

TEORÍA DEL EJERCICIO OPERACIONAL DEL NOTARIO

Por Benito Villanueva Haro

La estructura operacional del ejercicio notarial lo podemos fundamentar de la siguiente manera:

- a) Fase Inicial se sitúa fuera de la jurisdicción notarial, aquí tenemos al hecho como posible generador de una consecuencia jurídica. Tal como señala el Maestro Miguel Reale “ En una estructura normativa, el hecho da origen al hecho jurídico, pero también puede ponerle término (como acontece, por ejemplo, con la muerte, que extingue la relación jurídica penal). Como sea que también hay hechos que modifican la relación jurídica, podemos distinguir entre: *hechos jurídicos constitutivos, hechos jurídicos extintivos y hechos jurídicos modificativos*”¹
- b) Fase Intermedia se sitúa en la jurisdicción notarial, aquí la voluntad, la buena fe, el consentimiento y la licitud de los solicitantes es primordial para activar el pronunciamiento notarial sobre actos, hechos y contratos.
- c) Fase Declarativa, el notario **declara** derechos o deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.
- d) Fase Constitutiva, el notario **constituye** derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.
- e) Fase Modificativa, el notario **modifica** derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.
- f) Fase Extintiva, el notario **extingue** derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.

La eficacia y validez de los pronunciamientos notariales va a depender de la capacidad notarial,² de la capacidad de las partes³, de una verdadera aplicación e interpretación de la norma jurídica, sin olvidar otras fuentes como el uso, la doctrina⁴, la jurisprudencia administrativa, judicial e internacional, los congresos notariales⁵, la fuente negocial,⁶ la buena fe, su legalidad, el registro y su publicación.

¹ Reale Miguel (1984) *Introducción al Derecho*. 6ta Ed. Madrid. Ed. Pirámide

² Sino se encuentra inhabilitado o suspendido en sus funciones. O si tiene competencia para ver esa materia.

³ Legitimidad, interés para obrar y voluntad de la ley.

⁴ Miguel Reale declara que la doctrina no es propiamente una fuente del derecho.

⁵ I Congreso Internacional del Notariado Latino, día 2 de Octubre de 1948, en Buenos Aires - Argentina, II

Ahora bien, la operatividad y funcionalidad notarial varía de acuerdo al lugar, tiempo, ordenamiento jurídico vigente, hechos presentados y precedentes registrales de observancia obligatoria.

Las Funciones Notariales

La función notarial es variada, adecuada e imparcial. Si bien el notario es un profesional del derecho que :

- a) Autoriza actos y contratos,
- b) Comprueba hechos
- c) Tramita asuntos no contenciosos
- d) Configura y autentica documentos

Éste tiene una responsabilidad social de equidad, justicia y honestidad con quienes buscan seguridad jurídica en la constitución, inscripción y registro de empresas, patrimonio familiar, sucesión intestada; en la declaración o reconocimiento de un derecho, deber u obligación, en la autorización para el matrimonio o viaje de menores, para la rectificación de partidas, el inventario de bienes, etc. Su función es personal, autónoma, exclusiva, imparcial, inmediata, interpretativa y cognoscitiva de causa. Cabe señalar, que los pronunciamientos notariales son vinculantes y solidarios frente a los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de su función.⁷

Los Deberes Notariales

Entre los principales deberes notariales tenemos :

- 1) Formales .- El notario deberá incorporarse al Colegio de Notarios dentro de los treinta días de expedido el Título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva.⁸ En este apartado encontramos los conceptos de juramento y promesa de honor, los cuales difieren de género (juramento) a especie (promesa). La promesa es "el modo fundamental de asumir empeños y obligaciones respecto a una o más personas que son conscientes de ellos (Kramer); mientras el juramento⁹ es la "invocación del nombre divino como testigo de la verdad."¹⁰

El notario registrará en el Colegio de Notarios su firma, rúbrica, signo, sellos y equipos de impresión que utilizará en el ejercicio de la función. La firma, para ser registrada, deberá ofrecer un cierto grado de dificultad.¹¹ Conceptualizaremos, los siguientes conceptos :

Congreso Internacional del Notariado Latino 1950, en Madrid - España, III Congreso Internacional del Notariado Latino 1954, Lima – Perú, Congreso Internacional del Notariado Latino IV, Brasil etc.

⁶ La fuente negocial moderna o atípica que no corresponden a los tipos normativos elaborados por el legislador. Ej. Contrato de Sponsoriación o llamado contrato publicitario

⁷ Título IV De la Vigilancia del Notariado, Capítulo 1 De la Responsabilidad en el ejercicio de la función, Art. 145 .- El notario es responsable, civil y penalmente, de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de la función.

⁸ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 13

⁹ El Nuevo Código de Derecho Canónico regula la juramentación promisoria. CIC 1983 lo regula en sus cánones 1199, 1200 – 1204.

¹⁰ Cód. De la Iglesia Católica can. 1.199, § 1

¹¹ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 14

- a) Firma .- La "firma" viene del adjetivo en Latín firmus que significa fuerte, poderoso, duradero. Firma “ El nombre de la persona representada gráficamente de su puño y letra.”¹²
- b) Rubrica .- Rasgos o conjuntos de rasgos de forma determinada que cada uno pone en su firma, después del nombre.¹³
- c) Signo .- Es la combinación de dos elementos : significado y significante. Si bien nosotros creemos que debió regularse la marca en vez del signo. Nuestra Ley de Propiedad Industrial (Decreto Legislativo 823) no define lo que es signo si lo hace con la marca¹⁴.
- d) Sello .- No tiene un concepto en la Ley del Notariado. Pero podemos definirla como todo elemento cuya finalidad es estampar, imprimir o dejar señal en algún otro espacio tangible o intangible y darle un carácter determinado con sus respectivos alcances de interpretación.

Cumplir con las comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y el Colegio de Notarios le asigne conforme a Ley, estatuto o convenio.¹⁵

- 2) De Actividad .- Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido **localizado** y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes.¹⁶ La localización, apunta a la ubicuidad de la notaria. Mientras la competencia notarial, apunta hacia el dinamismo, movilidad o tránsito del notario dentro de los límites territoriales que la ley le confiere.
- 3) De Asesoramiento .- Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en el Código de Ética del Notariado Peruano.¹⁷
- 4) De Guardar el secreto profesional.¹⁸ Este concepto es relativo, ya que los instrumentos son públicos, el secreto profesional “incide de las circunstancias que rodean al instrumento.”¹⁹

Las Prohibiciones Notariales

Las prohibiciones notariales, establecidas en el DECRETO LEY N° 26002, buscan limitar el ejercicio abusivo y arbitrario de la profesión.

- a) En beneficio propio.
- b) En beneficio a terceros de mala fe.
- c) En perjuicio a terceros de buena fe.
- d) En perjuicio del orden público y las buenas costumbres.

¹² Ramírez Gronda, Juan (1979) *Diccionario Jurídico. 7ma. Ed. Buenos Aires, Ed. Claridad pp.155*

¹³ Diccionario Océano Uno (1990) Lima, Grupo Ed. Océano

¹⁴ Decreto Legislativo 823 - Artículo 128.- Se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica (...)

¹⁵ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 16 inc. f

¹⁶ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 16 inc. a

¹⁷ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 16 inc. c

¹⁸ CAPITULO III DE LOS DEBERES DEL NOTARIO, Art. 16 inc.e

¹⁹ Concepto doctrinario de la Notaria y Catedrática de la USMP – DERECHO Dra. Alessandra Ramos Rivas

- e) En perjuicio de los límites legales y congresos notariales, sea por tener más de una notaria, ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado entre otros que señala la Ley del Notariado (Decreto Ley 26002).

Las Incompatibilidades Notariales

Las incompatibilidades están vinculadas a :

- a) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho público o en las que el Estado, Gobiernos Locales o Regionales tengan participación.²⁰
- b) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los Poderes Públicos y del Gobierno Central, Regional o Local; con **excepción** de aquellos para los cuales han sido elegidos mediante consulta popular; Ministros y Viceministros de Estado, la docencia y los nombrados en su condición de notario.²¹

La ley no aclara ni distingue si el labor o cargo se presta de manera gratuita, onerosa o bajo contrato (sea de trabajo, locación de servicio, servicios no personales etc)

- c) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en²²

Esta prohibición es relativa, ya que se es necesario ser abogado para ocupar el cargo notarial, en todo caso tal como lo expresa la Notaria Alessandra Ramos Rivas, tendría que modificarse el término al de patrocinio legal.

Los Derechos del Notario

Los Derechos Notariales han evolucionado desde la Edad Antigua en las novelas de Justiniano, Las Siete Partidas de Alfonso X "El Sabio", en la enseñanzas pública del arte de la Notaria en la Universidad de Bolonia, en obras como las de Irmedio Ramieri Di Perugia "Summa ars Notarial" o las de Rolandino Pasaggieri "Flos testamentarum" "Tractatus Notulamm" etc., en el estatuto promulgado por Maximiliano de Austria, emperador del Sacro Imperio Romano-Germano conocido como "Constitución Imperial sobre notariado (1512)²³, leyes peruanas 1510, 22634, 26002, 26662, 26741.

Entre los derechos que regula nuestra ley del Notariado tenemos :

²⁰ CAPITULO III DE LAS PROHIBICIONES AL NOTARIO Art. 17 inc. c

²¹ CAPITULO III DE LAS PROHIBICIONES AL NOTARIO Art. 17 inc. d

²² CAPITULO III DE LAS PROHIBICIONES AL NOTARIO Art. 17 inc. e

²³ Investigación histórica realizada por Nancy Godoy López en su trabajo monográfico publicado en <http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml#NOTLATINO> fecha de consulta 29/04/05 "Historia del Derecho Notarial"

- a) Gozar de vacaciones, licencias por enfermedad, asistencia a certámenes nacionales o internacionales y razones debidamente justificadas.
- b) En caso de vacaciones o licencia, el Colegio de Notarios, a solicitud del interesado, designará otro notario para que se encargue del oficio del titular.
- c) La inamovilidad en el ejercicio de su función. Este derecho le procura al notario una estabilidad laboral, no pudiendo ser removido ni revocado mediante consulta popular o criterios políticos.
- d) El negarse a autorizar instrumentos públicos contrarios a la ley (deber), a la moral o a las buenas costumbres (...) ²⁴ estos últimos van de acuerdo al criterio notarial.

La Vigilancia de la Función Notarial

La vigilancia notarial valga la redundancia **vigila** el buen proceder de ejercicio notarial en aras del bien común. La ejercen los Colegios de Notarios, la Junta de Decanos del Colegio de Notarios del Perú y el Consejo del Notariado.

Existen dos tipos de vigilancia :

La vigilancia directa : Vigila la conducta notarial en relación a sus obligaciones notariales y al cumplimiento de leyes, reglamentos y estatutos de su orden.

La vigilancia indirecta : Vigila el cumplimiento de los fines institucionales, de organización y actividad.

Las causas de Cesación en el cargo de Notario

Las causas las hemos clasificado en naturales (muerte), causas voluntarias positivas (existe un pronunciamiento conforme a ley) y negativas (existe un pronunciamiento contrario al derecho y la ley); causas involuntarias positivas (es ajeno a la voluntad del notario pero que de una u otra manera **no afecta** el desenvolvimiento notarial) causas involuntarias negativas (es ajeno a la voluntad del notario pero que de una u otra manera **afecta** el desenvolvimiento notarial)

La clasificación es la siguiente :

- a) Causas Naturales .- Muerte
- b) Causas Voluntarias Positivas .- Renuncia, desde que es aceptada;
- c) Causas Voluntarias Negativas .- Destitución impuesta por la Asamblea General del Colegio de Notarios adoptada con la concurrencia no menor de tres quintos de sus miembros hábiles. Se le puede sancionar por a embriaguez habitual, uso habitual e injustificado de sustancias alucinógenas, conducta no acorde con la dignidad y decoro del cargo, continuo incumplimiento de sus obligaciones civiles y comerciales, el ofrecer dádivas para captar clientela, el aceptar o solicitar honorarios extras u otros beneficios, para la realización de actuaciones irregulares, el uso de publicidad que no se limite el anuncio de su nombre y dirección, el incumplimiento de los deberes del notario establecidos en esta ley etc.
Haber sido condenado por delito doloso, aunque existiendo una reserva del fallo condenatorio no se estaría dentro de esta causal.
Perder alguna de las calidades señaladas en el Artículo 10²⁵, declarada por la Asamblea General del Colegio de Notarios dentro de los 30 (treinta) días siguientes de

²⁴ CAPITULO V DE LOS DERECHOS DEL NOTARIO Artículo 19 inc. A y C

²⁵ Decreto Ley 26002 "Artículo 10.- Para postular al cargo de notario se requiere:

- a) Ser peruano de nacimiento;

conocida la causal. Ej. Cuando el Colegio de Abogados inhabilita por no cumplir con pagar su aporte social.

- d) Causas Involuntarias Positivas .- Enfermedad irreversible. No se encuentra regulado de manera clara. Se presenta en los casos donde un notario de manera involuntaria contrae una enfermedad irreversible teniendo que presentar su renuncia sea personal o mediante representante, al no encontrarse físicamente apto para el cargo.
- e) Causas Involuntarias Negativas .- Abandono del cargo, por no haber iniciado sus funciones dentro del plazo a que se refiere el Artículo 15; Abandono del cargo, en caso de ser notario en ejercicio, por un plazo de 30 (treinta) días de inasistencia injustificada al oficio notarial; Inhabilitación para el ejercicio de la función pública impuesta por el Congreso de la República de conformidad con los Artículos 99 y 100 de la Constitución Política.

Señalar que la teoría del ejercicio operacional del Notario tiene vinculación directa con la capacidad de las partes, las prohibiciones, los alcances interpretativos, el control de sus actos finales y su responsabilidad frente a estos, la percepción y conocimiento de lo que da fe y sus consecuencias sobre el orden público, los medios (directos/percepción- indirectos/documentos) que utiliza para conocer, contrastar y verificar la verosimilitud de los hechos, actos y contratos para así legitimarlos o autenticarlos, también se rige por los principios, reglas y costumbres que rigen su conducta.

Para finalizar, en la práctica, el notario se dinamizará mientras existan hechos de relevancia jurídica o bien denominados hechos jurídicos, ya los explicaba el Maestro José León Barandiaran en su Obra "Manual del Acto Jurídico" "Por su generalidad conceptual se incurre en definir el hecho jurídico en una tautología : hecho jurídico es el capaz de generar una consecuencia en el mundo del derecho."

Autor : Benito Villanueva Haro

Presidente de la Institución Cultural Ratio Iure

Delegado del Instituto de Investigaciones del Menor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres

Investigador en temas Empresariales en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres

Director de la Revista "Fluxus"

He colaborado con diversas revistas jurídicas, económicas y culturales como la Revista "La Gaceta", Astrolabio, Ilustrados, Libreexpresión, IPEC, Juridice, TecnoIuris, Agroterra, Sappiens,

Weblog, LibreDebate, Derecho y Cambio Social, Portal Juridico USMP, Centro de Medios

Independientes, Derecho de Internte, Portico Legal, Jus Navigandi, La Gacetilla, Monografías entre

otros. Actualmente, Presidente de la Institución Juridico - Cultural Ratio Iure, he participado en la

Movilización Social en el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil IPEC de

la OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO)y ahora realizo trabajos último realizo

investigaciones sobre el Análisis Económico del Derecho

-
- b) Ser abogado;
 - c) Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles;
 - d) Tener conducta moral intachable;
 - e) Estar físicamente apto para el cargo; y,
 - f) No haber sido condenado por delito doloso."

Tuno de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres