



ES

CRI

VA

Revista del Colegio de Notarios del Estado de México
Invierno de 2013

ES CRI VA

ÍNDICE

CARTA DEL EDITOR

Fernando Trueba Buenfil [10]

DOXA

El notariado latino en el mundo

Francisco Xavier Arredondo Galván [18]

LEX

**Deontología y reglas de organización
del notariado**

Unión Internacional del Notariado (UINL) [54]

**La capacidad jurídica y el caso de
las personas mayores.**

¿Qué podemos hacer?

Marcela Viviana Spina [94]

ÍNDICE

La hipoteca inversa

Fernando Trueba Buenfil

Jorge Claudio Ibarrola Muro [134]

Seguridad del mercado inmobiliario

Wolfgang Ott [162]

**Seguridad jurídica del mercado
inmobiliario: la necesidad de
instrumentos de regulación**

Matthieu Devynck [206]

CRÉDITOS [248]

CAR

TA

Carta del editor

Fernando Trueba Buenfil

EL SIGLO PASADO, CIRO ALEGRÍA, UNO DE LOS GRANDES NOVELISTAS peruanos, publicó una obra con un título que bien vale la pena traer a cuenta: *El mundo es ancho y ajeno*. Estas seis palabras nos colocan ante una disyuntiva que no podemos pasar por alto. Hoy, el notariado ya no puede mirarse como una ínsula, como un territorio ajeno a lo que sucede en el planeta entero. El mundo, sin duda, ya no puede sernos ajeno. Para demostrar este hecho sólo habría que pensar en dos fenómenos torales, ineludibles: la globalización que a cada instante reduce la anchura del planeta, y el peso y la presencia que el notariado latino tiene en la Tierra: hoy, en lugares tan “apartados” como el lejano Oriente o el África, los que nos acompañan en nuestro milenario quehacer siguen la ruta marcada por la tradición latina.

Joachin Lege señala que debemos considerar al derecho como valioso bien del que tenemos una gran necesidad, pues el valor del derecho consiste en abrir espacios para lograr la protección de los grupos sociales débiles y propiciar el desarrollo económico y la armonía social; por esta causa no podemos

aislamos de los temas jurídicos que se abordan en otros países, incluso en culturas y sistemas jurídicos diferentes, estamos obligados a conocerlos y estudiarlos, justo como lo ha venido haciendo la UINL, ya que, en sus reuniones, alienta la difusión, la reflexión, el debate y las propuestas de temas fundamentales para el derecho.

Así pues, transitar en el acontecer universal nos permite, por ejemplo, tomar en cuenta en nuestro orden jurídico la presencia de nuevas instituciones, como la hipoteca inversa, y también nos permite reflexionar en temas de gran calado para el patrimonio de las personas, los países y el desarrollo económico gracias a la seguridad jurídica que contribuye a la construcción de un *corpus juris* moderno y con un alto sentido social en nuestro país.

En el mundo breve y compartido, el notario —además de mantener una comunión en la tradición latina— se une gracias a una preocupación central: la deontología que, en esta entrega de *Escriva* juega un papel definitivo, pues una buena parte de sus textos están unidos por la conjunción entre ética y quehacer y, además, se agrega lo que pretende ser una “ley modelo” para los países integrantes del notariado latino.

Asimismo, es de destacarse que este volumen de nuestra revista está marcado por un clarísimo internacionalismo que permite el encuentro de autores mexicanos, argentinos, alemanes y franceses.

Los asistentes a esta comunidad de las ideas están listos para comenzar sus discusiones; ahora, querido lector, sólo hace falta que des el primer paso y te adentres en un mundo que dejó de ser ancho y ajeno, para convertirse en una Tierra breve y compartida.

DO

XA

El notariado latino en el mundo

Francisco Xavier Arredondo Galván

FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN, miembro del Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado (UINL) y notario del Distrito Federal.

Los cuatro tipos de países con notariado en la actualidad

Podemos distinguir, en materia de fe pública, cuatro tipos de notariado en el mundo:

1. Los que desconocen por completo el sistema notarial. Como es el caso de la mayoría de los países de Asia y Oriente y algunos países europeos escandinavos o bálticos.

2. Con notariado de tipo religioso. Como es el caso de la mayoría de los países donde la religión islámica es dominante, donde se reserva la materia sucesoria y familiar al sistema de fe pública religiosa a cargo de clérigos o imanes, y se deja la materia inmobiliaria y de negocios comerciales a los abogados independientes, o en ocasiones, a los abogados-notarios que llaman “modernos”, generalmente de origen y perfil francés, como ocurre en Marruecos o Chad, países que tienen —por una parte— un notariado “civil” para los inmuebles y los negocios y —por otra parte— un notariado “religioso” inspirado en el Corán para la materia de familia

y sucesiones. En México, se evitó este fenómeno de fusionar Iglesia y Estado, gracias a la política liberal dominante en el siglo XIX.

3. Con notariado anglosajón. Es el caso de Inglaterra, Estados Unidos de América y de los países colonizados o influenciados por ellos, donde al desconocer el requisito de la formalidad obligatoria en algunos actos jurídicos, ha surgido una abogacía de alto costo y buena calidad y un tipo de notariado precario sin calidad jurídica: el *notary public* no es abogado ni le está permitido por las barras asesorar en derecho; no obstante, sucede al traducir el término inglés “*notary public*” como “notario público”, se provoca confusión en la población de origen hispano que, por ignorancia, lo equiparan con el notariado de tipo latino que conocen en sus países. En los 50 estados de la unión americana existen actualmente más de 4,500,000 *notary public*, quienes —además de no ser abogados ni poder asesorar jurídicamente— no pueden redactar documentos con valor jurídico auténtico, pues sus constancias y sellos no hacen prueba plena en la corte ni en las otras instancias jurídicas y administrativas; sus honorarios normalmente no exceden de diez a quince dólares por documento firmado y sellado. Dentro de este tipo de notariado anglosajón, existen diferentes variantes en cada estado o país; por ejemplo, en el Estado de Florida, Estados Unidos, ha surgido una agrupación de *lawyers* norteamericanos que se autodenominan: National Association of Civil Law Notaries (NACLN), los cuales pretenden redactar documentos al estilo de los notarios latinos, los cuales no tienen efectos legales en Estados Unidos, y sólo sirven para su circulación en otros países con sistema jurídico latino. Sin embargo, esta pretensión, resulta ineficaz en México, pues para que un poder otorgado ante este tipo de abogado-*notary* surta sus efectos jurídicos, por ley debe pre-

viamente protocolizarse ante un notario debidamente apostillado y ser traducido al español por un perito autorizado.

4. Con notariado de tipo latino. Estos notariados se han ido conformando bajo la inspiración de los sistemas jurídicos de tipo latino. En el mundo actual no existe una uniformidad en la evolución y normatividad de los llamados notariados de tipo latino: cada nación ha seguido un proceso de integración y desarrollo muy distinto, y la recepción de influencias del extranjero se ha dado en diversas medidas en las diversas naciones. Por ello resulta cuestionable aplicar el término “derecho latino” o “derecho continental europeo” o de tipo “neorrománico” a los notariados que han evolucionado de manera diferente.

No obstante lo anterior, la Unión Internacional del Notariado (UINL) ha intentado definir los postulados característicos de los notariados que siguen la tradición latina. Podemos dividir, para efectos didácticos, dos variantes de los notariados de tipo latino actuales en el mundo. Unos, de añeja y permanente tradición jurídica latina —como son los casos de Francia, España, Italia, parte de Alemania, Bélgica, Holanda, parte de Suiza, Grecia, Portugal y los países colonizados por dichas naciones en América, África, Asia y otros países— que se han integrado al sistema de notariado de tipo latino por recepción voluntaria, como es el caso de Turquía, Japón, China, Corea del Sur, Indonesia y otros que han logrado configurar un notariado tradicional propio enriquecido ahora por la influencia activa de la UINL, como sucede en la mayoría de las naciones surgidas después de la caída de la Unión Soviética en 1989, tal es el caso de Polonia, República Checa, Eslovenia, Eslovaquia, Lituania, Letonia, Estonia, Federación Rusa, Bulgaria, Rumania, Moldavia, Montenegro, etc., y otros, que están en la etapa de integración y consolidación, como Ucrania y Vietnam.

Los diecinueve postulados de los notariados de tipo latino

En Bucarest, Rumania, en mayo de 2004, la UINL propuso con ratificación en el Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en octubre de 2004, los diecinueve postulados o principios de este sistema, los cuales, se dividieron en las siguientes materias:

Materia: del notariado y de la función notarial

1. *Es un oficial público.* El notario, profesional del derecho, es un oficial público nombrado por el Estado, para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como aconsejar y asesorar a los requirentes de los servicios.
2. *Ejerce una función pública.* La función notarial es una función pública, por lo que el notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.
3. *Confiere seguridad jurídica y crea derecho preventivo.* La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y de un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

Materia: de los documentos notariales

4. *En documentos notariales formaliza actos y hechos jurídicos.* Los documentos notariales, que pueden formalizar actos o negocios de todo tipo, son autorizados por el notario.

Su autenticidad, comprende autoría, forma y contenido. Son conservados por el notario y clasificados por orden cronológico.

5. *Interpreta la voluntad y legaliza y legitima.* En la redacción de los documentos notariales, el notario, que debe actuar en todo momento conforme a la ley, interpretando la voluntad de las partes y adecuándola a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo esto se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial.
6. *Creación de un documento y es responsable del mismo.* El notario es el único responsable de la redacción de sus documentos. Es libre de aceptar o rehusar todo proyecto o minuta que le sea presentado, o bien de introducir, con el acuerdo de las partes, las modificaciones que estimen pertinentes.
7. *Los conserva en un protocolo y expide ilimitadamente copias auténticas.* Los otorgantes de un documento notarial, tienen derecho a obtener copiase de su original, que queda en poder del notario. Las copias auténticas, tienen el mismo valor que el original. El notario podrá también expedir copias a favor de personas que, según la legislación nacional, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento.
8. *Hacen prueba plena y son títulos ejecutivos.* Los documentos notariales, gozan de una doble presunción de legalidad y exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por la vía de una sentencia judicial. Dichos documentos están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva.
9. *También reconoce firmas y coteja copias contra originales.* La

actuación notarial se extiende a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados, así como a la expedición de testimonios de conformidad de las copias con sus originales en toda clase de documentos y cualquier clase de actividades previstas por su respectiva legislación nacional.

10. *Los documentos deberán tener reconocimiento internacional.* Los documentos notariales que respondan a los principios aquí enunciados, deberán ser reconocidos en todos los estados y producir los mismos efectos probatorios, ejecutivos y constitutivos de derechos y obligaciones que en su país de origen.

Materia: de la organización notarial

11. *Se rigen por el principio del “numerus clausus” en una demarcación.* La ley determinará el área de competencia de cada notario, así como el número de notarios que ha de ser suficiente para asegurar convenientemente el servicio. La ley determinará también el lugar de instalación de cada estudio notarial, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional.
12. *Están agrupados en un único colegio conformado sólo por notarios.* Los notarios deberán pertenecer a un sólo organismo colegiado a nivel nacional, compuesto exclusivamente por notarios, quien asumirá la representación del notariado de cada país.
13. *Accederán a la función sólo mediante exámenes a licenciados en derecho.* La ley de cada Estado, determinará las condiciones de acceso a la profesión notarial y de ejercicio de la función pública notarial, estableciendo para tal fin las pruebas o exámenes que se estimen oportunos, exigiendo —en todo caso— a los candidatos el título de graduado o licenciado en derecho y una alta calificación jurídica.

Materia: de la conducta notarial

14. *Tendrán control por parte de la autoridad y disciplina del colegio.* La ley determinará el régimen disciplinario de los notarios, que estará bajo el control permanente de la autoridad pública y de los organismos colegiales.
15. *El notario debe actuar siempre con lealtad e integridad.* El notario está obligado a la lealtad y la integridad, frente a quienes solicitan sus servicios, frente al Estado y frente a sus compañeros.
16. *El notario está obligado al secreto profesional.* El notario está obligado a guardar secreto profesional vinculado con el carácter público de su función.
17. *El notario deberá ser siempre imparcial.* El notario está obligado a ser imparcial, si bien la imparcialidad se expresa igualmente mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario a fin de que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.
18. *Las partes tendrán libertad para elegir al notario.* La elección del notario corresponde exclusivamente a las partes.
19. *El notario debe actuar bajo las reglas éticas de la función.* El notario está obligado a respetar las reglas deontológicas de su profesión, tanto a nivel nacional como internacional.

Concepto y origen histórico de la unión internacional del notariado

1. *Concepto.* La Unión Internacional del Notariado, es una organización internacional no gubernamental, constituida por 83 notariados nacionales de cuatro continentes que reúnen las características del notariado latino, con

objeto de promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo entero, asegurando mediante la más estrecha colaboración entre los notarios, su dignidad e independencia a fin de prestar un mejor servicio a las personas y a la sociedad.

2. *Origen histórico.* La fundación de la UINL fue ideada en Buenos Aires, Argentina, en 1948, durante la celebración del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, organizado por iniciativa personal del entusiasta escribano argentino José Adrián Negri. A este primer congreso, asistieron los siguientes 19 notariados de América y Europa: Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Suiza y Uruguay. La delegación mexicana que estuvo presente en el Congreso de 1948, fue presidida por el entonces presidente del Colegio de Notarios del Distrito Federal, el notario Luis Carral de Teresa, acompañado de dos brillantes jóvenes notarios, nuestro estimado Francisco Lozano Noriega y el recordado Cipriano Ruiz, quien después de varios años de magnífico desempeño notarial en la ciudad, renunció a la notaría e hizo los estudios pertinentes y se ordenó de sacerdote católico, habiendo fallecido lamentablemente pocos años después en un accidente automovilístico.

Con el entusiasmo surgido en Buenos Aires durante el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, en el segundo, celebrado en Madrid en 1950, que fue organizado por el insigne notario español Rafael Núñez Lagos, se redactó el *Acta constitutiva* de la UINL, su *Estatuto* y el primer articulado del *Reglamento general*. Es por esto —es un hecho histórico— que el año de la fundación de la Unión fue en 1950 y no en 1948, como algunos colegas piensan; así lo reconoce, el que fuera

por muchos años Consejero Permanente de la UINL, el notario argentino Jorge Bollini en su libro: *Historia del notariado latino*, el cual fue publicado en 1998 en Buenos Aires en ocasión del cincuentenario del primer Congreso celebrado en esa ciudad.

En el Congreso Internacional del Notariado Latino de Múnich-Salzburg de 1967 se designó al notario español Rafael Núñez Lagos como “presidente honorario vitalicio” de la Unión. En ese mismo Congreso asumió como primer presidente mexicano de la UINL el notario mexicano: Francisco Vázquez Pérez, quien desempeñó el cargo con una eficiencia y calidad humana inolvidable. Con arreglo al *Estatuto* de la UINL entonces vigente, no había propiamente elección de presidente, sino que el notariado que organizaba el congreso internacional elegía o designaba entre los suyos a quien sería presidente de la UINL a partir del siguiente congreso.

Como el notariado mexicano organizó en 1965 el congreso (entonces era cada dos años) en el siguiente congreso, el de 1967, el colega mexicano que el notariado nacional había designado, se limitó a asumir este cargo. Así, el siguiente congreso, celebrado en Montevideo, en 1969, asumió el cargo un alemán; en Atenas, en 1971, un uruguayo, y así sucesivamente hasta la reforma estructural de 1989 que llevó a cabo el ahora finado presidente Umberto Caprara.

El primer presidente elegido democráticamente, fue Hugo Pérez Montero. Nuestro segundo presidente mexicano de la UINL, también elegido democráticamente, fue el notario de Veracruz, Francisco Arias González, quien desempeñó brillantemente el cargo en la legislatura 2002-2004.

Las veinticuatro notas características de la UINL

Las principales notas características de la Unión, son las veinticuatro siguientes:

1. *Su denominación.* Su nombre oficial actual es: “Unión Internacional del Notariado”. Desde su fundación formal en Madrid en 1950, la UINL acompañó siempre a su denominación el adjetivo “latino”, para señalar el sistema jurídico a que pertenecían la totalidad de sus miembros; sin embargo, después de la polémica sobre el alcance del término, ante la solicitud expresa de varios notariados de recién ingreso a la UINL, especialmente, de Europa del Este, del Magreb y Asia, la Asamblea de Notariados Miembros celebrada en Roma el 8 de noviembre de 2005, decidió que se suprimiera el adjetivo “latino” en su denominación, a fin de evitar confusiones, dado el significado equívoco del vocablo, que no siempre era bien comprendido en su estricto alcance histórico-jurídico. Esta decisión, fue confirmada en los nuevos *Estatutos* de Madrid de 2007.
2. *Se decidió mantener las siglas:* “UINL”, como una memoria perenne de su denominación original: “Unión Internacional del Notariado Latino” y su permanente exigencia de contar con los principios o características de los notariados de tipo latino.
3. *Su naturaleza jurídica.* Es un organismo gremial internacional de carácter no gubernamental integrado por las diversas organizaciones notariales nacionales que siguen en el mundo, en lo fundamental, los 19 postulados del sistema de notariado tipo latino.
4. *Su marco normativo.* La UINL tiene dos cuerpos normativos:

Los estatutos. Aprobados por la Asamblea de Notariados

Miembros reunida en Madrid, España, el 2 de octubre de 2007. Estos *Estatutos* contienen los principios rectores de la UINL. Los *Estatutos* de origen, fueron aprobados bajo forma de “Carta” en octubre de 1948, y fueron adoptados oficialmente el 21 de octubre de 1950 con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid, y han sido modificados en varias ocasiones.

El reglamento general. Aprobado igualmente en Madrid, el 2 de octubre de 2007 y reformado en Quebec, Canadá, el 8 de noviembre de 2008 y en París el 13 de noviembre de 2009, que contiene la normatividad reglamentaria de los *Estatutos*.

5. *El emblema.* El emblema de la UINL tiene forma oval y contiene: (a) la denominación: “Unión Internacional del Notariado”; (b) el águila latina, el protocolo y la pluma de ganso, símbolos del notariado de tipo latino; El lema en latín: “*lex est quodcumque notamus*”, el cual se traduce al español: “lo que escribimos es la ley”
6. *La sede legal.* La UINL, desde 1948, tiene su sede legal en Buenos Aires, Argentina, bajo el auspicio del Consejo Federal del Notariado Argentino.
7. *Sede administrativa.* La UINL tiene su oficina administrativa en Roma, Italia, bajo el apoyo del notariado italiano. Su directora general, es la doctora Elena Bevilacqua, auxiliada por un equipo de eficientes asistentes y un experto jurídico.
8. *El día mundial del notariado.* El 2 de octubre de cada año, los miembros de la Unión celebran “el día del notariado”, en conmemoración de la fecha de celebración del I Congreso Internacional del Notariado Latino en 1948, en Buenos Aires, Argentina, mediante manifestaciones que destaquen la importancia de la colaboración internacional y contribuyan a la promoción de las instituciones y principios del notariado latino. Según me

recuerda mi amigo expresidente de la UINL, Francisco Arias González, el día Mundial del Notariado existe gracias a la propuesta que hiciera la delegación mexicana al Primer Congreso de Buenos Aires. En las memorias que publicó Jorge Bollini se reseñan puntualmente todos los pormenores de la iniciativa de la delegación mexicana, debida a la genialidad del notario del Distrito Federal Cipriano Ruiz, quien la noche anterior al día de la asamblea de clausura, la pasó en vela redactando esta propuesta, que fue aprobada por unanimidad con una ovación de todos los asistentes puestos de pie.

9. *Los idiomas usuales.* La UINL no tiene idioma oficial. Los idiomas usuales, son en orden alfabético: alemán, español, francés, inglés e italiano. El uso de los diversos idiomas en los eventos internacionales, los decidirá en cada caso, el Consejo de Dirección.
10. *Los notariados miembros.* Son miembros de la UINL, los notariados nacionales aceptados por la Asamblea, los cuales estarán representados por el dirigente del organismo notarial nacional correspondiente.
11. *Relaciones privilegiadas.* La UINL establece relaciones privilegiadas con los juristas profesionales que ejercen funciones “notariales” en distintos países o Estados federados, o incluso con el organismo que los representa, de éstos, algunos han solicitado ya su adhesión a la Unión: The Notaries Society of England and Wales, The Law Society of Scotland, The Law Society of Ireland, The Faculty of Notaries Public in Ireland, y las organizaciones nacionales de Australia, Kazajstán, Ucrania, Alabama, Bielorrusia, Camboya, Columbia Británica, Florida, Illinois, Indiana, Irán, Kirguizistán, Laos, Madagascar, Nueva Zelanda, Filipinas, Serbia, Seychelles, Texas, Tailandia y Vietnam. Igualmente, la UINL tiene relaciones privilegiadas con organizaciones internacionales de diferentes

juristas, tales como: la Unión Internacional de Magistrados, la Unión Internacional de Abogados, etc.

12. *Los observadores ante la UINL.* Esta calidad, la tienen —por decisión del Consejo de Dirección— las organizaciones notariales o similares, que sin tener aún una estructura notarial, desean acercarse a los principales eventos de la UINL para observar. Un caso de observador ante autorizado por el Consejo de Dirección ante la Comisión de Asuntos Americanos, es la National Association of Civil Notaries (NACLN), con sede en Florida, Estados Unidos, que agrupa a abogados estadounidenses interesados en conocer las actividades y naturaleza de la UINL.
13. *Los adherentes individuales.* Son los notarios individuales o los cuerpos notariales o profesionales afines a la UINL, que desean recibir la información institucional del organismo y asistir a los principales eventos académicos del Notariado Latino, que realiza la UINL en todo el mundo durante cada año.
14. *Los órganos.* Según sus *Estatutos generales*, la UINL tiene los siguientes cinco órganos; es decir, las partes fundamentales del organismo con una función propia: (1) la Asamblea de Notariados Miembros; (2) el Presidente de la Unión; (3) el Consejo de Dirección; (4) el Consejo General y (5) el Consejo de Vigilancia Financiera.
15. *Los organismos asociados.* Son las fundaciones o asociaciones de carácter científico al servicio del notariado, a quienes el Consejo de Dirección concede esa calidad por sus merecimientos.
16. *Los directivos.* Son los principales ocho dirigentes de la UINL, es decir, el presidente, los cinco vicepresidentes, uno por cada área geográfica: América del Norte, Centroamérica y el Caribe, América del Sur, Europa, África y Asia; el Tesorero y el Secretario.

17. *Las comisiones continentales.* Son los cuatro equipos de notarios de un continente, que atienden el correcto desarrollo de los notariados de ese continente, es decir: la Comisión de Asuntos Americanos (CAA); la Comisión de Asuntos Europeos (CAE); la Comisión de Asuntos Africanos (CAAF); y la Comisión de Asuntos Asiáticos (CAAS).
18. *Comisiones intercontinentales.* Son los seis equipos de notarios de todo el mundo que atienden el logro de un cometido y materia específica. De ellos, son tres institucionales: la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI), la Comisión Consultiva (CC) y, la Comisión de Seguridad Social Notarial (CSSN); y, tres, son facultativos: la Comisión de Temas y Congresos (CTC), la Comisión de Derechos Humanos (CDH) y la Comisión de Deontología Notarial (CDN).
19. *Los grupos de trabajo.* Son los tres equipos de notarios, a quienes el Consejo de Dirección o la Asamblea de Notariados Miembros les encomiendan una tarea específica de carácter transitorio. Los grupos de trabajo en esta legislatura son los tres siguientes: el Grupo de Trabajo de Titulación; el Grupo de Trabajo “Participación con los organismos internacionales, y el Grupo de Trabajo “Red notarial y escrituras notariales”.
20. *Un comité sui generis para la reflexión estratégica.* Este comité, es de naturaleza *sui generis*, porque ni es una comisión ni es un grupo de trabajo y está integrado por notarios dirigentes con amplia experiencia. Este comité tiene la función de dar orientación y proponer logística general a la UINL.
21. *El Consejo de la Orden del Mérito.* Este Consejo, fue creado por el entonces Consejo Permanente de la UINL, en Estrasburgo, Francia, el 24 de noviembre de 1992, y está integrado por un grupo de notarios de probada y experimentada vida internacional, para reconocer y recompen-

sar el mérito profesional de los notarios distinguidos por su entrega y dedicación a las causas del notariado internacional en la UINL.

22. *Las instancias administrativas.* Son las siguientes tres oficinas que llevan la administración y apoyo logístico y de comunicación de la Unión: la Secretaría Administrativa de Roma (SA), que lleva toda la administración general de la Unión, en particular, las convocatorias, desarrollo y archivo de los eventos celebrados durante el año, la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional de Buenos Aires (ONPI), que es la oficina de difusión de la UINL, recopila, analiza, elabora, edita e informa temas de interés internacional; y, la Tesorería, que es la oficina encargada de administrar los ingresos y egresos de la UINL, llevar la contabilidad y formular los presupuestos anuales para cada uno de los eventos celebrados por la UINL.
23. *Los representantes de la UINL ante las organizaciones internacionales.* El presidente de la UINL acreditará representantes de la UINL para participar en las reuniones y actividades de las organizaciones internacionales que decida. Habrá un comité de coordinación de representantes, que controlará sus actividades y fijará las líneas de conducta.
24. *La red mundial del notariado.* La UINL cuenta con un circuito mundial que conecta vía informática en tiempo real, a los 83 notariados miembros. Se trata de una red permanente notarial que actúa con el apoyo del presidente y la Secretaría Administrativa de Roma.

Los 83 notariados miembros de la UINL

Los notariados miembros, estarán representados por sus respectivos Consejos Directivos a nivel nacional o, en su defecto, por los organismos análogos de carácter nacional. Cuando

se trata de un Estado federal, además del Consejo Directivo Federal, cada provincia del país, tiene su propio colegio o agrupación notarial de carácter provincial. En la UINL, cada Notariado por país, tiene una sola voz.

El criterio que se utiliza en la UINL para clasificar a los 83 notariados miembros, está en función de su ubicación geográfica. Así, se acostumbra distinguir a los notariados miembros de la UINL por el continente en que se ubican. A continuación, presentaré un listado de los 83 notariados miembros de la UINL según el continente de su ubicación.

22 notariados en América. Argentina, Bolivia, Brasil, Quebec, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

37 notariados en Europa. Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Macedonia, República de San Marino, Rumania, Rusia, Suiza, Turquía y El Vaticano.

19 notariados en África. Argelia, Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Mali, Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Níger, Senegal, Togo; y Túnez.

5 notariados en Asia. China, Indonesia, Japón, Corea del Sur y Mongolia.

La estructura de la UINL

La UINL tiene la siguiente estructura:

Cinco órganos. La Asamblea de Notariados Miembros; el presidente; el Consejo de Dirección; el Consejo General y el Consejo de Vigilancia Financiera.

Ocho directivos. El presidente; el vicepresidente por América del Norte, Centroamérica y el Caribe; el vicepresidente por América del Sur; el vicepresidente por Europa; el vicepresidente por África; el vicepresidente por Asia; el tesorero y el secretario.

Cuatro comisiones continentales. La Comisión de Asuntos Africanos (CAAF), la Comisión de Asuntos Americanos (CAA), la Comisión de Asuntos Europeos (CAE); y la Comisión de Asuntos Asiáticos (CAAS).

Seis comisiones intercontinentales. La Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI), la Comisión Consultiva (CC), la Comisión de Seguridad Social Notarial (CSSN), la Comisión de Temas y Congresos (CTC), la Comisión de Derechos Humanos (CDH) y la Comisión de Deontología Notarial (CDN).

Tres grupos de trabajo. Grupo de trabajo de titulación, Grupo de trabajo red notarial y escrituras notariales y Grupo de trabajo participación con los organismos internacionales.

Un Comité para la reflexión estratégica.

Un Consejo de la Orden del Mérito de la UINL.

Un Congreso Internacional del notariado trianual.

El órgano supremo:

la Asamblea de los 83 notariados miembros

Integración. La Asamblea está constituida por todos sus notaria-

dos miembros, representados por el presidente o por el delegado debidamente acreditado según las disposiciones internas nacionales del notariado miembro.

Una Sesión Anual Conjunta. La Asamblea se reunirá en sesión ordinaria una vez al año en el transcurso del segundo semestre de cada año de manera conjunta con la segunda reunión del Consejo General.

Quórum. Para quedar válidamente constituida una Asamblea, se requiere un quórum de presencia de, al menos, una tercera parte del número de notariados miembros con derecho a voto. El *quórum* de presencia, una vez constatado, valdrá para todos los efectos, mientras dure la asamblea. Las decisiones se tomarán por mayoría de votos. Los casos de aprobación y modificación de estatutos, admisión y exclusión de miembros y la elección de presidente, de vicepresidentes, de secretario, y, de tesorero, requieren la presencia y el voto de la mayoría de los miembros de la UINL con derecho a voto. Para el cálculo de la mayoría requerida, únicamente se computarán los votos a favor o en contra, con exclusión de las abstenciones y votos nulos. El Notariado que no esté al corriente en el pago de sus cuotas, no podrá votar en una asamblea.

Competencia. Los principales asuntos competencia de una Asamblea son: fijar las orientaciones y aprobar el programa general de actividades de la UINL; aprobar las modificaciones de los *Estatutos* o del *Reglamento General de la UINL*; admitir o excluir miembros; instituir las comisiones e impartir instrucciones para crear grupos de trabajo; elegir al presidente, los cinco vicepresidentes, el secretario y el tesorero de la UINL y los miembros suplementarios del Consejo de Dirección y los presidentes de comisiones; designar a los miembros del Consejo de Vigilancia Financiera; elegir a los miembros del Consejo General; aprobar el presupuesto anual, las cuentas y fijar las cuotas anuales para los miembros.

El órgano representante y ejecutivo: el presidente

¿Quién es? Actualmente es presidente de la UINL por la legislatura 2011-2013, el notario de Marsella, Francia, JEAN-PAUL DECORPS, que fue elegido por la Asamblea de Notariados Miembros de Marrakech el día dos de octubre del año 2010.

Funciones y competencias. Las principales funciones y competencias del presidente son: ser representante oficial de la UINL, ser garante de la unidad de los notariados miembros, aplicar la política de la UINL con la colaboración del Consejo de Dirección de acuerdo con el programa de actividades adoptado por la Asamblea de los Notariados Miembros, convocar y presidir siempre la Asamblea, así como el Consejo de Dirección y el Consejo General y ejercer todas las demás funciones y asumir todas las tareas que le son conferidas por los *Estatutos*.

El órgano ejecutivo: el Consejo de Dirección con 26 miembros

Concepto. El Consejo de Dirección de la Unión es el órgano máximo de gobierno de la UINL.

Funciones y competencias. Sus principales funciones y competencias son: dirigir las actividades de la UINL en el marco del programa aprobado por la Asamblea y se asegura de su ejecución, asumir la gestión de los asuntos ordinarios de la UINL, supervisar las tareas de la Secretaría Administrativa de Roma, designar a los representantes de la UINL ante las organizaciones internacionales, designar a los miembros y las juntas directivas de las comisiones (salvo a sus presidentes) así como ratificar a los miembros de los gru-

pos de trabajo seleccionados, en caso de urgencia, puede instituir de su propia iniciativa grupos de trabajo *ad hoc*, supervisar la evolución de las finanzas y si fuere necesario, los financiamientos que requieran una decisión rápida y elaborar las cuentas anuales y el presupuesto que haya de someterse a la aprobación de la Asamblea, aprobar y modificar los demás reglamentos diferentes al *Reglamento General de la UINL* y ejercer todas las funciones y misiones que la Asamblea le hubiera delegado.

Composición. El Consejo de Dirección se compondrá de tal manera que se garantice una distribución equitativa entre todos los continentes, y dentro de cada uno, entre sus zonas geográficas. El número total de miembros de este Consejo, con o sin derecho a voto, no podrá exceder de una tercera parte de los miembros de la UINL, o sea, si son 83 los notariados miembros, la tercera parte son 27, que será el número máximo de consejeros.

Número de reuniones. El Consejo de Dirección se reunirá al menos tres veces al año. También podrá reunirse el Consejo de Dirección en sesión extraordinaria y sin limitación alguna, por iniciativa del presidente o a petición de al menos cinco miembros con derecho de voto.

5. **Quorums.** El *quórum* de presencia requerido para la instalación del Consejo de Dirección es el de la mayoría de miembros con derecho de voto y las decisiones deberán adoptarse con el voto favorable de la mayoría de los votos emitidos, salvo para los asuntos de carácter financiero, para los cuáles se requerirá una mayoría de dos tercios. En caso de empate, será dirimente el voto del presidente.

El órgano consultivo: el Consejo General integrado con 153 consejeros

Concepto. Es el órgano consultivo de la UINL para la reflexión política y científica.

Funciones y competencias. Sus principales funciones y competencias son: emitir dictámenes y recomendaciones tanto por iniciativa propia como a petición del presidente o del Consejo de Dirección o de la Asamblea sobre cualquier materia que afecte a los intereses de la UINL y, en particular, sobre aquellas que guarden relación con el programa de actividades y las líneas directivas definidas por la Asamblea; estudiar —tanto por su propia iniciativa, como a petición del presidente del Consejo de Dirección o de la Asamblea— todos los asuntos de interés para el mantenimiento, fortalecimiento, expansión y divulgación del notariado de tipo latino; proponer al Consejo de Dirección temas a tratar por él o que deban ser incluidos en el orden del día de la Asamblea; ser consultado obligatoriamente en relación con la admisión de nuevos miembros; emitir obligatoriamente recomendaciones de reformas a los *Estatutos* o al *Reglamento*; preparar la selección de candidatos a los puestos de presidente, vicepresidentes y tesorero, así como de los demás miembros con derecho a voto en el Consejo de Dirección; preparar la selección de los miembros de las comisiones continentales e intercontinentales así como de sus respectivas juntas directivas; crear grupos de trabajo, tanto por su propia iniciativa, como a petición del Presidente, del Consejo de Dirección o de la Asamblea; supervisar y coordinar las actividades de las comisiones y de los grupos de trabajo; y velar por la elección de temas de los congresos internacionales del notariado, así como por la organización y buen desarrollo

de los trabajos científicos de estos congresos, al igual que por la publicación de sus resultados.

Composición. El Consejo General se compondrá hasta de un número que no supere el doble de los miembros de la UINL, si son actualmente 83 miembros, podrá haber hasta 166 consejeros generales.

El órgano de vigilancia: el Consejo de Vigilancia Financiera

Función. La misión principal de este consejo, es verificar los estados financieros de la UINL y expresar su opinión.

Integración. Se compone por tres miembros que no pertenezcan ni al Consejo de Dirección ni al Consejo General. Durarán en el cargo por una legislatura (tres años) y pueden ser reelegidos. La composición de dicho Consejo es la siguiente: presidente: Pablo Adolfo Marino, Argentina; miembro: Carlos Prieto Aceves, México; miembro: Olagnika Salam, Benín.

Los ocho directivos

Son los siguientes ocho notarios funcionarios:

1. El presidente. Como dijimos, el presidente para esta legislatura 2011-2013, es el notario de Marsella, Francia, Jean-Paul Decorps. Este directivo, además de ser un órgano de la UINL, es el principal motor y líder del organismo. El presidente es un director general de la UINL y el animador por excelencia de los notariados miembros en sus acciones.

Caso de fallecimiento del presidente. En caso de fallecimiento

o dimisión del presidente, será sustituido por el vicepresidente de la zona a que pertenece el presidente, que en ese supuesto hubiera sido el recién fallecido notario español de Valencia: Rafael Gómez-Ferrer.

Duración. El presidente sólo durará un periodo de tres años, una legislatura.

2. Los 5 vicepresidentes geográficos. Por América del Norte Centroamérica y el Caribe: el notario de San Juan, Puerto Rico, Dennis D. Martínez Colón; por América del Sur: el notario de Porto Alegre, Brasil, Flavio Bueno Fisher; por Europa: el notario de España, Ernesto Tarragón Albella; por África: el notario de Benín, Ganiou Adechy y por Asia: el notario de Pekín, China, Duan Zhengkun.

Funciones. Los vicepresidentes ejercerán funciones ejecutivas en su zona; apoyarán al presidente en todo y desempeñarán las tareas que el presidente o el Consejo de Dirección les asigne; circularán la información recibida de Roma y de todo el mundo y harán conocer las preocupaciones del presidente y la UINL a los notariados de la zona respectiva.

Actuarán en coordinación con la comisión continental. Los vicepresidentes del sector coordinarán sus acciones estrechamente con los presidentes de las comisiones continentales respectivas, debiendo participar en las reuniones de dichas comisiones.

Duración en el cargo. Los vicepresidentes podrán ser reelegidos por una legislatura.

Fallecimiento. En caso de fallecimiento de algún vicepresidente, el presidente designará su sustituto dentro de los consejeros generales de la zona.

3. El tesorero. El actual tesorero de la UINL es el notario Bernard Burkard (Suiza).

Funciones. El tesorero: es responsable de la gestión de las cuentas, es el encargado de la ejecución de las liqui-

daciones y de la supervisión de los movimientos de fondos; debe presentar antes del 15 de mayo a los miembros del Consejo de Dirección un informe sobre el estado de las finanzas de la Unión y la evolución de las mismas acompañado de las cuentas anuales consolidadas; enviará antes del 30 de septiembre a los miembros del Consejo de Dirección una propuesta de presupuesto consolidado para el siguiente ejercicio, junto con su informe justificativo. Estos mismos documentos serán transmitidos por el tesorero simultáneamente al Consejo de Vigilancia Financiera.

Fallecimiento. En caso de fallecimiento del tesorero, el presidente designará su sustituto dentro de los consejeros generales de la zona.

Duración en el cargo. El tesorero podrá ser reelegido por una legislatura suplementaria.

4. *El secretario.* El actual secretario de la UINL es el notario Pierre Becqué (Francia).

Funciones. Será responsable de la gestión del sector administrativo y tendrá a su cargo el seguimiento de las relaciones exteriores de la UINL.

Duración en el cargo. El tesorero no podrá ser reelegido.

Fallecimiento. En caso de fallecimiento, dimisión o impedimento permanente del secretario, el presidente elegirá un sucesor designado por la asamblea a propuesta del presidente y pertenecerá preferiblemente al mismo notariado de este último o a un notariado de su zona, a reserva de su ratificación por la Asamblea en su sesión más próxima.

Las cuatro comisiones continentales

1. Normas comunes de funcionamiento

Integración. Cada comisión continental o intercontinental comprende un Comité Directivo con tres a máximo siete miembros, compuesto por el presidente, de uno a cuatro vicepresidentes, de un secretario y en su caso, de un tesorero.

Número de reuniones. Siempre que sea posible, dos veces al año.

Juntas del comité directivo. Antes y después de una reunión plenaria.

Envío de convocatoria. Al menos 30 días antes el secretario de cada comisión deberá remitir a sus miembros el orden del día al menos con quince días de antelación a la fecha de celebración.

Informes. Cada comisión deberá remitir un informe a la Secretaría Administrativa de Roma, durante el mes siguiente al de su reunión.

Reglamento propio. Cada comisión puede adoptar un reglamento, el cual, debe someterse a la aprobación del Consejo de Dirección.

2. *Concepto.* Las comisiones continentales, son aquellos equipos de trabajo de notarios de ese continente que, en términos de los *Estatutos* de la UINL y su *Reglamento*, atienden el desarrollo y problemática de los notariados ubicados en un continente determinado. Las comisiones continentales son sólo cuatro: la de Asuntos de Europeos, la de Asuntos Americanos, la de Asuntos Africanos y la de Asuntos Asiáticos. Las comisiones continentales se estructuran de manera diferente cada una, según las necesidades y los notarios que participan en ella y tienen a su vez comisiones específicas, sectores y grupos de trabajo para misiones específicas.

3. *Reuniones plenarias de los presidentes.* En las reuniones ordinarias de las comisiones continentales, en especial, en la Comisión de Asuntos Americanos, se ha venido celebrando con mucho éxito las denominadas “Reuniones plenarias de los presidentes de los notariados del continente”, donde se crea un espacio excepcional para un excelente equipo deliberativo y ejecutivo, que además de tener la debida representación, se trata del conjunto de los líderes notariales mejor informados acerca de la problemática vigente de los notariados del continente y de las alternativas de su solución.
4. *Composición.* La composición de las actuales comisiones continentales, es la siguiente: Comisión de Asuntos Africanos (CAAF): presidente: Régine Doooh Collins (Camerún). La comisión está constituida por los presidentes de los notariados del continente africano y por los consejeros generales de África. La Comisión de Asuntos Americanos (CAA). Presidente: Alfonso Zermeño Infante (México). La comisión está constituida por los presidentes de los notariados del continente americano y por los consejeros generales de América. La Comisión de Asuntos Europeos (CAE): Presidente: Mario Miccoli (Italia) La comisión está constituida por los delegados por cada notariado miembro de la UINL de Europa, quien podrá designar al delegado suplente, que puede participar sin derecho de voto. Esta comisión, tiene la particular misión de cooperar con el Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE); y la Comisión de Asuntos Asiáticos (CAAS). En la Reunión del Consejo de Dirección de Marrakech, provisionalmente, se decidió que la presidiera el presidente de la UINL, Jean-Paul Decorps, pero luego, en la reunión en París, Francia, se decidió que se tuviera una presidencia “a rotación” en la presente legislatura, como fue solicitado por los mismos notariados

asiáticos: presidencia de la CAAS 2011 a cargo de China y el actual presidente es Wang Fujia, presidencia de la CAAS 2012 a cargo de Indonesia (presidente por designar); presidencia de la CAAS 2013 a cargo de Japón (presidente por designar. Esta comisión ya aprobada por la Asamblea de Notariados Miembros en Marrakech se constituye por los delegados de cada notariado miembro de la UINL del continente asiático: Japón, China, Corea del Sur, Indonesia y Mongolia, quienes podrán designar un delegado suplente, que puede participar sin derecho de voto.

Las tres instancias administrativas

Concepto: Las instancias administrativas de la UINL, son los equipos de colaboradores que pueden ser o no notarios, que auxilian al presidente, al Consejo de Dirección y a los demás órganos, comisiones y grupos de trabajo, en la logística general de los eventos, o sea, en la convocatoria, organización y desarrollo adecuado de todas las reuniones y Congresos que se llevan a cabo durante una legislatura y en la adecuada comunicación de la información actualizada a través de la página web de la UINL, de la revista oficial periódica y de la comunicación constante vía correo electrónico con todos los notariados miembro de la UINL. Las tres instancias administrativas son las siguientes:

Secretaría Administrativa de Roma (SA).

Concepto. Es la oficina centro de la administración de la UINL, incluyendo la gestión de los archivos de la misma. La Secretaría Administrativa organiza y supervisa la logística de todos los eventos celebrados durante el año por el presidente y los demás directivos, los consejos,

la asamblea, las comisiones y los grupos de trabajo de la UINL. Asimismo, asesora a todos los consejeros en sus cargos para la correcta aplicación de los *Estatutos* y del *Reglamento*.

Sede. La Secretaría Administrativa está establecida en Roma, Italia. Vía Flaminia 158-A I-00196, Roma, Italia, e-mail: uinl@uinl.org, página web: www.uinl.org.

Sostenimiento. El funcionamiento de la Secretaría de Roma está garantizado conjuntamente mediante una contribución del notariado italiano y por una asignación de la UINL.

Funciones. La Secretaría Administrativa de Roma, tiene las principales siguientes funciones: la preparación y seguimiento de los expedientes de las acciones de la UINL, en coordinación con el presidente, el secretario y los consejeros responsables; la administración ordinaria de los asuntos de la UINL, incluyendo la contabilidad y la gestión de las finanzas; la redacción de las actas de las reuniones celebradas, la gestión de los archivos de la UINL, incluyendo de los antiguos secretariados permanentes; y el envío de las convocatorias e informes oportunos para mantener actualizados a los notariados miembros, a los adherentes individuales, a los observadores y a las distintas comisiones y grupos de trabajo y similares. La realización de cualquier otra tarea requiere la autorización expresa del presidente de la UINL o en su defecto, del consejero responsable.

Responsable. El Consejo de Dirección nombrará a uno de sus consejeros como responsable. En la actualidad, el responsable de la secretaría, es el notario Mario Miccoli (Italia).

Dirección. Habrá un director que coordinará el personal calificado necesario. La directora actual, es la doctora Elena Bevilacqua.

Servicio de información y prensa. Estará incorporado a la Secre-

taría Administrativa, bajo la autoridad directa del presidente de la UINL. Este servicio tiene por objeto reunir y seleccionar todas las informaciones relativas a la actividad notarial y de la UINL que provengan de las instituciones y comisiones. Este servicio lo difundirá por todos los medios, en particular por un boletín.

Reglamento. Si fuere necesario, se elaborará un *Reglamento* bajo la autoridad del Consejo de Dirección.

La Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI)

Concepto. La Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional de Buenos Aires (ONPI), es el centro de difusión de la UINL; recopila, analiza, elabora todo tipo de información notarial, edita la revista oficial de la UINL *Rin* (Revista Internacional del Notariado) y el boletín electrónico de adherentes individuales e informa a los notariados miembros sobre temas de interés internacional y los que le encomienda el Consejo de Dirección.

Integración. Está compuesta por un comité directivo integrado por un presidente, León Hirsch (Argentina); dos vicepresidentes, José Marqueño de Llano (España) y Daniel Sédar Senghor (Senegal), un secretario, Horacio Francisco Ballestrin (Argentina); un tesorero, Martín Giral Font (Argentina) y nueve miembros titulares y cuatro suplentes y cuatro miembros corresponsales para Europa y África, todos nombrados por el consejo de dirección.

Sede y página web. La ONPI tiene sus oficinas en Buenos Aires, Argentina y tiene la siguiente página web: www.onpi.org.ar.

Función. Tiene por misión esencial la información a los notarios, a los notariados y a las personas que trabajan por o con la UINL acerca de la naturaleza de la función notarial de tipo latino y otros aspectos doctrinales, así

como de los diversos eventos que celebra la UINL en el mundo.

Actividad: La actividad de la ONPI se desarrolla bajo la supervisión del Consejo de Dirección.

Reglamento. Puede el Consejo de Dirección sugerir y formular un *Reglamento*.

La Tesorería de la UINL

Concepto. La Tesorería lleva todas las finanzas de la UINL, siempre apoyado por la Secretaría Administrativa de Roma. El tesorero es responsable de la gestión consolidada de las cuentas, de la ejecución de las liquidaciones efectuadas, de la supervisión de los movimientos de fondos y de la presentación de informes periódicos así como de las cuentas y del presupuesto anual a los Consejos de Dirección y Vigilancia Financiera.

Cuentas. Todos los organismos de la UINL que reciben una asignación de la misma, deben preparar y transmitir al tesorero de la UINL, a más tardar al 31 de marzo de cada año, las cuentas anuales del ejercicio pasado, así como, a más tardar el 31 de agosto del mismo año, el presupuesto para el ejercicio siguiente, sobre la base de un esquema uniforme establecido por el tesorero. Estos documentos deben ir acompañados de una memoria explicativa detallada sobre los gastos efectuados así como sobre los eventuales recursos extraordinarios percibidos al margen de la asignación mencionada. La memoria explicativa justificará también las diferencias de cada partida del presupuesto con las cuentas.

Información de finanzas. El tesorero enviará antes del 15 de mayo a los miembros del Consejo de Dirección, su informe sobre el estado de las finanzas de la UINL, acompañado de las cuentas anuales consolidadas.

Presupuesto. El tesorero enviará antes del 30 de septiembre a

los miembros del Consejo de Dirección una propuesta de presupuesto consolidado para el siguiente ejercicio, junto con su informe justificativo.

El congreso internacional del notariado de la UINL cada tres años

Organización. Elegido el notariado organizador, el Consejo de Dirección, recomendará a la asamblea a un miembro de la UINL para que organice el congreso internacional.

Periodicidad. Los congresos se celebran cada tres años en los últimos cuatro meses del año.

Objetivos. Estudiar a un alto nivel científico materias de carácter jurídico que interesen directa o indirectamente al notariado; ofrecer un foro de debate e intercambio de experiencias entre los notariados; dar a conocer a la sociedad la función notarial en el ámbito jurídico político y social.

Concepto del congreso. El notariado organizador debe obtener la conformidad del Consejo de Dirección y del Consejo General acerca del concepto general del congreso.

Comité organizador. Será el responsable del congreso y será designado por el notariado designado

Presidente del comité. Que será también el presidente del Congreso, será designado por el Consejo de Dirección a propuestas del notariado organizador.

Temas científicos. El Consejo General velará por la organización y desarrollo de los trabajos científicos y su publicación. El notariado organizador puede sugerir uno de los temas, los otros los sugiere el Consejo General.

Verificación de poderes. El Consejo de Dirección durante la reunión anterior al Congreso, designará a tres miembros del Consejo General para verificar los poderes y repre-

sentación de los notariados que participen en el Congreso.

Traducción simultánea. El notariado organizador debe disponer tanto para la reunión plenaria como para las reuniones de comisiones, de traducción simultánea a las cinco lenguas usuales.

Gastos. El notariado organizador tomará a su cargo los gastos y publicaciones en las cinco lenguas usuales de la UINL.

Presidencia. El congreso será copresidido por el presidente de la UINL y el Presidente del comité organizador.

Reglamento. Un reglamento particular elaborado por el Consejo General adaptable a cada congreso determinará las estructuras y el desarrollo de los trabajos.

Discursos. El presidente en funciones pronunciará el discurso de apertura del congreso y el presidente recientemente elegido, el de clausura.

Bibliografía y fuentes web

ARES, Paz. *El sistema notarial una aproximación económica*. Madrid, Colegios Notariales de España / Consejo General del Notariado, 1995.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1972.

Estatutos de la Unión Internacional del Notariado. Aprobados por la Asamblea de Notariados miembros en Madrid el 2 de octubre de 2007.

GUGLIETTI, José. “Características y realidades de los notariados americanos”, en: *ONPI Informa*, N° 39, 1991.

“La desregulación y privatización en las economías modernas”, en: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. Madrid, Raycar, 1980.

Reglamento general de la Unión Internacional del Notariado, aprobado por la asamblea de notariados miembros en Madrid el 2 de octubre de 2007 y modificados en Quebec el 8 de noviembre de 2008 y en París el 13 de noviembre de 2009.

www.onpi.org.ar
www.uinl.org

LEX

Deontología y reglas de organización del notariado

Unión Internacional del Notariado (UINL)

Texto aprobado por el Consejo General y la Asamblea de Notariados Miembros de la UINL el 8 de octubre de 2013 en Lima, Perú.

Introducción

El texto que se presenta, contiene un desarrollo y actualización de los “Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino”, aprobados por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL en Roma (Italia), el 8 de noviembre de 2005 y los “Principios de deontología notarial”, aprobados por la Asamblea de Notariados Miembros de la UINL en la Ciudad de México el 17 de octubre de 2004.

Responde a una necesidad vivida en los distintos organismos de la UINL, y a la reclamación de distintas instancias notariales y no notariales sobre la organización y actuación de los notarios.

Se presenta como un texto articulado a modo de Ley uniforme, que pueda servir como modelo en el que inspirarse los notariados, tanto en la organización y ejercicio de la función pública, como en la individuación y concretización de los principios y reglas éticas.

Dada su pretensión universal a todos los notariados incorporados o que pretendan su incorporación a la UINL, sus

disposiciones se presentan como una propuesta con distinto alcance: las contenidas en el primer título (Principios y organización notarial) como aquellas que constituyen la esencia del notariado.

Las contenidas en el título segundo (Relación del notariado con el Estado), como las propuestas que definen el encuadramiento del notariado en la organización y jurídica del país y en el mismo sistema jurídico.

Las del tercer y cuarto título, contienen algunas normas que son esenciales a la forma de ser notarial, como la colegiación obligatoria, el régimen de inspección y control notarial, la responsabilidad notarial, el secreto profesional, la libre elección del notario, el régimen de incompatibilidades, y otras de contenido más programático como pueden ser la solidaridad económica, la formación continua, la ayuda al notario enfermo o ausente, que se organiza de forma diferenciada en los distintos notariados.

Finalmente en el título quinto se contienen un régimen de infracciones y sanciones tipo, que deberán ser aprobadas en cada país adecuándolas al ejercicio de la función.

Por tanto se presenta este texto como un “texto modelo”, pero abierto con un conjunto de normas legales y reglas deontológicas (que frecuentemente no es fácil distinguir), que pretende marcar las líneas de actuación de los notariados integrados en la UINL.

Preámbulo

La deontología es un elemento esencial e indispensable para el ejercicio notarial, sin ella es imposible el correcto ejercicio de nuestra función. Esto es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial, un hecho que nos obliga a compendiar y difundir entre el notariado de la manera más

amplia posible las normas éticas que mantienen y elevan el valor moral de nuestra práctica profesional, a fin de que ella alcance su perfección.

La actividad del notario es única, su delicadísima función de dar seguridad y certeza jurídicas es fundamental para la sociedad. Por ello es una institución de indudable utilidad y necesaria para la sociedad.

La actividad del notario, dentro de su función preventiva, conlleva a la certeza y seguridad jurídica, que sin duda alguna, deben ejercerse con un profundo contenido ético. El valor de la certeza y seguridad jurídicas son un medio para alcanzar el fin último del derecho: la justicia, y es precisamente por esa razón que la ética es un imperativo categórico, ella es su sustento, su raíz, la fuente de su legitimidad; sin embargo, el notario, como cualquier profesionalista está expuesto al error, a la falla que nunca debería ocurrir. En tal virtud, es importante crear un código de ética que contenga las normas mínimas e indispensables que deben marcar las acciones de quienes las suscriben.

Este código enuncia los valores fundamentales de la actividad notarial que han sido, son y seguirán siendo indispensables en su actuación. Son principios que ha estudiado y difundido por más de sesenta años la UINL, ellos incorporan los temas que han impactado la realidad social, por lo cual se refieren a la acción del notario en la ecología, la informática, el blanqueo de capitales, protección de datos personales, cultura de la legalidad y, por supuesto, su dimensión social.

A través de una intachable conducta, plena de eticidad, el notario debe desarrollar las funciones pública y social necesarias para brindar a la sociedad los beneficios de una sólida justicia preventiva.

Seguramente esta “ley uniforme” podrá ser tomada como “código modelo” de organización y deontología por los

notariados miembros de la UINL, toda vez que se trata de un instrumento para fomentar el cumplimiento de los valores jurídicos notariales que conforman nuestra actividad.

La transgresión de una norma ética deberá ser sancionada, y la determinación de la pena y el procedimiento para su aplicación corresponden a los colegios nacionales, quienes deberán establecer procedimientos prácticos para garantizar el estricto cumplimiento de los deberes y obligaciones deontológicos que ese código contiene.

A este respecto se hace preciso reafirmar la naturaleza de norma jurídica que caracteriza a la regla deontológica y, lo mismo vale para su pertenencia al sistema jurídico, pues está caracterizada por su contenido ético y su dependencia de leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado miembro.

El cumplimiento del código de deontología garantiza lo prístino de la profesión notarial y juega un papel de protección y de referencia que delimita sus acciones y fortalece su ejercicio. Los notarios deben adoptarlo, defenderlo y convertirlo en una manera de vivir y de ser, de actuar y razonar, pues de su cumplimiento dependen el presente y el futuro del notariado.

Presentación

La Unión Internacional del Notariado (UINL), ha venido recogiendo desde su constitución en 1948 una serie de valores y principios que configuran al notariado como Institución que forma parte de la organización jurídica del Estado, y que definen el modo de ser y actuar de los notarios.

Esos valores y principios plasmados en los distintos congresos de la UINL, fueron sistematizados en los “Principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino” y en

los “Principios de deontología notarial”, que constituyen los textos básicos y estructurales de la UINL y su cultura.

Pero en cuanto estos textos tienen un carácter programático, se hace necesario desarrollarlos en un cuerpo legal articulado, que a modo de *Ley uniforme* los especifique y detalle, y que sea un instrumento de trabajo para los distintos organismos de la UINL en su labor de difundir y explicitar las características de la función notarial en el mundo.

Esta ley modelo ha de servir al tiempo, como modelo legislativo de los países que desean incorporar a su organización legal el notariado de tipo latino, y como espejo de referencia y puesta al día para los países que ya gozan de un cuerpo legal de esa naturaleza.

La Comisión de Deontología notarial, a respuesta del presidente de la UINL, ha elaborado este texto, añadiendo a los valores tradicionales del notariado (como legalidad, imparcialidad, independencia, seguridad jurídica preventiva, preparación y formación continuada, secreto profesional, intimidad de las personas, confidencialidad) los valores éticos que afloran ante las necesidades detectadas en la nueva sociedad plural, inclusiva, y global, como son, el servicio del notariado y el valor añadido de su función en la defensa de los derechos del hombre, de la protección del consumidor y de la parte más necesitada de información, del desarrollo económico sostenible, del medio ambiente, de la transparencia, de la evitación del blanqueo de capitales, de la agilización del tráfico jurídico internacional, valores y exigencias que se han ido añadiendo a la profesión, como profesión viva y en contacto directo con la sociedad a la que sirve.

Estos valores éticos, en cuanto asumidos por el colectivo notarial mundial representado en la UINL, alcanzan el carácter de normas deontológicas de la profesión con un verdadero código en el ámbito de esta *Ley uniforme*, y por tanto el carácter de normas vinculantes y de obligado cumplimiento

para los notarios, como norma perfecta que pretende ser este código.

El objetivo del código es ordenar el ejercicio de la profesión notarial en un sentido positivo, recogiendo los valores éticos de la misma y atribuyéndoles el carácter de normas deontológicas, en cuanto marcan no solo la forma de ser (ética) de la actuación notarial, sino la forma del “deber ser” (deontología notarial) de la misma, los deberes profesionales que debe cumplir el notario, y por ello establece comportamientos positivos y contiene sanciones para los supuestos de su infracción.

El texto está dividido en cinco títulos, según el sistema tradicional de tratamiento de la materia.

El primer título “Principios y organización notarial”, recoge principios y reglas de organización de la profesión que luego se regulan como normas aun deontológicas de obligado cumplimiento, y establece la necesidad de que la norma se adopte con carácter ejecutivo y vinculante.

El segundo título “Relación del notariado con el Estado”, regula los deberes y obligaciones que resultan de la doble naturaleza del notario como “oficial o funcionario público”, y “profesional del derecho”.

El tercer título, “Relación del notario con los colegios o asociaciones profesionales”, desarrolla las relaciones verticales del notario, el régimen orgánico de la organización del notariado, la incardinación de sus órganos en la administración de justicia del Estado, el sistema de nombramiento de los notarios, su participación en las organizaciones notariales, su responsabilidad, la solidaridad corporativa.

El cuarto título, “Relación del notario con otros notarios, con los empleados, con los clientes”, desarrolla las relaciones horizontales del notario, los valores del *deber ser* en su actuación diaria con los clientes o requirentes del servicio, con los otros notarios, y con sus propios empleados y aspirantes.

Finalmente el título quinto “Régimen de incompatibilidades prohibiciones y sanciones”, es a modo de cierre del código, un resumen de los mandatos contenidos en los títulos anteriores, y recoge los supuestos de incumplimiento de las normas obligatorias, las sanciones, y el régimen competencial para su aplicación.

Esta *Ley modelo* en resumen se presenta como un texto legal positivo y actual de reglas de organización y normas deontológicas, que recoge el valor añadido del servicio notarial a la sociedad mundial a la que sirve como instrumento de seguridad jurídica, justicia, y paz social.

Título I

Principios y reglas de organización notarial

Artículo 1º

Finalidad y naturaleza de la ley. Aplicación

Las disposiciones contenidas en este código constituyen un régimen jurídico modelo de la deontología de los notariados incorporados a la UINL, y deberán ser trasladadas a las distintas leyes notariales estatales de los mismos, en cuanto desarrollan, especifican y detallan los “Principios de deontología notarial” de la UINL aprobados por la Asamblea de notariados miembros de esta organización no gubernamental, en la Ciudad de México el 17 de octubre de 2004, y sus distintos documentos sobre la materia.

Las disposiciones de este código son de obligado cumplimiento, sin perjuicio de su aplicación en cada uno de los Estados miembros de la UINL, mediante su incorporación a las leyes y reglamentos notariales o la aprobación de una ley de deontología notarial.

Aquellas normas contenidas en este código que no sean trasladadas a las respectivas leyes notariales de los Estados

miembros, serán de aplicación como normas deontológicas por los colegios o asociaciones profesionales de los mismos, en cuanto expresan el contenido deontológico de la función notarial.

Artículo 2º

Función reglada

La función notarial es una actividad reglada y se halla sujeta a las leyes y disposiciones notariales, de cada país.

El presente código configura las disposiciones notariales y será de aplicación supletoria a los notariados miembros de la UINL.

Los notarios deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones notariales que regulan su profesión y el contenido de su actividad, con su mejor y leal saber y entender.

Artículo 3º

Organización del notariado

El notario es de forma inescindible un oficial público y un profesional del derecho.

3.1. Oficial público. El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta, de los cuales él es el autor, y cuya conservación asegura, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva.

3.2. Profesional del derecho. El notario además de oficial público tiene la condición de profesional del derecho, y ejerce su función en el marco de una profesión liberal o independiente, y reglada.

3.3. Colegio o asociación notarial nacional única y dependencia del ministerio de justicia. El notariado estará integrado por todos los notarios del país agrupados en un único colegio o corporación no estatal de derecho público, reconocido

por la ley, que incorporará en su caso a los distintos colegios territoriales del país, y bajo la dependencia del ministerio de justicia.

Artículo 4º

Interés general de la función notarial y valor social del notariado

Los notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función pública, controlando de manera imparcial, independiente, y responsable, la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización, prestando con su actuación el servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios, y contribuyendo al desarrollo económico sostenible, y a la paz social.

La función notarial es indelegable y obligatoria, salvo las causas de denegación de la función que luego se recogen en este código.

Artículo 5º

Condiciones de ejercicio de la función notarial

5.1. Cualificación profesional y personal. El notariado como institución y los notarios que ejercitan la función, deben tener la máxima calificación jurídica del país para el ejercicio del derecho, haber pasado las pruebas objetivas de acceso, y gozar de los conocimientos legales necesarios para el control eficaz y justo de la legalidad de los actos y documentos que autorizan.

Los notarios deben mantener una actitud personal ética en el ejercicio de su función que dignifique su persona y la Institución de la que forman parte, absteniéndose de comportamientos que conlleven la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la Institución notarial o sean contrarias a la dignidad del notariado.

5.2. *Legalidad.* La actuación del notario deberá ser acorde con la legalidad, sin buscar el fraude de ley ni el perjuicio para nadie, por lo que los actos o documentos en que interviene gozan de presunción de legalidad con arreglo a la ley.

El notario deberá desarrollar su función con corrección y competencia en la aplicación de la ley y en todas las manifestaciones de su actividad profesional, buscando la forma jurídica más adecuada a los intereses públicos y privados correspondientes a su ministerio.

5.3. *Imparcialidad.* El notario como “tercero de confianza”, deberá ser imparcial en su actuación respecto de las partes y de los que aunque no intervengan puedan verse afectados, con el objetivo de preservar la seguridad jurídica de éstas.

La imparcialidad del notario ha de ser activa compensando el déficit o las asimetrías informativas de las partes, con especial atención a la parte contratante más necesitada de su información, asesoramiento y de su consejo profesional.

No podrá autorizar documentos públicos que incluyan disposiciones que pudieran favorecerle directa o indirectamente.

5.4. *Independencia.* El notario deberá actuar con independencia respecto de las partes y de la administración, aunque nunca en perjuicio de la misma.

El notario deberá evitar la influencia de una de las partes y la discriminación de las mismas.

5.5. *Respeto de los derechos fundamentales.* El notario deberá respetar y proteger los *Derechos del hombre*, el medio ambiente (agua limpia y aire limpio como condiciones elementales de la vida), la justicia, la libertad, la verdad, la honradez, y la fiabilidad y deberá guardar secreto profesional.

El notario deberá rechazar la corrupción, el soborno, los acuerdos de colusión, y demás actuaciones que dañan las personas, y el desarrollo económico, así como los actos que aun cumpliendo con la letra de la ley sean contrarios a su

espíritu, o aquellos actos que fueren objetivamente lesivos para las partes.

5.6. *Disponibilidad, diligencia y responsabilidad.* El notario deberá estar disponible para las necesidades de su servicio, actuar con la diligencia de un excelente profesional, y buscar el arraigo social en donde ejerza su función.

El notario será responsable de los daños y perjuicios causados por su culpa o negligencia (por su actuación o por actos autorizados por él en contra de la ley o sin la diligencia de un excelente profesional), y esa responsabilidad deberá estar asegurada.

5.7. *Autonomía profesional.* El notario es autónomo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de su incorporación y sujeción a la asociación o colegio profesional, y del ejercicio de su profesión bajo el control del ministerio de justicia.

5.8. *Incompatibilidades.* El notario deberá denegar su actuación en los casos de incompatibilidad establecidos en la presente ley.

Título II Relación del notariado con el Estado

Artículo 6º.

Dependencia del ministerio de justicia, colegios o asociaciones profesionales

Los notarios ejercerán su función bajo el control superior del ministerio de justicia y se hallarán integrados en las asociaciones o colegios profesionales notariales.

Las asociaciones o colegios profesionales notariales (tanto territoriales como nacionales), son corporaciones de derecho público con plena personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Se hallan bajo el control del ministerio de justicia.

Artículo 7º colegios o asociaciones profesionales

Corresponde a las asociaciones o colegios profesionales, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a las mismas por las leyes notariales, la ordenación del ejercicio de la profesión notarial, la representación de la misma, la defensa de sus intereses, y el cumplimiento de la función social del notariado. En representación de la profesión notarial, las asociaciones notariales deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones del presente código, velando por el correcto ejercicio de la función y defendiendo la misma, entre los propios notarios y frente a terceros.

Las diferentes asociaciones o colegios profesionales dentro de un Estado gozarán de carácter territorial, y se agruparán en un único colegio o asociación para todo el Estado.

Los órganos directivos de los colegios o asociaciones serán elegidos democráticamente en asamblea por los notarios pertenecientes a la misma.

Corresponde a los colegios o asociaciones la inspección y el control de los notarios pertenecientes a la misma, y gozarán de las facultades disciplinarias y sancionadoras que luego se establecen en este código.

La pertenencia a un colegio o asociación notarial será requisito necesario para el ejercicio de la función notarial.

Los colegios o asociaciones notariales se financiarán con las contribuciones de los notarios pertenecientes a la misma, las rentas e ingresos de su patrimonio, así como los derivados de las actividades y servicios que con arreglo a sus estatutos les correspondan.

Artículo 8º Delegación de la autoridad del Estado. Servicio público

El notario debe lealtad al Estado del que ha recibido una delegación del poder público y ejercer con vocación de

servicio y dignidad la autoridad pública que le corresponde. Como oficial público debe prestar su ministerio cuando sea requerido para ello, disponiendo de los medios materiales y humanos necesarios o convenientes para el debido cumplimiento del servicio público que su función conlleva.

Deberá prestar su función pública con probidad, disponibilidad y diligencia, y abstenerse de cualquier comportamiento contrario a la dignidad de su condición de oficial o funcionario público, o que le pueda favorecer directa o indirectamente.

Estas mismas obligaciones serán exigibles a los empleados del notario, de cuyo cumplimiento responderá el propio notario.

El notario no podrá ausentarse de su ministerio sino en los casos previstos en ley, y previa garantía de que el servicio notarial en su territorio esté debidamente atendido.

Artículo 9º Colaboración con la magistratura

El notario, en cuanto profesional del derecho en el ámbito extrajudicial y delegatario de la autoridad del Estado y las asociaciones o colegios notariales, colaborará con la magistratura a través de la función pública que le corresponde, y con las competencias que el Estado delegue en aras a la indicada coordinación, para el mejor desarrollo y aplicación de la justicia y la paz social.

Artículo 10º Colaboración con otras instituciones y organismos del Estado y organizaciones

Sin perjuicio del deber de secreto profesional el notario colaborará con las instituciones y organismos del Estado tanto en las funciones delegadas como en las relaciones oficiales que le correspondan.

Asimismo colaborará con las demás instituciones y organismos públicos y privados cuando fuera requerido para ello, en su condición de autoridad pública respetando y haciendo respetar su función.

Artículo 11º

Oficina pública

La oficina notarial, organizada de manera independiente por el notario, está bajo su responsabilidad, y goza de la inviolabilidad derivada de su condición de oficina pública.

Está sujeta a la supervisión permanente de la asociación o colegio profesional, a la que corresponde la dirección general del servicio, su inspección y control, y se encuentra bajo el amparo y protección de los tribunales.

El protocolo y los documentos y archivos notariales están bajo la custodia del notario y sujetos al derecho de intimidad y al secreto profesional que deberá preservar el notario.

Sin perjuicio del secreto de protocolo y del derecho a la intimidad de la oficina notarial y de los protocolos y archivos notariales, y de sus derechos y obligaciones, el notario deberá facilitar el acceso íntegro de los mismos a la superior autoridad del colegio o asociación profesional a la que pertenece para su examen inspección y control.

Artículo 12º

Medios técnicos

Los notarios deberán dotar a sus despachos de los medios técnicos más avanzados, y en todo caso suficientes para el ejercicio de su función, de conformidad con la organización del Estado y el servicio público, en el ámbito nacional e internacional.

Artículo 13º

Competencia

La competencia del notario se extenderá a los actos y contratos extrajudiciales, y a los actos de jurisdicción voluntaria, así como a cualesquiera actos o contratos, de documentos y registros públicos que el Estado delegue en él.

La competencia territorial o personal del notario vendrá determinada por la ley.

Artículo 14º

Nombramiento y duración del cargo

En atención a la independencia e imparcialidad de su función, el sistema de designación del notario deberá ser objetivo y estar basado en la competencia profesional demostrada.

El notario deberá de gozar del nivel técnico del mayor grado exigido por el Estado para el ejercicio de profesiones jurídicas.

La duración del cargo será indefinida y sólo será removido del mismo por jubilación legal, incapacidad, o inhabilitación sobrevenida, o por las causas de expulsión declaradas en virtud de sentencia firme.

Artículo 15º

Preparación profesional. Formación permanente

El notario debe ejercer su actividad profesional con competencia y una preparación adecuada y, particularmente, las funciones esenciales de consejo, asesoramiento, interpretación y aplicación de la ley, debiendo de actualizar sus conocimientos, tanto en el plano jurídico como en el plano técnico.

En su labor de formación continua deberá seguir las indicaciones de sus colegios o asociaciones profesionales.

La labor de preparación y formación continua se extenderá a los empleados del notario que será supervisada e

impulsada por el propio notario.

Artículo 16º

Obligación de prestación. Denegación de ministerio

La función notarial es personal e indelegable, y la prestación de su ministerio obligatoria.

El notario en su condición de oficial público no puede denegar su ministerio sino en los siguientes casos:

1º Cuando el acto sea contrario a la ley o al orden público, o susceptible de inducir a error a terceros.

2º Cuando el acto sea en fraude de ley, de terceros o de la autoridad.

3º En los casos de incompatibilidad que luego se recogen.

4º Cuando el acto no se halle dentro de sus competencias.

5º Cuando sea contrario a la dignidad de la función de oficial público.

La denegación de la actuación por el notario será recurrible ante los órganos del notariado.

El notario no podrá denegar su función por razón de conciencia si el acto pretendido para el que se requiere su intervención se adecuara a la ley del Estado.

La oficina notarial deberá hallarse abierta en horas habituales de oficina, con la asistencia del notario y del personal adecuado para el servicio público que atiende.

Artículo 17º

Legalidad. Corrupción. Blanqueo de capitales

La actuación del notario debe ser siempre de forma ética conforme a la ley.

El notario rechazará la corrupción, y el soborno, las prácticas deshonestas, el blanqueo de capitales, el fraude fiscal, el terrorismo, y cualesquiera otras actividades delictivas y formas de ejercicio antisocial del derecho.

En materia de blanqueo de capitales el notario prestará su colaboración y facilitará toda la información necesaria a las autoridades competentes en particular a los notariados y a los notarios que lo precisen, con arreglo a la ley del Estado, pero no estará obligado a desarrollar actividades de investigación propias de la fuerza pública o de la magistratura. Esta colaboración se regirá por principios y criterios objetivos y pre-determinados por la ley, en coordinación con organismos centrales del notariado

El señalamiento o comunicación a las autoridades de blanqueo de operaciones sospechosas no constituye violación del deber de secreto profesional por la prevalencia del bien común.

Artículo 18º

Derechos del hombre. Desarrollo sostenible. Bien común.

El notario debe promover con su actuación los *Derechos del hombre* y de modo especial, el respeto a la vida, a la alimentación y al medio ambiente, agua limpia y aire limpio, y colaborar al desarrollo sostenible y solidario de la sociedad.

El notario debe respetar los derechos de las poblaciones locales, ayudándoles a reforzar y crear sus propias estructuras jurídicas, económicas, culturales y sociales.

El notario debe promover la libertad, la justicia y la verdad en el cumplimiento de la ley, y a falta de ley deberá adecuar su actuación por encima de los egoísmos personales, en beneficio del bien común.

Artículo 19º

Relaciones internacionales

Los notarios deberán velar por el desarrollo y agilización, del comercio y de las relaciones internacionales, con el conocimiento de idiomas y de derecho de otros Estados y la participación en las instituciones internacionales de su no-

tariado, de la Unión Internacional del Notariado y de la Red Mundial del Notariado.

Título III **Relación del notario con los colegios** **o asociaciones profesionales**

Artículo 20º

Estructura independiente

El ejercicio de la actividad notarial es personal e independiente por cada notario quien responderá individualmente de ella.

En el caso de ejercicio compartido de la actividad notarial, y sin perjuicio de la responsabilidad personal del notario, los demás notarios que compartan la actividad responderán solidariamente con él, de la reparación económica de los daños causados.

Artículo 21º

Colegiación obligatoria

Sin perjuicio de la independencia de su actividad profesional, el notario para el ejercicio de su función deberá hallarse incorporado a la asociación notarial o colegio profesional, y quedara sometido al examen inspección y control de la indicada asociación profesional bajo la dependencia del ministerio de justicia como entidad superior.

El notario antes de dar comienzo a su actividad deberá incorporarse a la asociación o colegio profesional notarial.

Artículo 22º

Deberes de los notarios con las asociaciones **o colegios notariales**

Los notarios deben conformar su comportamiento profesional a las determinaciones de los colegios notariales según sus facultades, y prestar a los mismos la colaboración requerida.

Deben asimismo abstenerse de iniciativas personales o intervenciones ante la autoridad pública que puedan interferir en las decisiones de los colegios notariales.

Artículo 23º

Cargos y encargos

Es obligación del notario aceptar los cargos colegiales para los que fuere propuesto o elegido.

El notario tiene la obligación de participar activamente en cuantas actividades colegiales o corporativas se organicen, y de realizar los trabajos que se le encomienden, dedicando a los mismos el tiempo y los mejores y mayores esfuerzos que fueran precisos, para el buen fin de los mismos.

Los notarios deberán comunicar a los órganos directivos de las asociaciones o colegios, cualquier acto que ponga en peligro los intereses de la profesión o cualquier hecho que de alguna forma lesione la integridad y jerarquía de la corporación notarial.

Artículo 24º

Cargos directivos de las asociaciones o colegios, **Consejo Superior del Notariado**

Los miembros de los órganos directivos de las asociaciones o colegios profesionales deberán actuar en el ejercicio de sus funciones, conforme a las normas de la prudencia, la justicia y la equidad, velando en todo momento por mantener la ética y dignidad de la profesión, el correcto ejercicio de la función y el respeto debido de los derechos de los particulares.

Ejercerán las facultades disciplinarias de conformidad con las disposiciones legales, con el rigor y la fortaleza debida en atención al cargo que ocupan, y el servicio para el que hubieran sido nombrados, sin que la comprensión de la falta cometida, pueda impedir o limitar el deber de integridad que exige el ejercicio de la función.

Los órganos directivos de la asociación superior notarial (consejos generales o superiores del notariado) que integre los distintos colegios notariales territoriales del Estado y que representa los intereses de todo el notariado del mismo, deberán ser respetuosos con las especificidades y necesidades de cada una de ellas.

Los directivos de los órganos notariales pondrán en práctica los mecanismos idóneos para lograr despertar la vocación de los colegas a la función dirigencial, y para incentivar la participación de todos los integrantes del cuerpo notarial en las distintas tareas y actividades a desarrollar.

Artículo 25º

Financiación de las asociaciones o colegios notariales

Los notarios deben participar en la financiación de las asociaciones o colegios notariales de conformidad con la ley y las disposiciones y acuerdos de las mismas asociaciones.

Artículo 26º

Vigilancia y control de la actuación notarial

Corresponden al Estado directamente, o a través de las asociaciones o colegios notariales, las facultades de examen, control, inspección y sancionadoras de la actividad notarial, que estarán bajo la salvaguardia de los tribunales.

Las infracciones y sanciones se dictarán por ley, bajo el principio *“nulla poena sine lege”*.

La ley regulará los procedimientos de inspección y sancionadores y los recursos contra las resoluciones de los ór-

ganos colegiales que en alzada corresponderá al ministerio de justicia.

Contra las resoluciones del ministerio de justicia que pongan fin a la vía administrativa, corresponderá recurso ante los tribunales.

Artículo 27º

Conciliación, apoyo, solidaridad

Los órganos directivos de las asociaciones o colegios notariales tratarán de evitar las discusiones de sus miembros, promoviendo la mediación y conciliación entre ellos, y favoreciendo la convivencia notarial, el mutuo entendimiento y armonía de los colegiados.

Especialmente ayudaran y darán apoyo a los nuevos notarios para el ejercicio correcto de su función.

Asimismo arbitrarán los medios, y mecanismos de solidaridad, para que el ejercicio de la función permita una vida digna de los notarios, durante su actividad profesional y tras su retiro o jubilación.

Artículo 28º

Número de notarios, competencia territorial. Lugar de ejercicio de la función

El número de notarios vendrá regulado por la ley (*numerus regulatus*) para la adecuada prestación de su servicio.

Salvo que la ley disponga lo contrario, la competencia del notario es territorial. El ejercicio de la función se desarrollara en el despacho u oficina del notario.

No se admitirán despachos secundarios, salvo que las necesidades del servicio, por razón de la distancia y con arreglo a las demarcaciones notariales, lo establecieran.

La prestación de la actividad fuera del despacho del notario será válida en el caso de imposibilidad de desplazamiento del requirente del servicio notarial, o por razón de la

autoridad pública que deba otorgar el acto. En otro caso para la autorización del acto notarial fuera del despacho del notario será preciso el consentimiento expreso de todos los comparecientes en el documento.

Todo ello sin perjuicio de las notificaciones y requerimiento que deba hacer el notario fuera de su despacho.

Artículo 29º

Publicidad, contenido, límites

La publicidad, destacando la actividad que realice el notario en el ejercicio de su función, así como la difusión de los principios y bondades del sistema del notariado latino, deberán ser llevada a cabo institucionalmente por los colegios profesionales.

La publicidad realizada por el notario en forma individual, deberá conciliar la exigencia de información a la cual el público tiene derecho, con la prohibición de recurrir a procedimientos de tipo comercial que tengan por objetivo atraer clientes.

En la intervención del notario en público o en los medios de comunicación, deberá adoptar las medidas necesarias para evitar una publicidad personal.

Se entenderá válida conforme a este código la publicidad informativa del notario:

a) Cuando sólo indique el nombre y títulos profesionales, académicos, de postgrado o especialización del notario, lugar en que desarrolla su función, sus números telefónicos y su correo electrónico.

b) Cuando se realice para comunicar el cambio de su domicilio profesional en diarios de la jurisdicción o en publicaciones notariales.

c) Cuando provenga de revistas o publicaciones técnicas. Dichas publicaciones sólo podrán enunciar las circunstancias recogidas en la letra a) anterior.

El incumplimiento de estos criterios determinará falta ética.

Las placas profesionales situadas en los accesos a los edificios en los que se halle establecido el despacho notarial no podrán exceder de la extensión que señalen la ley o los colegios o asociaciones notariales.

No podrá haber anuncios, ni letreros luminosos, en ventanas ni balcones anunciando el despacho o actividad notarial.

Toda publicidad bajo la forma de propaganda comercial por cualquier medio de difusión está prohibida para el notario.

Artículo 30º

Medios materiales y humanos organización

La oficina notarial deberá tener una estructura capaz de asegurar, a través de los medios personales y materiales y de las tecnologías adecuadas, un funcionamiento regular y eficaz.

El notario debe ejercer su función en la oficina notarial de tal forma que asegure una efectiva disponibilidad en el servicio, estando personalmente presente y respetando un horario conforme con las exigencias de la clientela o usuarios del servicio.

Los archivos y documentos notariales deberán estar en perfecto orden y limpieza, con los medios de almacenamiento y mantenimiento materiales e informáticos que aseguren su adecuada conservación y facilidad de búsqueda de la información.

La contabilidad de la oficina notarial deberá ser completa, precisa y adecuada a las exigencias legales, permitiendo en todo momento conocer la situación patrimonial de los fondos entregados al notario, y la situación patrimonial y rendimientos de la actividad notarial.

El notario no podrá disponer en su propio interés, de los fondos entregados para las actividades encomendadas.

Artículo 31º

Ausencias del despacho

Tal como se indica en el artículo 8º el notario sólo puede ausentarse de su despacho en los supuestos ordenados por la ley y cuando el servicio quede debidamente atendido.

La ley también regulará los periodos en que el notario puede ausentarse de su despacho.

Artículo 32º

Diligencia profesional

Responsabilidad civil penal y disciplinaria

El notario desarrollará su actividad con la diligencia de un excelente profesional, y responderá civilmente por los daños y perjuicios causados por culpa o negligencia.

Su actividad deberá estar garantizada mediante la regulación que establezca la ley o los colegios o asociaciones notariales, como requisito previo para el inicio de la misma.

La ley determinará los supuestos en los que la acción dolosa o culposa de un notario, o su imprudencia profesional, pueden dar lugar a una responsabilidad penal.

La responsabilidad disciplinaria del notario resultará del incumplimiento de las disposiciones notariales, y de toda actuación contraria a la dignidad de la función, o de las disposiciones de este código.

Artículo 33º

Solidaridad económica

Los notarios tendrán un sistema de solidaridad económica.

A falta de una regulación legal de la misma, los propios colegios o asociaciones notariales organizarán un sistema propio de solidaridad notarial.

La solidaridad notarial deberá proveer el soporte económico de las notarías cuyo rendimiento económico no cubran los costos del servicio que hubiera sido decretado como

necesario. La solidaridad notarial deberá además proveer un soporte económico para el notario y sus familiares en los casos de muerte enfermedad o incapacidad, así como una pensión de jubilación.

Las cajas notariales mantendrán una estructura financiera de inversión adecuada a los riesgos que garantizan.

Título iv

Relación del notario con otros notarios, con los empleados, con los clientes o usuarios del servicio

Sección 1ª

Relación con otros notarios

Artículo 34º

Relación con otros notarios

La relación y el trato del notario con sus compañeros de profesión es de igual a igual.

El notario debe ver a los otros notarios como compañeros unidos en el mismo interés común cual es el recto ejercicio de la profesión, y no como competidores.

El trato de un notario hacia otro notario ha de ser con corrección, colaboración y solidaridad, promoviendo el intercambio de ayuda servicio y consejo.

El notario no debe denigrar a otros notarios. Las faltas sustantivas o deontológicas cometidas por otro notario deberán ser puestas en conocimiento de los colegios o asociaciones para la instrucción del correspondiente expediente disciplinario o denuncia ante los tribunales.

Las diferencias entre los notarios, y en cuanto fuera posible, se arreglarán amigablemente. A este fin el notario puede dirigirse siempre al colegio o asociación de notarios.

Artículo 35º

Libre elección de notario

El derecho a la libre elección de notario que corresponde al cliente, es un derecho básico en el servicio notarial, salvo en los supuestos en que la designación de notario viene determinada por la ley, y deberá ser respetado por todos los notarios.

El notario debe abstenerse de captar clientes sobre la base de reducciones de honorarios, concesiones, regalos o descuentos a los interesados o a terceros, u otros actos semejantes contrarios a la dignidad e independencia de la función notarial.

Artículo 36º

Cambio de expediente notarial

El encargo de un asunto a un notario que se hallara en curso con otro notario deberá contar con la solicitud expresa de desistimiento del encargo anterior por el requirente, y el respeto de los honorarios devengados hasta ese momento por el notario anterior.

El notario nuevamente encargado deberá solicitar del anterior la liquidación de los honorarios pendientes y su abono por el cliente o usuario del servicio.

Si éste discrepa de los honorarios remitidos, éstos deberán quedar depositados en el colegio o asociación de notarios hasta la resolución de la cuestión.

Si no deseara consignarlos, hecha esta comunicación al anterior notario, el nuevo podrá seguir con el expediente, sin perjuicio de la comunicación de esta negativa al colegio o asociación de notarios hasta la resolución del conflicto.

Artículo 37º

Expediente con más de un notario, nacionales o internacionales

Cuando los notarios colaboran en un mismo expediente, deben buscar juntos la solución común que garantice el conjunto de intereses de todas las partes cumpliendo las disposiciones legislativas y reglamentarias vigentes.

Los notariados miembros de la UINL colaborarán e intercambiarán sus experiencias con el objetivo de mejorar de manera continua el servicio notarial para los ciudadanos y las empresas.

La Red Mundial del Notariado (RMN) está al servicio de los notarios que operen en las transacciones internacionales para ayudarlos, bajo las reglas de la UINL.

Artículo 38º

Oficina de varios notarios

La agrupación de varios notarios en una oficina notarial única ha de respetar el derecho de libre elección de notario, y sólo podrá tener lugar cuando en la misma población este derecho quede garantizado.

La agrupación en la forma reconocida por la ley de cada Estado no impedirá la responsabilidad solidaria de todos los notarios agrupados por los hechos o omisiones de los demás notarios y de todos los empleados del despacho.

Artículo 39º

Colaboración con otros profesionales

La colaboración del notario con otros profesionales de profesiones diferentes a la notarial (sociedades interprofesionales), si fuera admitida en derecho, habrá de garantizar la independencia e imparcialidad del notario.

Artículo 40º

Ayuda al notario enfermo o ausente

La sustitución de un notario enfermo o ausente deberá realizarse con la misma dedicación y profesionalidad que en los asuntos de la oficina propia, respetando los clientes y los empleados del notario a quien se presta la ayuda.

Los acuerdos económicos para esas sustituciones se basarán en lo convenido; a falta de convenio, en los usos o costumbres del lugar, y a falta de ellos, en los criterios o normas que tenga definida el colegio o asociación notarial.

Sección 2ª

Relación con los empleados, aspirantes y personal de la oficina

Artículo 41º

Organización de la oficina notarial

La organización de la oficina notarial corresponde al notario, debiendo cumplir las exigencias de medios materiales y humanos establecidos por el colegio o asociación notarial y la ley, asegurando a sus empleados y colaboradores un trato y unas condiciones de trabajo personales y económicas, suficientes y dignas, para el ejercicio de la profesión.

La oficina notarial deberá contar con los medios tecnológicos adecuados y suficientes para el ejercicio de la función, de conformidad con la organización del Estado y el servicio público que presta.

Artículo 42º

Medios humanos

El notario deberá hacer conocer y cumplir, a sus empleados y colaboradores, las disposiciones deontológicas y demás normas que rigen el ejercicio de la profesión, y responderá de daños

causados por los actos y omisiones de los mismos. El notario deberá prescindir de aquellas personas que incumplieran de forma reiterada las disposiciones del presente código.

Artículo 43º

Formación continua, calidad

El notario deberá fomentar y supervisar el mejoramiento constante del servicio con la formación continua de sus empleados y colaboradores, mediante su participación en cursos de formación técnica, y de mejora en conocimiento y práctica del derecho, buscando la calidad en la prestación de la función notarial.

Artículo 44º

Actividades no notariales de los empleados

Si la ley permitiera a los empleados del notario realizar una actividad distinta de la notarial, éstas serán en todo caso compatibles y no concurrentes con cualquiera de las actividades notariales, y no deberán conllevar en ningún caso un beneficio directo ni indirecto para el notario.

Artículo 45º

Aspirantes a notario

Los aspirantes a notario, y los notarios en prácticas deben aprender y conocer, no sólo el derecho y la tecnología, sino la “forma de ser y el deber ser” que rige la profesión y el servicio notarial.

Serán tratados con respeto y apoyo por los notarios encargados de su formación.

Sección 3ª

Relación con los clientes

Artículo 46º

Relación externa

El notario actuará en aras al bien común. Deberá comportarse con imparcialidad e independencia en cada manifestación de su profesión, evitando toda influencia de tipo personal sobre su actividad y toda forma de discriminación con sus clientes.

Deberá prestar especial atención a la parte más necesitada de información, compensando las asimetrías informativas, prestando su asesoramiento y consejo profesional de forma activa, y manteniendo una posición equilibrada que tenga por objetivo preservar la legalidad del acto o negocio, la plena eficacia del documento que autorice y la seguridad y paz de las partes.

Deberá informar de forma clara y profesional de los medios legítimos para la obtención de los fines lícitos que se desean alcanzar, y de las consecuencias de los actos o negocios pretendidos, así como de los efectos desfavorables de éstos cuando no obstante las advertencias formuladas insistan en el otorgamiento.

Artículo 47º

Relación con el expediente

El notario prestará siempre su dedicación personal y atenderá de modo especial aquellos actos o negocios jurídicos que, por su naturaleza, afecten a la intimidad de las personas.

Artículo 48º

Derecho a la intimidad y secreto profesional

El notario debe respetar el derecho de intimidad de las personas, y tiene el derecho y el deber de guardar secreto profesional y confidencialidad, atendiendo al bien común e

interés general de la sociedad. Estas obligaciones vinculan al notario, y a sus empleados y colaboradores.

Se extiende a los documentos incorporados a los protocolos y demás archivos notariales, así como a los antecedentes que hubieran sido conservados por él o materias que le hubieran sido reveladas verbalmente.

El secreto deberá cuidarse de modo especial en los documentos electrónicos, con procedimientos y medios de seguridad que garanticen la conservación y lectura futura de los mismos, y eviten su copia, vaciamiento, difusión o publicidad.

El secreto profesional no tiene carácter absoluto, y queda subordinado al interés general y al bien común, por lo que el notario deberá revelar el contenido de sus archivos notariales en los procesos de naturaleza penal, o cuando una disposición legal así lo ordenara.

El notario deberá apreciar con prudencia ponderación y cuidado, el derecho, o el interés legítimo, como justa causa del solicitante en el conocimiento de sus archivos, cuando el acto o documento reconociera o atribuyera algún derecho a su favor, y respetar el mismo, en la forma más adecuada, expidiendo las copias de forma total o parcial.

Artículo 49º

Deberes de abstención

La prestación de la función notarial es obligatoria para el notario, salvo en los casos en que deba denegar su ministerio de conformidad con lo establecido en la ley.

Además de los casos indicados, el notario debe de abstenerse de actuar cuando por relación personal, familiar, o de interés económico directo o indirecto, el acto pueda redundar o atribuir derechos en su favor, o en favor de familiares, dentro del cuarto grado.

Además debe abstenerse en aquellos actos que sean con-

trarios a la ley, las buenas costumbre, o buena fe.

Artículo 50º

Régimen de compatibilidades

La función notarial es compatible con las actividades de asesoramiento legal, docencia, mediación, arbitraje, servicios consulares y demás actividades jurídicas no contenciosas, que no contravengan la independencia o imparcialidad notarial.

La actividad notarial no será compatible con el ejercicio del comercio, o con las actividades que lleven aparejada jurisdicción, ni con cargos públicos.

Artículo 51º

Transparencia de honorarios

Los honorarios del notario estarán regulados en una tarifa establecida por la ley, y a falta de la misma, por el colegio o asociación profesional.

La tarifa debe asegurar la imparcialidad e independencia del servicio notarial, así como la excelencia en su calidad y la accesibilidad general de la sociedad al mismo.

La tarifa no deberá permitir reducciones o condonaciones que conlleven a una competencia errónea que sustituya precio/costo, por calidad e independencia del servicio.

La tarifa notarial debe ser sencilla, transparente y de fácil acceso al público.

Las facturas notariales deben explicar con claridad los conceptos y servicios minutados.

Artículo 52º

Protección del bien común

El servicio notarial debe atender al bien común de la sociedad, que servirá de criterio de interpretación de los artículos precedentes.

Título v

Régimen disciplinario infracciones y sanciones

Artículo 53º

Legalidad

El presente código regula y sanciona las infracciones deontológicas de la profesión, sin perjuicio de las sanciones derivadas de las infracciones de normas sustantivas notariales o de otra naturaleza (penal, administrativa) en que el notario hubiera incurrido.

En el ámbito disciplinario de los notarios regirá el principio de *“nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”*, en virtud del cual, no cabe sanción sin infracción de un hecho regulado por ley.

Artículo 54º

Procedimiento

Las infracciones de las conductas o hechos recogidos en el presente código, se examinarán en un procedimiento de los propios colegios o asociaciones profesionales, bajo la superior jerarquía del ministro de justicia, a quien serán recurribles en alzada.

Contra las resoluciones que pongan fin a la vía interna cabrá recurso ante los tribunales de justicia.

Se dará audiencia al interesado en cada una de las fases del procedimiento, en reconocimiento del derecho a la defensa y de la presunción de inocencia.

Artículo 55º

Expediente sancionador. Audiencia

Las junta directiva del colegio o asociación a la que pertenezca el notario, iniciará el expediente sancionador de oficio, o a instancia de parte cuando se hubiera denunciado un hecho contrario a las normas del presente código.

Previa designación de uno o más notarios con la función de instructor y secretario del expediente, se iniciará éste con una fase de investigación.

Terminada la investigación, el instructor elevará un escrito de conclusiones al colegio o asociación notarial, que resolverá sobre el expediente.

Contra la resolución del colegio o asociación notarial cabrá recurso en alzada el ministro de justicia, cuya resolución pondrá fin al expediente, y contra el que tan sólo cabra recurso ante los tribunales de justicia.

La ley determinará los plazos de cada una de las fases del procedimiento.

Artículo 56º

Infracciones

Constituyen infracciones deontológicas sancionadas por este código el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley notarial en el ejercicio de la función.

Constituirán infracción deontológica de conformidad con las disposiciones de este código, se hallen o no incluidas en la regulación notarial, las siguientes:

1. No presencia en la autorización y firma del documento.
2. Alteración de fecha o de contenido y verdad del documento.
3. Autorización de documento fuera del ámbito territorial correspondiente en su caso al notario.
4. Autorización de actos o documentos en contra de la ley, o en fraude de la misma, o con manifiesto abuso de derecho.
5. No liquidación de los impuestos encargados al notario.
6. Actuación en supuestos de incompatibilidad establecidos en la ley.
7. Violación del derecho de intimidad o del secreto profesional.

8. Utilización de fondos recibidos para fines distintos de la finalidad entregada.

9. Aceptación de sobornos, colaboración con actividades ilícitas, blanqueo de capitales, terrorismo.

10. Vinculación económica con una de las partes que conlleve pérdida de independencia o imparcialidad.

11. Falta de asistencia, consejo o asesoramiento a la parte más necesitada del mismo, o al consumidor.

12. No explicación de las cláusulas generales de la contratación o abusivas impuestas por una de las partes en la contratación.

13. No respeto de los *Derechos del hombre*, o autorizar actos en contra de su dignidad.

14. Infracción de las normas de medio ambiente y regulación urbanística de aguas, aire, costas, agraria, forestal o minera.

15. No consulta previa de los títulos o registros y antecedentes.

16. Pérdida de independencia o imparcialidad en el ejercicio de la función o en la elaboración o autorización del acto.

17. No respeto del derecho de la libre elección del cliente.

18. No respeto del cambio de expediente a instancia del cliente.

19. Incumplimiento del deber de abstención en los casos establecidos por la ley.

20. No respeto o captación de clientes y empleados de otros notarios.

21. No entrega de factura de gastos u honorarios con desglose de las cantidades.

22. Facturación por encima de las tarifas establecidas por la ley, o descuentos en las facturas, ofrecimiento de regalos o comisiones.

23. No llevanza de una contabilidad que refleje la situación

patrimonial y resultados de la oficina, con posibilidad de comprobación de la aplicación de la tarifa, y de los depósitos y cantidades entregadas por los clientes.

24. Infracción de las normas e instrucciones aprobadas por los colegios o asociaciones notariales o por el ministerio de justicia.

25. Abandono del servicio notarial sin justa causa, y sin autorización previa del colegio o asociación notarial.

26. Incumplimiento de los reglamentos internos circulares y disposiciones de los colegios o asociaciones notariales, o actuación contraria a la misma o a sus decisiones cuya naturaleza estará en función de norma o instrucción incumplida.

27. Falta de atención de las contribuciones económicas a los colegios o instituciones notariales previsionales.

28. Impedir, retrasar, o dificultar las labores de inspección o control por los colegios o asociaciones notariales u organismos de inspección, de la oficina notarial.

29. Dificultar, impedir, o retrasar los expedientes disciplinarios.

30. No presentación a inscripción de las escrituras en los registros.

31. Actuación fuera del despacho en los supuestos no permitidos por la ley.

32. Incumplimiento de los encargos delegados por los colegios o asociaciones notariales.

33. Falta de colaboración o ayuda a los colegas en situación de enfermedad o incapacidad.

34. Publicidad no permitida por este código.

35. Insuficiencia de medios técnicos o humanos para la debida atención del servicio notarial.

36. Denegación de la función sin causa fundada en la Ley, retrasos injustificados o rechazo de encargos recibidos.

37. No cumplimiento de la obligación de formación

continua del notario y de sus empleados y colaboradores.

38. Falta de atención y apoyo a los aspirantes a notario.

39. Trato injusto económicamente o contrario a la dignidad de los empleados y colaboradores.

Artículo 57º

Clasificación de las infracciones

Las infracciones pueden ser: leves, graves, y muy graves.

Las infracciones leves se sancionarán con apercibimiento, o con apercibimiento y multa.

Las infracciones graves se sancionarán con apercibimiento y multa, o con apercibimiento multa y separación temporal del servicio.

Las infracciones muy graves se sancionarán con apercibimiento, multa y separación temporal del servicio, o con expulsión del cuerpo notarial además de la correspondiente sanción económica.

El expediente disciplinario no será incompatible con la responsabilidad civil o penal del notario declarada por los tribunales, y el resarcimiento del daño causado.

Para la expulsión del cuerpo notarial, será necesaria la decisión del órgano jerárquico superior de cada notariado.

Artículo 58º

Graduación de las sanciones

La reiteración de una conducta determinará que sea considerada como infracción de grado superior.

Artículo 59º

Clasificación de las sanciones

A las infracciones tipificadas en el artículo 56 les corresponderán las siguientes sanciones:

1º *Sanciones muy graves.* Las señaladas de los números 1 a 10 ambos inclusive.

2º *Sanciones graves*. Las señaladas de los números 11 a la 29 ambos inclusive.

3º *Sanciones leves*. Las señaladas de los números 30 a 39 ambos inclusive.

La infracción señalada con el numero 26 tendrá naturaleza grave o leve en función de la disposición incumplida.

Artículo 60º

Reglamento de procedimiento sancionador

Los colegios o asociaciones notariales, a falta de regulación legal, elaborarán un reglamento, que desarrolle el procedimiento sancionador y determine y cuantifique las sanciones económicas derivadas de las infracciones, así como los periodos de separación temporal del servicio.

Disposición transitoria

Las disposiciones del presente código serán de aplicación, una vez el mismo sea aprobado por el colegio o asociación profesional.

Disposición final

Las infracciones contempladas en este código que exigen norma con carácter legal para su aplicación requerirán de ella, salvo que este mismo código sea aprobado con esa naturaleza.

La capacidad jurídica y el caso de las personas mayores. ¿Qué podemos hacer?

Marcela Viviana Spina

MARCELA VIVIANA SPINA,
escribana y miembro del Colegio
de Escribanos de la Provincia de
Córdoba, Argentina. Ponencia
presentada en la Jornada Notarial
Cordobesa celebrada en agosto
de 2013.

*Los viejos y los ancianos abran la boca y enséñennos, trans-
mítannos la sabiduría de los pueblos [...] no claudiquen de ser
la reserva cultural de nuestro pueblo, que transmiten la justicia,
la historia, los valores, la memoria del pueblo [...].
Escúchenlos no permitan la filosofía de la exclusión
y la eutanasia cultural.*

De la homilía del papa Francisco
dirigida a los jóvenes en la
Jornada Mundial de la Juventud, Río 2013

Objetivo

El principal objetivo de este trabajo es reconocer la situa-
ción de crisis en que se encuentra el concepto de “capacidad
jurídica”, tal como lo conociéramos históricamente como
institución de derecho civil ante la irrupción de los tratados
internacionales de derechos humanos, en especial la *Conven-
ción de los derechos de las personas con discapacidad*.

Así analizaremos los cambios operados sobre el mismo y también los proyectados. Dentro de ese marco, analizaremos la situación de las personas ancianas, a las que preferimos denominar en el presente trabajo simplemente “personas mayores”, en tanto personas capaces pero vulnerables.

Finalmente propondremos “los actos de autoprotección” como una herramienta útil en manos del notariado a efectos de organizar, o determinar apoyos, o diagramar el plan de vida para la sobrevenida de una posible discapacidad.

Capacidad jurídica en el *Código civil* argentino

El principio que corresponde, ya que el *Código civil* argentino no establece nada en contrario, es la capacidad plena.

El *Código civil* que nos rige fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1869. Sufrió pocas modificaciones, la más importante realizada en 1968 por la ley 17.711. Es profundamente paternalista, perfeccionista y en ciertas oportunidades, está bastante alejado de la virtud de la tolerancia. Por ello podemos afirmar que no supo reflejar el espíritu profundamente liberal de la constitución nacional.¹

El mismo no reconoce a la persona como sujeto de derechos, ya que privilegia el tratamiento de la persona física como miembro de la familia y sujeto de relaciones jurídicas, antes que como individuo. Además se observa que el estudio de la capacidad se centra en la capacidad de contratar.

Con el fin de resguardar su integridad y sus bienes, nuestro *Código civil* declara que son incapaces absolutos las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y

¹ Rivera, Julio César. “Reformas necesarias en el derecho de las personas físicas”, en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Octubre de 2009.

los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Luego advierte que sólo podrán adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley, ya sean los padres, los tutores o los curadores (artículos 54, 56 y 57 del *Código civil*)².

Conforme el tema que nos convoca, nuestro interés se centra en las personas a las que el *Código civil* llama incapaces por demencia (artículo 141 del *Código civil*).³ O sea aquellos que por causa de enfermedades mentales no poseen la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

En nuestra normativa actual, la declaración de incapacidad prevista únicamente por “demencia” está estructurada con un criterio de extremos opuestos. La demencia debe ser previamente verificada y declarada por juez competente (artículo 140 del *Código civil*),⁴ luego de que al mismo se

² Artículo 54 *Código civil*: “Tienen incapacidad absoluta: 1. Las personas por nacer; 2. Los menores impúberes; 3. Los dementes; 4. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito”.

Artículo 56 *Código civil*: “Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley”.

Artículo 57 *Código civil*: “Son representantes de los incapaces: 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2. De los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3. De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre”.

³ Artículo 141 *Código civil*: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

⁴ Artículo 140 *Código civil*: “Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”.

lo requieran aquellos con legitimación para hacerlo (artículo 144 del *Código civil*)⁵ y previa constatación pericial del estado de la persona. Una vez cumplido este requisito, el incapaz al no poder ejercer sus derechos por sí, lo hará por medio de un curador que le nombre o confirme su señoría.

Se sostiene que Vélez Sarsfield adoptó un sistema binario, de blanco o negro sin aspectos intermedios, traduciendo al derecho un esquema sano-enfermo, puesto que basta flanquear la delgada línea de la sentencia de interdicción para pasar de la más amplia capacidad a la sombra más absoluta de la total incapacidad.

A este concepto se sumó la idea del reemplazo obligatorio de la voluntad del declarado incapaz por la de otra persona a la que se llamó curador. Así podría entenderse que, declarada la incapacidad, se invierte el principio general y salvo que determinados actos estén expresamente permitidos, estarán prohibidos para los declarados incapaces.⁶

La única morigeración o modificación que sufrió nuestro *Código civil* fue la incorporación del instituto de la inhabilitación del artículo 152 bis (para ebrios consuetudinarios, adictos a estupefacientes, disminuidos mentales que no lleguen a los casos previstos por el artículo 141 del *Código civil* y pródigos en determinadas circunstancias). Establece que para determinados actos de disposición también se requiere

⁵ Artículo 144 *Código civil*: “Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1. El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente. 2. Los parientes del demente; 3. El Ministerio de Menores; 4. El respectivo cónsul, si el demente fuere extranjero; 5. Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”.

⁶ Cornelli, Miguel D. “¿La Declaración de Incapacidad alcanza a los actos jurídicos familiares y personalísimos?”, en: *Revista Notarial*, N° 953, Buenos Aires, 2006.

la intervención del curador nombrado al efecto, debiendo cumplirse las pautas determinadas en la sentencia de inhabilitación. En estos casos el curador no reemplaza al incapaz sino que lo asiste.⁷

De acuerdo con el artículo 475 del *Código civil*, los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y sus bienes y se aplica a la curaduría de los incapaces, las mismas normas que a la tutela de los menores. Es por ello que parte de la doctrina considera que en el tema de incapacidad es plenamente aplicable la *Convención de los derechos del niño* incorporada a nuestra constitución nacional. La cual reconoce algunos derechos fundamentales como ser que todo niño tiene derecho a

⁷ Artículo 152 bis *Código civil*: “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

ser escuchado y ser su opinión tenida en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo de acuerdo con su edad y madurez (artículo 12).⁸

El juez es quien siempre nombra al curador del interdicto según un orden establecido por nuestra ley. Conforme dicho orden, en primer lugar se debe considerar al cónyuge como el curador legítimo y necesario. En caso de viudez, al hijo mayor de edad y en el caso de que fueran varios, el juez designará a quien deba cumplir esta función. El padre o la madre lo serán de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores (artículos 476, 477 y 478 del *Código civil*).⁹ Dentro del proceso judicial está establecido el nombramiento de un curador provisional, el que será un abogado de la matrícula, que ejercerá sus funciones hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.

Asimismo, se establece que de la misma forma que los padres pueden designar tutor para sus hijos menores de edad, también pueden designar por testamento curador para sus hijos mayores de edad dementes o sordomudos (artículo

⁸ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis R. “La incapacidad como variable”, en: *Revista del Notariado*, N° 875, Buenos Aires, 2004.

⁹ Artículo 476 del *Código civil*: “El marido es el curador legítimo y necesario de su mujer, declarada incapaz, y ésta es curador de su marido”.

Artículo 477 del *Código civil*: “Los hijos mayores de edad, son curadores de su padre o madre viudo declarado incapaz. Si hubiera dos o más hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela”.

Artículo 478 del *Código civil*: “El padre o la madre son curadores de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela”.

479 del *Código civil*).¹⁰ No obstante, no prevé la designación del propio curador.

Este sistema contempla aspectos puramente patrimoniales y con el juego de la representación del tutor o curador y la autorización judicial, previa aprobación del ministro público, cumple sus dos objetivos:

1. La protección del interés económico del incapaz.
2. La seguridad jurídica en la contratación con el mismo.

Convención de los derechos de las personas con discapacidad

Un cambio de paradigma: de la invisibilidad a ser sujeto pleno de derecho

Gracias a los avances en la medicina, la tecnología, las nuevas tendencias doctrinarias y las luchas reivindicatorias de las personas con discapacidad por su derecho de ser tratados iguales, se ha producido un cambio de paradigma. Las personas con discapacidad han pasado de ser “un objeto de protección” cuya voluntad debe ser completamente reemplazada, a ser “un sujeto pleno de derecho”, que debe ejercer su capacidad natural siendo apoyado y asistido para aquellos actos para los que no tiene la “capacidad suficiente”.

“Desde una perspectiva filosófica, este cambio en el tratamiento y la consideración de la discapacidad, ha sido parte de la evolución, desde lo que se conoce como ‘modelo médico’ de la discapacidad, hacia un ‘modelo social’ —o

¹⁰ Artículo 479 del *Código civil*: “En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos”.

de barreras sociales— cuyas ideas centrales tienen fuertes conexiones con los valores que sustentan a los derechos humanos”.¹¹

Es cierto que el objetivo de las leyes debe ser la protección al discapacitado pero también debe ser la integración, la que a diferencia de la rehabilitación no es un problema técnico, sino que es un problema sociocultural, de “talante”. Por lo tanto, las normas que regulan las situaciones de discapacidad deberían ser iguales para todas las personas en todos los ordenamientos.¹²

En nuestro país, este cambio de paradigma se ve consagrado con la sanción de la ley 26.378¹³ que ratifica la *Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* y su protocolo facultativo (año 2006). Lo cual originó importantes consecuencias como ser la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro de la protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas.¹⁴

¹¹ Lorenzo García, Rafael de. “Capacidad jurídica y discapacidad”, en: *Cuaderno de Trabajo N° 1*, Argentina, Proyecto a cargo de la Fundación Tutelar de Extremadura, Fundación Aequitas y Fundación Academia Europea de Yuste, en el marco del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos. 3 de noviembre de 2008.

¹² Bolas Alfonso, Juan. En “Prólogo” a “Capacidad jurídica y discapacidad”, *ed. cit.*

¹³ Sancionada el 21 de mayo, promulgada el 6 de junio y publicada en el *Boletín Oficial* el 9 de junio de 2008.

¹⁴ Cabra de Luna, Miguel Angel, *et al. Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones*

Ya no es dable hablar de capaces o incapaces. Es cuestión de reconocer regímenes de graduación de capacidades, respetar cierto grado de autodeterminación y organizar el régimen de representación de apoyos y salvaguardas con los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad.

Además, el hablar solamente de dementes o inhabilitados no responde a las pautas de derecho supranacional, en cuanto define a las personas discapacitadas como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.¹⁵

La igualdad en el sentido que le dan Rawls y otros autores, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad. Requiere la generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles, tales como niños, mujeres, discapacitados y ancianos, aunque con el mayor respecto posible a su autodeterminación.

De acuerdo con el artículo 12 de dicha convención, nuestra normativa legal debería reconocer la personalidad jurídica de la persona con discapacidad y su capacidad jurídica en igualdad de condiciones de todos los aspectos de la vida. El Estado debería brindarle los apoyos necesarios para ejercer esa capacidad jurídica y sobre todo prever expresamente que las salvaguardas que se establezcan y las restricciones que se impongan en el uso de la capacidad “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, que sean “proporcionales y adaptadas” a las circunstancias del caso, que se apliquen por el “plazo más corto posible” y que

Unidas. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2000, p. 61.

¹⁵ Artículo 1 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

estén “sujetas a exámenes periódicos”.¹⁶

***Ley de salud mental modificatoria del Código civil
Proyecto de unificación del Código civil y comercial***

Nuestro país aprobó la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad* y su protocolo facultativo en 2006 y la incorporó a nuestro derecho interno por la ley 26.638, conviviendo con nuestro *Código civil* vigente. Lo que obliga a los jueces y demás operadores jurídicos a una ardua tarea de interpretación y morigeración de las normas vigentes.

La *Ley de salud mental* 26.657 atemperó el sistema del *Código civil* e introdujo el artículo 152 que establece:

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 años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Entre otras cosas la ley establece el carácter restrictivo y el control de las internaciones involuntarias de salud mental y destaca expresamente los derechos humanos de los pacientes de salud mental. Actualmente se encuentra en análisis en el Congreso de la nación el proyecto de unificación de los códigos civiles y comerciales integral que reemplazaría al viejo código de Vélez Sarsfield. El mismo modifica específicamente el régimen de capacidad, existen varias versiones del proyecto, porque sufrió varias modificaciones incluso antes de su presentación al Congreso.

¹⁶ Bulit Goñi, Carlos. *Op. Cit.*

El proyecto establece la posibilidad de decretarla incapacidad total o restringida y establecer en la sentencia la extensión y alcance de la incapacidad y designar representante o apoyos. El juez al dictar sentencia debe determinar de cual de los dos supuestos se trata, de declaración de incapacidad o de un supuesto de capacidad restringida, y especificar qué actos podría realizar por sí solos o con asistencia de uno o más curadores o apoyos. Limita la inhabilitación únicamente al caso de prodigalidad: quien por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio.

En su artículo 43 considera a los apoyos previstos por la Convención en estos términos:

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, facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación 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 del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Parte de la doctrina teme que se pierda la oportunidad de legislar el tema definitivamente conforme las pautas que surgen de la *Convención de los derechos de las personas con disca-*

pacidad: sin duda, el proyecto representa importantes avances: aceptar expresamente los sistemas de apoyo para la toma de decisiones, establecidos judicial y extrajudicialmente, prever garantías del proceso aplicables a todo el territorio argentino, la posibilidad de establecer ajustes razonables, la inclusión del propio interesado en la nómina de legitimados para iniciar el proceso y su participación activa en el mismo con la debida asistencia jurídica, reconocimiento de su calidad de parte, y la inmediatez con el juez interviniente, permitir la pluralidad en el ejercicio de la función de la curatela y de los sistemas de apoyos, la posibilidad de anticipar directivas, prescribir reglas para la procedencia de internaciones que no cuenten con el consentimiento de las personas, entre otras. Pero se pierde la oportunidad de romper con el binomio capacidad-incapacidad, el sistema de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones, la interdicción por falta de capacidad o la capacidad restringida no respeta los nuevos paradigmas que surgen de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y podrían acarrear consecuencias internacionales a nuestro país.¹⁷

Con fecha 29 de septiembre de 2012, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, órgano de expertos que supervisa el cumplimiento por parte de los Estados partes de las obligaciones que éstos asumieran al ratificar la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, emitió su informe sobre Argentina.

El Comité le fija doce meses a Argentina para que revise el proyecto de reforma del *Código civil y Comercial*, elimine la declaración de incapacidad y la curatela, e informe al Comité sobre ello.

¹⁷ Olmo, Juan Pablo. “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela. ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, en: *Revista Persona*, julio de 2012.

Recordamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que los comités son los “intérpretes autorizados” de los tratados en el plano universal (Aquino, Maldonado, Torrillo, G., M.C. s /protección de persona).¹⁸

Derecho de las personas mayores

Sin dudas los cambios sociales que se han analizado sumados a los avances científicos, de la medicina y farmacología también contribuyen a una nueva realidad el envejecimiento de la población. Según los resultados del censo 2010 la población actual de la Argentina mayor de 65 años supera los 5,000,000 de habitantes.

El *Código civil* de Vélez Sarsfield sólo apuntó a la edad de cada persona para referirse al nivel de su capacidad —en especial su discernimiento y voluntad— y desde el cuadrante del primer tramo de la existencia. Esa conceptualización y su filosofía —y así ha continuado hasta nuestros días— destacó el acento en la protección del menor antes que la del anciano y también le preocupó más la enfermedad y la incapacidad que la vejez.

El proyecto de reforma del *Código civil* de 1998 tampoco aportó novedad en el tema. La capacidad comienza a los 18 años y en principio es la regla hasta la muerte. Ni una línea incluye el actual proyecto de unificación del *Código civil y comercial*.

Es muy difícil si no imposible determinar cuándo se es viejo, en principio es una convención, cuando se pasa a clase pasiva, principalmente para obtener asistencia previsional. Los 75 años, son tomados como edad, para cesar en el cargo eclesiástico de obispo, necesitan nuevo acuerdo los

¹⁸ www.villaverde.com.ar.

jueces, el artículo 32 inciso 1 de la ley 9.020 que rige el notariado bonaerense considera el cumplimiento de 75 años como causa de inhabilidad para el ejercicio de la función notarial.¹⁹ A los 65 se deja de ser docente de la universalidad, con algunas posibilidades de prórroga.

Es más, si se siguen las ideas de Max Bürgen, el fundador de la gerontología médica en Alemania y a fin de obviar las dificultades que aquí se presentan, propició sustituir el concepto de 'vejez' por el de biomorfosis, entendiéndola como transformación de la vida, dando a entender que 'vida' y 'mutaciones irreversibles' son dos cosas idénticas y que la vejez, que termina con la muerte, es una de las estaciones de la vida, con sus específicas formas humanas de conducta, condicionada por múltiples factores entre ellos los ambientales que determinan mutaciones irreversibles pautadas por la autorrealización y por la costumbre. Va de suyo, por consiguiente, que el principio de la biomorfosis se aplica a la psicología del desarrollo humano, que va desde la concepción hasta la muerte.²⁰

Del modo con que esa persona se instala frente a la vida, en la meseta, planicie o estación última. Desde luego que ese nivel estará influido por el estado general de salud, de agentes del contexto y de la propia e intransferible ecuación personal, familiar y económica, que siempre están estrechamente enlazadas

¹⁹ Se declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo en autos: Franco, Blanca T. Provincia de Buenos Aires. CSJN 12/11/2002. Publicado en LL-2003-D,312 con nota de Claudio D. Gomez. Existe un proyecto de reforma de dicho artículo de la ley 9020 con media sanción.

²⁰ Morello, Augusto M. "La senectud". Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de agosto del 2002.

dos y actúan de modo interrelacionado, formando una trama inescindible.²¹

El derecho que debe respetar la vida y abarcar todos sus aspectos debe regular las nuevas realidades sociales, en principio para protegerlo y luego para respetar sus derechos hasta el último momento de su vida.

Los ancianos deben ser respetados como sujetos simultáneamente iguales y distintos, que continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia.

Las personas mayores requieren de protección contra los demás, contra lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, accidentes, etc.) y contra sí mismos.

La condición de los ancianos puede fortalecerse a través del reconocimiento constitucional e internacional de sus derechos básicos, de sus derechos humanos.²²

Los derechos de la ancianidad emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales, en conjunto), con el constitucionalismo social del siglo xx.

Algunos autores, reclaman una nueva rama del derecho con fundamento en la constitución nacional en el artículo 75 inciso 23.

Asimismo, en el plano internacional, existen diversos proyectos de declaración universal de los derechos de los ancianos, cuya elaboración constituye un paso importante para la consagración formal de éstos.

En las constituciones de los países europeos, en muchas

²¹ *Idem.*

²² Dabove Caramuto, María Isolina, *et al.* "Aportes para el reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos", en: *La ley*, 2008.

se consagran sus derechos de seguridad social, en otros se los regula en los derechos de la familia, y en otros en forma integral como sujetos de derechos.

En nuestra constitución no tiene una regulación especial como sí constaba en la Constitución de 1949, solamente a través del ingreso de los tratados de derechos humanos y el ya mencionado artículo 75 inciso 23.

En las Constituciones provinciales a través de consagración de derechos previsionales y a cláusulas más específicas e integrales.

En el ámbito internacional es muy importante remarcar que, con fecha 13 de enero de 2000, en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, se suscribió el texto definitivo de la *Convención sobre protección internacional de adultos*.²³

El objetivo de la convención es contemplar las situaciones de carácter internacional de protección de los adultos (a quienes califica como toda persona mayor de 18 años), quienes en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. La misma prevé la posibilidad de que el adulto organice su propia protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades.²⁴ La *Convención sobre protección*

²³ Siguiendo el funcionamiento de la conferencia de La Haya, el convenio lleva la fecha en que fue firmado por primera vez por un estado negociador, en este caso, Holanda. Esta situación de tan pronta firma del convenio puede ser calificada de exitosa, toda vez que generalmente los estados tardan más en suscribir las convenciones, aunque hubieren negociado sus textos.

²⁴ http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019_Borras.pdf Herrera, María Marta Luisa. “La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad”, trabajo premiado en la XIII

internacional de adultos aún no fue aprobada y ratificada por la Argentina, pero sin duda lo hará en un futuro próximo.

Las recientes XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Tucumán 2011, se pronunciaron por la preocupación en torno a los derechos de los adultos mayores, para el cumplimiento de sus derechos fundamentales a la salud y la necesidad de consentimiento para su internación y el necesario control de las mismas.

La tarea es más que delicada, en principio estamos ante personas, con presunción de capacidad, sujetos plenos de derechos, a pesar de su edad avanzada, pero a su vez vulnerables de sufrir abusos de derechos, o lesión de sus derechos o ser víctimas del delito de circunvencción de incapaces.²⁵ La incapacidad se alcanzará por la vía de excepción

Una futura reforma debería incorporar los principios elaborados por normas internacionales y garantizar a las personas mayores un trato digno y no discriminatorio.

Todo lo expuesto se inserta en la problemática del derecho de familia, por considerar que la responsabilidad prioritaria del cuidado de las personas mayores corresponde a su familia. En un correlato con las obligaciones que a tales personas les correspondió en ejercicio de su responsabilidad parental, y siempre teniendo en cuenta el principio de solidaridad en que deben basarse las familias. El Estado desempeña un papel supletorio. Destacar el derecho a la protección integral por parte de su familia, a permanecer

Jornada Notarial Iberoamericana. Asunción de Paraguay, 2008.

²⁵ *Código penal* argentino. “Artículo 174. Sufrirá prisión de dos a seis años: inc. 2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

en la familia, a recibir apoyo familiar y tener en cuenta alternativas a la institucionalización. Téngase en cuenta que los derechos subjetivos familiares, son siempre derechos-deberes.

Garantizar la protección por parte del Estado en caso de desamparo

Se advierte una cierta tendencia contemporánea a asimilar la vejez con la enfermedad mental como mecanismo para resguardar el patrimonio. Este dato parece ser una característica actual, que contrasta con la particular dignidad que antaño se atribuía al anciano, a quien las instituciones romanas y griegas reservaban funciones de prestigio.²⁶

Debe partirse del ineludible proceso involutivo de la persona humana a partir de la madurez, donde se produce el tránsito de la adultez a la vejez. Este tránsito supone modificaciones anátomo-funcionales que tienen lugar en el cuerpo humano por el paso del tiempo y el desgaste de órganos y tejidos. Esto es una vejez normal, no patológica. De ahí que no sea posible fijar una edad cronológica para la vejez, no todas las personas envejecen por igual, siendo ello variable según las sociedades, las razas, el sexo, nivel social y económico, la calidad de vida y los caracteres biológicos entre otros factores. Los deterioros mentales propios de la vejez normal, que solo producen “debilitamientos decisionales”, no quedan comprendidos en el artículo 152 bis del *Código civil*. La limitación de la libertad que necesariamente supone toda limitación de la capacidad, afectaría de otro modo a un vasto sector de la sociedad cuyas

²⁶ Tobias, José W. “Debilitamientos decisionales, vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, enero-febrero de 2010.

conveniencias, decisiones y preferencias podrían quedar expuestas a la aprobación o censura de parientes con intereses patrimoniales propios, ajenos al interés personal del anciano. Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de responsabilidades y tareas no sujetas a controles externos, forman parte de las motivaciones necesarias para evitar la anticipación y acentuación del proceso de involución.²⁷

La vulnerabilidad física y mental de las personas mayores, que puede derivar en dependencias o discapacidades de las personas mayores, a veces mal interpretadas como causales de insania o inhabilitación cuando la mayoría de los casos son signos propios del envejecimiento. Habrá que distinguir senectud de senilidad. Cuando la situación es grave corresponde en nuestro sistema la inhabilitación del artículo 152 del *Código civil* inciso 2^{do}. “Que corresponde a una capacidad restringida: que la voluntad del anciano inhabilitado se complemente con el asentimiento de un curador para realizar actos de disposición y de administración que se hubieran establecido en la sentencia”.²⁸ Para decretar la inhabilitación deberán comprobarse dos extremos: la enfermedad mental y la ineptitud del enfermo para conducirse en la sociedad. la restricción de la capacidad deberá ser la menor posible y la internación un último recurso y la mayoría de los casos se podrá solucionar con apoyo y sistemas de salvaguardas. En estos casos estaríamos ante la plena aplicación de la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad*.

Las solicitudes de pedidos de insania y de inhabilitación están muy difundidos en Argentina, y sin lugar a dudas están más interesados en la protección de los bienes, que en la de la persona mayor, así dan cuenta algunos fallos que

²⁷ *Idem*.

²⁸ Di Tullio Budassi, Rosana G. *Op. Cit.*

enumeraremos. Esta es una forma de violencia que proviene justamente de la familia que son las personas llamadas a ser el instrumento protector de las personas mayores.

Una persona mayor y que además padezca alguna discapacidad es doblemente vulnerable en una sociedad que quiere acallar su voz. Es necesario tener en cuenta la necesidad de apoyos para el acceso a la justicia en estos casos. Las juntas interdisciplinarias y el contacto personal con el juez contribuirían seguramente a evitar que sus voces se diluyan en el silencio y en el olvido de los que son declarados incapaces para todo.²⁹

Salvo los casos muy graves de enfermedad, la progresiva pérdida o disminución de facultades o de salud inherentes a la edad no afecta a la aptitud de autogobierno. Ciertas previsiones serán necesarias, sin duda en estos casos, pero en relación a cuestiones de cuidado personal, la ayuda, el consejo, el seguimiento y tratamiento de salud.³⁰ Los mismos se pueden solucionar con el sistema de apoyos y salvaguardas previsto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad sin necesidad de incapacitar y reemplazar la voluntad del adulto mayor, mediante la complementación de un tercero.

Jurisprudencia

Analizaremos a continuación recientes casos jurisprudenciales para demostrar las problemáticas llegadas a los estrados judiciales y cómo los jueces las van resolviendo en base a las

²⁹ Di Tullio Bdassi, Rosana. *Op. cit.*

³⁰ Fernández Silvia y Krebs, María G. “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores ¿Autonomía regresiva? Necesidad de la graduación de la capacidad civil”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, septiembre de 2011.

nomas vigentes, pero muchas veces armonizando su interpretación en clave de derechos humanos.

Recientemente, en un fallo judicial se resolvió que:

Debe desestimarse la declaración de inhabilitación solicitada respecto de una persona anciana —en el caso de 90 años de edad— pues el hecho de que pretenda disponer de una suma considerable de dinero mensualmente para sus gastos no configura un acto absurdo en el manejo de sus negocios y finanzas, en tanto no es irracional que pretenda tener un *standard* de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades.³¹

En otro fallo se decidió que no corresponde la inhabilitación por prodigalidad cuando no se dilapidaron bienes, sino que se donó uno de los bienes a favor de uno de sus hijos para evitar los conflictos entre ellos. C:N CIV. Sala E, 2010/07/01. M. de R.G., C.M. Coincidimos con el comentarista del presente, Ignacio González Magaña, que el Instituto de la inhabilitación por prodigalidad del artículo 152 bis, fue puesto en miras de derechos sucesorios en expectativa, en protección de la familia, ya que si carece de cónyuge, ascendientes o descendientes no procede. Y deja a las personas de edad avanzada con pocas posibilidades de manejar sus bienes y luce anacrónico, ya que permite pujas judiciales para el manejo del interés familiar patrimonial en detrimento de la solidaridad familiar, que debería prevalecer en el núcleo social primario que debería ser la familia.³²

En otro fallo fundándose en el derecho a la vivienda, se

³¹ CCiv y Com. Junin, 22-092009: S.,L.F Aclarara

³² Mendez Costa, María Josefá. *Op. Cit.* Jurisprudencia anotada por Ignacio González Magaña. La prodigalidad como causal de inhabilitación en el derecho civil argentino.

ordenó la inclusión de una mujer octogenaria en su hogar, del que había sido expulsada por su hija para internarla en un geriátrico contra su voluntad, mientras se sustanciaba el juicio de insania.³³

En un reciente caso jurisprudencial se consideró la indignidad para suceder de un hijo en la sucesión de su madre por desentenderse de su suerte y no prestarle alimentos. Establece:

Corresponde declarar al hijo de la causante indigno de suceder en virtud del artículo 3.295 del *Código civil*, pues se encuentra acreditado el estado de demencia senil y económicamente penoso de su progenitora y el abandono por parte de aquél —en el caso, el sucesor se encontraba distanciado de su familia por más de veinte años—, quién guardó una actitud indolente, distante y desinteresada, privando a su madre no sólo de asistencia material, sino también de contención y afecto.³⁴

³³ “P., E. c/V., S. s/medias precautorias”, Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora, 26/2/2008. En la primera pericia se había determinado que la señora no padecía problemas.

³⁴ De salud que le impedían dirigir su persona y sus bienes. Se decidió: No ha de soslayarse el texto del art. 36 inc. 6° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el cual establece que “todas las personas de tercera edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia”, que se asegurará mediante la tutela judicial efectiva (conf. artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y en forma urgente, a fin de evitar un perjuicio irreparable (artículo 232 del C.P.C.C) se decidió la inclusión en la planta baja de su hogar. F.A.S y Otros c. F., A.A. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A. LL Patagonia 2009 Febrero 677 LL Patagonia 2009 (agosto) 947, con nota de Antonio Andrade, Cita On line: AR JUR 11969/2008.

En relación a su familia:

Es todavía más notable, desde la perspectiva solidaria, la dilatación de las obligaciones del abuelo en relación a los nietos. Si nos detenemos en la prestación alimentaria, pese a que nuestro *Código civil* prescribe en la norma del artículo 367 inc. 1° que ellos —los abuelos— tienen aparentemente, una obligación subsidiaria, que juega después de la exigibilidad de esa prestación a los padres, nosotros disintimos y en función de una interpretación sistémica y realista que privilegia la *Convención de los derechos del niño* (Adla, L-D, 3693) y su interés superior, entendemos que el beneficiario está legitimado, *per saltum*, para reclamárselos a los abuelos, que estando en mejor situación económica que los progenitores deben, personalmente y de modo principal y primero, actuar la solidaridad familiar en ese sentido.³⁵

Vale recordar también el caso “Franco”, en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 inc. 1° del Dec. ley 9020/78. Esta norma establece como casual de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, disponiendo una presunción *iure et de iure* de que quienes alcanza dicha edad se encuentran incapacitados para ejercer tales funciones. Consideró la Corte que dicha norma resulta arbitraria debido a su generalidad y a su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley por ser discriminatoria.

Un modo especial de violencia contra el anciano son las internaciones geriátricas cuando éstas pueden llegar a constituir un medio de violación de los derechos humanos: en

³⁵ Morello, Augusto M: “La senectud, de cara al derecho”, en: *La ley*, 2002.

el caso, un señor de 87 años fue internado en ausencia de su esposa contra su voluntad por su hijo en un geriátrico. El fallo resolvió: La doctrina muestra que

[...] diversas pueden ser las formas de manifestarse de violencia sobre el anciano: física, psíquica, económica, tanto por actos positivos como por la negligencia, el abandono, la falta de preocupación por sus necesidades, no tener en cuenta sus inquietudes, sus opiniones, en especial sobre quién lo va a cuidar —cuando está en condiciones mentales de decidirlo—, o presionarlo para que cambie de casa [...].

Ante tal panorama es necesario atender los signos que deben interpretarse para detectar la situación y actuar en consecuencia. La vejez posee su propia funcionalidad y los instrumentos necesarios para vivir una vida adecuada a su cronología en el plano físico, psíquico y social. Al ser despojado de su propio hábitat, coartando su libertad de decisión cuando son capaces de decidir, se transforman en víctimas de violencia que sufren las barreras impuestas a la aludida funcionalidad, que muchas veces no es reflejo de deficiencias reales. Resulta violatorio de los derechos inherentes a la persona humana el hecho de permanecer internado contra su propia voluntad cuando no surge elemento alguno que haga presumir su falta de capacidad para decidir en tal sentido, pues la circunstancia de encontrarse limitadas sus facultades físicas o intelectuales no es sino signo propio de los achaques de la edad que en modo alguno justifican el encierro, viviendo despojado de su entorno natural, de su contexto cotidiano y en este caso de su familia más próxima que es su esposa, limitándose el derecho a la felicidad de compartir los años que le restan en su compañía. Uno de los escenarios donde más vulneran los derechos es la institucionalización, que aunque se trata de una problemática que

afecta a todos los seres humanos sin distinción de edades, en la etapa de la ancianidad adquiere particular importancia debido a que la persona de edad avanzada tiene derecho a una “protección especial durante su ancianidad” como lo declara el *Protocolo de San Salvador* que es el *Protocolo adicional del Pacto de San José de Costa Rica* (artículo 17), con jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna. No se puede desconocer el derecho al domicilio. El canon constitucional del libre tránsito (artículo 14 bis, CN) avala la pauta de que siendo el domicilio uno de los atributos de la persona, toda variación de aquél debe ser, en principio, voluntaria. En el caso de los ancianos, la cronología no establece que carezcan del domicilio como derecho y del cambio de residencia como elección.

[...] Las residencias geriátricas son lo que su nombre indica, una residencia, y por lo tanto son los mismos ancianos quienes luego de evaluar la conveniencia de mudar temporal o definitivamente de residencia, pueden [...] elegir vivir en sus instalaciones, contratando directamente con el prestador. Esta mudanza no puede transformarse en una internación o un castigo que esgrimen parientes abusadores en sus amenazas contra los mayores. Las internaciones están limitadas a los enfermos físicos o psíquicos. En caso de duda sobre la capacidad de elección, la Justicia debe intervenir para evitar la trasgresión de los derechos humanos de los ancianos. Todo lo expuesto teniendo en cuenta que el mantenimiento de un domicilio de su elección debe ser la regla para el anciano, y la institucionalización la excepción [...].

El hombre de edad es un sujeto de derecho, razón por la cual rige sobre él una presunción jurídica básica: la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y —como

toda persona, a partir de los 21 años³⁶— de gozar de la facultad de ejercerlos plenamente. La excepción estaría dada cuando la persona mayor padezca alguna patología que impida o merme su juicio. En este caso, cualquier limitación sólo podrá ser admitida si es sometida a un delicado estudio médico, psicológico y jurídico que dé lugar a lo que en derecho se denomina juicio de insania. Los internados en residencias geriátricas, pese a tratarse de personas ancianas, no sufren por ello reducción en sus derechos individuales, por lo que no es justo que experimenten restricción de ningún tipo pues no existen incapacidades dispuestas por médicos ni por familiares, y si lo pretendieren, su actitud es contraria a la norma del artículo 140, CC, pudiendo asimismo hasta llegar a constituir el supuesto de privación ilegítima de la libertad. O sea que la incapacidad y la internación necesitan siempre inexcusablemente de orden judicial. El *Código civil* prevé la internación de los dementes o de quienes presenten alteraciones mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, sólo en los casos en que sea de temer que, usando de su libertad personal, se dañen a sí mismos o dañen a otros, precisando además en el artículo 482 que la internación no podrá durar más del tiempo necesario y que si se puede evitar no debe ordenarse. En el caso de marras, el anciano no ha sido internado por orden judicial. Él ha manifestado que permanece alojado en el geriátrico en contra de su voluntad siendo sus deseos volver a compartir su vida con su esposa en el hogar familiar común. Teniendo en cuenta la actitud desaprensiva del denunciado (que surge palmaria del informe labrado en autos), quien no ha demostrado interés alguno por los requerimientos de su progenitor, dejando que permanezca

³⁶ En la actualidad la mayoría de edad se adquiere a los 18 años a partir de la vigencia de la ley 26479.

alojado indefinidamente en un geriátrico sin velar por su bienestar conforme su deber moral y legal de asistencia para con los ascendientes, y teniendo presente que el anciano fue internado sin su consentimiento ni el de su esposa (quien se encontraba en Buenos Aires), los informes médicos y psicológicos, las manifestaciones del propio internado, y no habiéndose acreditado en estas actuaciones la existencia de demencia ni enfermedad mental o física que amerite la internación del enfermo en un instituto afín, es decir que, no habiendo incapacidad o demencia previamente verificada y declarada por juez competente, el tribunal se encuentra legitimado para adoptar las medidas que estime convenientes en el marco de las previsiones de la ley 9.283 16.242.³⁷ En otro precedente valioso emanado del Tribunal de Familia número Uno de Mar del Plata, que se rechazó la apertura del proceso de insania instaurado en “protección” de un adulto mayor, reemplazando la respuesta jurisdiccional por la designación de su cónyuge denunciante en calidad de curadora de los bienes, con expresas facultades para el cumplimiento de los actos jurídicos que requería realizar en pos de la tutela de los derechos de su esposo, en el caso la prosecución de la acción de amparo y su defensa judicial sin necesidad de dictar su interdicción.³⁸

Tendencias en derecho comparado

El derecho comparado nos brinda algunas alternativas protectorias diferenciadas de las figuras de incapacitación cu-

³⁷ Juz.2ª. Fam. Cba. 27/12/06. Auto N° 1127. “B.E.O. Ley Violencia Familiar 9283.

³⁸ Trib. Familia Mar del Plata n. 1,25/2/2011.- L.V.N s/Insania y curatela. Jueza Dra. Silvana

ratela y tutela: como la salvaguarda de la justicia en Francia. La asistencia en Alemania, a diferencia de la tutela, la asistencia no significa ninguna limitación para la capacidad de actuar, ni requiere que la persona padezca un estado patológico. El asistente puede ser nombrado a pedido de parte o de oficio, cuando una persona sufra algún impedimento físico o psíquico que le impida administrar sus negocios. El alcance de la asistencia puede ser amplio o limitado a algún asunto y puede preverse para la atención de la persona, para el cuidado de los bienes o para ambos. No será necesario designar un asistente si con anterioridad la persona nombró un apoderado. Se aplica conjuntamente con los poderes preventivos.

O el consejero de personas mayores en el Estado de Quebec en Canadá. Cuya aplicación podría tener lugar en nuestro país a través del otorgamiento de voluntades anticipadas o actos de autoprotección.

En España se prevé la autotutela y los poderes preventivos. Con la autotutela se puede designar a su propio tutor (o quien no desea que lo sea), establecer los órganos de control o fiscalización de la tutela, el modo de ejercitarla y toda otra disposición relativa a su persona o a sus bienes. Es conveniente nombrar tutores sustitutos para el caso que alguno no quiera o no pueda aceptar la tutela. En caso de incapacitación legal el juez debe preferir al designado por el incapaz.

Los poderes en previsión de la propia incapacidad³⁹ son un complemento de la autotutela. Dichos poderes no se extinguen si en los mismos se previó su continuidad a pesar de la incapacitación del otorgante. El presunto incapaz está legitimado a promover su propia incapacidad.

³⁹ Ley 41/2003 reforma al artículo 1.732.

Nuevas realidades sociales y prácticas notariales

Los actos de autoprotección

Juicio de capacidad y utilización de certificados médicos

Siguiendo al notario Luis Llorens podemos sostener que no surge de ninguna norma la obligación de consignar el juicio de capacidad y, menos aún, su falta de consignación instrumental acarrearía una nulidad o vicio del instrumento. Como consecuencia de la presunción de aptitud mental de las personas, contenida en las legislaciones, no hay razón para exigir que del instrumento público resulte el juicio que hace el notario acerca de la aptitud mental (discernimiento) del otorgante.

En segundo lugar, había que considerar que el informe de un médico psiquiatra o de un psicólogo de confianza del notario puede ser un elemento útil, que corrobore la experiencia del notario en el trato personal con el requirente, de igual manera que la pericia médica o psicológica que dictaminan una enfermedad mental son de principalísima utilidad —sin ser obligatorios los dictámenes⁴⁰— para el juez que tiene a su cargo un juicio de insania o inhabilitación.

Por tanto, en nuestra opinión, los dictámenes de profesionales de la salud, si bien no relevan al notario de sus obligaciones y demuestran las dificultades que éste tuvo para llevar adelante *su* juicio de valor, pueden llegar a ser

⁴⁰ Bien entendido que el dictamen no es obligatorio para el juez cuando determina la enfermedad (ej: autos: “F., R. D. Tribunal de la Familia Nro. 3 del Dpto. Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires. La ley Buenos Aires 2002, 1066). A la inversa, el juez no puede ordenar la apertura de un régimen de protección sin la prueba de la enfermedad pues sería contrario al art. 140 del *Código civil* argentino.

un elemento de muchísima utilidad del que corresponde se valga el autorizante del acto en la adopción de esta misma decisión valorativa propia.⁴¹

Tampoco surge de ninguna norma que deba negarse la actuación en caso de dudas, y más bien puede ser considerado un acto de discriminación.⁴² También sostenemos con el citado autor que la evaluación del discernimiento tiene que ser acorde con el acto que se pretende otorgar.

Sin duda, el notariado, debe agudizar su tarea, cuando se trata de establecer su juicio de discernimiento de las personas de edad avanzada, pero también con especial atención a los demás elementos del acto: intención y libertad para permitir el otorgamiento de actos jurídicos. La tarea es más que delicada, en principio estamos ante personas, con presunción de capacidad, sujetos plenos de derechos, a pesar de su edad avanzada, pero a su vez vulnerables de sufrir abusos de derechos, o lesión de los mismos o ser víctimas del delito de circunvencción de incapaces.⁴³

La audiencia personal, una o más, con la persona involucrada, preferente a solas se torna imprescindible. El asesoramiento, deberá ser más estricto de lo habitual y analizar en cada caso concreto, la situación de la persona, las características

⁴¹ Llorens, Luis Rogelio. “El notario ante la personas dis-discerniente”. Trabajo presentado en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana 2010.

⁴² Llorens, Luis Rogelio. I Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos. Buenos Aires 2010.

⁴³ *Código Penal* argentino. “Artículo 174. Sufrirá prisión de dos a seis años: inc. 2 El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

y oportunidad del negocio a realizar. Además balancear la ecuación, ya que negar directamente nuestra intervención por la edad avanzada de la persona o su dificultad de movilidad, puede entrañar, primero el incumplimiento de nuestro deber funcional y además significar un acto de discriminación.

Registración de las medidas protectorias

Otra dificultad que surge al operador jurídico es cómo conocer si el otorgante de un acto fue sometido a un proceso de determinación de su capacidad o de insania, si él mismo no nos informa de tal circunstancia, y no se trate de una incapacidad manifiesta.

Es muy común que declarada judicialmente la incapacidad o inhabilitación de una persona, se ordene la inhibición general de bienes a los fines de proteger su patrimonio.⁴⁴

Ello sumado a la obligación que tienen los notarios de solicitar certificados de dominio e inhibición con el fin de acreditar la libre disposición de los derechos a efectos de constituir, transferir y modificar derechos reales (artículo 23 de la ley 17.801) asegura el conocimiento únicamente para un acto dispositivo de bienes inmuebles o relacionado a una disposición de derechos.

El proyecto de *Código civil y comercial* establece en el artículo 43, en que se refiere a los apoyos. “La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas”.

⁴⁴ Hollman, Diego Ariel. Posteraro Sanchez, Leandro. “Intervención de incapaces e inhabilitados judiciales”. *R.N.* 954.

Quizás debería evaluarse un sistema de registración que asegure que ante cualquier acto, no sólo dispositivo, a realizar por una persona pueda consultarse un Registro Nacional, ágil, actualizado y de fácil acceso que contenga la información sobre medidas protectorias de las personas con algún tipo de discapacidad.

Actos de autoprotección

Aun cuando no exista una ley específica que los regule, el juego armónico de la constitución nacional, los tratados internacionales y los principios generales del derecho sustentan jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados “actos de autoprotección”, los cuales son cada vez más ampliamente reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Es el derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento.⁴⁵ Fue reconocido en prestigiosos fallos relacionados con el tema de salud y por primera vez especialmente tomado con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud.⁴⁶

⁴⁵ Llorens, Luis Rogelio. “El notario ante la personas dis-discerniente”. Trabajo presentado en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana 2010. Alicia, Beatriz y Llorens, Luis Rogelio. “Derecho de autoprotección”, en: *Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino*.

⁴⁶ Artículo 11 de la ley 26.529 “ 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

Estos actos nos permiten establecer directivas anticipadas sobre nuestra salud, designar un curador, manifestar nuestra voluntad sobre la administración y disposición de nuestros bienes, determinar disposiciones para nuestro cuidado personal ante una eventual incapacidad, otorgar poderes generales o específicos subsistentes y fijar los derechos personalísimos para el momento en que nuestra voz no pueda ser expresada.

Las directivas anticipadas en materia de salud y la designación del propio curador son entre otros casos donde están en juego derechos referidos a la vida, la salud y la dignidad del ser humano. Su existencia protege en forma preventiva al sujeto que lo otorga, pero también ayuda a los jueces, los médicos y los familiares en la toma de decisiones cuando deben pronunciarse sobre la vida, la salud o los bienes de otros.

La denominación “Derecho de autoprotección” fue propuesta por la delegación española en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en septiembre de 1998, en la ciudad de Veracruz, México. A esta figura también se la llama “testamento para la vida”, “testamento vital”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, “mandatos para la propia incapacidad”, “directivas anticipadas en materia de salud” y también podría llamarse “autocuratela”. Más allá de la discusión terminológica, en el ámbito notarial argentino el término más difundido es “acto de autoprotección”.

tendrán como inexistentes”. Fallo M. de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, AC. 85.627, “S.M. de C Insania 09/02/2005”). El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como “Caso M – Directivas anticipadas” del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

La validez de este acto encuentra indiscutible sustento en los derechos consagrados constitucionalmente, como son el derecho a la autonomía, a la intimidad, a la igualdad, a la libertad, a la dignidad, los que corresponden a cada persona.⁴⁷

Es inherente a todo ser humano su posibilidad de elegir y que el derecho respalde su elección, siendo éste el sustento de la validez jurídica de las directivas anticipadas o actos de autoprotección.

Registro de actos de autoprotección

En nuestro país, a partir del año 2004, se crearon los Registros de actos de autoprotección en el ámbito de los colegios notariales de las distintas provincias.

La provincia de Buenos Aires fue la primera en aprobar la creación del registro, dictar su reglamento y ponerlo en funcionamiento. Dicho registro se encuentra en vigencia desde el 1º de marzo de 2005 y en él se inscriben las escrituras públicas otorgadas en cualquier jurisdicción del país, por personas que, previniendo una eventual incapacidad, dejen en el citado documento instrucciones concernientes al tipo de tratamiento que desean recibir con respecto a su persona y/o bienes. Existen registros de actos de autoprotección en 21 de las 24 jurisdicciones notariales del país.

A partir de diciembre de 2009 funciona en la órbita del Consejo Federal del Notariado Argentino el Registro Nacional de Autoprotección, al que se deben comunicar todos los actos inscriptos en los registros del país. La finalidad del

⁴⁷ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis R. “Derecho de Autoprotección. Las Directivas anticipadas”, Buenos Aires, 2000. Y la ley 26.066 de trasplante de órganos y tejidos.

mismo es que ante una efectiva consulta, pueda conocerse todo acto inscripto en cualquier registro del país.

Consideramos de gran utilidad que todos los juzgados intervinientes en cuestiones a las que pueda interesar el contenido de los actos de autoprotección, consulten al registro sobre la existencia de los mismos.

La provincia del Chaco fue la primera en exigir su obligatoriedad. La ley 6.212 de dicha provincia⁴⁸ modifica el *Código de procedimientos* y establece la obligatoriedad de los jueces de solicitar informes al registro de actos de autoprotección dependiente del Colegio Notarial de la Provincia al iniciar todo proceso de incapacitación. Dentro de las reformas introducidas está la que regula que el proceso debe ser breve, que preferentemente se discierna al curador designado por el presunto discapacitado, y que se tome en cuenta todo lo establecido anticipadamente sobre la dirección de su persona y sus bienes en directivas anticipadas de autoprotección.

Actualmente y a través de la ley 14.154 de la Provincia de Buenos Aires se obtuvo reconocimiento legislativo al Registro creado en el Colegio de Escribanos a través de su incorporación en la ley 9.020 orgánica del notariado bonaerense y por la ley 14.334 se modifica el *Código de procedimientos* obligando a los juzgados que intervengan en juicio de insanias a solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección.

Para temas de salud las directivas anticipadas están expresamente reconocidas por las leyes 26.529 y 26.742, respecto de cuidados médicos que se desee recibir o no, tratamiento que desee recibir o no, destino de su cuerpo u órganos.

⁴⁸ Se promulgó el 1º de Octubre de 2008, se publicó el 8 de octubre y comenzó a regir el 1º de enero de 2009. Fue propuesta por la notaria Marta Bonfanti. En los distintos distritos notariales existen proyectos de similares características.

Existe un proyecto nacional de actos de autoprotección elaborado por el Consejo Federal Argentina, que se encuentra en trámite legislativo.

Las directivas anticipadas en el *Código civil y comercial* proyectado⁴⁹ en este momento en análisis: Se reconocen especialmente en materia de directivas de salud, se reconoce el nombramiento de curador y el mandato para la propia incapacidad, no se extiende a otras posibilidades de contenido.

Con el conocimiento de la existencia de una escritura de un acto de autoprotección, el juez tendrá un valioso instrumento, que garantice que la parte débil sea escuchada. Y es una forma que la persona mayor organice la forma de ejercer su libertad y autonomía, y establezca sus deseos y preferencia, respecto del lugar donde vivir y las compañías, la forma de administrar los bienes y en tanto no afecte derechos de terceros y el orden jurídico, ser aplicado para facilitar la tarea de jueces y asesores.⁵⁰

El asesoramiento notarial

El notario es principalmente un asesor familiar que puede coadyuvar para que la persona mayor que comience a sentirse vulnerable proyecte sus decisiones en diferentes aspectos de su vida: podrá asesorar para el otorgamiento de poderes preventivos y la redacción de actos de autoprotección donde se establezcan directivas de salud e interlocutor

⁴⁹ Proyecto de Código civil y Comercial elaborado por la Comisión designada por decreto del PEN 191/2001 elevado al Congreso de la Nación el 27/3/12

⁵⁰ Bonfanti, Marta Liliana E. “El derecho de autoprotección en la Provincia del Chaco”, en: *Revista Notarial*.

válido ante los equipos médicos y representante para tomar decisiones relativas a la salud del otorgante, y en especial para la exclusión de determinados familiares. Además a través de un acto de autoprotección una persona de mucha edad puede determinar cuáles de sus parientes prefiere, por ejemplo, para ocupar el cargo de curador o cuáles rechaza para el mismo. Y determinar las causas de dicha exclusión. O simplemente establecer, cuál es la persona que más conoce o está más cerca de sus necesidades o preferencias y sentimientos, en la que depositaría su preferencia para el cuidado de su persona y de sus bienes, o para servirle de apoyo, en caso de vulnerabilidad.⁵¹

Junto a actos más habituales en nuestras notarías como donaciones y testamentos, ante la vejez o frente a una eventual discapacidad, existen distintas figuras jurídicas que permiten la administración del patrimonio para que el mismo proporcione una renta que brinde sustento económico al anciano o persona con discapacidad, sistema que podrá ser diagramado por él mismo o por sus familiares. Y a estas figuras pueden ser los fideicomisos de administración, las rentas vitalicias o los créditos vitalicios con garantía hipotecaria.

Conclusiones

¿Qué podemos hacer? Interroga el título de este trabajo. ¡Qué difícil cuando nuestros requirentes de edad avanzada, en general sin familia o en malas relaciones con ella, nos plantean sus inquietudes y temores ante la incertidumbre de su futuro! Poco es la respuesta, pero poco siempre es mejor que nada.

⁵¹ Pierri, Paola y otros. “La autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad”, en: *Revista Notarial*.

Y por lo menos podemos dejar asentado en una escritura pública el lugar donde quiere vivir, con qué persona se siente más segura, en quien confía para que lo apoye, a quien deshecha para que tome decisiones en su nombre, cuáles son sus costumbres y hábitos que desea se mantengan, qué piensa respecto a temas importante de salud, qué destino preferiría para su cadáver y toda otra inquietud personal que sea de importancia para el otorgante, para dar a conocer con la mayor certeza posible sus deseos y preferencia.

Consideramos que los actos de autoprotección son una forma jurídica valiosa para organizar la autonomía e independencia de una persona mayor que se teme vulnerable, a través de ella se podrán establecer los deseos y preferencias, y las personas en que más confía para actuar como apoyo y redes de contención cuando todavía cuenta con discernimiento y competencia para ello.

Creemos que deben ser de aplicación en caso de dependencia o extrema vulnerabilidad sistemas de protección o proceso de determinación de apoyos (nombre otorgado en España en proyecto de modificación de *Código civil* y *Ley de enjuiciamiento*), basados en apoyos y salvaguardas, que deben tener las características de subsidiarios y proporcionados, que a modo de lo establecido por la *Convención de las personas con discapacidad* complementen a la personas en el ejercicio de sus derechos, que de ningún modo pueden declararse incapaces sin más por su edad avanzada y reemplazarse su voluntad por la otras personas con presidencia de su voluntad, deseos y preferencias. Para ello puede ser de gran valor lo que la persona dejó plasmado en directivas anticipadas.

Es muy importante en este sentido la tarea que puedan realizar las asociaciones civiles (como en nuestro país los centros de jubilados que se dedican a la promoción de beneficios y de actividades recreativas: estudio, salidas, vacaciones, etc.)

u otras asociaciones, o grupos parroquiales o religiosos, o reparticiones municipales, organizándose y formando redes que tengan en cuenta de especial manera a las personas mayores solas, sin familia, y de este modo podrían constituirse en los apoyos y contención necesarios, para la autonomía de las personas.

Afirmamos que son necesarias la eliminación de todas las barreras estructurales y jurídicas que impiden que las personas mayores puedan ejercer sus derechos, en igualdad de condiciones con todos los demás respetando sus especiales características.

Es indispensable que las personas mayores sean oídas y que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las cuestiones administrativas, judiciales o extrajudiciales que las atañan. Que nunca sean obligadas a fijar su residencia contra su voluntad o ingresar a asilos de ancianos o ser internados, sin su consentimiento. Que puedan gozar de sus bienes y que puedan incluso tener acceso al crédito.

La hipoteca inversa

Fernando Trueba Buenfil
Jorge Claudio Ibarrola Muro

FERNANDO TRUEBA BUENFIL
y JORGE CLAUDIO IBARROLA
MURO, notarios del Estado
de México.

Introducción

El aumento en la expectativa de vida ha tomado tintes espectaculares en el mundo, provocando el envejecimiento acelerado de la población. La estadística estima que para el año 2030 en Europa sólo habrá dos trabajadores por cada europeo mayor de 65 años. A principios del siglo XIX la esperanza de vida era de 30 a 40 años de vida; a mediados del siglo XX 65 años, en el siglo XXI es de 80 años en los países desarrollados. Por ejemplo en Japón es de 83 años. A esta realidad hay que añadir el fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento”, es decir el aumento de la población con edad superior a 80 años, fenómeno que se ha duplicado en solo veinte años.

El incremento en la media de vida de los adultos mayores no corre en forma paralela con una vejez que les permita una adecuada calidad de vida. Según el último censo de población, después de los 70 años de edad más del 10% de la población vive sola y el ingreso promedio de estos adultos mayores, en promedio, es 40% menor al de un jefe de familia menor de los 60 años.

Sin duda es un cambio demográfico de la mayor relevancia: dentro de quince años el número de adultos mayores será superior al de niños.

El aumento del número de integrantes de este sector de la población obliga a estudiar su situación de sobrevivencia, salud y recursos económicos y a proponer soluciones de apoyo. Esto conlleva un importante reto para las políticas públicas y su capacidad de ejecución así como para la sociedad en general. Resulta necesario crear y articular mecanismos que permitan a las personas mayores apoyos en áreas que les ayuden a solventar los problemas que enfrentan para lograr bienestar en la vejez. Arnoldo Kraus tiene razón cuando afirma: “Es imprescindible acoplar el valor y la utilidad del conocimiento en todas sus formas con objetivos éticos. La única vía para dignificar la vejez radica en empalmar conocimiento y ética”.

El envejecimiento de la población evidencia la creciente necesidad de establecer instrumentos financieros y jurídicos que ayuden al mejoramiento de la calidad de vida del adulto mayor, complementando sus ingresos derivados de la pensión que reciben, sin carga ni para el erario público ni para la sociedad.

Es sabido que la cobertura por parte del Estado de las contingencias propias de la vejez es insuficiente, por lo que se deben crear instrumentos que permitan a la persona acudir a su propio patrimonio, producto del ahorro de toda una vida, para obtener la autosatisfacción de sus necesidades.

En nuestro país la política de la vivienda social ha permitido que cada vez sea mayor el número de personas que se convierten en propietarios de una vivienda. Así, los adultos mayores propietarios que tienen una vivienda cuentan con la materia prima para poder convertir su patrimonio inmobiliario en recursos económicos que le proporcionen una mayor estabilidad y bienestar, convirtiendo ese patri-

monio inmobiliario en recursos líquidos, permitiéndole un ingreso extra periódico y seguro sin afectar el usufructuar vitaliciamente su vivienda, con el respaldo de ésta.

Los activos inmobiliarios representan una parte muy relevante —si no es la más importante— en el patrimonio de los adultos mayores. Por eso es imprescindible crear figuras jurídicas e instrumentos financieros que transformen esos activos en recursos líquidos complementarios a la pensión que percibe el adulto mayor y, con esto mejorar considerablemente su calidad de vida así como facilitarle afrontar los gastos imprevistos que de otra forma no pudiese resolver.

La figura financiera jurídica que permite lo anterior se ha denominado hipoteca inversa. Es un nuevo producto combinando la oferta comercial con una acción social indiscutible. Hasta ahora se ha olvidado a este segmento de la población arrumbándolo sin posibilidades más allá de su escuálida pensión que espera con ansia antes de cada fin de mes.

Frente al entorno económico en el que vive la sociedad globalizada todos saben que las pensiones son insuficientes y en la mayor parte de los casos cuando su percepción es el único ingreso de la persona, se reduce claramente su calidad o nivel de vida que puede mejorarse notoriamente con la aplicación de la hipoteca inversa.

Con esta modalidad del instituto jurídico de la hipoteca inversa, se ofrece al sector demográfico de la llamada tercera edad un instrumento más de protección, apoyo y ayuda que le brinda la oportunidad de ser autosuficiente e independiente hasta su fallecimiento sin convertirse en una carga económica para sus parientes o para la sociedad.

El negocio financiero y la adecuada protección del adulto mayor se logra con la reglamentación jurídica de esta nueva figura en nuestros ordenamientos legales. Esta nueva figura proporciona dentro de los límites legales alternativas

que pueden pactar las partes y que sin desvirtuarlo lo hacen más atractivo. Una de estas modalidades, es que, aunque lo normal resulta ser la voluntad del propietario pensionista para seguir viviendo en su casa, puede suceder que con el paso del tiempo, sobre todo si vive solo, ya no le sea posible seguir viviendo en su propia casa y opte por ir a una residencia de la tercera edad. En tal caso, a voluntad de las partes puede pactarse que, dado el caso, la vivienda pueda ser alquilada por el propietario con lo que tendría un ingreso mayor. Esto es lógico ya que en todo momento quien tiene la propiedad de la vivienda es el pensionista y con ello la disposición de la misma en los términos en los que se haya convenido el contrato de hipoteca inversa.

Haciendo una reflexión sobre el estatus de las personas de la tercera edad nos encontramos con que desde hace aproximadamente 15 o 20 años aumentan las personas mayores que viven en soledad aún cuando tengan familia. Este es un aspecto que debe ser tomando en consideración al momento de estipular las condiciones en las que se contrata la hipoteca inversa a fin de posibilitar el arrendamiento de la vivienda por parte del propietario como ya se dijo anteriormente.

Antecedentes

El origen de la hipoteca inversa como tal se encuentra en la tercera decena del siglo pasado en el Reino Unido mediante un negocio denominado *home equity reversion*; a partir de esa fecha se fue desarrollando y perfeccionando hasta el año de 1965, cuando adquiere sus características definitivas. En Gran Bretaña hay entidades especializadas que se dedican a este tipo de hipotecas y se calcula que hacia el año 2010 se formalizaron más de 35,000 operaciones. En los Estados

Unidos de América, se creó un programa federal denominado “Hipoteca de Conversión del Valor Acumulado de la Vivienda”. La administración federal de vivienda que forma parte de la administración pública federal del gobierno es la encargada de asegurar este tipo de hipotecas y es la autoridad reguladora de los extremos económicos del contrato. En este país las hipotecas se desarrollan a partir de 1989. Hacia el año 2008 se habían celebrado alrededor de 60,000 hipotecas. Este negocio todavía incipiente, ya está presente en Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Japón, Países Bajos, Noruega y Suecia.

La hipoteca inversa en el Estado de México

El día 7 de mayo del año en curso en el número 85 de la *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, se publicó el decreto número 87 de la legislatura del estado por medio de la cual se crea y establece legalmente la hipoteca inversa, reformándose el artículo 7.1124 adicionando el capítulo III bis denominado “De la hipoteca inversa del Título décimo quinto denominado de la hipoteca, del artículo 7.1144 bis al artículo 7.1144 undecies. De acuerdo con esta reforma y adición la hipoteca inversa es el gravamen que se constituye sobre un inmueble que es la vivienda habitual y propia del pensionista para garantizar el capital que se le concede por el pensionario para cubrir sus necesidades económicas de vida en los términos del capítulo adicionado.

Define al contrato de hipoteca inversa como “aquel por el cual el pensionario se obliga a pagar periódicamente en forma vitalicia al pensionista o a su beneficiario que deberá ser cónyuge, concubina o concubino de edad igual o superior a los 60 años, una cantidad de dinero predominada, que al pensionista garantizará a través de la hipoteca inversa” (art.

7.1144 TER. del C.C.). Así la hipoteca inversa consiste en un contrato accesorio que es la garantía real con un contrato principal. Este último es aquel por el cual el pensionista que puede ser una persona física o jurídica denominada “pensionario” se obliga a pagar periódicamente al pensionista y a su beneficiario con edades superiores a los 60 años, una cantidad de dinero predeterminada cuya recuperación se garantiza con la hipoteca denominada “inversa” sobre el inmueble que es la vivienda del pensionista sin que se despoje de su dominio ya que continuará en posesión y disfrute del mismo hasta su fallecimiento.

El mecanismo de esta figura jurídica permite a los herederos del pensionista al momento del óbito del mismo rescatar el derecho a la propiedad del inmueble afectado a la hipoteca pagando al pensionario el adeudo existente, o si no les interesa a ellos o no es posible este rescate, dejar que el mecanismo legal funcione para que el pensionario, en ejecución de la hipoteca se adjudique directamente o se venda en pública subasta el inmueble para aplicar al recurso así obtenido al pago del adeudo y si hubiere remanente entregarlo a los herederos.

Es importante señalar que el crédito no se otorga sobre el 100% del valor del inmueble, sino hasta un 80%. Esto de acuerdo a las condiciones de cada crédito, dependiendo fundamentalmente de la edad del deudor a través de cálculos actuariales. Es de considerarse que los inmuebles en el mayor de los casos, tienden a una plusvalía, lo que permite que al final quede alguna cantidad para los herederos.

Su naturaleza jurídica

La hipoteca inversa se conoce también como hipoteca pensión o pensión hipotecaria. Es un negocio por el que

un particular recibe una cantidad de dinero mensual que no queda obligado a devolver y que garantiza con su vivienda manteniendo propiedad, uso, goce y disfrute de la misma hasta el momento de su fallecimiento. La devolución del dinero entregado no queda a cargo del pensionista quien sin embargo, es parte en el negocio jurídico. La peculiaridad consiste en que la recuperación del capital y accesorios las puede obtener el pensionario ya sea mediante la entrega del dinero por el adeudo existente que haga el mismo pensionista o sus herederos o bien, en especie mediante la adjudicación de la vivienda dando por extinguido el adeudo. El pensionista como propietario que sigue siendo del inmueble puede no sólo continuar viviendo en él sino, incluso, disponer de la misma mediante testamento con cargas.

De acuerdo con lo anterior, el contrato en este negocio es doble. Por una parte es la pensión de renta temporal, y por otra, es la garantía de la misma con el contrato accesorio de hipoteca sobre la vivienda del pensionista. Esta hipoteca inversa participa de todas las características normales de la hipoteca que se contienen en los artículos 7.1097 a 7.1136 y 7.1145 al 7.1147 del *Código civil*.

Desde la óptica de la técnica jurídica la figura en cuestión es más conocida y adquiere relevancia por el contrato accesorio que conlleva y así, generalmente se le denomina “hipoteca inversa”. Con esta denominación ha adquirido carta de naturalización en varias naciones. Sin embargo, no debemos denominar a los contratos subsumiendo lo principal a lo accesorio. Si la hipoteca inversa es un negocio por el que un particular recibe por contrato una cantidad de dinero mensual durante el resto de su vida o durante el plazo convenido, éste resulta el contrato principal. Esas cantidades que se entregan no son a título gratuito o liberalidades. Se garantizan con la propiedad del inmueble

que habita el beneficiario de dichas cantidades de dinero. Esta garantía es el contrato accesorio. Es así un negocio formado por dos actos jurídicos.

Se encuentra en cercanía con otro contrato tipo que es el mutuo grantizado con hipoteca. Sin embargo no es tal acto jurídico si tomamos en consideración que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto (art. 7.655 del *Código Civil*). Vemos que aunque es el contrato tipo más cercano a la figura jurídica que se propone, no es aplicable a la misma ya que el contrato de mutuo crea obligaciones y derechos tanto al mutuante como al mutuuario, es decir, se obligan las partes recíprocamente resultando un contrato bilateral (art. 7.77 del *Código Civil*), aunque alguna parte de la doctrina estima que es un contrato unilateral.¹ En la figura bajo estudio el propietario del inmueble no tiene la intención ni asume la obligación de devolver las cantidades de dinero que se le entregan periódicamente puesto que dispondrá de ellas para su subsistencia, independientemente de que, y esto es optativo, los herederos del beneficiario rediman el adeudo con fondos propios en su oportunidad o aún que lo haga el propio pensionista. Esto es otro elemento aleatorio connatural a la figura a la que nos referimos y ajeno a la típica del mutuo.

Existe además otro instituto jurídico que se aproxima al que nos referimos que es el contrato de renta vitalicia

¹ *Vid.* Enneccerus y Lehmann. *Der. Oblig.* τ. II vol. 2. 1ª parte, n.º 142; Díez Picazo L. Guillón A. *Sistema de derecho civil.* vol. II, pp. 405-406. Philippe Malaurie. Laurent Aynés. *Cours de Droit Civil.* τ. VIII *Contrats spéciaux* p. 570). En México, legalmente es bilateral: Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano* τ. VI. Contratos vol. I. p. 561.

por el cual el pensionario se obliga a entregar al pensionista dinero o el dominio de un bien, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.

Por estas razones y aunque tenga la apariencia de una renta a término fijo, o en un su caso vitalicia, no se le puede considerar así.

Existen diversos países en donde a la figura en estudio se le denomina “pensión hipotecaria” o “pensión con hipoteca inversa” que estimamos traduce con mayor precisión las características mixtas de esta figura a la que podemos denominar utilizando la terminología de nuestro código “renta con hipoteca inversa”. Su ubicación dentro de la sistemática legal se encuentra en el Capítulo III bis del Título décimo quinto de libro séptimo, tercera parte del *Código civil*.

Clasificación

Siguiendo a la mayor parte de la doctrina de la teoría general del contrato, podemos decir que el instituto jurídico en estudio cabe clasificarse de la siguiente manera:

1. Es un contrato típico y bilateral en cuanto que está previsto en la ley y ambas partes asumen obligaciones recíprocas.
2. Es un contrato oneroso en cuanto que las partes estipulan prestaciones económicas.
3. Es un contrato aleatorio ya que aún cuando se establece un plazo determinado de duración, puede terminar antes en fecha incierta con el acontecimiento del hecho contingente de la muerte del pensionista que es lo que le da su carácter de aleatoriedad.
4. Es un contrato real en cuanto que se constituye un derecho real sobre el inmueble.

5. Es un contrato formal ya que debe externarse obligatoriamente en la forma prevista por la ley.
6. Es un contrato doble que conlleva un contrato principal y un contrato accesorio de garantía.
7. Es un contrato de tracto sucesivo en cuanto que las prestaciones a cargo de una de las partes en el contrato principal se tienen que hacer en forma diferida durante un lapso determinado.
8. Es un contrato *indifferens personae* en cuanto que se puede celebrar sin tomar en cuenta las condiciones personales que tengan las partes a excepción hecha de la edad requerida por la ley para la celebración del contrato.

Tratamiento fiscal

Con la finalidad de promover este instrumento jurídico-económico de claro y relevante beneficio social el legislador mexiquense ha propiciado con las reformas en los ordenamientos fiscales correspondientes que tanto la constitución de la hipoteca inversa como su ejecución se coloquen en espacios de excepción con tarifas minimalistas tanto en derecho de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, como en el pago del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles.

Los notarios públicos también han efectuado una reducción considerable en sus aranceles. De tal suerte que no representa un costo significativo ni oneroso para ninguna de las partes que intervienen en el contrato de hipoteca inversa y, en su caso, en su ejecución, sino que por el contrario su régimen fiscal es un aliciente para su celebración.

De la ejecución de la hipoteca inversa

Si la hipoteca inversa en el *Código civil* constituye en lenguaje metafórico el plato principal, la adición del procedimiento que en la vía no contenciosa se ha propuesto incluir en el *Código de procedimientos civiles* para ejecutar la hipoteca inversa en caso necesario, viene a ser el conjunto de “cubiertos” con los que se puede disponer de ese plato principal.

Se ha propuesto por los autores del presente artículo adicionar al *Código de procedimientos civiles* un pequeño capítulo dentro del Título único del Libro tercero denominado “Procedimientos judiciales no contenciosos”. Este nuevo procedimiento es claro, transparente, ágil y sin costos para quien lo intente. Le confiere al acreedor pensionario la opción de, utilizando el primer testimonio de la escritura pública en la que conste la constitución de la hipoteca inversa como título ejecutivo, adjudicarse el inmueble directamente en pago del adeudo extinguiéndolo totalmente o bien venderlo en pública subasta para que, dado el caso, recupere hasta por el monto del valor de la venta del inmueble el adeudo existente, extinguiéndolo en ese momento.

Esta adición ya se encuentra desahogando el procedimiento previo necesario para entrar a consideración del Poder Legislativo en próximos días. De esta manera como se dijo, el mecanismo completo de operatividad de la hipoteca inversa queda determinado y a disposición de pensionistas y pensionarios.

De la protección de los consumidores de hipotecas inversas

Siendo este producto financiero de nuevo cuño nos enfrentamos a una segura e inevitable serie de contingencias que van a presentarse en la práctica.

Es imprescindible que el solicitante de una hipoteca inversa siempre esté debidamente informado y orientado sobre qué es y cómo funciona esta pensión hipotecaria, sus alcances financieros y sus consecuencias finales.

Esto es de la mayor importancia ya que están involucrados en la hipoteca inversa muchas personas de edad avanzada que pueden obligarse de buena fe sin estar debidamente informadas o sin entender las consecuencias de comprometer su vivienda.

El grupo poblacional al que va dirigida esta nueva figura jurídica es más vulnerable a la influencia indebida, al engaño o al abuso financiero. La publicidad que se autorice en su momento para este producto financiero debe ser clara y concisa a fin de evitar en el público formado por personas de edad avanzada un entusiasmo fugaz que los impulse a contraer obligaciones que no fueron debidamente reflexionadas. Por ello, será necesario, que las instituciones financieras al abrir un expediente de hipoteca inversa impongan al solicitante mediante una notificación con lenguaje común cuáles son los alcances de la transacción financiera que desea celebrar así como sus efectos, para que pueda evaluar todas las alternativas y opte por la mejor solución para atender adecuadamente sus necesidades financieras.

Por disposición legal y naturaleza de la función que desempeña, el mejor consejero del solicitante es el notario público sobre quien recae la responsabilidad ética y legal de exponerle al futuro cliente todos los aspectos favorables o

no para él, en su caso particular, de la hipoteca inversa con todas sus implicaciones.

Se deben incluir dentro de las cláusulas del contrato en el que una parte es un profesional y la otra generalmente una persona de la tercera edad sin experiencia legal, cláusulas de protección. Entre estas últimas es conveniente que se incluyan tanto aquella que le conceda un período de “enfriamiento” de dos semanas de duración durante el cual esté en suspenso el inicio y ejecución del contrato, así como otra cláusula que le otorgue el derecho de rescindir el contrato en un período de tres días hábiles a partir de la fecha en la que lo haya celebrado, sin responsabilidad de su parte.

Esto va a ir creando un régimen de transparencia y protección al consumidor de las hipotecas inversas que resulta necesario para los fines de un sano desarrollo de la institución jurídica.

Ventajas

1. Permite incrementar los ingresos del deudor mejorando su nivel y calidad de vida, y para hacer frente a necesidades imprevistas que no pueden ser satisfechas con su pensión normal.
2. La propiedad del inmueble se mantiene a favor de su titular quien puede usarla habitándola mientras viva o rentándola con autorización del acreedor o pensionario, incluso disponer de ella por testamento.
3. Se transforma el patrimonio inmobiliario en efectivo permitiendo un ingreso adicional.
4. El tipo de pensión se estipula con un interés bajo.
5. No se requiere tener un cierto ingreso o capacidad económica para acceder a la hipoteca pensión.

6. No se pagan mensualidades por lo que no existe riesgo de perder la propiedad.
7. El acreedor o pensionario tiene ventajas fiscales importantes que hacen atractivo el negocio por su bajo costo.
8. Es útil y quizá la única forma de conseguir liquidez para personas que por su situación de edad, dependencia o falta de ingresos no tendrían otra posibilidad de obtener recursos para mejorar su calidad de vida.
9. Es una vía para transformar el patrimonio inmobiliario en dinero, de manera progresiva, y sin depender del título de propiedad, pues el propietario de la vivienda conserva la titularidad del mismo, constituyendo sólo un gravamen en garantía.

El futuro

En México no existe en el mercado financiero un producto como la hipoteca inversa.

La banca privada debe, como respuesta al crecimiento del sector de la población en edad avanzada, diseñar, inspirado en la experiencia del ámbito anglosajón y de la Europa continental desarrollar un nuevo “producto” o negocio bancario pensando en desarrollar un nuevo nicho de mercado o como un producto adicional para sus clientes adultos mayores, con una finalidad de apoyar a este importante y cada día más numeroso sector de la población. El instrumento legal ya está a su disposición.

Actualmente, en nuestro país, solamente se encuentra esta figura regulada mediante una legislación específica. Sin embargo, técnicamente es posible el celebrar una hipoteca inversa en cualquier parte de la República con base y fundamento en la autonomía de la voluntad ya que el contrato de crédito y la hipoteca específica no contendrían

cláusula alguna que fuere contraria al orden público, al interés social, o las buenas costumbres. En principio, como comenta García Maynez, la ley se aplica únicamente en el territorio sujeto a la soberanía del poder público que le da vida, sin embargo la celebración del contrato de la hipoteca inversa, en estados donde carece de reglamentación no generaría ningún conflicto de leyes en el espacio.

No obstante es sumamente importante la existencia de una legislación que la regule de una forma específica ya que eso se traduce en una forma de protección para el adulto mayor.

Las hipotecas inversas deben representar un producto financiero de gran utilidad para los adultos mayores ya que transforman su patrimonio inmobiliario en recursos líquidos, sin perder el derecho de disponer del usufructo vitalicio de la vivienda habitual. Sin embargo existen algunas barreras que obstaculizan su desarrollo, tales como la idea de la intención de transmitir en vida la vivienda a sus hijos, o el costo que pudiere representar su constitución, así como algunos otros de carácter psicológicos y el propio desconocimiento de esta figura por parte de los adultos mayores.

También por parte del pensionario se encuentran obstáculos, como el riesgo que presenta el caso de una longevidad superior a la media o estimada, la variación del precio de la vivienda y el riesgo de variación del tipo de interés.

El riesgo de una longevidad elevada es el más notorio e inmediato para el acreedor pensionario. Si el deudor permanece más tiempo del previsto en el contrato vivienda el riesgo de que la deuda acumulada, (capital más intereses) sobrepase el valor de la vivienda y se presentaría el impago de una parte del crédito.

Los valores de la vivienda a futuro no son previsibles al 100%, lo que significa un riesgo. Los cambios en el tipo

de interés pueden generar considerables variaciones futuras en el monto de la deuda con el consiguiente riesgo para el acreedor.

Entre nosotros, especial importancia tiene la llamada banca social: Infonavit, Fovissste, Fonapo y sus instancias estatales que deben sumarse al apoyo de los adultos mayores mediante el otorgamiento de hipotecas inversas.

Fuentes

- ALONSO, Javier *et al.* *Potencialidad del desarrollo de hipoteca inversa: el caso de Chile*. Madrid, spi, 2013.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Hener. *La hipoteca inversa*. Valladolid, Lex Nova, 2009.
- DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Guillón. *Sistema de derecho civil*. Madrid, Tecnos, 2001. T. II.
- ENNECCERUS, Ludwig, *et al.* *Tratado de derecho civil. Derechos y obligaciones*. Barcelona, Bosch, 1950.
- KRAUS, Arnoldo. “Vejez: consideraciones éticas”. *El Universal*, 27 de octubre de 2013.
- LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*. México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001.
- MALAUURIE, Philippe y Laurent Aynés. *Cours de Droit Civil. Contrats spéciaux*. París, Cujas, 2006.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “Hipoteca Inversa”, en: *Cuadernos de Derecho Registra*, Madrid, 2009.
- PACHECO LINAREZ, Nieves. La hipoteca Inversa: ventajas e inconvenientes para los consumidores. Universidad de Castilla-La Mancha-Cesco (www.uclm.es/cesco).
- REYES ARZATE, Berenice. “Propuesta de un modelo de Hipoteca Inversa sobre el valor del terreno de la Cd. de México”. Trabajo presentado para el XVII Premio de

- Investigación Sobre Seguros y Fianzas 2010.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*. México, Porrúa, 2006, T. IV.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro *et al.* *Diseño de hipotecas inversas en el mercado español*, en: Instituto de Mayores y Servicios Sociales, marzo de 2007.
- TAFFIN, Claude. “La hipoteca inversa o vitalicia”, en: *Boletín Económico de la Federación Hipotecaria Europea*.

Apéndice: dos documentos sobre la hipoteca inversa en el Estado de México (*Gaceta de Gobierno del Estado de México*, 7 de mayo de 2013)

CC. DIPUTADOS SECRETARIOS
DE LA H. LVIII LEGISLATURA
DEL ESTADO DE MÉXICO
PRESENTE

Doctor Eruviel Ávila Villegas, Gobernador Constitucional del Estado de México, en ejercicio de las facultades que me confieren los artículos 51, fracción I y 77, fracción v de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México me permito someter a la consideración de esa H. Legislatura por el digno conducto de ustedes la presente iniciativa de reformas y adiciones al Código Civil del Estado de México y Municipios y al Código Financiero del Estado de México y Municipios conforme a la siguiente:

El promedio de edad o expectativa de vida en la población adulta ha experimentado en los últimos años un incremento notable y, en consecuencia, el sector de la población integrado por personas mayores cada vez es más nutrido. Este sector pasa a ser parte de la población con discapacidad relativa; además, la mayor parte de sus integrantes carecen de ingresos económicos suficientes para cubrir sus necesidades dignamente y que les permita vivir esta parte de sus vidas con tranquilidad. Por otra parte, la política de vivienda social de los últimos gobiernos ha permitido aumentar considerablemente la oferta de viviendas para personas que sean de clase media y asalariados, a través de los programas específicos que llevan a cabo organismos federales y estatales. Como consecuencia, cada vez es mayor el número de personas que ven transformada su situación de vivienda pasando de arrendatarios a propietarios.

En congruencia con lo anterior, el Gobierno del Estado de México impulsa acciones que buscan atender las necesidades en materia social de su población. En este sentido, el Plan de Desarrollo del Estado de México 2011-2017, publicado en el periódico oficial *Gaceta del Gobierno* el 13 de marzo de 2012 ha establecido el pilar denominado “Gobierno Solidario”, donde se contempla la atención a “grupos en situación de vulnerabilidad”. Se precisa que la política social debe brindar un énfasis particular a los sectores de la población que por sus características requieren una atención focalizada para facilitar que accedan a las oportunidades que generan movilidad social y desarrollo humano, entre estos grupos se puede considerar a los adultos mayores y viudas, así un gobierno solidario debe atender de manera ineludible y efectiva dichas necesidades.

Por lo anterior, se propone la figura denominada “hipo-

teca inversa” o también “pensión hipotecaria”, que a diferencia de la hipoteca normal en la que se recibe dinero mediante un crédito que se garantiza con un gravamen sobre la vivienda, con esta figura se recibe en plazos un capital que se garantiza con una vivienda ya adquirida, permitiendo la continuación de la habitación al propietario acreditado hasta su fallecimiento, momento en el que los herederos pueden optar por pagar el préstamo y recuperar el inmueble o bien no hacerlo, y la parte acreditante ejecutará la garantía, ya sea aplicándose en plena propiedad en inmueble o procediendo a su venta, satisfaciendo la deuda y, en caso de remanente, entregarlo a los herederos.

De esta manera, puede concebirse esta figura como un negocio por el que un particular recibe el valor convencional asignado a su vivienda en forma mensual, manteniendo el uso y disfrute personal hasta su fallecimiento. Como limitantes de orden material se deben tomar en consideración tanto la tasación de la vivienda, como la edad mínima para poder celebrar dicho negocio.

Esta nueva figura también ofrece la posibilidad de realizar acciones colaterales que la puedan fortalecer, con cargo a las pensiones mensuales que puedan pactarse y recibirse por un tiempo determinado o hasta completar el valor convencional de la vivienda, se puede contratar un seguro de vida que garantice a la parte acreedora el pago del adeudo a fin de tener un mayor incentivo económico.

Con esta modalidad se ofrece al sector demográfico de tercera edad otro instrumento de protección, apoyo y ayuda que le brinda la oportunidad de ser autosuficiente e independiente hasta su fallecimiento, sin que representen de alguna manera una carga económica para sus familiares o para la sociedad. En el caso de pensionados, debemos considerar que, en las circunstancias actuales, esta prestación es insuficiente.

Ahora bien, a guisa de ejemplo y con la intención de precisar si tomamos en consideración que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero al mutuuario, quien se impone a devolver otro tanto (art. 7.655 del Código Civil), vemos que aunque es el contrato tipo más cercano a la figura jurídica que se propone no es aplicable a la misma, ya que el contrato de mutuo crea obligaciones y derechos tanto al mutuante como al mutuuario; es decir, se obligan la partes recíprocamente resultando un contrato bilateral (art. 7.77 del Código Civil). En esta figura jurídica el propietario del inmueble no tiene la intención ni asume la obligación de devolver las cantidades de dinero que se le entregan periódicamente puesto que dispondrá de ellas para su subsistencia, de manera optativa, los herederos del beneficiario, pueden absorber el adeudo con fondos propios en su oportunidad.

Por lo anterior, estimando los elementos que integran esta figura jurídica, utilizando la terminología de nuestro Código Civil, podemos denominar “renta con hipoteca inversa”.

En estricta observancia a los artículos 80 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México este instrumento se encuentra debidamente refrendado por el maestro Efrén Rojas Dávila, Secretario General de Gobierno del Estado de México.

Por lo anteriormente expuesto, someto a la alta consideración de esa H. Legislatura, por el digno conducto de ustedes, la presente iniciativa a fin de que si lo estiman procedente se apruebe en sus términos.

Reitero a ustedes las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

Gobernador Constitucional del Estado de Mexico
Doctor Eruviel Ávila Villegas

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO

Eruviel Ávila Villegas, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, a sus habitantes sabed: Que la Legislatura del Estado, ha tenido a bien aprobar lo siguiente:

DECRETO NÚMERO 87

LA H. LVIII LEGISLATURA DEL ESTADO DE MÉXICO

DECRETA:

Artículo primero. Se reforma el artículo 7.1124, se adiciona un Capitulo III Bis denominado DE LA HIPOTECA INVERSA del Título Décimoquinto denominado DE LA HIPOTECA, del artículo 7.1144 Bis al artículo 7.1144 Undecies del Código Civil del Estado de México, para quedar como sigue:

Clases de hipoteca

Artículo 7.1124. La hipoteca puede ser voluntaria, necesaria o inversa.

Capitulo III bis

De la hipoteca inversa

Concepto de la hipoteca inversa

Artículo 7.1144 Bis. Es la que se constituye sobre un inmueble que es la vivienda habitual y propia del pensionista para garantizar el capital que se le concede por el pensionario, para cubrir sus necesidades económicas de vida, en los

términos de este Capítulo.

Contrato de hipoteca inversa

Artículo 7.1144 Ter. Es aquel por el cual el pensionario se obliga a pagar periódicamente y en forma vitalicia al pensionista o a sus beneficiarios que deberá ser su cónyuge, concubina, concubino o concubinario de edad igual o superior a los 60 años, una cantidad de dinero determinada, que el pensionista garantizará a través de la hipoteca inversa, en los términos de este Capítulo.

Autorizados para otorgar la hipoteca inversa

Artículo 7.1144 Quater. Están autorizadas para otorgar la hipoteca inversa las instituciones privadas, sociales, las personas físicas y las instituciones públicas, siempre que cuenten con facultades para ello.

El costo de dicho avalúo será cubierto por el pensionario y deberá actualizarse periódicamente para estar acorde con la plusvalía que el bien adquiera con el tiempo.

Términos de la contratación

Artículo 7.1144 Quinqués. La determinación de la hipoteca inversa se realizará previo avalúo de Institución debidamente facultada, que considere el valor comercial de mercado del inmueble que deberá actualizarse cada 2 años para estar acorde con la plusvalía que el bien adquiere con el tiempo.

El costo de dicho avalúo será cubierto por el pensionario.

El contrato de hipoteca inversa, además de lo pactado, estará sujeto a lo siguiente:

- i. Que la cantidad pactada entre pensionario y pensionista sea suficiente para que éste último cubra sus necesidades básicas;
- ii. Que el solicitante a los beneficiarios que él designe sean personas de edad igual o superior a los 60 años;
- iii. El tutor, siempre que se encuentre en los supuestos señalados en el presente capítulo, podrá, con autorización judicial, constituir hipoteca inversa para garantizar un crédito otorgado a favor de su pupilo menor o incapaz;
- iv. Que el pensionista disponga del importe del préstamo conforme a los plazos que correspondan a las disposiciones periódicas mediante las cuales el pensionista accederá al importe objeto de la hipoteca inversa,
- v. Las personas que recibirán los pagos periódicos a que hace referencia el Artículo 7.1144 Ter;
- vi. Las condiciones que se establezcan, en su caso, para atender lo dispuesto en el artículo 7.1144 sexies;
- viii. Que la deuda sólo sea exigible por el pensionario y la garantía ejecutable cuando fallezca el pensionista y el beneficiario si lo hubiere, respetando el plazo que le concede la fracción II del artículo 7.144 sexies respecto a la amortización de la deuda;
- viii. El pensionista podrá realizar pago total o parcial anticipado sin penalización alguna;
- ix. El pensionista habitará vitaliciamente el inmueble hi-

potecado, no obstante, el pensionista podrá arrendar de manera parcial o total el inmueble hipotecado, siempre y cuando, cuente con la autorización expresa del pensionario y los términos y condiciones del arrendamiento se establezcan en el contrato correspondiente, sin afecta la naturaleza propia de la hipoteca inversa;

- x. Los intereses que se generen por el capital serán solamente sobre las cantidades dispuestas por el pensionista;
- xi. Que en el contrato se incluyan las especificaciones del incremento anual que tendrá la pensión, de acuerdo con las condiciones del mercado y el valor del inmueble.

Lineamientos de las amortizaciones

Artículo 7.1144 Sexies. La amortización del capital se sujetará a las siguientes normas:

- i. Cuando fallezca el pensionista y su beneficiario, en caso de haberlo, sus herederos podrán abonar al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido, sin compensación por la cancelación del gravamen y pago del adeudo;
- ii. En el supuesto de la fracción anterior, los herederos del pensionista podrán optar por no pagar el adeudo existente y vencido. Transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista sin efectuarse el pago, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta.

Transmisión del bien hipotecado

Artículo 7.1144 Septies. El inmueble hipotecado no podrá ser transmitido por acto *inter vivos* sin el consentimiento previo del pensionario. El incumplimiento de esta obligación le conferirá el derecho de declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha, a menos que se sustituya la garantía en forma bastante e igual a la anterior en un plazo de seis meses.

Extinción de la hipoteca inversa

Artículo 7.1144 Octies. Cuando se extinga el capital pactado y los herederos del pensionista decidan no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el pensionario podrá obtener recobro hasta donde alcance el bien hipotecado.

Rescisión de la hipoteca inversa

Artículo 7.1144 Nonies. En caso de incumplimiento del pensionario en las ministraciones pactadas, el pensionista estará en condiciones de solicitar la rescisión del contrato y exigir el pago de los daños y perjuicios, o en su caso, el pago de la pena pactada. Además se tendrá la deuda como liquidada y no generará más interés; debiendo el pensionario liberar a su costa el gravamen correspondiente. Para el caso de que se constituya una nueva hipoteca inversa sobre el mismo inmueble, ésta tendrá prelación respecto de la anterior.

Supletoriedad

Artículo 7.1144 Decies. En lo no previsto en este Código, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable.

Artículo 7.1144 Undecies. No serán de aplicación para la hipoteca inversa los artículos 7.1112, 7.1113 y 7.1114 de este Código.

Artículo segundo. Se adiciona la facción IV al artículo 90 Ter del Código Financiero del Estado de México y Municipios, para quedar como sigue:

Artículo 90 Ter.

i. a iii. ...

iv. Por las inscripciones relativas a la hipoteca inversa, se pagarán los siguientes derechos:

a) Por la inscripción \$ 60.00

b) Por la cancelación de inscripción \$ 60.00

c) Por la inscripción de documentos relativos a la transmisión de la propiedad por \$ 1,451.00 adjudicación de bienes inmuebles garantizados con una hipoteca inversa.

Transitorios

Artículo primero. Publíquese el presente Decreto en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno”.

Artículo segundo. El Gobierno del Estado de México vigilará, de ser el caso, que los contratos de adhesión cumplan con la normatividad en vigente.

Artículo tercero. Este Decreto entrará en vigor a los 60 días de su publicación en el Periódico Oficial *Gaceta del Gobierno*.

Lo tendrá entendido el Gobernador del Estado, haciendo que se publique y se cumpla.

Dado en el Palacio del Poder Legislativo, en la ciudad de Toluca de Lerdo, capital del Estado de México, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil trece. Presidente. Dip. Marco Antonio Rodríguez Hurtado. Secretarios. Dip. Alfonso Guillermo Bravo Álvarez Malo. Dip. Juan Abad de Jesús. Dip. Fernando García Enríquez. Rúbricas.

Por tanto, mando se publique, circule, observe y se le dé el debido cumplimiento.

Toluca de Lerdo, México, a 7 de mayo de 2013

El Gobernador Constitucional del Estado de México
Dr. Eruviel Ávila Villegas
(Rúbrica)

El Secretario General de Gobierno
Mtro. Efren Rojas Dávila
(Rúbrica)

Seguridad del mercado inmobiliario

Wolfgang Ott

WOLFGANG OTT, notario de Munich, Alemania. Ponencia del notariado alemán en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Lima, Perú, en octubre de 2013.

I. La seguridad jurídica

I. 1. Los valores jurídicos fundamentales

Los valores jurídicos fundamentales, tal y como nosotros los entendemos y como nos conciernen para el tema que nos ocupa, son la seguridad en el tráfico jurídico y la fiabilidad de las instituciones involucradas en sus respectivos procedimientos.

I. 2. La necesidad de certeza y seguridad jurídicas

Para aquellos que participan en el tráfico jurídico, y en particular los que lo hacen en el mercado inmobiliario, es de suma importancia que los actos jurídicos relacionados con la compra y venta de inmuebles se lleven a cabo de la forma más segura, correcta y rápida posible.

La seguridad jurídica es un requisito indispensable para los que invierten en el mercado inmobiliario.

I. 3. La seguridad jurídica y el notariado latino

El notariado latino es el instrumento ideal y mejor capacitado para garantizar la seguridad jurídica.

El notario como institución independiente, que no representa a ninguna de las partes, sino que debe velar por los intereses de todos los implicados en el acto jurídico, es la persona mejor capacitada para ejercer de mediador en aras de encontrar un denominador común para los intereses más dispares. Con él se puede elaborar un acuerdo equitativo para todas las partes implicadas a un precio asequible con la ayuda de un único profesional del derecho, sin necesidad de recurrir a otros profesionales, como es el caso en el sistema anglosajón.

I. 4. La seguridad jurídica como elemento indispensable para el desarrollo del mercado inmobiliario y la competitividad de un país

Sin seguridad jurídica no es posible garantizar el buen funcionamiento de los mercados inmobiliarios ni lograr un desarrollo económico sostenible y decente. Dicho de otro modo: la seguridad jurídica es el único camino que conduce a la prosperidad económica.

El mercado inmobiliario es uno de los mercados en los que se invierten grandes sumas de dinero, por lo que no puede funcionar sin la seguridad jurídica adecuada. La mejor forma de garantizar dicha seguridad jurídica es crear un sistema eficaz basado en el sistema latino que esté unido a un sistema de registro de la propiedad integral y fiable.

Si en el mercado inmobiliario no hay seguridad jurídica, el país no puede tener un desarrollo económico razonable.

¿Qué compañía invertiría y abriría una filial o una fábrica en un país en el que no se pueda garantizar la adquisición de bienes raíces ni asegurar y demostrar la continuidad del negocio mediante su respectivo registro en un registro público?¹

¹ Cfr. Didier Nourissat, Coordinateur de la Commission Titrement

II. El notario

II. 1. Su función como profesional de la seguridad jurídica

En conformidad con la definición estipulada en el artículo 1 del *Reglamento notarial federal*, el notario ejerce un cargo público de forma independiente. De acuerdo con el artículo 2 de dicho reglamento, la profesión de notario no constituye ningún negocio.

En Alemania, el notario es lo que llaman un “*beliehener Untermehmer*”, es decir, un empresario al que, como titular independiente de un cargo público, se le otorga la facultad soberana que él ejerce de forma independiente, sin por ello ser equiparable a un profesional autónomo.² Obviamente, éste está sujeto al control del Estado en la medida en que debe acatar los límites y las leyes impuestas por el mismo. Dicho control se lleva a cabo regularmente por las autoridades supervisoras y judiciales, por lo que se garantiza que los notarios realizan su labor acatando la ley y de forma concienzuda.

II. 2. Su aportación al mercado inmobiliario

La aportación del notario al mercado inmobiliario se plasma en diversas funciones importantes:

- a) Mediante la elaboración de contratos de compraventa de inmuebles, el notario contribuye a la redacción correcta y equilibrada de las voluntades de las partes en un acto jurídico.
- b) Mediante la escritura crea un documento provisto de una

au Conseil Supérieur du Notariat in apf.francophonie.org/spip.php?article1443

² Cfr. Frenz in Eylmann/Vaasen de la *Ley federal del notariado (Bundesnotarordnung)* artículo 2º Nº marginal 10 ss.

evidencia específica. Es de suponer que el contenido de la escritura es veraz y que las declaraciones de las partes han sido expuestas tal y como consta en la escritura.

- c) Mediante las acciones antes mencionadas, el notario también sirve de filtro de acceso para los documentos a los registros públicos. Únicamente se pueden presentar ante el registro aquellos documentos que hayan sido documentados por un notario o en los que se haya compulsado al menos las firmas de las partes.³

Además, la ley⁴ le confiere al notario el derecho y el poder para presentar todas las solicitudes ante el registro en nombre de las partes, así como de formular sus propias solicitudes.

Las partes conservan su derecho a presentar solicitudes, no obstante únicamente pueden ejercer dicho derecho en base a las escrituras del notario previamente mencionadas.

En la práctica, este “filtro” cobra mucha importancia ya que disminuye el trabajo de los tribunales de registro y agilizar los trámites.

Generalmente, las partes no son capaces de formular sus alegaciones y solicitudes de forma correcta, por lo que, de no existir la figura de un notario que resuma, clasifique y presente toda la documentación de forma clara y comprensible ante el registro de la propiedad, éste se llenaría de un sinfín de papeles y documentos.

³ Cfr. p. e. artículo 29 de la *Ordenanza hipotecaria alemana*.

⁴ Vid p.e. artículo 15 de la *Ordenanza hipotecaria alemana (Grundbuchordnung)*.

II. 3. La función notarial generadora de confianza social, su contribución al desarrollo jurídico y al desarrollo económico sostenible

El notariado latino es la piedra angular que garantiza la seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico, ya que, cuando interviene un notario, la población tiene la certeza de que sus asuntos están en buenas manos.

No obstante, esto sólo puede funcionar si el notariado es capaz de cumplir las altas expectativas que se le exigen, y de garantizar su cumplimiento de forma sostenible, ya sea mediante inspecciones jerárquicas, formación avanzada para notarios o similares, de manera que pueda asegurar en todo momento los estándares de calidad del notariado.

Sin embargo, contrariamente a lo que exponen algunos defensores del sistema anglosajón, el papel del notariado no es sólo de carácter estático, es decir, su labor no se basa en “frenar” trámites. Todo lo contrario: el notario es una de las fuerzas motrices de la evolución jurídica, pues detecta de inmediato y en primera instancia las posibles carencias con respecto al desarrollo del derecho, ya sea a través de procedimientos legislativos o de sentencias judiciales. A menudo el notariado por sí mismo es una medida para impulsar la evolución jurídica ya que establece normas para determinados tipos de contrato. Por ejemplo, en Alemania, la iniciativa para mejorar y elaborar contratos de promotores urbanísticos más seguros fue promovida por los notarios, que exigían que se cumplieran ciertos requisitos estándar, reivindicación con la que lograron imponerse.⁵

En estas cuestiones cobran especial importancia los colegios oficiales de notarios, cuya tarea es precisamente introducir este tipo de normas a través de sus directrices.

⁵ Vid. en *Kanzleiter* en 50 Jahre BNotK 1961 hasta 2011, DNotZ-Sonderheft 2011, p. 89 ss.

Eso es lo que hizo reaccionar a las autoridades legisladoras, que a raíz de ello aprobaron un reglamento aplicable a los agentes inmobiliarios y promotores (la llamada *Makler-und Bauträgerverordnung*).⁶ Dicho reglamento ha estado sometido a diversos cambios y ampliaciones, a menudo impulsadas por los mismos notariados con el fin de fomentar la protección del consumidor.⁷

A tal fin, es necesario que los notariados de los distintos estados federados tengan acceso a los responsables políticos y a sus decisiones a través de sus organizaciones profesionales. A la inversa, también requiere que los responsables políticos impliquen a los notariados en las decisiones a tomar en las áreas que les incumben.

En Alemania, por ejemplo, el colegio oficial de notarios tiene voz y voto en los proyectos legislativos que afectan a las áreas en las que se desarrolla la labor notarial, por lo que puede exponer sus propuestas o sugerencias, o bien rechazar o modificar los proyectos ya durante el proceso legislativo.

El que el trabajo conjunto entre la política y el notariado esté basado en la confianza es por tanto de suma importancia. Un notariado cuyo trabajo sea altamente cualitativo siempre será considerado por parte del poder legislativo de un país como un interlocutor equitativo y como un ente experto en el proceso legislativo.

Gracias a su aportación a la evolución jurídica y al valor que le concede la opinión pública, quien confía en su labor, el notariado contribuye de forma significativa al desarrollo económico del país. El desarrollo económico de un país únicamente es factible cuando se sientan unas bases jurídicas estables.

⁶ Makler-und Bauträgerverordnung v. 20.06.1974, BGBl. 1974 I.

⁷ Cfr. con *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7ª edición. 2012, nº marginal 81.

Y ello requiere que el poder legislativo de un país le otorgue al notariado las funciones convenientes. A través de ellas, el notariado podrá contrarrestar posibles exageraciones y evitar que se formen burbujas financieras.

Me atrevo a afirmar que, si los Estados Unidos de América tuvieran un notariado latino, no habría estallado la burbuja inmobiliaria y crediticia en el año 2007 con sus nefastas consecuencias para la economía mundial. Porque en ese caso no habría sido posible agrupar pólizas de crédito —supuestamente acordadas verbalmente— ni dudosas “hipotecas” a la americana (para inmuebles que ni siquiera habían sido comprobados debidamente) en paquetes de créditos para después venderlos como valores negociables a escala global.

En presencia del notariado, dichos valores al menos hubieran estado basados en préstamos garantizados y créditos reales.⁸

II. 4. La influencia de la globalización y la nueva economía mundial

Después de la caída de la “cortina de acero” en el año 1989, la economía mundial ha logrado un desarrollo dinámico a nivel internacional sin precedentes, creando un engranaje cada vez mayor entre los flujos económicos y comerciales a escala global. Esto también ha incrementado el número de contratos internacionales y de inversiones de operadores extranjeros en los respectivos países.

En el marco de la globalización, ambos sistemas jurídicos, el continental europeo con raíces romano-germanas por una parte, y el sistema anglosajón por otra, entran a menudo en conflicto, un choque que supone varios problemas en la práctica. Valga de ejemplo el uso de los poderes de un sis-

⁸ Cfr. Shiller, *The Subprime Solution*, pág. 133 ss.

tema en el otro, especialmente los poderes que provienen del sistema anglosajón y se utilizan en el notariado latino.

En aras de proteger a las partes, el derecho continental europeo y por consiguiente, el derecho latinoamericano, exige con razón ciertos requisitos con respecto al contenido de un poder, así como al cumplimiento de diversas formalidades. Dichas formalidades no existen per se, sino que su finalidad es garantizar que los poderes realmente hayan sido otorgados de la forma que se expone y por las personas que constan en los mismos.⁹

La mejor forma de hacerlo es a través de un poder notarial. Como en el ámbito jurisdiccional anglosajón no existe un poder notarial como tal, o en todo caso no como se lo imagina el notariado latino, es complicado encontrar las normas adecuadas para reconocer los poderes del sistema anglosajón.

Resulta sorprendente que este alto nivel de seguridad jurídica sea calificado desde el ámbito anglosajón como una “actitud de bloqueo” por parte del notariado latino, lo que, según sus reivindicaciones, sería razón suficiente para su abolición.

Precisamente exigen una solución para el problema los mismos que lo han originado. Solucionar el problema de la forma que se ha expuesto únicamente puede conllevar un incremento de los costes del asesoramiento jurídico en el ámbito continental europeo, que bien podrían alcanzar los precios actuales en los Estados Unidos, que ya suponen el 2.5% del producto nacional bruto del país.

Puede que este sea el futuro deseado por algunos de los grandes bufetes anglosajones, no obstante, en mi opinión, no ayudará al desarrollo económico o jurídico de los países

⁹ Para ver la situación en la Unión Europea, compárese con *Kohler und Buschbaum*, IPRax 2010,313.

afectados, ni tendrán ningún efecto positivo para la población, sino que empeorará su situación de forma catastrófica.

II. 5. El notario ejerce control de la legalidad, propicia la seguridad y certeza jurídicas

En aras de lograr los objetivos anteriormente nombrados, el notario de raíces latinas, no ejerce únicamente una función formal, es decir, no sólo sirve para sellar documentos y verificar la autenticidad de las firmas, sino que su función además es principalmente activa, ya que es él mismo quien debe redactar el texto del acto jurídico o bien revisar la legalidad de los textos ya redactados.

En este sentido, el notario ejerce de órgano de la llamada justicia preventiva, es decir, previamente del acto jurídico se verifica de forma neutral si dicho acto es legal, de forma que se reducen las probabilidades de que éste derive posteriormente en un conflicto judicial a resolver en los tribunales. De este modo, el notario alivia por una parte la carga de trabajo de los tribunales y crea seguridad jurídica para las partes implicadas en el contrato.

II. 6. El notariado promotor de nuevas instituciones jurídicas

Además del desarrollo previamente expuesto del derecho material, el notario puede y debería también controlar y en caso necesario crear nuevas instituciones jurídicas. Siguiendo esta premisa, se fundó hace unos años el Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes (*Schiedsgerichtshof Deutscher Notare –SGH*), que ofrece a las partes sus servicios como tribunal arbitral definido en el contrato y se rige por un principio de aleatoriedad.¹⁰

En el pasado, el notariado también se ha encargado de

¹⁰ www.dnotv.de/Schiedsgerichtshof.

instaurar en los tribunales salas especiales para el derecho profesional de los notarios o del derecho de responsabilidad civil en el caso de los notarios, para que de este modo sean los expertos los que tomen las decisiones en esta temática.¹¹

II. 7. Colaboración del notariado con las autoridades

Como órgano de la justicia preventiva, y como persona a la que el Estado le ha encomendado una tarea de carácter soberano, el notario está obligado a trabajar con el Estado en diversos ámbitos, así como a prestar un servicio de asistencia en las tareas administrativas del Estado.

Esto se puede plasmar de varias formas, siendo una de ellas el deber de notificación. El notario alemán tiene el deber de notificar todo contrato de compraventa de terrenos a la delegación de Hacienda alemana correspondiente para que ésta pueda cargar a las partes los impuestos sobre transmisiones patrimoniales pertinentes, siendo habitualmente el comprador el que se hace cargo de este pago.¹²

En los contratos de donaciones, el notario entrega una copia del contrato a la delegación de Hacienda alemana correspondiente, para que ésta pueda recaudar el impuesto sobre sucesiones y donaciones.¹³

Obviamente, la labor diaria del notario consiste también en interaccionar con los registros de la propiedad. El notario es el encargado de entregar las escrituras en la oficina del registro de la propiedad, de verificar su ejecución, de resolver los problemas que puedan surgir con la misma y, fi-

¹¹ Cfr. artículo 101 de la *Ley federal del notariado (Bundesnotarordnung)*.

¹² Artículo 18 de la *Ley alemana sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales*.

¹³ Artículo 34 de la *Ley alemana sobre el impuesto de sucesiones y donaciones*.

nalmente, es la persona a la que se le notifica la inscripción realizada en el registro.

Por esta razón, el notario está autorizado por ley a presentar ante el registro de la propiedad solicitudes de inscripción en nombre de las personas que han participado en procesos notariales.¹⁴

Si un negocio está sujeto a autorización previa, como es el caso de la venta de terrenos agrícolas de más de 2ha en un plazo de 3 años, el notario se encarga de recabarlas y de comunicar dicho acto jurídico a las autoridades pertinentes. El notario también dispone de facultad legal para dicha acción.¹⁵

Al no existir restricciones monetarias ni de exportación, el notario únicamente controla las inversiones de extranjeros en el marco de la directiva europea sobre blanqueo de capitales, es decir, informa a los organismos estatales pertinentes en caso de observar alguna acción que pueda ser objeto de sospecha.

En Alemania, controlar si se cumplen las normas de urbanización o de protección del medio ambiente no es tarea del notario per se, sino que depende del permiso de obra de los organismos gubernamentales correspondientes. Por tanto, el notario no está directamente implicado en esta tarea.

No obstante existen varias opciones en las que sería necesaria una mayor participación por parte del notario, siempre bajo la condición de que las normas a cumplir y a controlar sean revisadas previamente.

¹⁴ Artículo 15, pr. 2 de la *Ordenanza hipotecaria alemana (Grundbuchordnung)*.

¹⁵ Artículo 3, pr. 2, segunda frase de la *Ley alemana de transporte terrestre*.

III. La escritura notarial

III. 1. Su naturaleza, alcance y efectos

El notario deja constancia de su labor en escrituras notariales. Éstas son conocidas como escrituras públicas y disponen de ciertos privilegios, siendo uno de ellos que dan acceso directo al registro de la propiedad. También cobran especial importancia en los procedimientos civiles, ya que el contenido de una escritura notarial se considera veraz.¹⁶

Todo aquel que lo cuestione deberá presentar las pruebas correspondientes.

La escritura notarial también es la base para el procedimiento de ejecución forzosa, teniendo en este caso el poder de una sentencia judicial y permitiendo el acceso directo a los bienes del deudor.¹⁷

III. 2. Distinción del documento público y el privado

Toda escritura que sea elaborada por un organismo estatal o dependiente del Estado es pública, por consiguiente también las escrituras notariales.

Los contratos privados, también llamadas escrituras privadas, son todas aquellas actas que han sido elaboradas y firmadas por las partes sin la intervención de un notario, y en las que, además, las firmas no han sido siquiera compulsadas, es decir verificadas.

III. 3. La escritura pública como elemento de forma en los contratos. Su eficacia

La escritura pública elaborada por el notario es un medio para cumplir con el precepto formal que la ley exige para determinados actos jurídicos.

¹⁶ Artículo 415 del *Código de procedimiento civil* alemán.

¹⁷ Artículo 794, pr.1, nr.5 del *Código de procedimiento civil* alemán.

Estas formalidades tienen diversos propósitos:

Evitar decisiones precipitadas, garantizar que las declaraciones de voluntad de las partes se plasmen de forma correcta e íntegra, que lo allí acordado esté dentro del marco de la ley y que las partes sean informadas durante la redacción de la escritura de las consecuencias legales que acarrea dicho acto jurídico.

Para que el notario pueda ejercer por tanto su labor, que se basa en el contenido de la escritura, en necesario preservar dichas formalidades.

III. 4. La escritura pública como medio de prueba a nivel nacional e internacional

A nivel nacional (Alemania), y en el marco de su *Código de procedimiento civil* (*Zivilprozessordnung*; en lo sucesivo ZPO), la escritura pública, con sus correspondientes formalidades, tiene valor probatorio. Por lo tanto, el ZPO alemán cuenta con un apartado dedicado a las pruebas aportadas a través de escrituras. En el primer artículo, es decir el artículo 415 del ZPO (se establece que toda escritura pública —y por consiguiente también las escrituras notariales— constituye un medio de prueba válido basado en el procedimiento documentado por el fedatario.

Por otra parte, el artículo 416 del ZPO relativo a la fuerza probatoria de los contratos privados, estipula que aunque éstos hayan sido firmados por las partes frente al notario con su debida compulsación, únicamente constituyen una prueba de que los autores han hecho dichas declaraciones.

La validez de las escrituras notariales en el extranjero dependerá en primera instancia del ordenamiento jurídico del país receptor. En Alemania, el artículo 438 del ZPO establece que es el mismo tribunal el que debe decidir en base a las circunstancias de cada caso si una escritura extranjera se debe considerar veraz sin más y puede ser

utilizada en el país. Generalmente, las escrituras procedentes de países de la Unión Europea normalmente se pueden utilizar en los demás países miembro.¹⁸

En conformidad con el artículo 438, párrafo 2 del ZPO, la legalización por parte de un cónsul en el extranjero basta para probar su autenticidad.

En Alemania además existen diversos convenios estatales, como el de la *Apostilla de La Haya*, según el cual determinadas personas (en Alemania el presidente del Tribunal Regional) pueden legalizar a través de una nueva autenticación que dicho documento fue elaborado por tal persona en su territorio nacional.

III. 5. Su fuerza ejecutiva

En conformidad con el ZPO, la ejecución forzosa procede habitualmente de las sentencias judiciales. No obstante, el artículo 794 del ZPO contempla otros títulos ejecutivos, entre los que constan bajo el número 5 las escrituras notariales otorgadas por notarios alemanes, en las que, dentro del marco de las competencias del notario, esté reflejado dicho título de la forma prescrita. “En la medida en que la escritura se base en una deuda que sea probamente objeto de una operación, no se trate de una declaración de voluntades ni de un contrato de arrendamiento de vivienda, y siempre que, en conformidad con lo dispuesto en dicha escritura, el deudor esté sujeto a una posible ejecución forzosa inmediata”.

Por consiguiente, las escrituras únicamente tendrán poder ejecutivo si se incluye en ellas una declaración expresa con respecto a la obligación de someterse a la ejecución forzosa inmediata, es decir, se podrán iniciar todo tipo de

¹⁸ Cfr. Kohler und Buschbaum, IPRax 2010,313. Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2011,1,4.

vías ejecutivas, ya sea el embargo de bienes inmuebles o la ejecución forzosa sobre bienes raíces.

III. 6. Su libre circulación

En principio, las escrituras notariales pueden circular libremente en todos ámbitos legislativos, es decir que se pueden utilizar donde se requiera su uso.

III. 7. La escritura pública como instrumento de control de la legalidad y de la validez del contrato

En base al valor probatorio antes citado y a su papel en la ejecución forzosa se deduce que las escrituras públicas son sumamente importantes con respecto al acto jurídico documentado y a su legalidad y validez.

III. 8. Los documentos notariales electrónicos y su seguridad jurídica

En la actualidad, la única finalidad de los documentos notariales electrónicos en Alemania consiste en la obligación de entregarlos en el registro mercantil. Para ello son escaneados y codificados con un programa de ordenador especial.

Entonces, el notario los deberá firmar de forma electrónica. Esto funciona mediante la tarjeta de firma electrónica que es expedida por determinadas instituciones, como por ejemplo la *Bundesnotarkammer*, la Cámara Federal de Notarios alemana. Dicha tarjeta está conectada con el ordenador a través de un lector e identifica al notario que hace uso de dicha terminal.

Además, para obtener la firma electrónica, el notario deberá introducir un código PIN de mínimo seis cifras que sólo él conozca. A partir de dicho momento ya se podrá proceder al envío de escrituras al registro mercantil.¹⁹

¹⁹ Véase la ley sobre las condiciones marco para firmas electrónicas.

Es muy probable que en un futuro próximo, también se envíe la documentación al registro de la propiedad en formato electrónico.

Según la opinión de los expertos en la materia, la seguridad jurídica queda garantizada gracias al uso de la firma electrónica y del código PIN, así como por el envío en forma codificada.

III. 9. Seguridad documental y seguridad registral

De lo anteriormente expuesto se deduce que, si los documentos son firmados y enviados de forma segura al registro, su registro también transcurrirá de forma segura.

IV. El derecho de propiedad

IV. 1. Concepto y características del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es un derecho independiente para todos los ciudadanos, regulado expresamente en la Constitución alemana.

El artículo 903 del BGB regula las facultades del propietario de una manera muy amplia, así que el propietario de una cosa podrá “si no es en contra de la ley o del derecho de terceros, proceder a su conveniencia y excluir a otros de cualquier acción”.

IV. 2. ¿En su país qué tratamiento le da la Constitución a la propiedad? Bienes propiedad de los particulares y bienes del dominio público

En el párrafo 14 de la Constitución alemana se garantiza el derecho a la propiedad. No obstante, en el mismo artículo

(Signaturgesetz, SigG. *Ley alemana sobre la firma electrónica*) del 16.05.2001, BGBl (1^{er} tomo del BGB) I, p. 876.

se proclama su función social, es decir, que la propiedad debe contribuir al bien de la comunidad. Huelga decir que hay una disputa jurídica sobre dicha función social. Cabe señalar que está garantizado el derecho a la propiedad de un propietario privado. No obstante, su propiedad puede verse delimitada, especialmente si es por el interés social.

A consecuencia de ello, en Alemania existe, por ejemplo, un límite para el aumento del precio del alquiler. En un plazo de tres años, el alquiler no puede incrementarse más de 20% a no ser que existan circunstancias especiales tales como reformas de la propiedad. Este límite de aumento de alquiler se considera una manifestación de las obligaciones sociales. Esta función social concede, por tanto, al Estado la posibilidad de intervenir estableciendo medidas reglamentarias. Desde hace décadas, la jurisprudencia alemana está tratando de definir los límites de tal intervención, es decir, determinar cuándo la intervención por parte del Estado adquiere un carácter expropiatorio y cuándo se puede enmarcar dentro de la función social. Para poder decidir sobre estas cuestiones, en Alemania se dispone de un Tribunal Constitucional especial que se ve obligado a pronunciarse reiteradamente sobre dicho tema. Por un lado, se trata de una propiedad pública cuando ningún propietario privado reclama el terreno, caso que prácticamente no se da en un país tan densamente poblado como Alemania.

La propiedad inmobiliaria pública se basa mayoritariamente en aquellas fincas que antiguamente pertenecían a la nobleza y que pasaron a ser propiedad del Estado con el establecimiento de la república en Alemania en 1918.

No obstante, el Estado también adquiere o vende propiedades. La adquisición de propiedades frecuentemente ocurre para poder llevar a cabo funciones públicas como, por ejemplo, la construcción de carreteras o la ampliación de la red ferroviaria.

IV. 3. ¿Cuáles son las principales leyes que regulan la propiedad?

Aparte de la garantía de la propiedad anteriormente mencionada y regulada por el párrafo 14 de la Constitución alemana, la propiedad está principalmente regulada en el BGB.

El *Código civil* alemán se compone de cinco libros. El cuarto libro trata del así llamado derecho de los bienes o derecho de propiedad, diferenciando entre la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

Además del principio fundamental de la libre disponibilidad de la propiedad en virtud del artículo 903 del BGB, conforme se ha mencionado anteriormente, la ley regula principalmente la adquisición y enajenación de la propiedad.

Existen también, aparte de ello, leyes especiales que tratan directa o indirectamente con la adquisición de la propiedad, por ejemplo, la Ordenanza hipotecaria alemana, es decir, la ley que regula la gestión de los libros del registro de la Propiedad Inmobiliaria (*Grundbuchordnung*).

IV. 4. ¿Cuáles son los tipos de bienes inmuebles que regulan las leyes?

En el derecho alemán, sólo existe la propiedad inmobiliaria en sí, sin que se diferencie entre los distintos tipos. La única distinción que se aplica se basa simplemente en saber quién es el propietario.

En el derecho alemán prevalece el principio de unidad de la propiedad inmobiliaria y de la propiedad de edificios. Esto significa que básicamente no se diferencia entre el propietario de un terreno y el propietario de un edificio que esté situado en éste, a no ser, que el edificio esté compuesto por partes no fundamentales que se puedan desmontar en cualquier momento, como por ejemplo, una cabaña, una casita de jardín o similares. Por ello, en el dere-

cho alemán, la venta de un terreno está automáticamente asociada con la venta del edificio como parte fundamental de la finca.²⁰ No existe, en un principio, una separación de la propiedad entre terreno y edificio.

La única excepción de ello es el así llamado derecho de superficie, conocido en el derecho español como “Fideicomiso”. Esto es, independientemente del derecho de un terreno, el derecho sobre un edificio, pero que sólo podrá ser adquirido por un plazo determinado. Evidentemente, cuando se trata de dichos derechos de superficie a menudo se opta por un periodo de tiempo más largo. En caso de edificación de uso comercial, suele ser de unos 20 a 30 años, y de unos 99 años en caso de edificios residenciales.

El contrato de establecimiento de un derecho de superficie debe ser protocolizado ante notario. Después del establecimiento de este derecho, se abre un folio registral adicional, en el que se estipula principalmente la duración del derecho de superficie. En el registro de la propiedad inmobiliaria, el derecho de superficie se registra como carga.

El beneficiario de este derecho de superficie, es decir, el usuario del edificio, paga generalmente un impuesto de derecho de superficie al propietario del terreno, es decir, una especie de arrendamiento que ha de satisfacerse de forma anual o mensual. Para el propietario, esta situación tiene la ventaja que puede obtener rendimientos del terreno sin que él mismo tenga que construir un edificio. Para el beneficiario del derecho de superficie la ventaja es que puede utilizar el edificio sin necesidad de adquirir el terreno ni mantenerlo.

De esta forma, mediante este tipo de derecho de superficie se fomenta principalmente la construcción de apartamentos pequeños y se combate la especulación del suelo.

²⁰ Artículo 94 del BGB.

El beneficiario se ahorra el precio de adquisición del terreno y al mismo tiempo es el propietario de un edificio que es alienable y heredable a través del derecho de superficie.²¹

IV. 5. Limitaciones o restricciones al derecho de propiedad, de carácter público o privado

En virtud de lo dispuesto en el artículo 903 del BGB, el derecho de propiedad es básicamente ilimitado, no obstante, está sometido, de hecho, a distintas limitaciones jurídicas. Una de las limitaciones más importantes es, por ejemplo, que no se puede construir libremente una edificación y según la arbitrariedad del propietario del terreno. La elaboración de planes urbanísticos es competencia de los municipios y la construcción del edificio sólo puede llevarse a cabo dentro de las limitaciones de este plano. De no existir tal plano, la edificación sólo es posible dentro de las limitaciones de construcción limítrofes. De no existir tales edificaciones en los alrededores, entonces y en un principio, no existe derecho de edificación alguno. Solo existen excepciones para las explotaciones agrícolas.

En el ámbito privado puede haber limitaciones en el uso del derecho de propiedad por los principios generales del derecho de vecindad. En la construcción de edificios se debe mantener, por ejemplo, una distancia de 3 metros de los límites de la parcela vecina. Si los edificios son más altos, la distancia a respetar es mayor. A partir de una cierta altura, las plantaciones también deben acatar ciertos límites de distancia.

Aparte de ello, también podrán darse limitaciones de naturaleza vecinal por servidumbres acordadas contractualmente. En el marco de estas servidumbres se puede acordar

²¹ *Bassenge en Palandt*, edición 71 de 2012, *Einkl. Erbbaurechtsgesetz*, n.º marginal 1.

no usar un terreno de cierta manera, es decir por ejemplo, mantenerlo libre de edificaciones.²²

IV. 6. Formas de adquirir la propiedad

Como se ha indicado anteriormente, en el tercer tomo del *Código civil*, el así llamado derecho de bienes, se regulan las posibilidades de adquisición de propiedades. Aquí se diferencia entre propiedad mobiliaria y propiedad inmobiliaria.

La propiedad mobiliaria se transfiere normalmente mediante acuerdo sobre la transmisión de patrimonio y de propiedad.

En el caso de la propiedad inmobiliaria, se necesita también de un acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y la sucesiva inscripción en el registro de la propiedad, es decir, el registro de la propiedad inmobiliario.²³

El derecho alemán se rige, en este caso, por el así llamado “principio de abstracción”. Eso significa que se diferencia en este caso entre el contrato promisorio sobre la obligación para la obtención de la propiedad por un lado y la obtención de la propiedad por el otro lado.²⁴

El contrato promisorio establece aquí la obligación de transferir la propiedad, pagando el precio de compraventa establecido o por la vía de donación.

En base a dicha obligación, el acto de transmisión en sí se realiza mediante la declaración de los participantes sobre la transmisión de la propiedad y la inscripción de la misma en el registro de la propiedad inmobiliaria.

Este principio de abstracción es una de las diferencias principales del sistema contractual de tipo latino en el cual

²² *Cfr. Bassenge in Palandt*, artículo 903 BGB N.º marginal.

²³ Artículos 873, 925 BGB.

²⁴ Artículo 311 b BGB por un lado, artículo 925 BGB por el otro.

la transmisión de propiedad tiene lugar con la firma del correspondiente contrato de compraventa.

El principio de abstracción alemán ofrece una mayor seguridad a las partes durante la realización del contrato de compraventa.

Por tanto, se puede celebrar el contrato de compraventa e incluir en el mismo la obligación de pago del precio de compraventa y la obligación de transmitir la propiedad después del pago del precio de compraventa.

Como garantía provisional para el comprador, en el registro de la propiedad se puede hacer uso de la anotación preventiva (“*Auflassungsvormerkung*”), es decir, inscribir o reservar de forma provisional la inscripción del comprador en el registro de la propiedad inmobiliario.²⁵ Una vez se haya realizado y se haya garantizado la cancelación de posibles cargas en el registro de la propiedad, entonces el comprador —después del requerimiento del notario— podrá abonar el precio de la compra. Cuando el vendedor haya recibido el precio de venta, debe cumplir con su obligación de declarar la transmisión de la propiedad y el comprador será registrado como propietario en el registro una vez realizada la correspondiente declaración. En la práctica, el vendedor realiza esta declaración de transmisión ya con el propio contrato de compraventa y se le instruye al notario presentar la declaración para la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria una vez que el vendedor haya certificado que ha recibido el precio de compraventa.

En el sistema alemán, por lo tanto, no es necesario que el comprador acuda con cheque bancario o dinero en efectivo a la cita ante el notario para poder hacer entrega del mismo en el momento de la firma del contrato de compraventa. En el sistema alemán, el notario puede controlar cómo y cuándo

²⁵ Artículo 883 BGB.

se debe satisfacer el precio de compraventa y asegurar, al mismo tiempo, que se realizará la cancelación de posibles cargas inscritas en el registro de la propiedad inmobiliaria, como muy tarde, en el momento de la transmisión de la propiedad a nombre del comprador.²⁶

Aparte de ello, también es posible realizar el pago del precio de compraventa mediante una cuenta fiduciaria del notario. El notario no realizará pagos de ésta hasta el momento en el cual se den las condiciones antes mencionadas.²⁷

IV. 7. Copropiedad, condominio, tiempo compartido y otras modalidades de la propiedad

En el sistema alemán de propiedad no constituye problema alguno que varias personas sean propietarias de un mismo inmueble. Pueden adquirir inmuebles en sus distintas cuotas de participación y, en un principio, disponer libremente de dichas cuotas.²⁸

Una forma natural de copropiedad es la comunidad hereditaria. Cuando fallece el propietario de una finca y es sucedido por varias personas, entonces éstas se convierten automáticamente en copropietarios en cuanto a la cuota sucesoria correspondiente de este inmueble. Formarán una así llamada comunidad hereditaria y se les registrará como tal, es decir, como comunidad y sin inscripción de las partes correspondientes de copropiedad en el registro.

La propiedad también puede ser adquirida, aparte de lo mencionado, de forma común mediante sociedades personales.

²⁶ Cfr. Schöner/Stöber *Grundbuchrecht* 14. Aufl. 2008, n° marginal 3152 a.

²⁷ Schöner/Stöber, *op.cit.* n° marginal 3152 b.

²⁸ Cfr. “*Die Regelungen über die Gemeinschaft*” (regulaciones de la comunidad), artículo 741 ss. BGB.

Se estableció ya la propiedad horizontal en los años 50 del siglo pasado a través de la instauración de la ley alemana que regula la propiedad horizontal (*Wohnungseigentumsgesetz* [WEG]).²⁹

La propiedad horizontal se compone de una cuota de la finca total, y de una parte privativa. Estas dependencias han de ser marcadas por los números correspondientes en el acta notarial, necesaria para la división de la propiedad y en un plano del edificio adjunto. Esto debe realizarse de tal manera que cualquier tercero pueda reconocerlas inmediatamente y sin medios adicionales.³⁰

La copropiedad supone una declaración de división deliberada (*notarielle Teilungserklärung*) realizada ante un notario seguida de su correspondiente inscripción en el registro de la propiedad. Con la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, se abre un folio registral para cada una de las propiedades horizontales. La propiedad horizontal tiene un destino propio, puede ser vendida, heredada y gravada de forma independiente de las demás.

Otra figura jurídica es la de las propiedades en régimen de tiempo compartido, no muy extendida en el derecho alemán pero sí en los destinos turísticos preferidos del sur de Europa. En el derecho alemán viene representada preferentemente como copropiedad o en el marco de una sociedad. En caso de la disolución de una sociedad, la sociedad pasa a ser propietaria de la propiedad horizontal. Los usuarios individuales no adquieren la copropiedad en la finca sino la participación en una sociedad que es propietaria de una finca. Esta participación en la sociedad está relacionada

²⁹ Ley alemana de la propiedad horizontal del 15.03.1951, BGB alemán I, I, pág. 175.

³⁰ Compárese artículo 1 y 2 de la ley de propiedad horizontal alemana (*Wohnungseigentumsgesetz*).

con el derecho de uso del inmueble durante un determinado periodo de tiempo durante el año. En aplicación de una de las correspondientes directivas de la Unión Europea, se han incluido también en el BGB normas para proteger al consumidor, válidas independientemente de la forma jurídica de la multipropiedad, dándole al consumidor el derecho de revocar en un plazo de 14 días a partir de la celebración del contrato.³¹

VI. 8. La hipoteca: su constitución, inscripción y ejecución

El derecho alemán diferencia fundamentalmente entre la hipoteca y la así llamada deuda inmobiliaria.³² El concepto general para ambos institutos es el del derecho de garantía inmobiliaria. Se trata, por tanto, de la correspondiente pignoración de la propiedad inmobiliaria a un acreedor, normalmente un banco.

La diferencia principal entre la hipoteca y la deuda inmobiliaria reside en que la hipoteca es una garantía accesorio, es decir, su existencia está ligada a la existencia del crédito obligacional subyacente, es decir, el contrato de préstamo. La deuda inmobiliaria, al contrario, es una garantía abstracta, es decir, existe independientemente de la existencia de un crédito subyacente.³³

La ventaja de la deuda inmobiliaria consiste en que puede ser usada una y otra vez como garantía para los distintos créditos, es decir, servir para distintos tipos de crédito sin que por ello deba realizarse modificación alguna en el registro de la propiedad inmobiliaria. Se inscribe en el registro de la propiedad inmobiliaria simplemente el importe

³¹ Artículo 485 BGB.

³² Artículo 1113 y ss. o bien 1191 y siguientes BGB.

³³ Artículo 1192 BGB.

de la deuda inmobiliaria y el importe máximo de los intereses que se puedan exigir. El inconveniente principal de la deuda inmobiliaria reside en el hecho que dicha deuda puede proceder en contra del propietario de una finca, independientemente de la existencia de un crédito. Incluso puede darse el caso en el cual, por ejemplo, un acreedor que ha concedido el crédito, sea el beneficiario de la deuda inmobiliaria, que éste ceda el derecho por la concesión del crédito a una persona y la deuda inmobiliaria a otra persona. Así puede pasar, en un principio, que el deudor, o sea el propietario de la finca, tenga que pagar por duplicado.³⁴

Esta posibilidad que teóricamente está dada, no suele darse en la práctica, al menos no cuando la deuda inmobiliaria, como suele ser, está constituida para un banco. El banco se haría responsable de los daños si realizara esta cesión doble.

También la autoridad legislativa ha reaccionado frente a dicha problemática, introduciendo, por un lado, el artículo 1192, párrafo 1 a. De este modo, “las excepciones que pertenecen al propietario en función del acuerdo de seguridad con el acreedor anterior o que resulten de dicho acuerdo de seguridad son vinculantes para cualquier comprador de la deuda inmobiliaria”. Para poder establecer la conexión entre la deuda inmobiliaria que se haya registrado a nombre de una entidad bancaria y los créditos que ésta en realidad garantiza, se debe establecer otro acuerdo, el anteriormente indicado contrato de garantía o declaración de finalidad. Esta se contrata entre el banco y el deudor, aparte de la deuda inmobiliaria y el contrato de crédito y regula por cuales créditos el banco puede reclamar la deuda inmobiliaria al propietario de la finca. En estos casos, la formulación suele ser muy amplia, así

³⁴ *Cfr.* Schöner/Stöber en el lugar indicado, n° marginal 2311.

por ejemplo, que la entidad bancaria pueda reclamar al deudor por todos los derechos que éste mantiene en base de la relación comercial. Durante las negociaciones con el banco, esta finalidad puede ser limitada a ciertas relaciones deudoras. Debido a su lado práctico y el uso múltiple de la deuda inmobiliaria, al contrario a la hipoteca, la deuda inmobiliaria ha desplazado completamente a la hipoteca en la vida legal de Alemania. Casi sólo se van constituyendo deudas inmobiliarias y apenas hipotecas.³⁵

Como otra garantía adicional para el constituyente de una deuda inmobiliaria, la autoridad legislativa introdujo en el año 2008 un plazo de cancelación no dispositivo de 6 meses, antes de que el importe de la deuda inmobiliaria deba satisfacerse y antes de que se lleve a cabo la ejecución forzosa a raíz de esta deuda inmobiliaria.³⁶

La posibilidad de uso de una deuda inmobiliaria alemana llega hasta tal punto que una deuda inmobiliaria no debe ser constituida para un banco en concreto. El propietario de la deuda inmobiliaria puede constituirla incluso para sí mismo. Es la llamada deuda inmobiliaria de propietario.

Sobre la deuda inmobiliaria se puede establecer, a petición del propietario, una cédula de deuda inmobiliaria que en su función es parecida a una letra de cambio. Si se transmite esta cédula de deuda inmobiliaria, esta deuda inmobiliaria es cedida y el propietario de la cédula de deuda inmobiliaria será el acreedor autorizado de la deuda inmobiliaria.

Todo ello crea cierta ventaja para los emprendedores que quieren beneficiarse haciendo uso a corto plazo de créditos de distintos bancos. Para garantizar el crédito, se puede en cada caso, transmitir la cédula de deuda inmobiliaria al correspondiente banco y una vez pagado el crédito, el banco

³⁵ *Cfr.* Schöner/Stöber, en el lugar indicado, n° marginal 2310.

³⁶ Artículo 1193 párrafo 2 sección 2 BGB.

devuelve la cédula de crédito al propietario. Este, entonces, puede solicitar un nuevo crédito a aquél u otro banco transmitiendo la cédula. Este método es práctico para la financiación de retrasos a corto plazo por ejemplo, ya que se puede obtener dinero de forma relativamente fácil y ofrecerle las garantías al banco.

Tanto la hipoteca —que prácticamente ya no existe — como la deuda inmobiliaria necesitan para su constitución siempre de dos pasos. Aquí queda patente el principio de abstracción anteriormente mencionado.

Por un lado, el propietario debe ponerse de acuerdo con el acreedor sobre la constitución de la deuda inmobiliaria en el registro de la propiedad y después ha de registrarse la deuda inmobiliaria en el registro de la propiedad como carga que grava la propiedad en una sección del registro de la propiedad inmobiliario. Se constituye sólo en el momento de su inscripción.³⁷

Cuando la deuda inmobiliaria esté inscrita y existan problemas de liquidez, el beneficiario, después de un plazo de preaviso de seis meses, puede proceder directamente a raíz de la deuda inmobiliaria contra el propietario, solicitando la ejecución forzosa o la administración forzosa de la propiedad.

En el caso de la ejecución forzosa —caso que prevalece en la práctica— se subasta la propiedad mediante un proceso de ejecución forzosa ordenado por el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que está situado y mediante el procedimiento de subasta pública. Con el beneficio de la subasta se satisface las deudas inmobiliarias por orden de inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria.

³⁷ Artículo 873 BGB.

V. El sistema registral de la propiedad inmobiliaria

V. 1. Principales sistemas del registro público; principios y características

En Alemania, las propiedades se registran en formato libro. En los registros electrónicos se conserva dicho formato libro adaptándolo al formato electrónico.

Se crea una hoja registral por cada terreno, y en caso de disponer de propiedad horizontal también por cada finca registrada, y a continuación se le atribuye un número dentro de cada término municipal.

El folio registral se compone de cuatro partes.

En la parte superior de la hoja registral, en el llamado inventario se indica el terreno, o en caso de ser varios, todos los terrenos. Para identificar los terrenos dentro de un término municipal se indica el número de parcela, así como la calle y el número. No obstante, lo que resulta imprescindible para encontrar el terreno es el número de parcela.

Este es uno de los principios fundamentales del sistema de registro de la propiedad en Alemania. El número de parcela siempre coincide con el correspondiente número en el catastro. Por consiguiente, el número de parcela que consta en el registro de la propiedad siempre se podrá encontrar en el plano del catastro con la misma denominación y viceversa. Todo terreno registrado en el catastro también tendrá su correspondiente asiento, es decir, inscripción en el registro.

Como consecuencia, en el caso de venta de una parte del terreno éste no podrá ser registrado hasta que se cambie la inscripción en el catastro. En caso de vender una parte de una parcela se deberá informar al catastro o a un geómetra para que éste pueda dibujar la nueva delimitación, ya sea con ayuda de mojones fronterizos u otras señalizaciones.

Entonces modificará el plano catastral y al nuevo terreno se le atribuirá un nuevo número de parcela que será ins-

crito en el catastro. El nuevo terreno no se podrá inscribir en el registro hasta que no se le haya adjudicado un nuevo número de parcela.

Por consiguiente, en el derecho inmobiliario alemán no es suficiente describir las partes de parcelas con simples palabras, como es habitual en otros países. Esto tiene sentido ya que con el transcurso de los años, algunas descripciones pueden resultar incomprensibles porque las parcelas vecinas pueden haber sufrido algunos cambios, porque se pueden haber construido nuevos edificios o carreteras, etc. En Alemania, se le da mucha importancia a este principio de analogía entre el catastro y el registro de la propiedad, por lo que se sigue de forma estricta.

A continuación, en el primer apartado de la hoja registral se nombra al o a los propietarios. Si se trata de una copropiedad se indicarán las cuotas de copropiedad. En caso de ser una comunidad sucesoria, el propietario indicado será la comunidad como tal con el nombre de los herederos pero sin incluir las cuotas hereditarias. Lo mismo ocurre con una sociedad civil.

En el segundo apartado del registro constan todas las cargas reales de la finca, a excepción de las hipotecas o deudas hipotecarias. Aquí es donde se reflejan, por ejemplo, todos los tipos de servidumbres, derechos de usufructo, derecho de uso de vivienda y similares.

En el tercer apartado del libro de registro se indican las deudas hipotecarias y las hipotecas con su correspondiente importe y los intereses acordados.

La razón por la cual se separan las cargas de los gravámenes en los apartados II y III del libro de registro es simplemente para asegurar la claridad. Con el fin de no dar lugar a la duda, se prefiere separar los gravámenes que pueden conllevar pretensiones de pago de las servidumbres y cargas similares.

Uno de los principios más importantes en el derecho inmobiliario está reflejado en el artículo 892 del BGB, en cual estipula que toda persona puede confiar en que el contenido del libro de registro es veraz, a no ser que se sepa de su falsedad.

Este principio es uno de los más importantes en lo que respecta a la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.³⁸ No es necesario presentar ni revisar escrituras previas. La base para toda venta de terreno es el libro de registro, ya que toda compraventa o donación transcurre en base a los datos reflejados en el registro. Por consiguiente, no se requiere ni de un *Title research* ni de un *Title insurance* (seguro de títulos). Esto incrementa la seguridad jurídica y la fiabilidad del tráfico inmobiliario en Alemania.

V. 2. El registro de la propiedad en Alemania

En Alemania, el registro de la propiedad está ubicado en los Juzgados de primera instancia, es decir en los juzgados municipales. Dichos juzgados disponen de departamentos especiales que se encargan de dirigir el registro de la propiedad.

Los libros de registro están divididos por términos municipales dentro de cada juzgado municipal, es decir, por municipios y pedanías, y disponen de una numeración.

El registrador siempre es un juez. Los funcionarios del registro subordinados son trabajadores del juzgado que han recibido una formación específica, los llamados funcionarios de la administración judicial, o como los llamarían en el sistema anglosajón *paralegals*.

La organización de la administración de justicia en el marco de la ley, es competencia de los estados federados,

³⁸ Vgl. Gursky in *Staudingers Kommentar zum BGB* 2008, § 892, Rnr. 9.

al igual que el registro de la propiedad, mientras que su ejecución está regulada por la ordenanza hipotecaria.

En caso de existir quejas con respecto a ciertas decisiones del registro, se tratarán en primera instancia en el mismo juzgado municipal. La autoridad competente en caso de persistir las quejas es la audiencia territorial del respectivo *land*. El registro de la propiedad por tanto está descentralizado y está ubicado en las proximidades de las zonas afectadas.

V. 3. Documentos inscribibles

La oficina de registro de la propiedad está sujeta a una ley propia, la ordenanza hipotecaria. En virtud de lo dispuesto en dicha ordenanza, concretamente en el artículo 29, únicamente son inscribibles las escrituras públicas, es decir, aquellos documentos que hayan sido documentados por un notario o en los que las firmas de las partes hayan sido compulsadas por un notario.

Aparte de las actas notariales únicamente son inscribibles los documentos judiciales como por ejemplo la hipoteca de garantía, que se suele solicitar en el marco de una ejecución forzosa y que es ordenada por el juzgado municipal en calidad de tribunal ejecutivo; o bien una sentencia judicial que conlleva a un cambio de titularidad, como en el caso de una persona que transfiere su propiedad a otra. En ningún caso serán inscribibles los documentos privados.

Este es un filtro esencial para acceder al registro, un filtro que es necesario para acelerar y no dificultar el trabajo de la oficina de registro.

El notario prepara los documentos y solicita su inscripción en el registro de una forma que generalmente hace posible su registro inmediato. Esto es importante para poder mantener los altos estándares del registro, que por otra parte son necesarios para poder garantizar la credibilidad pública del registro anteriormente mencionada.

V. 4. Inscripciones provisionales

Dado que en el derecho inmobiliario alemán se aplica el mencionado principio de abstracción, es decir, que debido al contrato obligacional previamente firmado no se hace efectiva la transmisión patrimonial hasta que se procede a la inscripción del nuevo propietario en el registro, surgió la necesidad de crear un instrumento que grabara la futura adquisición de la propiedad de forma provisional en el registro.

Dicho instrumento es la anotación preventiva estipulada en el artículo 883 del BGB, por consiguiente, una inscripción provisional para asegurarse el derecho al futuro registro de la propiedad.

Dicha anotación preventiva puede incluir no sólo la futura adquisición de la propiedad, sino que también es extensible a otros derechos tales como p.e. servidumbres. No obstante, la importancia atribuible a este hecho es mínima, ya que habitualmente las servidumbres y demás gravámenes se nombran de forma expresa en el apartado II de la hoja registral. Si están ligadas a alguna condición, también se pueden registrar como derecho condicional.

En la práctica, la principal utilidad de dicha anotación preventiva yace en el ámbito de los contratos de compraventa de terreno, en los que el comprador se asegura de forma provisional el registro mediante una anotación preventiva, y no ha de abonar el precio de compra hasta que se haya efectuado el registro, después de que la finca haya sido posiblemente liberada de cargas.

Como todas las demás inscripciones, la anotación preventiva deberá ser aprobada y solicitada por el propietario actual.³⁹ El notario presentará dicha solicitud en

³⁹ Artículo 19 de la *Ordenanza hipotecaria alemana (Grundbuchordnung)*.

la oficina del registro, donde se procederá a introducir la correspondiente anotación en el libro de registro. La anotación preventiva no es definitiva, es decir, no impide efectuar futuras anotaciones.

En conformidad con el artículo 888 del BGB, se le concede a la persona autorizada a incluir dicha anotación, cuyo nombre constará junto a la misma, el derecho a exigir la eliminación de anotaciones de rango inferior efectuadas en el registro por las personas autorizadas a anotar dichas inscripciones de rango inferior.

En caso de insolvencia, la anotación preventiva tendrá un derecho preferente. La persona autorizada a realizar la anotación preventiva puede solicitar al administrador de insolvencia la transmisión del terreno a su nombre sin que otros acreedores de insolvencia tengan acceso a él.⁴⁰

En principio, el efecto y la protección de la anotación preventiva son ilimitados. La anotación quedará protegida mientras el derecho subyacente persista. Si prescribe, el propietario de la finca tendrá derecho a eliminar la anotación.

Cuando se proceda al registro definitivo del nuevo propietario se borrará la anotación, ya que entonces pierde su sentido.

Todas las inscripciones realizadas en el registro se efectúan en base a la solicitud previa de las partes, que posteriormente el notario presentare en la oficina de registro. De conformidad con el artículo 15 de la *Ordenanza hipotecaria*, el notario también está autorizado a solicitar inscripciones.

V. 5. Avances tecnológicos en los sistemas registrales (medios electrónicos)

Hace ya unos años que en Alemania se comenzó a cambiar los libros del registro a formato electrónico.

⁴⁰ Artículo 106 del *Ordenamiento regulador de la insolvencia* (Alemania).

Durante el periodo de transición, se escanearon todos los libros y a continuación el trabajo prosiguió en formato electrónico. Hoy en día, los folios registrales nuevos se crean directamente en el ordenador.

Debido al sistema federal alemán y a que, como se ha mencionado anteriormente, la organización de la justicia y de las oficinas del registro de la propiedad atañe a los Länder, los 16 estados federados alemanes no han pasado del formato libro al formato electrónico simultáneamente, sino en diferentes momentos. Además, han utilizado diferentes sistemas operativos que no siempre son compatibles los unos con los otros.

V. 6. El acceso del notario por vía electrónica a información inmobiliaria

Cada notario dispone de un acceso propio a los libros electrónicos, un acceso seguro gracias a las contraseñas. Debido a los diferentes sistemas en cada estado federado, se requiere un acceso distinto para cada *land*, hecho que dificulta el trabajo de los notarios en la práctica, especialmente en el caso de notariados que realizan escrituras más allá de las fronteras de su propio land. En estos casos es necesario solicitar un acceso en todos los demás estados federados, y obtener un número y código de acceso con su correspondiente numeración.

El acceso al registro de la propiedad también está asociado con costes significativos. El coste de cada información extraída del libro del registro asciende a un mínimo de 10.00 euros. Sin embargo, según la normativa arancelaria vigente, el notario puede repercutir dichos gastos a sus clientes.

Más allá del acceso electrónico a los libros del registro de la Propiedad, existe un acceso público al catastro que está a disposición de todos a través de internet. Tras previa solicitud se puede recibir por correo electrónico el

extracto del plan catastral. No existe un acceso directo al valor catastral del suelo. Generalmente, en Alemania el valor del suelo no está reflejado en el registro. Simplemente existe una valoración del terreno efectuada por parte de las delegaciones de hacienda, que no obstante se basa en las directrices de valoración de los años treinta del siglo pasado. Dichas valoraciones únicamente se toman en consideración para el impuesto sobre bienes inmuebles, donde se aplica el correspondiente factor de multiplicación. A estos datos no se puede acceder por vía electrónica.

Las normas relacionadas con la protección medioambiental se basan habitualmente en leyes que son de dominio público. Pueden existir otras restricciones relacionadas con el derecho de construcción. Éstas tampoco son accesibles por vía electrónica.

Las restricciones a la propiedad habitualmente están inscritas en el registro y son accesibles por vía electrónica.

VI. El mercado inmobiliario

VI. 1. Su significado para el notariado y para el país

El mercado inmobiliario en Alemania es de gran importancia, tanto para el notariado como para el propio país y su desarrollo.

En Alemania, todos los contratos relativos a la transmisión de bienes inmuebles, ya se trate de contratos de compraventa o de donación, deben ser elevados a escritura pública, independientemente de quienes sean las partes implicadas.⁴¹ Es decir, aunque el Estado o un ayuntamiento necesiten comprar o vender una finca, se requiere la elevación a escritura pública por un notario. Dicha norma

⁴¹ Artículo 311 b BGB.

es incluso aplicable si por ejemplo el Estado vende una propiedad a un ayuntamiento.

De ahí se puede deducir fácilmente, que las transacciones inmobiliarias son uno de los fundamentos principales del notariado. Creo que en Alemania no existirá prácticamente ningún notariado cuyos ingresos por transacciones inmobiliarias no suponga al menos un cincuenta o sesenta por ciento del volumen total de ingresos.

El mercado inmobiliario también es sumamente importante para el país y su desarrollo.

Hay que tener presente, que no se puede garantizar el desarrollo económico razonable de un país extensible a todas las clases sociales, sin la existencia de un mercado inmobiliario seguro y controlado. Para poder garantizar la seguridad de las transacciones inmobiliarias, todo mercado inmobiliario debe fundarse sobre registros de la Propiedad seguros y sobre un notariado fiable, libre e independiente. Sólo de este modo es posible invertir en fincas, instalar fábricas, abrir filiales en Alemania y participar de forma razonable en la vida económica del país sin correr otros riesgos que el de la plusvalía.

De este modo también se puede asegurar una concesión de créditos reglamentaria por parte de los bancos y que dichas concesiones se puedan asegurar al inscribir los derechos de hipoteca inmobiliaria correspondientes.

VI. 2. Los aspectos positivos y negativos en Alemania

Con lo citado anteriormente, ya se han podido destacar suficientemente los aspectos positivos del mercado inmobiliario en Alemania, en especial teniendo en cuenta el notariado de raíces latinas.

Sin querer parecer presuntuoso, encontrar aspectos negativos se me antoja una ardua tarea, ya que verdaderamente se puede considerar que el mercado inmobiliario en Ale-

mania funciona bien y está debidamente controlado. Teniendo en cuenta los plazos de espera impuestos por la ley, se pueden obtener citas para escriturar ante notario en un espacio de tiempo razonablemente breve, las inscripciones en los registros de la propiedad alemanes son generalmente rápidas, y gracias a la previa preparación por parte del notario suelen transcurrir sin dificultades.

En términos generales, se puede decir que el sistema en Alemania funciona de forma reglamentaria, rápida, fluida y efectiva, estando a la disposición de los ciudadanos y empresas nacionales e inversores internacionales.

VI. 3. Su repercusión en la paz social y la economía de un país

El buen funcionamiento del mercado inmobiliario no sólo es una condición esencial e imprescindible para la economía y para el desarrollo económico de un país, sino también para la preservación de la paz social a nivel nacional.

La economía únicamente puede funcionar y florecer, si el mercado inmobiliario es seguro y se puede comprar y vender los inmuebles sin más dificultad.

Lo que ha ocurrido en diversos países nos demuestra que el mal funcionamiento de los mercados inmobiliarios, en los que no se dispone de registros fiables o en los que algunas partes del país no constan siquiera en los registros, conlleva también problemas en el desarrollo económico de dichos países. Esto también tiene consecuencias directas sobre la paz social de un país.

Por una parte, una economía sana con fábricas en terrenos propios de las empresas crea puestos de trabajo, que son necesarios para garantizar los ingresos y los alimentos de las familias.

Por otra parte, ofrece seguridad a la población que trabaja en la agricultura, la seguridad de que las tierras labradas

realmente les pertenecen. Esto no solo supone una garantía importante en lo que se refiere a la propiedad, sino que también sienta las bases para el desarrollo económico de las explotaciones agrícolas, ofreciéndoles sobre todo la oportunidad de pignorar sus bienes a través del derecho de hipoteca inmobiliaria, lo que le sirve al agricultor como garantía ante su banco o acreedor y le permite por tanto tener acceso a préstamos para invertir en su terreno o en su empresa.

VI. 4. La aportación del notariado al mercado inmobiliario. El valor añadido de su función

Como ya se ha expuesto anteriormente en diversas ocasiones, el notariado latino es una de las piedras angulares de un mercado inmobiliario seguro. La intervención del notario, previa a la inscripción en el registro, evita que los registros reciban un sinfín de documentos redactados por personas inexpertas.

La labor del notario, como redactor del contrato de compraventa o de donación de fincas, protege a las partes implicadas del engaño y de la precipitación y constituye una garantía de que las voluntades de las partes han sido plasmadas en el contrato de forma jurídicamente correcta. Gracias a la intervención del notario, las partes están protegidas también ante perjuicios económicos, que pueden surgir si por ejemplo el vendedor pierde su propiedad antes de obtener el precio de compra o si el comprador abona el precio de compra antes de tener asegurada la adquisición libre de cargas.

Por consiguiente, la colaboración del notario no supone únicamente una mejora de la situación jurídica de las partes, sino que también ofrece un valor económico añadido.

Al involucrar al notario, las partes se ahorran tener que consultar —ya sea antes de firmar el contrato o después

de redactar un contrato mal formulado— a un abogado u otros asesores jurídicos, cuyos costes serán notablemente superiores a los de una escritura notarial.

Así, el notariado les ahorra gastos de transacción y posibles costos judiciales. Y con ello, permite que dicho dinero esté disponible para invertirlo en el desarrollo económico, y contribuye de esta manera directamente al desarrollo del país.

Por consiguiente, en este contexto cabe desmentir algunas declaraciones, sobre todo aquellas que provienen del ámbito jurisdiccional anglosajón o de entidades como p.e. el Banco Mundial, en las que se afirma que el notariado latino supone un gasto mayor.⁴²

Estudios económicos independientes muestran que no es precisamente el caso, sino que el notariado, como se ha expuesto anteriormente, contribuye al ahorro de gastos. No sólo se ha de involucrar a menos juristas, sino que no resulta necesario contratar seguros tales como el “*title insurance*” anglosajón. Es posible que estas declaraciones no gusten a algunos responsables dentro del sistema anglosajón, especialmente a los grandes bufetes multinacionales, pero con los correspondientes estudios son perfectamente probables.

VI. 5. ¿Existe una regulación jurídica confiable y objetiva para el mercado inmobiliario?

Creo que la seguridad y el carácter teleológico del régimen jurídico para el mercado inmobiliario en Alemania ya se han demostrado amplia y detalladamente en los capítulos anteriores.

Se fundamenta, tal y como se ha citado previamente, en los pilares del buen funcionamiento del notariado latino y del sistema catastral, así como en el buen funcionamiento

⁴² Cfr. con los informes “doing business” del Banco Mundial.

de la oficina de registro de la propiedad. La colaboración entre las tres instituciones garantiza la seguridad y fiabilidad del mercado inmobiliario alemán, tanto para los operadores en el mercado nacionales como los internacionales.

VI. 6. Actualmente, en su país, ¿cuáles son los instrumentos de regulación del mercado inmobiliario?

Dichos mecanismos ya se han expuesto anteriormente. Todas las instituciones anteriormente mencionadas están reguladas por sus correspondientes leyes, que están recogidas en el BGB y en la *Ordenanza hipotecaria* alemana.

VI. 7. ¿Se requieren nuevos instrumentos de regulación del mercado inmobiliario en su país?

Creo que, en vistas de las exposiciones anteriores con respecto al funcionamiento del mercado inmobiliario, en el caso concreto de Alemania no se requieren nuevos instrumentos. La introducción de nuevos mecanismos no está en debate ni en planificación.

VII. Conclusiones

En resumen, se puede afirmar que la seguridad jurídica del mercado inmobiliario en Alemania está completamente garantizada.

Todos los instrumentos de regulación necesarios existen y funcionan correctamente, comenzando por el hecho de que todas las fincas están registradas en el catastro, ya sea por las mismas oficinas catastrales o por geómetras empleados por el Estado. El siguiente punto a destacar es la analogía entre el catastro y el registro de la propiedad, es decir, toda finca inscrita en el registro también constará en el catastro con el mismo número de parcela y dentro del mismo término

municipal. Tanto el registro de la propiedad como el catastro son accesibles por internet.

La modificación del libro de registro de la propiedad siempre requiere la intervención de un notario, a no ser que exista una sentencia judicial. En caso de enajenación de partes de la parcela también se requerirá la colaboración de la oficina catastral, con la correspondiente modificación en el catastro. Independientemente de los cambios de propietario, para las inscripciones en el registro siempre se requieren escrituras públicas, es decir, aquellas que han sido firmadas ante notario o, en algunos casos, documentos en los que el notario ha compulsado como mínimo las firmas (estos casos se dan generalmente cuando se trata de inscribir servidumbres, etc. o al cancelar derechos en el libro de registro).

El buen funcionamiento del mercado inmobiliario alemán demuestra, que un mercado inmobiliario sólo puede funcionar correctamente si se crean las normas y los requisitos legales previamente mencionados y se logra que trabajen de forma eficiente.

En el caso del notariado Latino, no sólo requiere crear el notariado, sino también un control jerárquico que vigile a los notarios, y que sea llevado a cabo por una institución independiente, preferiblemente del poder judicial. Y dicho control jerárquico no sólo debe existir sobre el papel, sino que se deberían realizar auditorías reales a los notarios que tengan lugar cada cuatro o cinco años.

En muchos países ya resultará difícil cumplir el primer requisito, es decir, el registro catastral de la totalidad del terreno en el catastro. Esto plantea muchas dificultades en países con grandes superficies y también en países en los que no se suelen medir las tierras. La ventaja de Europa es sin duda, que las superficies son más pequeñas y que los países están más densamente poblados, por lo que la necesidad

de registrar los terrenos en un catastro surgió hace muchos años. De hecho fue el Estado el que tomó la iniciativa en el siglo XIX. Cabe destacar, que, en aquel entonces, los mayores ingresos de los estados europeos no provenían del impuesto sobre la renta o del impuesto de sociedades, sino del impuesto sobre bienes inmuebles. Para poder facilitar el recaudo del impuesto sobre bienes inmuebles, se empezó pronto a trazar planos, a medir terrenos y a registrarlos en el catastro. El sistema del registro de la propiedad no es más que una consecuencia lógica de dichos catastros. En Alemania, los registros de la propiedad no fueron creados hasta que entró en vigor el BGB el 01.01.1900.

Por consiguiente, una de las tareas más importantes en dichos países reside en registrar todos los terrenos. Es evidente que esto no es factible sólo midiendo los terrenos con los procedimientos topográficos convencionales. Sería necesario utilizar métodos modernos, tales como la fotografía por satélite, cosa que ya se aplica en muchos países.

No obstante, el notariado latino debería velar por que la creación de los llamados títulos jurídicos no se asemeje demasiado al sistema de seguro de títulos anglosajón, y si se aboga por un sistema de tal tipo, éste vaya de la mano de un registro sistemático.

La simbiosis entre los títulos jurídicos seguros y su registro en el registro de la propiedad es indudablemente el signo distintivo del notariado latino, un estandarte que debe mostrar con orgullo en el ámbito jurídico internacional.

Seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación

Matthieu Devynck

MATTHIEU DEVYNCK, notario en París, Francia. Este trabajo es un fragmento relevante del ensayo presentado por el notariado francés en el XXVII Congreso del Internacional del Notariado celebrado en Lima, Perú, en octubre de 2013.

LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA ESTÁ AUSENTE, COMO TAL, EN nuestro *corpus* constitucional francés. No figura en el texto de la Constitución de 1958, ni en el del *Preámbulo* de 1946 y, ni siquiera, en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789.

Sin embargo, para el Consejo Constitucional, la seguridad jurídica se vincula a dos nociones que, aunque próximas a la de seguridad jurídica, no coinciden exactamente con ella: la primera es la noción de “seguridad” que, según el artículo 2º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, es uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre con la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión.

Pero, en la *Declaración* de 1789, la noción de seguridad corresponde principalmente a la noción de *habeas corpus*, como lo precisa expresamente el artículo 7: “Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni preso salvo en los casos determinados por la ley, y según las formas que la ley ha prescrito”; la segunda noción es la noción de “garantía de los derechos” inscrita en el artículo 16 de dicha declaración: “La sociedad en la que no se asegura la garantía de los de-

rechos, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución”.

El decano Carbonnier designa la seguridad jurídica como correspondiente a una necesidad alimentaria. El Consejo de Estado en su decreto de asamblea de 24 de marzo de 2006, afirmó por primera vez que la seguridad jurídica era un principio general del derecho. La doctrina no vio una creación sino más bien una consagración.

Así pues, la seguridad jurídica del mercado inmobiliario es un estado de certeza o de ausencia de incertidumbre en una transacción inmobiliaria, en un mercado competitivo que se alimenta de los riesgos que va a adquirir un comprador.

Demostremos que el notario, en su calidad de empleado público y delegado de la autoridad pública, es un agente normativo que, al crear la incontestabilidad (la escritura pública), permite regular los mercados eliminando los riesgos. La autenticidad es un valor económico.

El decano Carbonnier pudo decirlo a propósito de los contratos en los que los contratantes son legisladores particulares y los notarios los reguladores particulares.

Para su seguridad, la regulación del mercado inmobiliario también debe apoyarse en un sistema seguro que se basa en la identificación en planos del bien que se va a vender y en la existencia de un registro inmobiliario. Así, el catastro, la ortofotografía, o incluso las imágenes de satélites no son sólo unas herramientas técnicas con vocación fiscal, sino también y sobre todo son elementos fundamentales de la constitución y de la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

También explicaremos que la existencia de un registro inmobiliario, que asegura una publicidad y una oponibilidad de las transacciones, catalogando y registrando todas las actas jurídicas que constatan la transmisión de un bien inmueble, permite garantizar la seguridad del comercio inmobiliario.

Es tanto más necesario cuanto que el sistema jurídico francés plantea en principio que la transferencia de propiedad se realiza por el intercambio de los consentimientos sin que se exija ninguna formalidad en cuanto a la forma.

El derecho de propiedad es un pilar constitutivo del mercado inmobiliario y de su seguridad. Debe ser a la vez normativo, revelando la existencia de un intercambio económico e incontestable. A este respecto, la escritura pública está dotada de una fuerza probatoria particular y reforzada. El interés que presenta un acta como ésta procede de que, regular, da fe de su existencia y de su contenido. Esta fuerza probatoria especial se debe a la calidad del que recibe el acta y, por esta razón, está limitada a lo que este último puede certificar efectivamente.

Así, la escritura pública garantizará la calidad y la capacidad del auténtico propietario del inmueble, revelará su situación jurídica, las reglas que rigen su entorno que pueden limitar el derecho de propiedad o afectar su disponibilidad o valor, y el respeto de cierto número de disposiciones relativas a los riesgos sanitarios de los inmuebles edificados.

Los notarios no deben únicamente redactar actas válidas, también deben establecer actas que concreten exactamente los fines que pretenden sus clientes y cuyas consecuencias estén en total conformidad con lo que se proponían alcanzar.

Expondremos también que la seguridad jurídica del mercado inmobiliario necesita igualmente asegurar una obligación de advertencia por el profesional del crédito en beneficio del prestatario no advertido que está a punto de suscribir un crédito para la adquisición del bien inmueble. Esto nos llevará a examinar los riesgos generados por préstamos inmobiliarios consentidos a prestatarios que no tienen suficiente capacidad financiera y a considerar las medidas de protección que podrían aplicarse.

Teniendo en cuenta los acontecimientos pasados y la crisis de las *subprimes*, se debe pensar en la obligación de proporcionar un asesoramiento independiente al prestatario inmobiliario. El profesor Robert J. Shiller, profesor de economía en la universidad de Yale, en Estados Unidos, sugirió el recurso a un equivalente de los notarios de derecho civil para responder a esta problemática. En este sentido, la hipoteca recargable es una seguridad concebida en interés del prestatario.

La hipoteca recargable, que desarrollaremos en nuestro informe, conlleva la tentación de obtener créditos excesivos. El importe del crédito original puede constituir una garantía útil, tanto más cuanto que es muy poco probable que un nuevo acreedor consienta un convenio de acuerdo de recarga que sobrepase el importe del crédito original antes de que éste haya sido pagado, dado que la ley no prevé ninguna medida que garantice la valoración del inmueble.

El deber de asesoramiento del notario, tal como ha sido puesto a punto por la jurisprudencia, es indisoluble del ejercicio de la función notarial. Ciertamente, el notario es un agente normativo que permite regular los mercados eliminando los riesgos, pero también está sometido a una obligación de asesoramiento que debe beneficiar, sin distinción alguna, a todos sus clientes, es decir a todos los que son parte en un acta que autenticó o cuya redacción supervisó.

El asesoramiento se debe por el solo hecho que el acta se establece en escritura pública. El deber de asesoramiento se presenta como una ventaja suplementaria del documento notarial, al lado de la fecha verdadera, de la fuerza probatoria y de la fuerza ejecutoria. Y el hecho que la escritura pública esté sometida a una tarifa única, también es un vector de seguridad jurídica para el consumidor, ya que el coste del documento notarial será mismo sea cual fuere el notario.

I. Virtudes de la escritura pública

Redactada por un empleado público, la escritura pública está dotada de una fuerza probatoria particular y reforzada. El interés que presenta este tipo de escritura se debe a que, regularmente, da fe tanto de su existencia como de su contenido. Esta fuerza probatoria especial se debe a la calidad del que recibe la escritura y, por este motivo, está limitada a lo que este último puede probar realmente.

Fuerza probatoria de la escritura pública

Valor de la escritura pública. El artículo 1319 del *Código civil* define el valor de la escritura pública como modo de prueba en los siguientes términos: “la escritura pública da plena fe del convenio que contiene”. Por esto se entiende que, dentro de los límites en los que la plena fe está relacionada con la escritura, sólo puede ser impugnada por el procedimiento particular de la tacha de falsedad. La tacha de falsedad es un procedimiento peligroso y costoso. En efecto, el legislador ha deseado que no se aplicara de forma desconsiderada. El solicitante en falsedad que sucumbe es condenado no sólo a los gastos sino a una multa y, llegado el caso, a los daños y perjuicios. Por tanto, no debería intentarse sin tener serias razones.

Cabe destacar que la fuerza probatoria particular inherente a las escrituras públicas resulta de una norma de orden público que las partes no pueden derogar, ni siquiera de común acuerdo. Aún cuando lo consintieran, la falsedad del acto litigioso sólo podría demostrarse por el procedimiento de tacha de falsedad.

Alcance de la fuerza probatoria. Según el artículo 1319 del

Código civil: “la escritura pública da plena fe del convenio que contiene entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes”. A pesar de la fórmula restrictiva empleada por este artículo, la escritura pública da fe tanto respecto a las partes contratantes y sus herederos o causahabientes, como respecto a terceros. Ciertamente, los efectos del convenio que figura en la escritura no se imponen a terceros¹ sino respecto a terceros, la fuerza probatoria de la escritura instrumental que constata la existencia y el contenido del convenio es la misma que respecto a las partes contratantes.

Sólo dan fe hasta tacha de falsedad los enunciados relativos a hechos que el empleado público puede constatar por sí mismo, ya sea porque las ha realizado personalmente, o porque se celebraron en su presencia, en el ejercicio de sus funciones.

Fuerza ejecutoria de las escrituras públicas

Cuando un acreedor no obtiene el pago voluntario de la obligación que se le debe, puede recurrir a la fuerza pública para que se proceda a la ejecución sobre los bienes de su deudor; sin embargo, sólo puede hacerlo si el interesado posee un título ejecutivo regular. Esta exigencia la plantea la ley. Así, un juicio o un acta sólo pueden ejecutarse si el acreedor puede presentar el título en virtud del cual actúa o, más precisamente “una expedición revestida de la fórmula ejecutiva, a menos que la ley disponga otra cosa”. Es precisamente, esta fórmula, redactada con términos particulares, la que caracteriza el título ejecutivo y lo diferencia de las otras actas jurídicas.

Las escrituras públicas, al igual que las resoluciones judi-

¹ *Código civil*, artículo 1165.

ciales, están dotadas de fuerza ejecutoria. Si se presenta una copia revestida de la fórmula ejecutiva, es posible recurrir a la fuerza pública y proceder directamente a las medidas que ofrecen los textos. La fuerza ejecutoria de la escritura notarial se afirma, al mismo tiempo que su fuerza probatoria, por el primer apartado del artículo 19º de la *Ley de 25 ventoso año XI*. El acreedor posee entonces un título ejecutivo que le dispensa de obtener una sentencia de condena de su deudor.

Ventajas de la escritura notarial. Prioridad en el orden de las actuaciones judiciales en el momento de la apertura de un procedimiento. Se trata, desde siempre, en interés de un acreedor, de disponer de un título ejecutivo, si tiene previsto obtener la recuperación de los derechos que se le deben.

Todo acreedor dispone del derecho a recurrir; no importa su calidad de acreedor quirografario o privilegiado a partir del momento en que posee un título ejecutivo y, en particular, un documento notarial revestido de la fórmula ejecutiva, en la medida en que el documento notarial revestido de esta fórmula se levanta desde el nacimiento del derecho.

Embargo judicial. La posesión de un título ejecutivo que constata un crédito pecuniario y exigible permite que el acreedor embargue a un tercero los créditos del deudor relativos a una cantidad de dinero. Las modalidades de aplicación las determina el decreto nº 92-755 del 31 de julio de 1992.

La notificación del acta de embargo judicial al deudor y al tercero embargado implica, hasta el total de las sumas para las que se practica, la atribución inmediata en beneficio del embargante del crédito embargado y disponible en manos del tercero embargado, así como de todos sus accesorios. El

gran interés práctico del documento notarial revestido de la fórmula ejecutiva es, sin impugnación posible, su rapidez y la eficacia de su aplicación.

Embargo-venta. Si no pueden venderse amistosamente por el propio deudor en el mes de la notificación del embargo, los bienes muebles embargados son objeto de una subasta pública, sujeta a formalidades de publicidad especiales.

El acreedor embargante, titular de un documento notarial, generalmente obtiene un derecho exclusivo sobre el precio de adjudicación, a partir de la comprobación de los bienes embargados, es decir, en el plazo de un mes después de la notificación de embargo; esta regla le asegura, también en este caso, una garantía eficaz si el deudor embargado es puesto después en administración o en liquidación judicial; el embargante no tendrá que someterse a la ley del concurso ni a la disciplina concursal.

La escritura pública electrónica mediante firma electrónica

El artículo 1317, apartado 1º, del *Código civil* precisa que “la escritura pública es la que ha sido recibida por empleados públicos en el lugar donde se ha levantado la escritura, y con las solemnidades requeridas”. Por tanto, el carácter auténtico de una escritura se basa en la calidad del firmante, empleado público, presente en el acto y en el respeto de determinadas formas. Ahora bien, a favor de la ley nº 2000-230 de 13 de marzo de 2000, se ha añadido un apartado 2 al artículo 1317 que dispone que la escritura pública “puede levantarse en soporte electrónico si se establece y registra en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado”.

Entre la promulgación de la ley nº 2000-230 del 13 de

marzo de 2000, que introduce un apartado 2 al artículo 1317 del *Código civil* para autorizar una escritura pública electrónica y la adopción de los decretos de aplicación, transcurrieron cinco años; período de reflexión necesario para los profesionales y la Cancillería para trabajar en la esencia de la autenticidad y no diluirla en el escrito electrónico. Se trata del decreto nº 2005-973 de 10 de agosto de 2005 que modifica el decreto nº 71-941 de 26 de noviembre de 1971 relativo a los documentos establecidos por los notarios.

A favor de la ley de 13 de marzo de 2000, se ha añadido un apartado 2 al artículo 1317 del *Código civil* que permite levantar una escritura pública en soporte electrónico. Además, el nuevo artículo 1316-4 del *Código civil* indica que la firma electrónica de un empleado público confiere autenticidad a la escritura. Estas dos disposiciones, que tenían que ser completadas por decretos en Consejo de Estado, dieron origen a la posibilidad para el notario o cualquier empleado público de crear escrituras públicas sin soporte papel. Se trata del decreto nº 2005-973 del 10 de agosto de 2005 que modifica el decreto nº 71-941 del 26 de noviembre de 1971 relativo a las escrituras establecidas por los notarios.

Este decreto del 10 de agosto de 2005, que entró en vigor el 1 de febrero de 2006,² remodela totalmente el decreto nº 71-941 de 26 de noviembre de 1971 relativo a las escrituras establecidas por los notarios. A partir de ahora, el decreto de 1971 se organiza en nueve títulos.

Nuevo capítulo III del decreto de 1971 sobre las “escrituras establecidas en soporte electrónico”. El Consejo Superior del Notariado es el que debe proceder a la aceptación “de los sistemas de tratamiento y de transmisión de la infor-

² D. nº 2005-973 de 10 agosto de 2005, artículo 9.

mación”.³ Los notarios sólo podrán utilizar estos sistemas homologados.

Después de los procedimientos de creación del escrito electrónico, los modos de firma figuran en el nuevo artículo 17 del decreto de 1971. Según este texto, la firma electrónica del notario debe basarse en un procedimiento de firma electrónica seguro conforme al decreto del 30 de marzo de 2001 tomado en aplicación del artículo 1316-4 del *Código civil*. Por tanto, debe consistir en “un procedimiento de identificación fiable que garantice su relación con la escritura a la que se vincula”.⁴ Además, podemos recordar que para que la firma electrónica sea segura, debe ser propia al firmante, creada por medios que el firmante puede mantener bajo su control y garantizar un vínculo con la escritura con la que se relaciona de modo que sea detectable cualquier modificación posterior de la escritura.⁵

Por último, la utilización en el proceso de firma de un procedimiento seguro y de un certificado electrónico cualificado establecido por un tercer certificador cualificado permite que el firmante se beneficie de la presunción de fiabilidad prevista por el artículo 1316-4, apartado 2, del *Código civil*. El proceso de firma que será homologado por el Consejo Superior del Notariado deberá adaptarse a estas prescripciones. Este sistema también deberá prever la firma de otros participantes en el documento.

El 28 de octubre de 2008 se levantó la primera escritura.⁶ También era el primer documento del minutarario electrónico de los notarios. Esta escritura se refería a la

³ D. nº 71-941, de 26 de nov. de 1971, artículo 16.

⁴ *Código civil*, artículo 1316-4, apartado 2.

⁵ D. nº 2001-272, de 30 de marzo de 2001, art. 1º, 2.

⁶ Consejo Superior del Notariado, comunicado de prensa del 28 de octubre de 2008.

venta entre dos particulares de una parcela de terreno. Fue recibida por un notario de Aisne. Sin embargo, no se trata de una escritura a distancia. Simplemente fue levantada completamente de forma electrónica. No obstante, dado que se disponía de la tecnología necesaria, fue posible este tipo de escritura a distancia. A este respecto, técnicamente, es la “memoria USB REAL”, una especie de memoria USB protegida, la que garantiza la autenticidad de la firma electrónica del notario. Es personal a cada notario y su acceso está protegido con un código PIN. Contiene el conjunto de los elementos de identificación del notario, así como su firma digital. Las escrituras públicas en soporte electrónico se almacenarán en el minutarario central electrónico (Programa tél@ctes) que puede almacenar miles de escrituras públicas en soporte electrónico (AASE) diariamente y conservarlas al menos setenta y cinco años antes de transferirlas a los archivos departamentales. Este minutarario se ha instalado en Bouches-du-Rhône en los locales de una empresa “Réal. not”, SII perteneciente al notariado. Este registro digital experimentará una migración regular hacia los nuevos lenguajes informáticos para adaptarse a las futuras evoluciones tecnológicas. Los intercambios con el Micen están protegidos y el notario redactor se beneficia de un acceso exclusivo.

La posibilidad de crear una escritura pública electrónica a distancia se contempla en el nuevo artículo 20 del decreto nº 71-941 de 26 de noviembre de 1971. Este texto rige un punto esencial de la escritura pública electrónica precisando que las partes en la escritura que no se encuentran en presencia del notario instrumental pueden, sin embargo, dar su consentimiento o su declaración ante otro notario que participa en la escritura

Se ha añadido al apartado 3 de este nuevo artículo 20 que “cada uno de los notarios recoge el consentimiento y la

firma de la parte o de la persona que participa en la escritura y después la firma”. Esta disposición manifiesta claramente que la autenticidad de la escritura resulta de la presencia física del notario en el acto.

Sólo un documento recibido por un notario puede dar lugar a las formalidades de publicidad registral

Según una ley de 28 de marzo de 2011, denominada de modernización de las profesiones judiciales o jurídicas y de algunas profesiones reguladas, se ha creado un nuevo artículo 710-1 en el *Código Civil* francés. Este artículo dispone que

Para dar lugar a las formalidades de publicidad registral, todo acta o derecho debe resultar de una escritura recibida en forma pública por un notario que ejerza en Francia, de una decisión judicial o de una escritura pública procedente de una autoridad administrativa.

El depósito en el rango de las minutas de un notario de un documento privado, refrendado o no, incluso con reconocimiento de escritura y de firma, no puede dar lugar a las formalidades de publicidad registral. No obstante, incluso cuando no son levantadas en forma pública, las actas de las deliberaciones de las juntas generales previas o consecutivas a la aportación de bienes o derechos inmobiliarios a una sociedad o por una sociedad, así como las actas de amojonamiento pueden publicarse en el registro hipotecario con la condición de estar anexadas a una escritura que constate el depósito en el rango de las minutas de un notario.

El legislador ha querido garantizar la seguridad jurídica

planteando un principio general en el apartado 1º de este artículo. Este texto modificará algunas prácticas antiguas, y más particularmente el recurso al acta de depósito en el rango de las minutas de un notario que, incluso con reconocimiento de escritura y de firma, ya no podrá dar lugar a las formalidades de publicidad registral.

El acta de depósito recibida por el notario contenía en anexo la escritura privada. Se utiliza para conferir la autenticidad a una escritura privada. Este depósito también suponía que las partes reconocían su escritura y su firma. Una vez reunidas estas condiciones, el depósito se califica como autenticador.

Así pues, sólo las escrituras públicas establecidas por un notario o la autoridad administrativa y las decisiones judiciales pueden dar acceso a la publicidad registral. Por tanto, una escritura privada sólo podrá tener acceso al servicio de publicidad registral con la condición de que esté reiterada en una escritura recibida por un notario. Es decir, que supone un nuevo acuerdo de las partes, como una duplicación de un contrato ya completo y eficaz.

Según el informe de la Asamblea Nacional, esta nueva disposición tiende a asentar la seguridad jurídica y a confirmar la competencia de los notarios en materia inmobiliaria. El legislador francés ha consagrado el principio de la obligación del recurso a la escritura pública para proceder a las formalidades de publicidad registral, relativa mayoritariamente a derechos inmobiliarios.

Las promesas de venta, ya sean unilaterales o sinalagmáticas, deben, si se prevé su publicación, revestir la forma pública. Por tanto, desde el comienzo, hace falta una escritura pública. La posibilidad de la publicación de la promesa de venta es vital respecto a la oponibilidad a terceros de una promesa de venta anterior no publicada. En efecto, el principio planteado por la publicidad registral para resolver

algunos conflictos de derechos reales es relativamente sencillo: se da preferencia al que realizó primero la formalidad de publicidad registral, dado que la fecha de transmisión es indiferente.

Con una sentencia de la 3ª sala de lo civil del Tribunal de Casación de 10 de febrero de 2010, el Tribunal de Casación consideró que el compromiso de venta no publicado no era oponible al segundo comprador que, sin embargo, tenía conocimiento, y anuló la sentencia del recurso de apelación que había anulado la venta consentida en beneficio del segundo comprador y declaró perfecta la venta en beneficio de los primeros. Por tanto, el primer comprador no puede oponer su venta al segundo comprador si su título no está publicado, aunque el nuevo comprador actúe de mala fe, es decir, que tuviera conocimiento de la anterior transmisión.

Esta solución fue conformada por una sentencia de la 1ª sala de lo civil del Tribunal de Casación de 20 de diciembre de 2012. Estas decisiones recuerdan la importancia de establecer promesas de venta por escritura pública para facilitar su eventual publicación.

II. El notario, un actor de la regulación y de la seguridad del mercado inmobiliario

El notario es un empleado público, delegado de la autoridad pública para conferir autenticidad a los convenios de particulares. Sin embargo, no es un funcionario, ya que sus funciones constituyen, en algunos aspectos, una actividad liberal.

Un empleado público. El notario está investido de una misión legal para la que el poder público le delega directa-

mente una parcela de su autoridad. El notario, a partir de ahora separado de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones (aunque sigue bajo la vigilancia del Ministerio Público), confiere directamente autenticidad a los documentos que recibe.

Las consecuencias de esta calidad se traducen por una protección de la persona del notario y la de sus atribuciones exclusivas. Según el artículo 433-5 del *Código penal*, es punible todo acto que constituya un ultraje a un oficial ministerial, al que el notario está asimilado.⁷ El ultraje debe haberse cometido cuando el notario ejercía sus funciones, pero se garantiza su protección en todo momento y los hechos no deben haber ocurrido necesariamente en la circunscripción donde el notario puede levantar acta.⁸

El carácter delictivo del ultraje es independiente de la validez de las actas levantadas por el notario.⁹ Las disposiciones particulares que protegen a los agentes de la autoridad pública y a los ciudadanos encargados de un servicio público¹⁰ contra la difamación no se aplican a los notarios. La jurisprudencia lo decidió así, mientras que el artículo 1º de la ley de Ventoso que denomina a los notarios “funcionarios públicos” aún estaba vigente.¹¹ Así pues, la difamación de un notario depende del Tribunal de lo penal y no del Tribunal de lo criminal, porque los notarios “no se encargan de ninguna parte de la administración pública y sólo ejercen su ministerio en intereses privados”.¹²

⁷ T. Cas. crim., 30 de julio de 1927: Arch. gen. not., art. 21998.

⁸ T. Cas. París, 2 de diciembre de 1950: Diar. not. art. 43600; Arch. gen. not., art. 26946.

⁹ T. Cas. crim., 1 de marzo de 1951: D. 1951, p. 277.

¹⁰ L. 29 de julio de 1881, art. 31 relativa a las infracciones de prensa.

¹¹ T. Cas. crim., 21 de junio de 1884: DP 1886, 1, p. 46.

¹² T. Cas. crim., 5 de enero de 1935: DH 1935, p. 165.

Aunque relativas a intereses privados, las atribuciones reservadas al notario son objeto de una protección justificada por la seguridad de los particulares.

Misión legal del notario. El artículo 1 de la ordenanza de 2 de noviembre de 1945 confía al notario su misión principal:

Los notarios son empleados públicos, establecidos para recibir todos los documentos y contratos a los que las partes deben o quieren conferir un carácter auténtico vinculado a los documentos de la autoridad pública y para certificar la fecha, conservar el registro, expedir copias ejecutorias y copias auténticas. Las obligaciones derivadas de esta misión principal son múltiples: obligación de levantar acta, respetar las condiciones de validez de las escrituras públicas y las prohibiciones especiales que pesan sobre el notario, mantenimiento del archivo, secreto profesional, etc.

Un profesional liberal. El hecho de que el notario se encargue de un servicio público podría hacer pensar que tiene calidad de funcionario pero, si es funcionario, ¿cómo se explica que su remuneración, aunque sometida a tarifas, no esté garantizada por el Estado? Aunque los notarios sean considerados como funcionarios para los “se utilizan sus intereses como medio de acción” —o que la denominación de funcionario se entienda como un abuso del lenguaje antiguo—, no pueden considerarse como miembros de la función pública.

En efecto, los notarios ejercen sus funciones con total independencia y realizan libremente la gestión de sus oficinas. Tienen una responsabilidad personal incompatible con la calidad de funcionario y no comprometen la del Estado. El hecho de poder ejercer el derecho de presentación es incompatible con la calidad de funcionario. Pero el notario

no sólo ejerce una profesión liberal. La delegación de la autoridad pública que le ha sido conferida, las reglas precisas que se aplican al ejercicio de sus funciones, la vigilancia de los fiscales generales y de las cámaras disciplinarias limitan la autonomía de los notarios. Son nombrados por el Ministro de Justicia y aunque no están sometidos a su autoridad jerárquica, las condiciones de su actividad dependen ampliamente de sus decisiones.

El notario francés presenta una doble faceta. Como empleado público, está sometido a estrictas obligaciones. Como asesor de sus clientes, se aproxima a otras profesiones liberales. Es lo que le confiere su originalidad respecto a algunos notariados extranjeros de las que se encargan funcionarios.

Las consecuencias de esta calidad se reflejan en una protección de la persona del notario y en la de sus atribuciones exclusivas. Se trata de la prohibición de usurpar las funciones del notario o de inmiscuirse en el ejercicio de sus funciones. Según las disposiciones del artículo 433-13 del *Código penal*, se castiga con un año de prisión y una multa a cualquier persona que realice el acto 1º De ejercer una actividad que genere en el público una confusión con el ejercicio de una función pública o una actividad reservada a los empleados públicos o oficiales ministeriales; 2º De utilizar documentos o escritos que presenten una similitud con documentos judiciales, extrajudiciales o administrativos que pueda inducir a error al público.

La calidad de empleado público y la delegación del Estado concedida al notario explican y justifican la reglamentación del ejercicio de sus funciones.

Ámbito de competencia reservado

La misión esencial del notario le ha sido asignada por la

ley. Se trata de conferir a los acuerdos privados el carácter de autenticidad y garantizar su eficacia. La jurisprudencia al descubrir y desarrollar la noción del deber de asesoramiento ha añadido a esta misión principal un conjunto de tareas que se imponen al notario con motivo de sus intervenciones.

El carácter de autenticidad confiere al convenio privado una fuerza particular análoga a la de las leyes. La fecha es verdadera y las enunciaciones emanantes del propio notario dan fe hasta la tacha de falsedad. La ejecución de las obligaciones resultantes de la escritura pública puede ser demandada directamente sin que el acreedor tenga que obtener un juicio previo.

Por último, los clientes adquirieron pronto la costumbre de solicitar al notario diferentes servicios que ampliaron su cometido de forma muy diversa según las épocas y las regiones.

Profesional competente: necesidad de una formación de calidad. El ejercicio de cualquier profesión requiere una formación previa. Una sociedad libre brinda a cualquier persona la posibilidad de crear o ejercer una actividad a su conveniencia y recibir la formación que considere necesaria: las únicas sanciones de su iniciativa serán el éxito o el fracaso económico. Pero esta misma sociedad da un tratamiento particular a algunas profesiones que contribuyen al poder soberano (policía, justicia, sanidad pública, etc.). El Estado exige a estos profesionales un nivel de cualificación técnica y rigor moral que requiere una formación profesional definida por él. Puede limitarse únicamente a la exigencia de un título universitario de un determinado nivel, o, además, exigir una práctica previa al ejercicio de estas funciones oficiales controlada por las instancias profesionales o estatales. El notariado es una de estas “profe-

siones reguladas”. Los notarios son nombrados por orden del Ministro de Justicia. Este nombramiento sólo es posible si el candidato, de nacionalidad francesa, reúne las condiciones de moralidad y posee alguno de los títulos profesionales que acrediten conocimientos teóricos y ejercicio práctico de la profesión.

Delegados en su calidad de empleados públicos del Estado, los notarios deben cumplir su misión de servicio público en todo el territorio con una calidad homogénea en sus prestaciones. Por tanto, el número de notarios y la calidad de su formación son controlados por la autoridad de tutela. Los notarios también están legalmente obligados a una formación permanente.¹³

Los notarios declaran, como máximo el 31 de enero de cada año civil, ante el colegio oficial del que dependen, las condiciones en las que han cumplido su obligación de formación continua durante el año transcurrido. Adjuntan a esta declaración los justificantes necesarios para la verificación del cumplimiento de esta obligación. El colegio oficial controla el cumplimiento efectivo de la obligación de formación continua de los notarios verificando los criterios de las formaciones seguidas, así como su necesaria relación con la actividad de notario.

Unas tarifas únicas, un acceso igualitario al derecho para todos. La remuneración, teniendo en cuenta la calidad de quienes la perciben, constituye unos honorarios, pero, al estar tarifada, se convierte en un emolumento.

El notario está sometido a una tarificación única, que es vector de seguridad jurídica para el consumidor, ya que el coste del documento notarial será el mismo sea cual fuere

¹³ Ord. n° 45-2590, art. 1° quáter, redacción L. n° 2010-1609, 22 de diciembre de 2010.

el notario. La tarifa la fijan el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Finanzas.

¿La tarifa única es la contrapartida de una competencia reservada o la garantía para todos los ciudadanos de poder acceder al derecho, al asesoramiento de un notario con la misma tarifa, independientemente de su calidad y de sus recursos?

El decreto de 8 de marzo de 1978, relativo a la fijación de la tarifa de los notarios, distingue muy claramente: los “emolumentos”: remuneraciones tarifadas pagadas a los notarios por los documentos que establecen en el ejercicio de su función de redactor y autenticador de los convenios de las partes y por los trámites que realizan relacionados con la recepción de estos documentos; y los “honorarios”: remuneraciones no tarifadas pagadas a los notarios por los trabajos que realizan o los servicios que prestan, aparte de la recepción de los documentos y la realización de los trámites vinculados.

Se prohíbe que los notarios perciban por su actividad cualquier cantidad aparte de las previstas en la presente tarifa, so pena de restitución de la cantidad percibida indebidamente y, eventualmente, de sanciones disciplinarias.

Dado que la tarifa se ha decretado en el interés general para la protección, al mismo tiempo, del público contra los incumplimientos individuales y de los notarios contra la competencia desleal y las actuaciones incompatibles con la dignidad profesional, estas disposiciones son de orden público y no permiten ninguna derogación.

Los emolumentos fijados por la tarifa son obligatorios; se imponen a los notarios, a las partes y al juez, a reserva de determinadas disposiciones particulares en los casos, por ejemplo, de descuentos parciales o de reducción. En consecuencia, el notario no podrá invocar ninguna circunstancia para exigir un emolumento más elevado que el resultante

de la tarifa o un emolumento que la tarifa no hubiera previsto; esta exigencia constituiría un abuso por su parte; la tarificación debe considerarse como justa y suficiente.

Para garantizar una estricta aplicación de la tarifa, todas las actas del ministerio de notarios y los trámites previos o consecuentes se han sometido al procedimiento de la tasa; dado que esta tasa también está fundada en motivos de interés general, es de orden público y puede requerirse, a pesar de todos los acuerdos contrarios, incluso una renuncia expresa a invocarla antes o después del pago de los gastos.

El notario que haya percibido un emolumento no previsto en la tarifa o superior al previsto está obligado a restituirlo a la parte que realizó el pago o a devolver la suma percibida en exceso y se expone, eventualmente, a una sanción disciplinaria. Cabe destacar que lo mismo ocurriría para todas las sumas desembolsadas reclamadas que no se hubieran realizado realmente.

Anteriormente, las infracciones a la prohibición eran obligatoriamente sancionables; la primera vez, la sanción era una de las penas previstas por la ordenanza de 28 de junio de 1945; en caso de reincidencia en un período de diez años, la sanción era la suspensión (prohibición temporal) o la destitución; en caso de reincidencia en los diez años siguientes, se sancionaba con la destitución. Esta severidad era excesiva y desproporcionada con la naturaleza de la falta; por este motivo, raramente se sancionaban las infracciones cometidas. El decreto de 8 de marzo de 1978 es más adecuado. Desde entonces, los colegios oficiales departamentales y las autoridades de tutela son los responsables de apreciar en cada caso si se deben o no incoar procedimientos disciplinarios contra el notario infractor, y estos procedimientos pueden variar según las circunstancias y la gravedad de la falta cometida. Evidentemente, la pena impuesta deberá ser una de las previstas en materia disciplinaria.

Una profesión regulada

Deontología, una obligación general de corrección. La calidad de empleado público impone al notario una obligación general de corrección que conlleva una apreciación más estricta de su responsabilidad. La necesidad cada vez mayor de seguridad también ha diversificado las obligaciones del notario en su calidad de asesor de las partes.

Además de la aplicación de las leyes y reglamentos, el notario está obligado a respetar cierto número de usos profesionales. Esta normativa, con frecuencia no escrita, se califica generalmente como deontología. Los reglamentos de los colegios oficiales precisaban algunas obligaciones que se imponían a los notarios de las compañías cuando estos reglamentos habían sido aprobados por la cancellería. Así, de conformidad con el artículo 26 del decreto n.º 71-942 de 26 de noviembre de 1971, el Consejo Superior del Notariado ha elaborado un nuevo reglamento nacional aplicable directamente al conjunto de los notarios con la participación de diversos organismos representativos de la profesión. Este reglamento nacional fue aprobado por orden del ministro de Justicia de 24 de diciembre de 1979.¹⁴ Incluye dos partes, una dedicada a los principios deontológicos¹⁵ y la otra a las normas profesionales de aplicación concreta.¹⁶ A continuación se estableció el reglamento para notarios de diferentes regiones.

Algunas obligaciones son consecuencia directa de la calidad de oficial ministerial, otras se refieren a la protección de los clientes del notario y este último debe respetar algunas reglas en sus relaciones con sus colegas y los organismos

¹⁴ *Diario Oficial*, 3 de enero de 1980.

¹⁵ Artículos 1 a 16.

¹⁶ Artículos 17 a 67.

profesionales. La calidad de empleado público impone al notario una obligación muy general de dignidad. El notario, al igual que otros profesionales, médicos o funcionarios de policía, no debe permitirse “faltar al honor, a la probidad y a las buenas costumbres” criterio que excluye tradicionalmente las faltas disciplinarias del beneficio de las leyes de amnistía. Cada notario, con su comportamiento, debe dar la mejor imagen posible de su profesión.

La primera consecuencia del monopolio conferido a los notarios es la obligación de prestar su ministerio cuando son requeridos. En ocasiones, esta obligación es pesada cuando se trata de actos poco remunerados y que, sin embargo, suponen un trabajo importante. Constituye una limitación al carácter liberal de la profesión notarial y confiere al cometido del notario un importante carácter social.

La obligación de levantar acta procede del carácter de servicio público de la función notarial. En efecto, por este hecho, los notarios se benefician de un *numerus clausus*. Además, están investidos de un monopolio para el otorgamiento de algunas actas. Por último, su función es de interés general. Por consiguiente, no pueden negarse a cumplirla.

Organización profesional. La organización colectiva del notariado es importante. El notario, delegado del Estado, encargado de conferir autenticidad y de realizar múltiples misiones impuestas por la ley o solicitadas por sus clientes, debe ofrecer una total seguridad.

Las dificultades de una práctica que afecta a todos los sectores del derecho y de la economía y la necesidad de dar a conocer a los poderes públicos y a los usuarios las necesidades y las posibilidades reales de la notaría han situado en un lugar determinante a la representación de la profesión. Esta función corresponde legalmente al Consejo Superior del Notariado y a los Consejos Regionales y, de hecho, es

compartida por los colegios oficiales. Las estructuras oficiales del notariado se presentan de forma jerarquizada. Los colegios oficiales se encargan esencialmente de la disciplina y de diversas funciones legales o voluntarias en el marco del departamento o de varios departamentos.

Los Consejos Regionales representan a los notarios de la jurisdicción del Tribunal de Apelación o excepcionalmente de dos Tribunales de Apelación. El Consejo Superior del Notariado representa al conjunto del notariado en particular ante los poderes públicos y se encarga de múltiples funciones legales o voluntarias.

Cada uno de estos organismos que se reúne en comité mixto con los representantes del personal de estudios, se encarga de las cuestiones relativas a los pasantes y a los empleados de los notarios. Todos estos organismos están dotados de personalidad jurídica y están calificados por la ley como establecimiento de utilidad pública.¹⁷ Los establecimientos de utilidad pública son personas jurídicas de derecho público encargadas de un servicio público.

En cada departamento existe un colegio oficial de notarios, que es la emanación de los notarios del departamento o los departamentos a los que representa. El conjunto de los notarios se agrupa en lo que, tradicionalmente, se denomina compañía. Su voluntad se expresa en el marco de la asamblea general.

Obligación de asistencia. La asamblea general incluye a todos los notarios y notarios asociados en ejercicio en el departamento o los departamentos de la jurisdicción del colegio oficial; la asistencia es obligatoria. La asamblea general de notarios vota el presupuesto preparado por el colegio oficial. De este modo, la asamblea controla los gastos realiza-

¹⁷ Ord. n° 45-2590, 2 de nov. de 1945, art. 3.

dos por el colegio oficial y que constituyen una parte de los gastos del fondo común.

Los diferentes empleados del colegio oficial tienen funciones precisadas por los textos.

a. Presidente. Atribuciones. Las funciones del presidente son múltiples y prácticamente son las mismas que las atribuciones del colegio oficial. El presidente representa al colegio oficial y a la compañía.

b. Síndico. Durante mucho tiempo, el mantenimiento de la disciplina fue la principal función del colegio oficial y de su presidente asistido por el síndico. El síndico tiene la facultad de instar al colegio oficial de disciplina del consejo regional.

c. Ponente. Misión. El ponente tiene como misión estudiar en profundidad las cuestiones sometidas al colegio oficial para hacer un informe que facilite la decisión.

d. Secretario. Cometido. El secretario redacta las deliberaciones del colegio oficial, custodia los archivos y expide las copias auténticas. Firma con el presidente los registros de deliberaciones.

e. Tesorero. Teneduría de la contabilidad. El tesorero custodia los fondos y se encarga de la teneduría de las cuentas del fondo común.

f. El Consejo Regional. Representa, en principio, a los notarios de la jurisdicción del Tribunal de Apelación.¹⁸ El Consejo Regional de notarios representa al conjunto de notarios de la jurisdicción del Tribunal de Apelación en lo

¹⁸ Ord. n° 45-2590, art. 5.

relativo a sus derechos e intereses comunes. Previene o concilia todos los desacuerdos de orden profesional entre los colegios oficiales de notarios de la jurisdicción del Tribunal de Apelación o entre los notarios de la jurisdicción que no ejercen en el mismo departamento y, en caso de no conciliación, zanja estos litigios mediante decisiones que son inmediatamente ejecutorias.

g. El Consejo Superior del Notariado. Está formado por un presidente, delegados electos a razón de uno por Consejo Regional y, llegado el caso, uno o dos miembros de la mesa elegidos entre los delegados cuyo mandato acaba de expirar.

El Consejo Superior representa al conjunto de la profesión ante los poderes públicos. Previene o concilia los desacuerdos de orden profesional entre los colegios oficiales de notarios o entre los notarios que no dependen del mismo Consejo Regional, y, en caso de no conciliación, zanja estos litigios mediante decisiones que son inmediatamente ejecutorias; organiza y decide el presupuesto de todas las obras sociales que interesan a los notarios.

El Consejo Superior del Notariado también ha organizado el almacenamiento de las escrituras públicas en soporte electrónico. Se guardarán en el minutarío central electrónico (Programa tél@ctes) que puede almacenar miles de escrituras públicas en soporte electrónico (AASE) diariamente y conservarlas al menos setenta y cinco años antes de transferirlas a los archivos departamentales. Este minutarío se ha instalado en Bouches-du-Rhône en los locales de una sociedad “Real.not”, ssII perteneciente al notariado.

El deber de asesoramiento del notario, una condición indisoluble con el ejercicio de su función.

El deber de asesoramiento, tal como ha sido puesto a punto por la jurisprudencia, es indisoluble del ejercicio de la función notarial. Un notario no puede negarse a levan-

tar actas ni a asesorar. El asesoramiento es una obligación imperativa, de la que nada puede eximir a un empleado público: se impone independientemente de su cometido o de la naturaleza de su intervención.

En efecto, desde la sentencia del Tribunal de Casación el 21 de julio de 1921, la jurisprudencia no ha variado en este aspecto: “Los notarios instituidos para dar forma legal y autenticidad a los convenios de las partes, también tienen como misión informar a sus clientes sobre las consecuencias de los compromisos que adquieren; responsables, en virtud de artículo 1382 del Código Civil, no pueden estipular la inmunidad de sus faltas y, en consecuencia, declinar el principio de su responsabilidad alegando que se han limitado a dar forma auténtica a los convenios de las partes”.

El deber de asesoramiento es un deber profesional obligatorio que el notario no puede eludir bajo ningún pretexto, independientemente de la naturaleza de su intervención

El deber de asesoramiento beneficia, sin distinción alguna, a todos los clientes del notario, es decir, a todos los que son parte en un acta que el notario ha autenticado o cuya redacción ha supervisado. El asesoramiento se debe por el mero hecho de que el acta se establece en escritura pública. El deber de asesoramiento se presenta como una ventaja suplementaria del documento notarial, junto con la fecha verdadera, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutoria.

El deber de asesoramiento surge del ejercicio de la función notarial, no por su ejercicio de conformidad con las reglas profesionales. El notario no puede eximirse de su deber de asesoramiento, aunque sus clientes hayan solicitado y obtenido la asistencia de un asesor especializado

suplementario (abogado, perito u otro notario, etc.). La decisión del cliente de ser asistido por otro asesor (arquitecto, abogado, fiscalista, notario etc.) no influye en el deber de asesoramiento.

Esta falta de confianza no puede, *a priori*, ser sancionada. El notario debe asesorar en cualquier hipótesis: los consejos se suman, no se excluyen. Además, el deber de asesoramiento es un deber absoluto que el notario tiene con sus clientes, independientemente de sus competencias jurídicas, aunque no haga más que repetir lo que ya saben o deberían saber, sin tener en cuenta las competencias personales del cliente para apreciar la amplitud de la responsabilidad notarial.

Cometidos del notario

El instructor de la ley. La misión del notario consiste en autenticar las declaraciones de los declarantes y no en verificar su contenido. Por tanto, no tiene que controlar los datos que pueden reflejarse en el documento que recibe.

El principio es que únicamente tiene la obligación de informar a las partes sobre los datos de hecho de los que tiene conocimiento. Esto no impide que algunas circunstancias puedan influir en la validez de un documento e implicar, por ende, la responsabilidad civil de su redactor.

Naturalmente, estas condiciones de hecho varían en función no sólo de la naturaleza del documento sino también del contexto particular de cada asunto. Sin embargo, se pueden reunir en dos grandes temas las principales verificaciones de hecho que, generalmente, son necesarias: en virtud de su deber de asesoramiento, el notario estará, de forma general, obligado a investigar, por una parte, que el documento que se le solicita que redacte no es fraudulento;

por otra, también deberá verificar si las partes firmantes cumplen las condiciones de capacidad requeridas.

Por consiguiente, para investigar los eventuales fraudes, el notario debe utilizar los medios jurídicos de los que dispone y proceder a todas las verificaciones que dependen de su competencia profesional. También es de su competencia verificar la identidad y la capacidad de las partes. Asimismo deberá verificar el estado mental de su cliente. Dado que generalmente se considera que todas las personas están mentalmente sanas, sólo en caso de que exista una duda seria del estado mental de alguna de las partes, duda respaldada por “circunstancias externas”, el notario deberá tomar las medidas oportunas en base a esta jurisprudencia. En caso contrario, la responsabilidad del notario no se verá comprometida.

La verificación de las condiciones de derecho, necesarias para la validez e incluso para la simple regularidad de un acta, se impone al notario por el cumplimiento de sus funciones. La jurisprudencia, en esta materia, lo pone de manifiesto claramente. Para los tribunales, el notario no es un mero autenticador en el sentido estricto y formalista del término. Ante todo, es un jurista y esta obligación de control procede naturalmente de su cualificación profesional y de las garantías de competencia que representa.

También deberá verificar la existencia de los derechos de sus clientes para prevenir que se produzca cualquier irregularidad. Asimismo deberá, bajo su responsabilidad, poner al servicio de la validez de sus documentos una ciencia jurídica intachable. Por supuesto, la verificación de los derechos de propiedad es una de las obligaciones notariales. En efecto, es evidente que el notario debe asegurarse de la calidad de propietario del vendedor. Dado que el error sobre la identidad del propietario conlleva la nulidad de la venta, compromete la responsabilidad del redactor del acta.

Así pues, la tarea del notario consiste en buscar y analizar a fondo el conjunto de los títulos de propiedad y remontar atentamente la cadena de las transmisiones sucesivas en un período de treinta años. El notario debe respetar el derecho positivo. Su función de autenticador le prohíbe desconocer una regla de derecho. Por consiguiente, cualquier error jurídico cometido por un empleado público compromete su responsabilidad a partir del momento en que tiene consecuencias perjudiciales. No importa que este error sea leve o grave o que conlleve la nulidad total o sólo parcial de un acta.

No obstante, para ser segura, la jurisprudencia en este ámbito es poco numerosa ya que la mejora de la formación profesional de los notarios y la exigencia de títulos de un nivel elevado han hecho que sean muy reducidas las acciones en responsabilidad basadas en el error de derecho. Ante una nueva o controvertida cuestión de derecho, el notario, tiene la obligación de documentarse más especialmente y sobre todo de comunicar a sus clientes la existencia de esta controversia o el carácter incierto del acto previsto.

Por consiguiente, si un acto puede ser anulado o ser ineficaz debido a la evolución de la jurisprudencia sobre un punto de derecho controvertido, el notario tiene la obligación de advertir a los contratantes. Debe exponerles las diferentes soluciones posibles, informarles sobre la ausencia de una solución segura, dejándoles naturalmente la decisión final. Al hacerlo, cumple con su misión de asesoramiento ya que no tiene otra obligación salvo la de advertencia.

Así pues, el deber de asesoramiento incluye una obligación de información sumamente amplia, relativa al conjunto del derecho positivo (textos legales y administrativos, convenios internacionales, derecho comunitario, etc.), sobre sus aplicaciones jurisprudenciales, sobre las controversias y las dificultades jurídicas que puedan surgir a su propósi-

to... La validez de las actas recibidas por el notario tiene frecuentemente este precio.

Los notarios no deben redactar únicamente actas válidas, también deben levantar actas que lleven a buen fin exactamente las finalidades que pretenden sus clientes y cuyas consecuencias estén plenamente conformes con lo que se proponían alcanzar. Por tanto, la noción de eficacia es una noción sumamente amplia: garantizar la eficacia de un acta es hacer lo necesario para que el acta, una vez redactada, produzca todas las consecuencias esperadas.

Dado que la eficacia de un acta depende del respeto efectivo de la voluntad de las partes, el notario también debe proteger esta voluntad. Para ello, debe comunicar a sus clientes todos los acontecimientos y circunstancias que pudieran comprometer esta eficacia. El notario que conoce la situación financiera catastrófica de personas que desean obtener un préstamo debe informar de esta situación a los eventuales prestamistas.¹⁹ Al hacerlo, no traiciona de ninguna manera su obligación de secreto profesional porque no se trata de confidencias recibidas con motivo de un acta, sino de hechos establecidos y comprobables.

El conservador de la memoria de las familias. La necesidad de conservar el original de las actas, es decir las minutas, resulta de la propia definición del notario formulada por el artículo 1º de la orden n° 45-2590 de 2 de noviembre de 1945 relativa al estatus de la notaría. En efecto, según este texto, “los notarios son los empleados públicos establecidos para recibir todos las actas y contratos a los que las partes deben dar o quieren hacer dar el carácter de autenticidad vinculado a las actas de la autoridad pública, y para asegurar la fecha, conservar el registro y expedir [copias auténticas y

¹⁹ Cas. 1 civ., 9 de junio de 1969.

copias ejecutorias]”.²⁰ Para el notario, la conservación de las minutas es una obligación de la mayor importancia que, por otra parte, se deriva de la obligación que tiene de guardar la minuta de todas las actas que recibe, excluyendo las actas que, excepcionalmente, debido a su interés provisional, pueden ser expedidas en certificados. En este tema es el conservador de la memoria de las familias.

El notario debe velar con una atención particular a la conservación de sus minutas, ya que de esta conservación depende en particular la seguridad y el interés de las familias. Una antigua circular del ministro de justicia francés, del 10 de febrero de 1888, se expresaba, a este respecto en estos términos:

Los notarios son los depositarios legales de los títulos de los ciudadanos. Deben velar sobre este depósito con la mayor atención, conservar sus minutas en el mismo lugar donde tienen su despacho, y no dejar de tomar ninguna precaución para ponerlas al resguardo de los riesgos de incendio, inundación, humedad y destrucción de cualquier tipo.

La obligación de conservar las minutas impuesta al notario no sólo se aplica a las minutas de su ejercicio, sino a todas las recibidas por sus predecesores, que le han sido transmitidas al adquirir su oficina, sea cual fuere su fecha de recepción. En consecuencia, el notario debe, por todos los medios de derecho, reintegrar las minutas que hayan sido desplazadas, extraviadas o desviadas por muy antiguas o poco utilizadas que fueren. Esta obligación podrá eludirse alegando que generaría gastos imprevistos, y el ministerio público podría realizar su reintegración a expensas del notario recalcitrante y, llegado el caso, el recurso contra su

²⁰ L. n° 76-519, de 15 de junio de 1976.

predecesor. La obligación de conservar las minutas implica necesariamente la prohibición de inhibirse.

Las minutas y los archivos de los empleados públicos, por tanto de los notarios, se clasifican entre los archivos públicos. A partir de ahora, estos documentos, esenciales para la genealogía, pero también para la historia económica y social de nuestro país, deben ser obligatoriamente transmitidos a los archivos departamentales y, para París, a los archivos nacionales, con una antigüedad de hasta hace cien años.

Finalmente, y como recordatorio de lo que se ha dicho anteriormente, las escrituras públicas sobre soporte electrónico se almacenarán en el minutarario central electrónico (Programa tél@ctes) que puede almacenar miles de escrituras públicas en soporte electrónico (AASE) diariamente y conservarlas como mínimo setenta y cinco años antes de transferirlas a los archivos departamentales.

El notario, un recaudador de impuestos. El derecho fiscal hace al notario personalmente deudor de algunos impuestos debidos *in fine* por las partes. Esto ocurre en cuanto a los derechos de registro, la tasa de publicidad registral, el impuesto de plusvalía inmobiliaria y el impuesto global sobre los terrenos convertidos en edificables.

El sistema que consiste para el Estado en transferir a una persona privada la tarea de recaudar el impuesto tiene varias ventajas que benefician ante todo al poder público. Por su parte, el cliente, aunque forzado a dirigirse al notario para liberarse de estas imposiciones, también tiene cierto interés.

Para el Estado son muchas las ventajas que resultan de la recaudación del impuesto por el notario. El notario se convierte en su interlocutor único, reemplazando al conjunto de las partes en el acto para el pago del impuesto. Por otra parte, el papel de recaudador de impuestos que realiza una persona privada remunerada directamente por el contribu-

yente, implica un ahorro de gastos de cobro para el Estado. Este ahorro es tanto mayor cuanto que la persona privada encargada de esta recaudación es un profesional competente capaz de ayudar al contribuyente a aplicar correctamente las reglas fiscales. El riesgo de error y, en consecuencia de rectificación —el cual conlleva un coste— también se reduce.

Por último, al confiar al notario la tarea de recaudar el impuesto, la Administración se descarga totalmente del riesgo de insolvencia del contribuyente, que lo asume en su totalidad el notario.

Confiar la liquidación y el pago del impuesto a un tercero responsable suprime prácticamente el riesgo de ausencia de declaración —de buena o mala fe— por parte del contribuyente. En efecto, el notario debe, por una parte, recordar sus obligaciones fiscales al cliente distraído y, por otra, teniendo en cuenta su misión y su calidad de empleado público, evitará toda declaración falsa que pretenda eludir el impuesto.

En materia de impuestos de plusvalía, hacer pagar el impuesto desde el momento del hecho generador elimina el riesgo de que el vendedor dilapide —o sus acreedores capten— los fondos que proceden de la venta entre su percepción y el momento de pago del impuesto sobre la renta varios meses más tarde.

En lo que respecta al contribuyente, busca cierta tranquilidad en sus relaciones con la administración fiscal. Tiene la seguridad de que el impuesto que debe se calculará exactamente y, sobre todo, que será pagado sin falta y sin retraso, para evitar cualquier riesgo de rectificación posterior. Así pues, al dirigirse al notario, el cliente busca la fiabilidad vinculada a su estatus de empleado público, cuya naturaleza le garantiza que las imposiciones debidas por su acto serán abonadas convenientemente a la administración por su cuenta.

Además, el cliente se beneficiará del deber de asesoramiento del notario que le informará sobre la eventual existencia de dispositivos favorables que pueden aplicarse en su caso (por ejemplo: pago fraccionado o aplazado de los derechos de transmisión). El notario también advertirá al cliente de las incidencias fiscales más amplias del acto en cuestión, tanto sobre las imposiciones debidas inmediatamente como sobre las posteriores de todo tipo.

Confiar al notario una misión de recaudador de impuestos, también es la seguridad de beneficiarse de los consejos de calidad de un profesional de la fiscalidad del patrimonio. Más allá de una simple información sobre el coste fiscal del acto previsto, el notario podrá realizar un auténtico estudio en profundidad para buscar una solución fiscalmente más ventajosa para su cliente.

En Francia, el Código general de impuestos, en su artículo 1701 dispone que los derechos de las actas deben ser pagados antes de la ejecución de la formalidad de registro, y que nadie puede aplazar el pago sea cual fuere el motivo. Sólo existen dos excepciones: en caso de pago fraccionado o diferido, y en caso de pago de los derechos al Estado.

El pago del impuesto es obligatoriamente previo al cumplimiento de la formalidad, bajo pena de rechazo.

El notario debe efectuar las formalidades que constituyen la consecuencia de sus actas en el plazo legal; los derechos debidos deben haber sido pagados para poder efectuar la formalidad. Así pues, el notario debe pagar obligatoriamente los derechos en el plazo legal de cumplimiento de la formalidad de registro, y ningún motivo permite aplazar este pago. El artículo 1705 del *Código general de impuestos* hace que el notario sea el único deudor de los derechos debidos por sus actas en los siguientes términos: “Los derechos de las actas que se deben registrar o que hay que someter a la formalidad fusionada son pagados [...] por los nota-

rios, por las actas realizadas ante ellos”. El artículo 1711 del *Código general de impuestos* confiere únicamente al notario un derecho al reembolso de estas sumas por las partes. Por tanto, el notario no es deudor solidario de los derechos con las partes, sino más bien el único deudor legal, simplemente titular de una acción de recurso en su contra.

No obstante, el estatus de empleado público exige de este último una consignación previa de los gastos, derechos, desembolsos y emolumentos, lo que suaviza el principio fiscal del anticipo de los derechos por el empleado público con objeto de que no se exponga económicamente. Así pues, es de la incumbencia del notario proceder a numerosas comprobaciones.

En efecto, la principal fuente de error se refiere a un análisis incorrecto de la situación del vendedor respecto al campo de aplicación del impuesto. Esto puede hacer que se aplique el impuesto a una situación a la que no era aplicable o, inversamente, a apartarla para una operación que entraba en su campo de aplicación. También conviene verificar si la situación del vendedor puede constituir o no un caso de exoneración. El notario deberá obtener del vendedor los elementos faltantes y necesarios para el cálculo del impuesto.

La responsabilidad del notario encuentra un terreno de predilección en materia fiscal en donde el error conlleva un perjuicio fácilmente calculable para el cliente. Por tanto, el notario debe estar al corriente en particular de las obligaciones que tiene en la materia.

Resumen:
Seguridad jurídica del mercado inmobiliario:
necesidad de instrumentos de regulación

El informe francés gira en torno a dos grandes ejes principales: la seguridad jurídica basada en los derechos de la propiedad y la seguridad jurídica basada en la información y la prevención. La noción de seguridad jurídica está ausente, como tal, de nuestro *corpus* constitucional francés. No figura ni en el texto de la Constitución de 1958, ni en el del Preámbulo de 1946, ni siquiera en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789.

El decano Carbonnier designó la seguridad jurídica como correspondiente a una necesidad alimentaria. Así pues, la seguridad jurídica del mercado inmobiliario es un estado de certeza o de ausencia de incertidumbre en una transacción inmobiliaria, en un mercado competitivo que se alimenta de los riesgos que va a adquirir un comprador.

Este informe presentará en la primera parte los instrumentos de la regulación que protegen los títulos de propiedad. Se desarrollarán, los instrumentos de la identificación de los bienes inmuebles y de la identificación de las personas, la escritura pública como guardián de esta seguridad jurídica, y el registro inmobiliario.

Los instrumentos de la identificación de los bienes inmuebles garantizan la existencia de un inventario general y permanente de los inmuebles edificados y no edificados en un territorio, así como los límites separativos de las propiedades privadas que pertenecen o están destinadas a pertenecer a diferentes propietarios. Proporcionan una representación gráfica completada por elementos descriptivos literales que se refieren a los inmuebles y a la identificación de su propietario.

La identificación de las personas, es garantizar que las

partes tienen la capacidad necesaria para, por una parte, vender o adquirir un bien inmueble y, por otra, obligarse a pagar el precio o a recibirlo. En Francia, es de la incumbencia del notario garantizar esta identificación y controlar la existencia y la regularidad de los poderes de los que puede depender la validez de una operación.

La escritura pública guardián de la seguridad jurídica. El notario, en su calidad de empleado público y delegado de la autoridad pública, es un agente normativo que, al revelar la existencia de un intercambio económico y creando la incontestabilidad, permite regular los mercados eliminando los riesgos. La autenticidad es un valor económico.

El decano Carbonnier lo dijo a propósito de los contratos en los que los contratantes son legisladores particulares y los notarios los reguladores particulares.

Explicaremos a continuación, que la existencia de un registro inmobiliario, que asegura una publicidad y una oponibilidad de las transacciones, catalogando y registrando todos los actos jurídicos certifican la transmisión de un bien inmueble y permite garantizar la seguridad del comercio inmobiliario. Así pues, la publicidad registral tiene como función principal y tradicional prevenir, mediante la información, los conflictos de derechos reales.

Parece tanto más necesario que el sistema jurídico francés plantee en principio que la transferencia de propiedad se realice sólo con el intercambio de los consentimientos, sin que se exija ninguna formalidad en cuanto a la forma.

El informe presentará en la segunda parte los instrumentos de la regulación que garantizarán una seguridad jurídica mediante la información y la prevención. Así, en las ventas de inmuebles, la definición de la cosa vendida es indispensable para la formación y la validez del contrato.

La escritura pública revelará la situación jurídica del in-

mueble, las normas que regirán su entorno que pueden limitar el derecho de propiedad o afectar a la disponibilidad o al valor, y el respeto de cierto número de disposiciones relativas a los riesgos sanitarios de los inmuebles edificados. el respeto de reglas vinculadas al urbanismo y el entorno, ya que el conjunto tiene como objetivo proteger unas veces los intereses públicos y otras los privados.

Y en este complejo contexto jurídico, el notario no puede ser sólo un simple autenticador en el sentido limitado y formalista del término. Los notarios deben levantar actas que concreten exactamente los fines que pretenden sus clientes y cuyas consecuencias estén en total conformidad con lo que se proponían alcanzar.

El informe expondrá también que la seguridad jurídica del mercado inmobiliario igualmente necesita asegurar una obligación de advertencia por el profesional del crédito en beneficio del prestatario no advertido que está a punto de suscribir un crédito para la adquisición del bien inmueble. Veremos a este respecto que existen dos sistemas: aquel en el que el prestamista considera en primer lugar el valor del bien financiado, estando menos atento a la capacidad de reembolso del prestatario, y aquel en el que el prestamista sólo presta según la capacidad de endeudamiento del prestatario.

Tener en cuenta exclusivamente la plusvalía obtenida por la reventa sólo puede funcionar económicamente si el mercado de los bienes inmuebles es prolífico; en su defecto, las consecuencias son dramáticas, la crisis de las *subprimes* es el principal ejemplo, puesto que la plusvalía obtenida por la reventa ya no permite hacer frente a la deuda. Así, examinaremos los riesgos generados por préstamos inmobiliarios consentidos a prestatarios que no tienen suficiente capacidad financiera y a considerar las medidas de protección que podrían aplicarse, como la hipoteca recargable.

LEX
SEGURIDAD JURÍDICA
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD
DE INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

Por último, recordaremos que desde ley de 10 de enero de 1978, Francia está dotada de una normativa en materia de préstamo al consumo y para el préstamo inmobiliario. El régimen jurídico del inmueble se inserta en un contexto particular que es la sede de intereses públicos, colectivos o privativos que generan.

CRÉ
DI
TOS

Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Rafael Martín Echeverri González

Presidente del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Carlos Otero Rodríguez

Secretario del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Norma Vélez Bautista

Tesorera del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Jorge Ramos Campirán

Primer Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Juan Manuel Valdés Rodríguez

Segundo Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. José Antonio Reyes Duarte

Tercer Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. Teresa Peña Gaspar

Cuarta Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Lic. René Gámez Imaz

Quinto Vocal del Consejo Directivo
del Colegio de Notarios del Estado de México

Escriva

Revista del Colegio de Notarios del Estado de México

Consejo Editorial

Lic. Fernando Trueba Buenfil

Lic. J. Claudio Ibarrola Muro

Las opiniones de los autores sólo son de su
responsabilidad y no necesariamente reflejan
la opinión ni el criterio del Colegio de Notarios
del Estado de México.

Prohibida su reproducción total o parcial
sin permiso escrito del Colegio de Notarios
del Estado de México.

Producción

Edición y diseño

José Luis Trueba Lara

Corrección y cuidado editorial

Lucía Segovia y Patricia Lozano Palestina

Preprensa, impresión y negativos

Ediciones Corunda

CO

Esta entrega de *Escriva*
se imprimió en diciembre de 2013,
tuvo un tiraje de mil ejemplares
y, de nueva cuenta, se formó
con tipos Bembo, cuyo nombre se debe al
cardenal que fue autor del primer libro
“verdaderamente ilustrado” de la historia.

LO

FÓN