios, pues ahora se exige consignar el domicilio de los otorgantes (art. 54-c), aun cuando ya la práctica lo asumía como requisito invariable. Asimismo la ley introduce la distinción entre “otorgante” e “interviniente”, cuando el término técnico más correcto para este último sujeto es el de “compareciente”. En cualquier caso, el otorgante es aquel que dispone sus derechos o intereses, esto es, quien se obliga o compromete en el acto jurídico (sustancialmente es una “parte”); mientras interviniente es todo sujeto que no dispone para sí, pero dispone para otro (ejemplo: apoderado) o participa como auxiliar instrumental (testigo, intérprete, etc.).

Sin embargo, la modificación más importante está referida al deber de identificación que corresponde al notario. El art. 55 LN habla de “fe de conocimiento” y “fe de identidad”; la primera implica que el notario conoce por trato o fama al sujeto, mientras la segunda implica que el notario lo identifica a través de los documentos oficiales que exhibe (DNI^[4], carnet de extranjería o pasaporte; y si fuese necesario con documentos subsidiarios o testigos de identidad). Ahora bien, la nueva ley establece que es una obligación del notario acceder a la Base de Datos de RENIEC en aquellos lugares en los que se pueda con acceso a internet y sea posible que la citada entidad brinde el servicio de consultas, con lo cual se puede verificar imágenes, datos y huellas dactilares. De esta manera se busca poner punto final a un mal endémico de la institución notarial: las suplantaciones de identidad que tienen como efecto poner en duda la necesidad de la fe pública. Por tal razón, si el notariado desea asentarse sobre sólidas bases, entonces se hace necesario incorporar las medidas tecnológicas que eviten las patologías instrumentales. Sin embargo, la aplicación de esta norma está condicionada al cumplimiento de ciertos requerimientos técnicos, por lo que se hace necesario establecer las zonas o provincias en las que su exigencia es obligatoria, lo cual bien podría hacerse a través de resoluciones del Consejo del Notariado. En caso contrario podría reinar una grave incertidumbre sobre la obligatoriedad de la consulta a RENIEC.

Ahora bien, ¿qué pasa si el notario no realiza la verificación en RENIEC a pesar de estar obligado a ello? Si no se realiza la constatación pero la identidad del otorgante corresponde a la persona que dijo ser, entonces solo cabe una sanción disciplinaria por incumplimiento de deber funcional. Por el contrario, si la falta de constatación da lugar a una suplantación, entonces se impone también la sanción disciplinaria aunque con mayor gravedad por haberse ocasionado daño (art. 150), pero además el notario será responsable civil ante la víctima con respecto a los perjuicios irrogados.

10.- ACTAS DE TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES REGISTRABLES

Uno de los registros notariales previstos por la ley es el de actas de transferencia de bienes muebles registrables, en la que se extienden los instrumentos sobre vehículos y otros bienes muebles identificables y/o incorporados a un registro jurídico que la ley determine. Nótese que ya no se habla de “vehículos usados” como se hacía en forma incomprensiblemente restringida en la ley anterior; y además se menciona los bienes muebles incorporados a un “registro jurídico”, con lo cual el texto se adecúa a la terminología de la Ley de Garantía Mobiliaria.

De esta manera, en el registro de actas de transferencia se pueden extender actos jurídicos sobre vehículos, nuevos o usados; sobre buques o embarcaciones pesqueras, que ahora son bienes muebles que cuentan con un registro jurídico; e incluso los actos cuyo objeto son los derechos de la propiedad industrial (por ejemplo: marcas) o de la propiedad intelectual (ejemplo: derechos de autor).

11.- REGISTRO DE INSTRUMENTOS PROTOCOLARES DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA Y OTRAS AFECTACIONES

En este Registro se extienden las actas referidas a los negocios jurídicos sobre garantías mobiliarias y otras afectaciones que señala el art. 32 de la ley 28677. Este registro fue creado por el art. 1º del Dec. Sup. 012-2006-JUS, aun cuando la norma se justificó como una “interpretación” del art. 34 de la Ley 28677, sobre Garantía Mobiliaria. El Decreto era claramente ilegal, pues la ley pretendidamente reglamentada señala que la garantía se constituye a través de un formulario, y que éste se extiende por triplicado. Por tanto, era obvio su naturaleza de instrumento extraprotocolar en donde el notario legaliza la firma de los otorgantes, aun cuando conserve un ejemplar a efectos de seguridad documental. A pesar de ello, el citado Decreto consideró que el formulario es un instrumento protocolar, y para lo cual también creó el registro notarial que albergue las actas.

Sin embargo, el art. 37-f de la nueva ley subsana este problema, pues en él se habla claramente de los “instrumentos protocolares de garantía mobiliaria”, con lo cual se le dota de cobertura legal al Dec. Sup. 012-2006-JUS. Ahora bien, llama la atención que el art. 1º de esta última norma exija que la apertura del registro sea comunicada por el notario a su Colegio respectivo, cuando esa misma obligación no se presenta con los otros registros. Sobre el particular consideramos que el reglamento de la ley será la mejor sede para dilucidar si esa exigencia, claramente asistemática, se mantiene o no.

12.- ARCHIVO NOTARIAL Y TRASLADOS

El archivo notarial está integrado por los registros que lleva el notario (de escrituras públicas, de testamentos, de protesto, de actas de transferencia de bienes muebles registrables, de actas y escrituras de asuntos no contenciosos y de instrumentos protocolares de garantía mobiliaria), ya sea en soporte papel o informático; los tomos

de minutas; los documentos protocolizados y los índices que señala la ley (art. 81). La novedad se encuentra en permitir que los registros se lleven en soporte informático, lo que por ahora se constituye solo en una norma futurista, pues aún no se han desarrollado las reglas correspondientes a un instrumento protocolar que exista solo en el entorno virtual.

En la misma línea se encuentra la posibilidad de llevar en archivo electrónico los índices alfabéticos y cronológicos de los instrumentos protocolares, para lo cual nuevamente habrá que cumplir la legislación de la materia (art. 91).

Por su parte, los traslados son copias certificadas de los instrumentos protocolares que ha autorizado en el ejercicio de su función. Si tenemos en cuenta que la escritura pública original queda definitiva e irreversiblemente incorporada al protocolo notarial, se hace necesaria su reproducción literal autenticada, a efecto de que los interesados puedan hacer valer sus derechos con un documento que tenga el mismo valor jurídico que el original^[5]. Éste es uno de los principios del notariado latino con relación a los traslados, esto es, que para el tráfico las copias autenticadas tienen idéntico valor probatorio que la escritura. Los traslados reconocidos por la nueva ley, igual que la anterior, son el testimonio, el parte y la boleta.

Por eso resulta muy práctico que se permita emitir los traslados en formato digital. Para este fin habrá que seguir la legislación de firmas y certificados digitales (art. 82). Esta novedad cobra importancia en cuanto las copias puedan ser remitidas en vía electrónica al Registro, con lo cual se obtiene la doble ventaja de simplicidad en el trámite de presentación y fácil redacción de los asientos registrales, tomando como base el traslado informático, cuando la calificación sea positiva.

La mayor innovación en este ámbito se encuentra en afirmar que el notario debe expedir los traslados a quien los solicite, bajo responsabilidad (art. 82), lo cual no estaba contenido, así de explícito, en la anterior norma. Tal vez el origen de esta novedad se encuentra relacionado con la presentación cautiva de títulos ante el Registro con referencia a los actos sobre predios y los apoderamientos (séptima disposición complementaria, transitoria y final). Así, si el notario es el sujeto legitimado por excelencia para instar el procedimiento de inscripción, entonces resulta obvio que se le exige en forma imperativa la necesidad de emitir los traslados que justamente son la base de la inscripción.

13.- INSTRUMENTOS EXTRAPROTOCOLARES

Los instrumentos extraprotocolares son aquellas atestaciones notariales que no se incorporan al protocolo, y sobre los que el manto de la fe pública se circunscribe en forma limitada al acto, hecho o circunstancia que el notario presencie o le conste por percepción sensorial, y que no sea de competencia propia de otra función (art. 98). Según la ley, al igual que la anterior, los instrumentos extra-protocolares pueden ser actas o certificaciones. Las primeras son instrumentos redactados por el notario, en el que se da fe de la realización de un hecho, y excepcionalmente de una declaración de voluntad. Los segundos son atestaciones en documento privado, en donde el notario deja constancia de aquello que hace o le consta.

Con respecto a las “certificaciones” el legislador ha tratado de uniformizar la

terminología en cuanto ha sido posible, por lo que las antiguas “legalización de firmas” o “legalización de reproducciones” han pasado a denominarse “certificación de firmas” o “certificación de reproducciones”. Empero, este cambio es solo de carácter formal, pues resulta evidente que los vocablos “legalización” o “certificación” son sinónimos. En tal sentido son incorrectas las observaciones que se han empezado a formular en el Registro respecto a la denominación que utiliza el notario en su diligencia de autenticación. Por tanto, si el sello puesto en el documento privado dice que se “legaliza la firma”, ello no merma en lo absoluto la validez de la actuación notarial, pues en el Derecho lo importante es la sustancia y no las etiquetas; o en otras palabras, el uso de vocablos sinónimos no puede jamás, salvo en un sistema legal irracional, ser motivo para declarar la invalidez o ineficacia de un acto.

Por otro lado, la ley ha incorporado enunciativamente nuevas clases de actas extra-protocolares: de constatación de identidad para efectos de la prestación de servicios de certificación digital, de transmisión por medios electrónicos de la manifestación de voluntad de terceros y de verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general (art. 94, incisos h – i – j). Esta innovación merece un juicio favorable, pero vale recordar que las actas de presencia o comprobación se rigen por el *numerus apertus*, siempre que se encuentren dentro de la definición legal del artículo 98. Distinto es el caso de las actas de notoriedad en las cuales no solo se comprueba hechos, sino que además, sobre la base anterior, se procede a realizar una declaración jurídica de derechos o sobre situaciones de ventaja, por lo que en dicha hipótesis sí se requiere de una ley que autorice a que la actuación notarial produzca tan importante efecto legal.

14.- CERTIFICACIÓN DE FIRMAS

Según la doctrina, la ahora denominada “certificación de firmas”, aunque con efectos puramente terminológicos, es una declaración notarial puesta al pie del documento en la cual se reputa como auténticas las firmas que allí aparecen, ya sea porque el notario ha llegado a esa conclusión por conocimiento directo (comparecencia personal del firmante) o por considerarla idéntica por medios indubitados¹⁶¹. Nótese que el destacado notarialista español admite ambas fórmulas para legitimar las firmas, esto es, por presencia del firmante ante el notario, o por simple notoriedad cuando al notario le conste que la firma corresponde efectivamente al suscribiente, aun cuando éste no comparezca. El art. 106 de la nueva ley reconoce ambos mecanismos para llegar al convencimiento de la autenticidad de la firma cuando señala: “cuando le hayan sido suscritas en su presencia o cuando le conste de modo indubitable su autenticidad”.

Por tal motivo, la misma norma agrega que son inválidas las diligencias genéricas en las que el notario no afirma rotundamente que se está certificando la autenticidad de una firma. Algunas de estas fórmulas vacías de contenido eran, por ejemplo: “la firma que antecede es similar a la que usa en sus actos públicos o privados”, o “se constata una firma similar a la del documento de identidad”, etc. Nótese que en estos casos, u otros análogos, el notario no está atestando nada, pues hace uso de una redacción ambigua y oscura, con la cual pretende no asumir la responsabilidad por la certificación. Por eso, el nuevo texto trata de proteger la seriedad y corrección de los

actos notariales, poniendo atajo a una fórmula anómala.

La certificación de firmas no requiere la impresión dactilar del firmante, pues ello se infiere del art. 106 que permite la diligencia notarial cuando conste de modo indubitable la autenticidad de la firma, lo que excluye la comparecencia personal. Ahora, si alguno de los otorgantes del documento no sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él a su ruego; en este caso el notario exigirá –aquí sí– la impresión dactilar del otorgante, de la cual dejará constancia, y asimismo certificará la firma de la persona llevada por el otorgante, y que asume la calidad de firmante a ruego (art. 107). Una prueba más de que la impresión dactilar no es necesaria, salvo cuando sea requerido un testigo a ruego.

15.- AUTORIZACIÓN DE VIAJE DE MENOR AL INTERIOR O AL EXTERIOR DEL PAÍS

El último párrafo del art. 94 establece un índice cronológico de autorizaciones de viaje de menor al interior o exterior del país, el mismo que tiene como finalidad servir de fuente de información a las entidades respectivas (Dirección de Migraciones) de la autenticidad del instrumento. El artículo 4º de la Constitución señala que el Estado protege a la familia y al niño; y en tal sentido, es obligación de todos los Poderes Públicos que se haga efectivo ese mandato de protección a través de la adopción de mecanismos de promoción, incentivo, seguridad preventiva o represión, en concordancia con lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, de la cual el Perú es signatario.

En tal sentido, actualmente el Estado Peruano ha asumido un decidido combate contra la criminalidad organizada que lucra mediante el tráfico de menores, razón por la cual no solo deben establecerse severas sanciones represivas a quienes cometan estos actos ilícitos, sino fundamentalmente se hace necesario imponer medidas preventivas, y con lo cual se logre el pleno respeto al desarrollo integral de la persona humana, especialmente de los que por razón de edad son más débiles e indefensos. Dentro de este contexto uno de los temas que merecen atención prioritaria es el referido a la autorización de los permisos de viaje, ya que se ha detectado la utilización constante de documentos falsificados que posibilitan la salida al extranjero de menores de edad con fines inciertos, lo cual exige que se adopten mecanismos especiales de seguridad a efectos de eliminar las falsificaciones. Para tal fin la ley da el primer paso para establecer, luego por vía reglamentaria, la obligación del notario de comunicar a través de medio informático las autorizaciones de viaje al interior y al exterior que se hayan otorgado ante su oficio con fines de seguridad.

16.- PODERES

La ley mantiene la tradicional distinción entre poderes por escritura pública, fuera de registro y por carta con firma legalizada (art. 117), siendo que el uso de cada una de estas distintas modalidades de apoderamiento está determinado en función de la cuantía del encargo (art. 122), sin perjuicio de lo que dispongan las normas sustantivas y procesales sobre la materia. Por ejemplo, para disponer o gravar bienes del representado se requiere escritura pública (art. 156 CC) así como para actuar en juicio. Por otro lado, los procedimientos administrativos permiten que el apoderado

actúe con una simple carta con firma legalizada.

Sin embargo, fuera de los casos regulados por una norma específica la obligatoriedad en el uso de una u otra modalidad de apoderamiento sigue rigiéndose por el antiguo Decreto Supremo No. 033-83-JUS. Según éste, el poder fuera de registro es obligatorio para asuntos de 0,5 hasta 3 UIT; mientras que si la cuantía no excede de 0,5 UIT basta la carta con firma legalizada. En tal sentido, hubiera sido recomendable que la nueva ley estableciera en su propio texto las cuantías para el uso de los poderes; o en todo caso es de esperar que el reglamento lo haga. Por su parte, cuando se trata de cobro de beneficios sociales o pensiones entonces es suficiente la carta con firma legalizada con una validez de tres meses por cantidades menores a 0,5 UIT. Por encima de esta cifra se requerirá poder fuera de registro.

Otra innovación de la ley consiste en introducir un índice cronológico para los poderes otorgados fuera de registro (art. 117 in fine), con lo cual se llevará un listado de los actos notariales de este tipo por razón de temporalidad, y con lo que se busca aumentar la seguridad jurídica y evitar, así, la predotación de instrumentos.

17.- ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO

La organización del notariado corresponde a los Colegios de Notarios que son personas jurídicas de derecho público interno (art. 129) y que ejercen función de dirección, inspección y vigilancia de sus miembros dentro de una demarcación territorial denominada distrito notarial (art. 127). La ley ha precisado que estos distritos son veintidós de acuerdo con la jurisdicción preexistente (art. 128). Cada Colegio de Notarios tiene una junta directiva elegida cada dos años que se encarga de la administración y gestión de la entidad (art. 132).

La nueva ley ha precisado algunas atribuciones de los Colegios de Notarios, tales como emitir lineamientos, y verificarlos, respecto a la infraestructura mínima que debe contar un oficio notarial (art. 132-g); velar por la integridad de los archivos de los notarios en ejercicio, regulando su traslado a microformas digitales según la legislación de la materia (art. 132-n), lo cual permite sin duda que se fiscalice la situación física de los archivos; autorizar y supervisar la expedición del título de fedatario informático (art. 132-ñ), entre otras.

Por su parte, el Estado también participa en la vigilancia de la función notarial a través del órgano del Ministerio de Justicia denominado Consejo del Notariado (art. 140). La conformación de la entidad es la misma que en el régimen precedente, esto es, lo integran el Ministro de Justicia o su representante, quien lo preside; el Fiscal de la Nación, o el Fiscal Supremo o Superior a quien delegue; el Decano del Colegio de Abogados o un miembro de la junta directiva a quien delegue; el Presidente de la Junta de Decanos de Colegios de Notarios del Perú o un miembro de su consejo directivo a quien delegue; y el Decano del Colegio de Notarios de Lima o un miembro de su junta directiva a quien delegue. Entre sus principales atribuciones se encuentran: ejercer la vigilancia de los Colegios de Notarios respecto al cumplimiento de sus obligaciones, proponer los reglamentos y normas para el mejor desenvolvimiento de la función notarial, vigilar el cumplimiento del reglamento de visitas de inspección por parte de los Colegios de Notarios, decidir la provisión de plazas vacantes, solicitar la convocatoria a concursos a los Colegios de Notarios,

absolver las consultas que formulen los Poderes Públicos y las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, conocer de las quejas formuladas por incumplimiento de las obligaciones de los Colegios Notariales, llevar un registro actualizado de Juntas Directivas, entre otras (art. 142).

La ley también introduce algunas novedades respecto a las atribuciones del Consejo del Notariado, tal como reconocerle una potestad normativa, que antes no tenía, y por la cual podrá emitir directivas de cumplimiento obligatorio para el mejor desempeño de la función notarial (art. 142-d). Asimismo se autoriza la realización de visitas opinadas o inopinadas a los oficios notariales, ya sea en forma directa o por delegación. Además se da cobertura legal al ya existente Registro Nacional de Notarios (art. 142-n), y que constituye un buen mecanismo de vigilancia del notariado.

18.- PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

El régimen disciplinario y de control del notariado ha sufrido una radical modificación con respecto a la normativa anterior, y en general ella debe juzgarse en forma muy positiva.

El procedimiento disciplinario anterior reconocía que la primera instancia para juzgar el cumplimiento o no de los deberes funcionales del notario lo era la junta directiva o la asamblea general del Colegio de Notarios respectivo, según la gravedad de la falta. Esta situación traía como consecuencia que la asamblea general actuara imperfectamente como “jurado”, pues si bien había un grupo de personas –notarios-reunidos para votar a mano alzada sobre la sanción o no de un colega, sin embargo, ante ella no se valoraba ni discutía la prueba actuada en el procedimiento, y solo se limitaba a votar a mano alzada. Por tal razón, su constitucionalidad era bastante dudosa en cuanto se podía imponer una sanción sin debate probatorio, y peor todavía, sin motivación sobre los hechos y el derecho aplicable. Siendo ello así, la nueva ley establece un sistema garantista, por el cual la primera instancia del procedimiento disciplinario lo constituye un Tribunal de Honor, conformado por tres notarios y/o abogados de reconocido prestigio moral y profesional (art. 132).

Se ha dicho por ahí que el Tribunal de Honor compuesto por abogados que no son notarios contraviene la Constitución por cuanto los Colegios Profesionales son autónomos. La objeción es totalmente equivocada, por cuanto la vigilancia del notariado nunca se cierra en el ámbito corporativo, y el Estado siempre tiene intervención en ella, como ocurre con el Consejo del Notariado, y realmente no creemos que a nadie se le ocurra sostener que la existencia del Consejo es “inconstitucional”. Por otro lado, existe un argumento todavía más decisivo: los abogados del Tribunal de Honor no vienen impuestos desde fuera, ya que mas bien son libremente elegidos por la propia junta directiva del Colegio respectivo. En tal sentido, los abogados que puedan formar parte del Tribunal de Honor actúan exclusivamente por delegación del Colegio, y por tal motivo no constituyen una instancia extra-corporativa. Así aparece claramente del art. 147: “La disciplina del notariado es competencia del Consejo del Notariado y el Tribunal de Honor DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS”.

Por otro lado, se hace necesario dotar a los Tribunales de Honor de la mayor

independencia de criterio, solo sujetos a la Constitución y la ley, sin interferencias o coacciones de ningún tipo, ya sean internas o externas. Por tanto, sería conveniente que el reglamento estableciera, no solo la citada independencia del Tribunal, sino además que sus miembros están exonerados de responsabilidad económica, salvo dolo, en caso que sus decisiones terminen siendo contradichas en el Poder Judicial. El único responsable en todos los casos, siempre que se den los presupuestos estrictos de procedencia de la acción de resarcimiento, sería el Estado, pues recordemos que la última palabra administrativa la tiene un órgano estatal como lo es el Consejo del Notariado. Además de esa manera se evitaría que las amenazas veladas o reales sobre un futuro resarcimiento pudiesen atentar contra la independencia de actuación de estos órganos. La situación no es inédita, como se ha comprobado en la práctica con la acción judicial interpuesta por un notario restituido en virtud de sentencia judicial, y que ha demandado la indemnización contra un grupo de notarios que votó en asamblea general por su destitución. Este precedente debe ser evitado en lo sucesivo, por lo que se impone la exoneración absoluta de responsabilidad civil de los miembros que conformen estos Tribunales.

Otro paso adelante lo constituye la tipificación de infracciones disciplinarias en el art. 149, aun cuando por obvias razones de economía y simplicidad legislativa se tiene que acudir al método de “tipificación por relación (per relationem)”. Es decir, existe una cláusula general en la cual se dice que constituye infracción toda conducta que signifique incumplimiento a los deberes establecidos en la ley, reglamento, normas conexas, estatuto y Código de Ética (art. 149-c). Este precepto, además, tiene la ventaja de autorizar que el reglamento establezca otras infracciones susceptibles de sanción, lo cual es muy importante pues se adecúa a las garantías del procedimiento sancionador en cuanto permite tipificación de faltas por vía de reglamento siempre que la ley lo permita, y en este caso la ley del notariado lo permite.

En este mismo sentido la ley reconoce que el procedimiento disciplinario debe respetar todos los derechos y garantías establecidos para los procedimientos administrativos, específicamente los de corte sancionador, con lo cual se asegura el derecho de defensa del notario (art. 148). Otra precisión importante es que el procedimiento disciplinario solo es pertinente en el caso de infracciones (art. 147), debiendo distinguirse de los casos de declaración de cese del notario por pérdida de las cualidades señaladas en el art. 10, y que son competencia de la junta directiva (art. 21-i). Por ejemplo, la pérdida de la condición de abogado o la incapacidad física, son causales de cese cuya declaración corresponde a la junta, y no al Tribunal de Honor.

También es correcta la introducción de la medida cautelar de suspensión del notario durante el transcurso del procedimiento disciplinario cuando se cumplan dos requisitos: primero, existan “indicios razonables” de la comisión de la infracción (debió decir: “prueba suficiente”); segundo, cuando dada la gravedad de la conducta irregular se prevea la imposición de la sanción de destitución (art. 153). También se ha cuestionado esta figura por la supuesta arbitrariedad de suspender en el ejercicio funcional a un notario cuando no existe decisión firme. El argumento, nuevamente, no resiste el menor análisis, pues todos los procesos, de cualquier tipo que fuesen, prevén siempre las medidas cautelares que aseguren la eficacia de la decisión definitiva, en el ámbito subjetivo, y fundamentalmente garanticen que la ley se cumple desde el principio, en el ámbito objetivo. Si fuera cierto el argumento criticado entonces nadie podría ser detenido hasta sufrir una condena firme. Nótese

que hasta los jueces, que tienen un estatuto protector previsto en la Constitución para garantizar su independencia, pueden ser suspendidos en el cargo; e igual sucede con los congresistas. Por tanto, no hay razón alguna para que esa misma figura no pueda ser aplicada al notario.

Incluso la medida cautelar en sede notarial es de carácter más garantista que la judicial, por cuanto la suspensión no puede exceder el plazo máximo fijado por la ley para el desarrollo del procedimiento disciplinario. Es decir, una vez transcurrido el plazo del procedimiento, sin tenerse una decisión, entonces la suspensión decae y el notario se reincorpora a la función.

Por último, la acción disciplinaria prescribe, según la nueva ley, a los cinco años desde que se cometió la infracción, con lo cual se iguala el régimen de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General. Sin embargo, la ley no ha previsto normas transitorias para los casos en los que se cometió una infracción bajo la anterior ley, pero que al momento de dictarse la norma posterior todavía no ha transcurrido el plazo de tres años previsto para la prescripción. ¿Se aplica los tres o los cinco años? La duda debe resolverse en el reglamento.

19.- INSCRIPCIONES QUE SE BASEN EN INSTRUMENTOS NOTARIALES FALSIFICADOS O QUE HAN SIDO OBJETO DE SUPLANTACIÓN

Desde hace mucho tiempo sostenemos que la inscripción basada en título falsificado debe cancelarse, ya que la inexistencia total de acto jurídico hace superfluo que se inicie y tramite un proceso judicial de nulidad. Esta solución se encuentra generalizada en el Derecho comparado, en el que se permite la cancelación de inscripciones notoriamente viciosas o irregulares. Así, por ejemplo, si el Registro alemán puede cancelar estas inscripciones, a pesar del nivel ínfimo que representa este problema en ese país, ¿por qué en el Perú no podríamos hacer lo propio? ¿Es que aquí protegemos el delito del falsario antes que al ciudadano honesto que se ve perjudicado? El artículo 2013 del Código Civil no es obstáculo para esta medida, pues una cosa es la nulidad del acto –que existe, por lo menos, en apariencia formal-, y otra es la absoluta inexistencia basada en una falsificación. Por lo demás, no existe razón jurídica alguna que lleve a tutelar una situación evidentemente ilícita y que no protege ningún interés relevante.

Sin embargo, la ley no avanzó tanto sobre este tema, y si bien esta medida es ciertamente criticable, no puede negarse que por lo menos constituye un primer paso alentador que las inscripciones sustentadas en escrituras presuntamente falsificadas den lugar a una “anotación preventiva de falsedad” en el registro, a solo pedido del notario, y que tiene vigencia de un año a efecto que ésta se concatene con la medida judicial de anotación de demanda (quinta disposición complementaria, transitoria y final). De esta manera la posibilidad de obtener lucro ilícito con un título falso inscrito quedan disminuidas, por cuanto la anotación de falsedad impide que se constituya un tercero protegido por el principio de fe pública registral. Es de esperar que el mercado ilegal de las falsificaciones ceda naturalmente por efecto de la falta de éxito en esta actividad. El cumplimiento de la ley, que no se ha logrado con medidas represivas, tal vez se logre por medio de instrumentos preventivos.

Dentro de esta concepción se encuentra también la posibilidad de “anotación

preventiva por razón de suplantación” en los casos en que el mismo notario que extendió la escritura, advierta fundadamente en la presunción de suplantación de los otorgantes, ante lo cual a su solo pedido se extenderá la anotación registral con vigencia de un año, y que busca concatenarse también con la medida judicial de anotación si el interesado insta la demanda de nulidad correspondiente (sexta disposición complementaria, transitoria y final). De esta manera se busca impedir nuevamente que se produzca la adquisición de un tercero de buena fe. Ahora bien, esta norma contiene una evidente errata cuando señala que “las disposiciones complementarias primera y segunda” se regulan por el Reglamento General de los Registros Públicos, cuando en realidad debió referirse a las “disposiciones complementarias quinta y sexta”.

En ambas hipótesis (título falso o suplantado) la ley indica expresamente que el notario debe solicitar la anotación, bajo su responsabilidad. Ello significa que en caso de no solicitarse, o de hacerlo fuera del plazo, entonces la consecuencia jurídica por la infracción será la responsabilidad civil por el daño ocasionado, sin perjuicio de la disciplinaria, ya que dicha demora llevó a la privación del derecho del afectado dado que en ese ínterin se habría constituido un tercero de buena fe.

20.- PRESENTACIÓN CAUTIVA DE TÍTULOS

La ley establece la presentación cautiva por el notario de los títulos más relevantes para el tráfico patrimonial, esto es, de aquellos en los que se presenta con mayor frecuencia los problemas de falsificación, que son el registro de predios y el de mandatos y poderes (séptima disposición complementaria, transitoria y final). La consecuencia jurídica por la presentación de tercero, y no del notario, es tal vez demasiado rigurosa, pues se dice que las Oficinas registrales simplemente negarán la recepción de los títulos; siendo que lo más razonable hubiera sido considerarlo como un defecto subsanable que justificaba la observación. Sin embargo, para evitar innecesarios entrapamientos se permite que la rogatoria la realice cualquier persona, siempre que esa circunstancia se consigne en el parte notarial mismo.

La ley no ha previsto una serie de casos problemáticas que pueden complicar las relaciones entre el Registro y los ciudadanos. Así, ¿qué pasa si el testimonio o parte fue expedido antes de la vigencia de la ley y, por tanto, no consta el dato del presentante?, ¿qué ocurre si el notario ha cesado en el cargo, quién expide la autorización?, ¿qué ocurre en los casos de sucesiva presentación de títulos, se requiere la autorización por cada uno de ellos? ¿qué ocurre si el presentante designado ya no puede realizar esa gestión? Estas situaciones deberán ser abordadas en el reglamento, y en cada caso debe buscarse la solución más flexible y que evite las innecesarias complicaciones en el tráfico patrimonial.

Si bien el fundamento práctico de la presentación cautiva de títulos es evidente, pues lo que pretende es asegurar la autenticidad de los documentos llevados ante el Registro, empero, desde una perspectiva teórica resulta difícil justificar esta opción legislativa, ya que se contradice con el principio fundamental de la autonomía privada.

CONCLUSIONES

Luego de analizado el Decreto Legislativo 1049, **nuestro balance *prima facie* (a primera vista) sobre la nueva ley del notariado es muy positivo**, ya que en síntesis podríamos decir que introduce reformas sentidas y necesarias para la seguridad documental, mejora sustancialmente el procedimiento disciplinario, se adapta a las nuevas tecnologías, y por sobre todo reafirma que la importancia de la función notarial está vinculada necesariamente con la actuación correcta de su protagonista. Así, la ley pretende lograr ese “buen hacer” del notario en los actos y contratos, lo que constituye la causa de que su oficio tenga valor ante los ojos de la sociedad.

NOTAS:

^[1] Ley sobre ordenamiento notarial de 16 de febrero de 1913, n. 89, con sucesivas modificaciones; y reglamento aprobado por Real Decreto de 10 de septiembre de 1914, n. 1326, también varias veces modificado: CARUSI, Pietro. *Il negozio giuridico notarile*, Giuffré Editore, Milán 1994, Tomo I, pág. 21.

^[2] Un ejemplo de ello lo constituye la malhadada Ley de Garantía Mobiliaria, cuyas ventajas hasta el momento no se materializan, pero sí sus innumerables errores, omisiones y contradicciones.

^[3] VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *La función notarial*, EN: *Revista de Derecho Notarial*, Madrid 1984, pág. 313 ss.

^[4] Hasta hace poco el notario debía exigir que el compareciente exhiba su DNI con la constancia de la última votación o la dispensa correspondiente. Empero, la Ley 28859, que suprime las restricciones civiles, comerciales, administrativas y judiciales a favor de los ciudadanos omisos al sufragio, deroga en forma expresa el art. 89 del Reglamento de Inscripciones de RENIEC, con lo cual el DNI produce plenos efectos jurídicos para realizar los actos señalados en el art. 84 del mismo Reglamento, lo que incluye actuaciones ante notario. En suma, los ciudadanos pueden utilizar el DNI para efecto de identificación sin necesidad de haber sufragado. Esta conclusión se ratifica en el Informe No. 1151-2006/GAJ/RENIEC emitido con fecha 12 de septiembre de 2006 por la Gerencia de Asesoría Jurídica del RENIEC: “Esta Gerencia es de la opinión que: 1.- La Ley No. 28859 fue promulgada con la intención de otorgar plena validez al DNI para que se pueda realizar todos los actos civiles y comerciales señalados en el artículo 84° del Reglamento de Inscripciones del RENIEC, independientemente que contenga o no la constancia de sufragio o su dispensa (por la derogación del artículo 89° del mismo Reglamento)”.

^[5] MUSTÁPICH, José María. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ediar Editores, Buenos Aires 1955, Tomo I, pág. 421.

^[6] GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*, EUNSA, Pamplona 1976, pág. 801.

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad de San Martín de Porres y
de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI.
Ex Notario (hasta 2006, por renuncia)
E-mail: ggonzales@pucp.edu.pe