

SUMARIO

ESTUDIOS

- Las notas notariales: Un acercamiento a su estudio.....3
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
- La figura de la prenda desde una mirada notarial actual16
*Lic. Orquidea Castaño Romero, Lic. Lodeika del Río Clacken,
MSc. Olga Lidia Pérez Díaz, MSc. Lázaro Juan Corzo González*
- Titulación efectiva, publicidad inmobiliaria y transmisión
por compraventa de los bienes funerarios en Cuba.
Especial referencia a la Necrópolis de Colón.....40
Dra. Marta Fernández Martínez
- Del contrato de depósito. Especial referencia al posible depósito
de vivienda en el ordenamiento cubano66
Dra. Teresa Delgado Vergara
- Diez interrogantes sobre el juicio de capacidad notarial:
Un intento de posibles respuestas79
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

CLÁSICOS CUBANOS

- El notario y la función notarial. Primera parte.....111
Dr. Pedro C. Verdejo Reyes

ARTÍCULO EXTRANJERO

- Las advertencias legales en instrumentos públicos120
Dra. Cándida Rosa Urrutia de Basora

PÁGINAS DE JURISPRUDENCIA

- Opinión legal.....130
MSc. Olga Lidia Pérez Díaz

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Últimos títulos adquiridos en la Feria Internacional
del Libro de La Habana/2013134
Téc. Yainett Mauro Romero
- Normas de publicación de la *Revista Jurídica*.....136

LAS NOTAS NOTARIALES: UN ACERCAMIENTO A SU ESTUDIO

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular y Principal de Derecho Notarial
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario

Al maestro Nery R. Muñoz,
savio del notariado guatemalteco,
paradigma de profesor universitario.

Sumario

1. Una aproximación al concepto de notas notariales. 2. Caracterización de sus planos estructurales. 3. Diferencias de las diligencias notariales. 4. Criterios clasificatorios. 5. Exigencias formales de su práctica. 6. Del modo de subsanar los errores u omisiones en las notas. 7. Especial referencia a las notas extraprotocolares. 8. Efectos. 9. La nulidad del instrumento público y el destino de las notas. Bibliografía.

1. Una aproximación al concepto de notas notariales

No menos poco usuales resultan los estudios de las notas en sede notarial. A tal punto que, uno de los pocos autores –para no decir casi el único– que ha estudiado con detenimiento el tema, llegó a decir en 1963: “La bibliografía sobre la materia es, que sepamos, nula: si acaso alguna mención de pasada en los tratados generales de Derecho Notarial o con ocasión de algún estudio particular; todo lo más con referencia a su forma, pero sin detenerse en el concepto de nota que se da por supuesto”. A muy lamentar, casi cincuenta años después, la orfandad de estudios sobre el tema sigue siendo la misma. De las notas notariales, llamadas en nuestro país, notas marginales¹ nadie suele hablar, cuando ellas concretan un actuar diario del notario. Precisamente Díez Gómez las definió, si bien como él dijo, solo con

1 En esencia porque se consignan principalmente al margen izquierdo de los pliegos del documento notarial y además por una fuerte influencia del Derecho registral en este orden, donde sí que se les atribuye tal *nomen iuris*.

sentido provisional como “el documento notarial, extendido al margen de un instrumento, que tiene por objeto acreditar el cumplimiento de deberes reglamentarios, procurar la publicidad de dicho instrumento o sustituir a otro instrumento”. Para Tamayo Clares su finalidad no es otra que “hacer constar en las matrices el cumplimiento de las obligaciones que se imponen al Notario como consecuencia de la autorización de un instrumento”.² En tanto que en México, Pérez Fernández del Castillo las denomina notas complementarias al definir las como “anotaciones relacionadas con el contenido del instrumento [...] que deben aparecer después de las autorizaciones respectivas, ya sea en el mismo o en el siguiente folio o bien, en una hoja común debidamente sellada [...]”.³

El Reglamento notarial cubano en su Artículo 47, sin pretender definirla, apunta que son declaraciones oficiales del notario, realizadas precisamente en función del cumplimiento de disposiciones legales, reglamentarias o complementarias y su nota más sobresaliente es la de ser desde el plano sustantivo, accesorias al documento principal. Con esto el propio autor del Reglamento deja implícito que las notas no son parte del documento principal, de ahí que se defienda –posición que asumo–, que las notas son un documento distinto al documento principal, pero relacionado con este en lo que a su contenido concierne. Vale destacar entonces, que aún siendo un documento distinto, en el plano del contenido es accesorio al principal, pues es complementario o aclaratorio del contenido del negocio, acto o hecho instrumentado, si bien en la propia dimensión continental, las notas forman parte del mismo papel en que obra el documento principal (ya sean las notas protocolares o las extraprotocolares), no obstante, no dejan de ser un documento distinto al principal, en tanto que tienen una autorización independiente a la del documento principal. Téngase en cuenta además que la nota puede ser asentada por un notario distinto al que autorizó el instrumento principal, como acontecería cuando el documento está siendo custodiado por el notario sustituto o el notario a cargo del archivo de protocolos notariales, en tal circunstancia sería este segundo notario el autor de la nota y quien asumiría la responsabilidad de su asentamiento en la matriz del documento.

De este modo podría definirse la nota como aquel documento de naturaleza notarial que contiene una declaración oficial del notario a cargo de un protocolo, a cuyo tenor responde a un deber derivado o complementario de la autorización de un instrumento público principal, previsto así por las

2 Manuel Tamayo Clares: *Temas de Derecho Notarial*, p. 58.

3 Bernardo Pérez Fernández del Castillo: *Derecho Notarial*, p. 101.

normas legales, reglamentarias, u otras disposiciones o, incluso, a instancia de parte interesada, que se extiende, en principio, al margen o en cualquier espacio en blanco al final del texto de la matriz, fechado y firmado por el notario competente.

De tal concepto se desprenden, con alcance general, como elementos esenciales de él:

- a) Se trata de un documento notarial distinto al principal, pero en todo caso relacionado con este, en tanto complementa o aclara el contenido volcado en él, si bien en el plano continental se autoriza en el mismo papel en que se extiende el documento principal.
- b) Su contenido es una declaración oficial del notario; de naturaleza relacionada o accesorio con el del instrumento principal.
- c) Responde a un deber derivado o complementario de la autorización del instrumento principal, establecido por normas legales, reglamentarias u otras o, incluso, a instancia de parte interesada.
- d) Se vierte, documentalmente hablando, en principio, al margen del instrumento, o en cualquier espacio en blanco que quede al final del texto de la matriz, después de la autorización.
- e) Su autoría corresponde al notario que tenga a su cargo el protocolo donde obre la matriz, lo que expresará a través de su firma.

2. Caracterización de sus planos estructurales

Delimitado su concepto, cabe distinguir las notas en el orden de sus planos estructurales, a saber, el de su contenido y el de su continente:

Respecto de su contenido:

- a) Tienen naturaleza relacionada, aclaratoria o complementaria del contenido del instrumento público principal, que lo constituyen las escrituras públicas y las actas notariales, motivo por el cual, en ese estricto orden, son accesorias.⁴
- b) Responden al cumplimiento de un deber legal o reglamentario posinstrumental, con finalidad de actualización de su contenido.
- c) En principio, se consignan de oficio por el notario, en razón de la función que desempeñan y a los fines de dar actualidad al instrumento o cumpli-

4 Pelossi las incluye en el rubro de los documentos protocolares *accesorios* o *complementarios*, en tanto “Funcionan integrados con el documento principal [...], pues de lo contrario quedarían vacíos de contenido y significación”. *Vid.* Carlos A. Pelossi: *El documento notarial*, p. 275.

mentar deberes legales o reglamentarios, si bien, por excepción, cabe también que sean puestas a instancia de parte interesada, para lo cual pudiera aplicarse *ex analogía legis* el Artículo 130 del Reglamento notarial.

- d) Deben contener la expresión de la fecha⁵ en que se colocan en el documento público y la firma del notario. Esta se puede consignar explícitamente o aparecer implícita al colegirse por la relación que tiene la nota con el instrumento público principal, *v.gr.*, cuando se consigna: “en la fecha siguiente a la de autorización del documento público remití comunicación al Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos y autorizo la presente nota notarial”.

En relación con el continente:

- a) Se consignan al margen del anverso de cada hoja de la matriz del instrumento público, según lo expresa claramente el Artículo 34b) del Reglamento, a cuyo tenor: “*el anverso de cada hoja de las matrices tendrá al lado izquierdo un margen de 2 cm para la encuadernación, más 6 cm en blanco a lo largo de la plana para las notas y firmas [...]*”, lo cual también sería procedente, si bien el Reglamento no lo deja explícito, para el reverso de la matriz, en cuyo lado izquierdo, a todo su largo, existe también un margen de 6 centímetros (inciso c) del mencionado artículo. No obstante, el Artículo 47 del Reglamento admite que las notas se coloquen también “*en cualquier espacio en blanco al final del texto o en diligencia a continuación del mismo y sin que produzcan confusión*”. No es menos cierto, no obstante, tal y como ya expuse, que el propio texto mueve a la equivocidad cuando, al advertir que es necesario evitar la confusión entre el texto del documento principal y el de la nota, permite que esta se haga por diligencia; un paso más en la confusión entre ambas figuras.
- b) Pueden ser manuscritas o impresas en forma automatizada o mecánica, aunque por su propia naturaleza, de añadido a la matriz, suelen escribir-

5 No obstante, el Reglamento notarial cubano no exige que se consigne la fecha, de modo que en la nota deberá expresarse, en algunos casos, la fecha en que se cumplimentó el deber reglamentario del notario, no la fecha en que se consignó esta, si bien es común que la propia nota se haga dentro del plazo perentorio dispuesto en el Reglamento para el cumplimiento de una actuación notarial determinada, *v.gr.*, artículos 78, último párrafo; 79, último párrafo, y 113, todos del Reglamento. En los demás casos, como la actuación del notario no tiene tal plazo, la nota carecerá de fecha, lo cual a mi juicio, no resulta saludable. En todo caso es dable recalcar que lo que impone el Reglamento es la cumplimentación del deber posescriturario en el plazo señalado y no la consignación de la nota en sí, aunque la lógica indica que en buena técnica lo uno y lo otro deben ir a la par. No es suficiente, a mi juicio, el cumplimiento de tal deber si no se expresa formalmente en la matriz del instrumento.

se de manera manuscrita por el notario, quien le sustituya o, en todo caso por su personal auxiliar, no obstante, la firma del notario hace que este asuma su plena autoría, expresión de la autorización de la nota.⁶

- c) Deben contener el cuño gomígrafo del notario autorizante o de quien le sustituya, en el que se haga saber la sede en la que ejerce la función notarial, y la dación de fe.⁷
- d) Aun cuando se hagan a instancia de parte interesada, carecen de rogación e identificación de la persona que promovió la nota, aunque nada quita que el notario lo haga saber en ella, incluso que solicite que la firma de la persona que interesa sea asentada en la nota marginal. Nuestro ordenamiento jurídico nada dispone sobre ello, y no es usual, ni la nota dispositiva, ni mucho menos la firma de quien la ha solicitado, pero tampoco considero que si se consigna, el notario actuara de modo contrario a Derecho.
- e) Tienen su propia autorización, de ahí que se consideren en este plano un documento distinto e independiente al principal.

3. Diferencias de las diligencias notariales

De lo que se ha venido exponiendo, cabe colegir algunas diferencias entre notas y diligencias. Así, mientras que las notas constituyen en el plano continental un instrumento independiente por tener su propia autorización, si bien relacionado o en función del contenido de la escritura o acta matriz principal, las diligencias son partes de un instrumento, generalmente de las actas, pero con posibilidad de pervivencia en sede escrituraria. Las primeras, como apunta Díez Gómez, constatan una actuación breve, pero completa del notario, mientras que las diligencias instrumentan una actuación posterior del notario que forma parte de un instrumento público, o sea, de un fragmento de la actuación íntegra del notario a través del instrumento en que esta se corporifica.⁸ En el plano estructural o de topografía instrumental, las diligencias instrumentales se consignan en la propia matriz, a continuación de la *rogatio*, o de diligencias posteriores, por el notario a quien se ha reque-

6 A diferencia del actual Reglamento, el anterior regulaba en el cuarto párrafo del Artículo 42, precedente del actual Artículo 47, la autorización de la nota a través de media firma del notario, lamentablemente suprimido.

7 Valga para el cuño gomígrafo o “sello” notarial, lo expresado en la nota anterior.

8 *Vid.* Aurelio Díez Gómez: “Las notas notariales”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 40, abril-junio de 1963, p. 220.

rido, en tanto, las notas, principalmente se asientan al margen de la matriz o en cualquier otro espacio en blanco del documento, por el notario titular o el sustituto a cargo del protocolo en el que obra la matriz. Las diligencias instrumentales (esencialmente las confirmatorias o las ejecutivas) se practican dentro del plazo concedido al efecto, ya sea por el requirente o por el propio legislador, en tanto las notas pueden ser consignadas en cualquier tiempo, cuando así resulte posible, esto es, de no fijar la ley o el reglamento un plazo para que se practiquen.

4. Criterios clasificatorios

En cuanto a la clasificación de las notas notariales, conforme con los distintos criterios, se ubican:

1. En atención a si se incluyen dentro o fuera del protocolo:
 - a) Notas protocolares: Son las que se expresan al margen o al final de la matriz de cualquier escritura o acta notarial, *v.gr.*, en esencia, las que regula el Reglamento notarial.
 - b) Notas extraprotocolares: Son las que se expresan al margen o al final de las copias de las matrices notariales.
2. En atención a si responden a un deber posinstrumental del notario o a la solicitud de una persona legitimada para ello:
 - a) Notas preceptivas: Si responden a ese deber posinstrumental, *v.gr.*, las previstas en los artículos 69, tercer párrafo; 77, segundo párrafo; 78, último párrafo; 79, segundo párrafo; 95, último párrafo; 100 c); 113; 133, todos del Reglamento notarial, y en los artículos del 17 al 20 del Reglamento del Decreto-Ley 154/1994, regulador del divorcio por mutuo acuerdo ante notario.
 - b) Notas posestativas: Si responden a una expresa solicitud de parte legitimada. Estas son excepcionales, como si el heredero o el propio testador, insistiera en que se consignara en la matriz del testamento la revocación de este, lo cual en nuestro país es innecesario dada la existencia del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos, cuya certificación actualizada es necesario aportar para instrumentar en sede notarial o judicial los actos de liquidación y partición del caudal hereditario, *vid.* Artículo 73, último párrafo, del Reglamento notarial, y Artículo 575.3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
3. En atención a su contenido:
 - a) Notas relativas a la publicidad del acto, hecho o circunstancia contenidos en el instrumento, las de remisión del expediente matrimonial y

de la copia de la escritura de matrimonio al Registro del Estado Civil y su inscripción correspondiente (Artículo 79, segundo párrafo); la de remisión o envío, y respectiva inscripción de la comunicación sobre el otorgamiento de testamento o su revocación (Artículo 78, último párrafo); y de la copia del acta de declaratoria de herederos autorizada (Artículo 113), en el Registro establecido a tal fin, preceptos todos del Reglamento notarial.

- b) Notas relativas a la ineficacia del acto o hecho contenido en el instrumento o del propio instrumento (ya sea por nulidad, anulabilidad, resolución o revocación del acto, o por nulidad del instrumento), o a la declaración judicial de falsedad del instrumento, *v.gr.*, la revocación testamentaria (Artículo 77, segundo párrafo); la revocación de los poderes (Artículo 69, tercer párrafo), todos del Reglamento notarial.
 - c) Notas relativas a la modificación o alteración del contenido del acto o hecho instrumentado, *v.gr.*, las que contienen las modificaciones por vía notarial o judicial a las convenciones originalmente aprobadas por los cónyuges en la escritura de divorcio (artículos del 17 al 20 del Reglamento del Decreto-Ley sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario).
 - d) Notas relativas a la rectificación o subsanación del instrumento público.
 - e) Notas relativas a la expedición de copias (Artículo 133, del Reglamento notarial).
 - f) Notas sucedáneas, que según Díez Gómez “son las que reemplazan a un instrumento autónomo, tomando el valor de este”.⁹ Se supone que cuando el instrumento esté autorizado, en principio no corresponde practicar diligencia ulterior alguna, pero en ocasiones la nota sustituye, o hace las veces de una diligencia posterior que debía formar parte del contenido mismo del instrumento, sirva como ejemplo la contenida en el Artículo 100 c), relativa a la devolución por el notario del objeto que le fuera depositado en virtud de acta.
5. En atención a su regulación legal o reglamentaria o no:
- a) Notas típicas: Son aquellas que responden a una regulación *ad hoc*, determinada por el Reglamento notarial o por una norma especial. Precisamente a estas nos hemos referido en las clasificaciones anteriores cuando se citan como ejemplos de regulación reglamentaria o las previstas en el Reglamento del Decreto-Ley sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

9 Vid. A. Díez Gómez: “Las notas...”, *Ob. cit.*, p. 223.

b) Notas atípicas: Son todas aquellas que no vienen expresamente reguladas en normas legales o reglamentarias, pero que por lógica es necesario que se consignen en las matrices de los documentos públicos notariales, incluso que se reproduzcan por su importancia en las copias de dichos documentos. En nuestro caso, por citar ejemplos, las notas relativas a la rectificación o subsanación de un instrumento público notarial por medio de acta destinada a tal fin, las relativas a la nulidad total o parcial de un acto jurídico, o de un instrumento público, también cuando judicialmente se dispone la resolución de un contrato, o se declara judicialmente falso un instrumento, las que atañen a la exhibición de un documento público notarial a la parte interesada.¹⁰ En todos estos casos, tal particular debe anotarse al margen de la matriz porque con ello se cumple, bien una función de alerta para el notario que tiene a su cargo el protocolo en el que obre el instrumento notarial e, incluso, para la expedición ulterior de copias. Empero, ninguno de estos supuestos vienen expresamente regulados en las normas vigentes. Ha sido, no obstante, una práctica consuetudinaria su asiento al margen de las matrices instrumentales.

5. Exigencias formales de su práctica

Nuestro Derecho vigente resulta bastante parco en este orden, tan solo el Artículo 47 se dedica a su regulación, sin que en él se haga énfasis en los aspectos formales que deben contener, motivo por el cual, y ante la ausencia de un dictamen de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia a tal fin, que sienta sus pautas formales, cada notario consigna las notas según su propio estilo. De ahí que ni la dación de fe, ni la fecha sean requerimientos de su práctica. Se tiene el concepto errado de que la fecha importa sobre todo en lo que concierne a las notas relativas a la publicidad de un acto o hecho instrumentado porque con ella se comprueba que el notario realizó el envío correspondiente a los registros en el plazo perentorio establecido *ex lege*, cuando lo que imponen las normas es que el

10 Se trata de un deber notarial que viene establecido en nuestro ordenamiento jurídico vía arancelaria. *Vid.* Resolución No. 130/1998, de 9 de diciembre, del Ministro de Justicia, relativa al arancel de los servicios notariales, en su apartado 1º, IV. 46, en Leonardo B. Pérez Gallardo, Juliet Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez (compiladores): *Compilación de Derecho Notarial*, pp. 30-33.

envío se practique dentro de dicho plazo, no que la nota se asiente dentro de dicho plazo, lo que no obstante, es aconsejable se haga y en buena técnica debiera ser así, pero a muy lamentar en ningún precepto del Reglamento notarial se alude a la fecha de la nota, motivo por el cual se pudiera entender que cabe prescindir de ella (me refiero a que podría interpretarse que se cumple cuando el envío o remisión al Registro se ha hecho en el plazo reglamentario, y la nota se ha consignado en una fecha posterior, pues en todo caso cabe una fecha de envío y una de la nota, aun en el supuesto de que se exigiera que la nota se consignara en la matriz del instrumento dentro del plazo reglamentario para la remisión al registro de los documentos correspondientes, pues perfectamente la remisión pudiera hacerse al día siguiente de la autorización instrumental y la anotación al margen del instrumento, al tercer día).

Tampoco queda claro si cada nota debe tener la dación de fe notarial. En lo que la práctica notarial es uniforme es en lo relativo a la firma del notario y al cuño gomígrafo de su notaría.

La nota es responsabilidad, en todo caso, del notario que tenga a su cargo el protocolo notarial, ya sea el titular o el sustituto, con independencia de que quien la escriba en la matriz, no tenga que ser necesariamente el notario. Tampoco hay que escribirla, se puede reproducir mecánica o automatizadamente y también utilizar sellos o cuños en los que ya venga contenida y solo compete al notario completarla.

Lo que sí impone la lógica, es que las notas sigan un orden cronológico. Si con ellas se sigue el tracto del acto y del instrumento en sí, las notas deben expresar todas las circunstancias posteriores a la autorización del instrumento, de ahí la importancia de la fecha. No se concibe una nota de fecha posterior que anteceda a otra anterior.

Aunque en nuestro lenguaje técnico-jurídico notarial es común que se le llamen notas marginales,¹¹ según el dictado del propio artículo reglamentario (me refiero al 47) cabe perfectamente que se asienten en un lugar distinto a los márgenes izquierdo del anverso y del reverso de cada hoja, de ahí que se permita que se expresen en cualquier espacio en blanco al final del texto. Lo que no comparto es que se diga que cabe hacerse por diligencia a continuación del texto, pues con ello el Reglamento está contribuyendo, aunque expresamente diga lo contrario, a la confusión que desde antaño se tiene entre nota y diligencia.

También está sin resolver, al menos en el orden reglamentario, qué hacer cuando en la matriz del instrumento no queda espacio en blanco alguno por-

11 Término tomado del Derecho registral, donde sí se les da ese nombre.

que ya se agotaron los márgenes y la matriz nunca tuvo espacio en blanco al final, o el que existía también fue agotado con notas. ¿Cómo actuar en estas circunstancias, *v.gr.*, cuando una persona, legitimada para ello, nos solicita una copia y tenemos que asentar la nota de expedición de esta nueva copia? En este orden se han ofrecido variantes, entre las que cabe citar la de introducir una hoja en blanco (papel matriz) al final de dicho instrumento, darle un nuevo folio (en cumplimiento de la regla de foliación interior) y consignarlo así en nota que se introduciría en la diligencia de cierre, lo cual le competaría hacer al notario que tuviera en ese momento a cargo el protocolo, también se ha propuesto que la citada hoja se sitúe al final del protocolo del año correspondiente, con nota de relación, en la que se exprese de qué instrumento trae causa dicha hoja. Lo cierto es que, cualquiera sea la solución que se dé, alguna tendrá que imponerse, pues no es dable negarse a asentar cualquier nota sobre la matriz de un instrumento, sencillamente porque no existan espacios en blanco en ella. Este particular debiera ser tenido en cuenta por la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para dar una solución homogénea al vacío reglamentario y en un futuro, quizás más mediato, volcarla en el Reglamento notarial, en ocasión de regularse las notas notariales.

6. Del modo de subsanar los errores u omisiones en las notas

Nada dispone el Derecho positivo sobre la manera de subsanar los errores u omisiones en las notas. No obstante, nada empece que ello sea procedente, pues si de errores se trata, su presencia cabe no solo en el documento principal. Si bien no hay reglas específicas a tal fin, el testado o sob borrado, o las entrelíneas deberán ser salvados al final de la nota, ya se haya consignado estos al margen o al final de la matriz. Si los errores en la nota se detectan después de cerrada o concluida esta, decía con acierto Díez Gómez, “se deben salvar por medio de otra nota, sucedánea de un acta de rectificación, cuyas reglas deben tenerse en cuenta”,¹² esto es, si el error se califica por el notario después de firmada la nota, la subsanación procedería por otra nota notarial que haría las veces de acta de subsanación de errores sobre el documento matriz, cuya autoría pudiera corresponder al notario que en ese momento tuviera a su cargo el protocolo notarial. Similar acontecería si en vez de un error se tratara de una omisión.

12 *Vid.* A. Díez Gómez: “Las notas...”, *Ob. cit.*, p. 233.

7. Especial referencia a las notas extraprotocolares

Por su importancia, merece detenerse aunque sea a través de unas breves líneas en las notas extraprotocolares, esto es, en las que se asientan en las copias de los documentos matrices, que según el dictado del Artículo 15 de la Ley notarial tienen la misma eficacia de estos.

El Artículo 133 del Reglamento notarial establece como regla que en las copias no se consignan el contenido de las notas que obran en las matrices, y que solo por excepción, a instancia de mandamiento judicial o por disposición del Ministerio de Justicia o de las direcciones provinciales de justicia ello será posible. En realidad hoy día no hay disposición normativa alguna que deje esclarecido el contenido de qué notas deberán contenerse en las copias de los instrumentos públicos, o sea, que brinde un criterio uniforme.¹³ Adempero, es una práctica inveterada, precisamente en razón de la seguridad jurídica que brinda, que se reproduzca el contenido de determinadas notas al margen de la copia. Es más, la costumbre lo ha impuesto, sin que exista expresa disposición de las autoridades a que se refiere el precepto reglamentario. Los ejemplos más típicos lo son las copias de las escrituras públicas de testamentos y de las actas notariales en los que se consignan los datos relativos a su inscripción en el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos. No se me ocurriría expedir la copia de una matriz en la que obra una nota sobre ineficacia del contenido o del continente del instrumento, sin que reproduzca a su vez el contenido de la nota, nada quita que se demuestre tener interés legítimo en una copia de un instrumento, incluso declarado nulo, recordemos que en tales circunstancias si la forma es *ad probationem*, el acto subsiste y el documento tendrá valor de documento privado y si era *ad solemnitatem*, será ineficaz el negocio, además del instrumento, pero no los demás particulares contenidos en este último. Razones en todo caso habrán para interesar la copia. En estas circunstancias la reproducción del contenido de la nota cobra especial sustantividad, sin ella, sí que jamás la expediría.

13 En este orden, no obstante, *vid.* el Dictamen No. 4/2001, de 17 de abril, de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, referente a tener como término de vigencia de la nota contentiva del tomo y folio de la inscripción en el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratorias de Herederos, al margen de la copia del acta de declaratoria de herederos, el de un año, contado a partir de la autorización de la precitada acta, en L. B. Pérez Gallardo, J. Almaguer Montero y N. C. Ojeda Rodríguez: *Compilación...*, *Ob. cit.*, pp. 203-204.

8. Efectos

Tratándose de un documento público notarial, si bien de arte menor, dada su accesoria al documento principal, al estar dotadas de fe, las notas prueban la declaración oficial del notario que constituye su contenido, salvo que se pueda redargüir por falsedad, de modo que *v.gr.*, una copia de una escritura matriz de apoderamiento con nota al margen de su sustitución, deslegitima a quien hasta ese momento estaba actuando como apoderado.

9. La nulidad del instrumento público y el destino de las notas

Un tópico no menos interesante es el de dilucidar si declarado nulo, *ex* Artículo 16 de la Ley notarial, un instrumento público, tal nulidad supone la nulidad de todas las notas asentadas en él. Téngase en cuenta que me refiero a la nulidad instrumental. Si partimos del presupuesto que las notas constituyen en sentido lato un documento independiente, autónomo, si bien en función de uno principal, la nulidad del instrumento, no lleva necesariamente a la nulidad de las notas. Como tampoco la nulidad del instrumento supone la nulidad de la copia; de un instrumento nulo se puede expedir una copia que reproduzca el contenido de la matriz cuya nulidad se hará constar precisamente en nota al margen. Será nulo un instrumento en el que no conste la firma de uno de los testigos o el juicio de capacidad del notario, pero las notas consignadas cumplieron todos los requerimientos legales, de la misma manera que sobre ese instrumento matriz, ya declarado judicialmente nulo, se podrán asentar nuevas notas, entre ellas, la de declaración judicial de su nulidad, y la de expedición de nuevas copias, tal y como he expuesto con anterioridad. La nulidad ataca al instrumento como documento principal, no a las notas consignadas en él, que como documento accesorio, no se anulan, si bien en su mayoría pierden su razón de ser por motivo de la nulidad del documento principal, pero sería absurdo considerar que las notas contenidas en el instrumento sobre expedición de copias anteriores también son declaradas nulas, porque ello no ha sido atacado por el impugnante y tampoco declarado por el tribunal competente. Incluso, un notario pudo no ser competente para autorizar un instrumento público, pero ya autorizado, sí que era competente para expedir una copia, y en consecuencia asentarlo en la matriz.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

- DÍEZ GÓMEZ, AURELIO: “Las notas notariales”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 40, abril-junio de 1963.
- _____: “La unidad de acto”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 75, enero-marzo de 1972.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ALFREDO: “Las actas y los requerimientos notariales, sus problemas deontológicos y reglamentarios”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 78, enero-marzo de 1973.
- PELOSSI, CARLOS A.: *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO: *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 136, abril-junio de 1987.
- SIRI GARCÍA DE ALONSO, JULIA: “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 136, abril-junio de 1987.
- TAMAYO CLARES, MANUEL: *Temas de Derecho Notarial*, Ilustre Colegio Notarial de Granada (publicaciones de la Academia granadina del notariado), Granada, 2001.

Fuentes legales

- Código Civil (anotado y concordado)* a cargo de Leonardo B. Pérez Gallardo, ediciones ONBC, La Habana, 2007.
- Ley No. 7/1977, *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, de 19 de agosto, 1ª reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., JULLIET ALMAGUER MONTERO Y NANCY C. OJEDA RODRÍGUEZ (COMPILADORES): *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

LA FIGURA DE LA PRENDA DESDE UNA MIRADA NOTARIAL ACTUAL

Lic. Orquidea Castaño Romero

Lic. Lodeika Del Río Clacken

Juristas en la Dirección de Notarías y Registros Civiles
del Ministerio de Justicia

MSc. Olga Lidia Pérez Díaz

Especialista en Derecho Notarial, Directora de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia. Presidenta de la Sociedad Científica del Notariado cubano. Notaria

MSc. Lázaro Juan Corzo González

Notario especialista de Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia. Vicepresidente de la Sociedad Científica del Notariado cubano. Notario

“Sin lugar a dudas [...] parece vislumbrarse un rumbo más nítido en el horizonte de las relaciones contractuales. De la comprensión de sus condiciones y alcance dependerá hacer del contrato una verdadera «matriz de intereses y conductas»”.

Narciso Cobo Roura

Sumario

1. Notas introductorias. 2. Algunos elementos sobre su evolución histórica. 3. Hacia un concepto de Prenda. 4. Elementos esenciales y Naturaleza Jurídica. 5. Modalidades. 6. La Prenda en el contexto jurídico cubano: El rol de la FORMA. 6.1. Especial referencia a la Instrucción No. 1, de 7 de febrero de 2013, del Banco Central de Cuba. Consideraciones técnicas de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia. 7. Ventajas jurídicas especiales de su instrumentación en escritura pública. 7.1. Hacia una propuesta de escritura pública de Préstamo Pignoraticio. 8. Bibliografía.

Palabras claves: Prenda, derechos reales, garantía, obligaciones, acreedor, deudor, prenda *con desplazamiento* y *sin desposesión*, Instrucción No. 1/2013, escritura pública, ventajas.

1. Notas introductorias

La motivación en el estudio de instituciones jurídicas de Derecho Privado como es la figura de la Prenda obedece en lo fundamental a los constantes cambios en el panorama jurídico cubano, a tono con la actualización del diseño del modelo económico-social en que nos encontramos inmersos. Ello constituye un reto para los operadores del derecho, y por supuesto, para los notarios por su función legal en la arista asesora y documentadora en la prestación de los servicios, por lo que se imponen estudios, y replanteamientos de la utilidad y el alcance de diversas instituciones jurídicas con una mirada actualizada.

Resulta de nuestro interés proponer alternativas y soluciones, a fin de validar la posibilidad, y al mismo tiempo, las especiales ventajas jurídicas, de instrumentar la constitución de la Prenda en escritura pública, por la seguridad jurídica que provee su formalización ante notario, y que pueda visualizarse la importancia de este derecho real de garantía, en un contexto en el que es necesario garantizar el cumplimiento efectivo de los créditos en las relaciones contractuales entre las personas naturales y/o jurídicas que hoy intervienen con un protagonismo diferente en el escenario socioeconómico del país.

No es suficiente que la norma jurídica se adecue a la realidad económica vigente, se requiere de otros mecanismos efectivos, como contar con profesionales dotados de conocimientos sólidos, suficientes y actualizados que posibiliten con sus servicios, asegurar y tutelar las nuevas relaciones jurídicas que nacerán, como resultado lógico del proceso de flexibilización en las transacciones.

En el contexto actual, la Prenda desempeñará un rol fundamental como un derecho real de garantía de crédito que recae sobre una cosa mueble, por lo que debe realizarse en un marco caracterizado por la transparencia y la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por parte de los sujetos intervinientes en el proceso de contratación, y con ello contribuir a elevar la responsabilidad de las partes en lo relativo a sus deberes y obligaciones.

El no cumplimiento de las obligaciones contractuales condujo a una patología notoria en el ámbito económico-comercial del país, lo cual nos ha invitado a reflexionar sobre la implementación de instituciones jurídicas, algunas caducas y otras olvidadas, como es el caso de la figura de la Prenda, y su vinculación en sede notarial.

“El papel del contrato –no es un secreto– ha sido subvalorado, quebrantado. Así se evidencia en las cadenas de impagos que hoy existen en la

economía nacional, las auditorías de control interno, los incumplimientos de términos de producción, prestación de servicios [...] y las consecuentes afectaciones que esas condiciones generan. Y es que en un escenario caracterizado por la dispersión jurídica en materia contractual [...] el resultado no podría ser diferente”.¹

Cualquier aproximación al estudio de las aristas de la Prenda como institución jurídica, impone una referencia obligada a su evolución histórica.

2. Algunos elementos sobre su evolución histórica

El sabio derecho romano conoció dos especies de garantías: reales y personales.

Las personales consistieron esencialmente en la facultad otorgada al acreedor para dirigirse contra un tercero, previo el cumplimiento de determinados requisitos en demanda de la satisfacción de un derecho de crédito.

En el caso de las garantías reales constituye su esencia la afectación de un bien para el cumplimiento de una obligación. El acreedor, ubicado en una posición favorecida en relación con el deudor, puede exigir de este la retención de un bien u objeto con el objetivo de venderlo cuando no era satisfecha la obligación. Por lógica, se trataba de un objeto o bien material, de lo cual se colige que las garantías reales implican una relación directa con una cosa dirigida a asegurar la ejecución del crédito.

Fueron varias las garantías reales reconocidas como la *Fiducia cum Creditore*; *Pignus e Hipoteca*. El tema que nos ocupa es la Prenda, sin embargo, por la estrecha relación que guarda con las anteriores instituciones, hacemos brevemente alusión a la fiducia y a la hipoteca.

En virtud de la institución de la fiducia, el deudor transfería el dominio de un bien a favor del acreedor, y a la vez, este último se obligaba mediante un pacto de fiducia² a restituirle la propiedad del bien en el momento de la satisfacción efectiva del crédito. El deudor no estaba compelido a entregar en posesión el dominio del objeto, siendo posible que el acreedor lo detente

1 En entrevista concedida por el MSc. Narciso Cobo Roura, asesor del Presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba al periódico *Granma*, edición única, 1ro. de marzo de 2013, p. 15.

2 La venta con pacto de fiducia se manifestó en dos supuestos: a) Una vez satisfecha la deuda, el acreedor se veía obligado a restituir el bien afectado con la obligación. b) En caso de quedar insatisfecho el crédito, el acreedor podía efectuar la venta del bien y cubrirse el monto de su crédito, restituyéndose el remanente al obligado (deudor) en los casos en que procediere.

materialmente a título precario, como arrendatario, depositario, comodatarío, entre otras categorías.

La fiducia, no obstante, acarrea graves inconvenientes al deudor, lo cual contribuyó a su desuso en el tráfico comercial. Por ejemplo: la imposibilidad para adquirir el bien una vez que el mismo fuese enajenado prematuramente por el acreedor a terceros adquirentes que actuaran de buena fe.

Ante la problemática suscitada con la figura de la fiducia, resultaba indispensable la implementación de un procedimiento más simple y efectivo para los intereses del acreedor y deudor, es por ello que se comprende la utilidad de la prenda como derecho real de garantía en el cumplimiento de las obligaciones, la cual según Gayo: *“Pignus appellatum a pugnoquia res quae pignori dantur, manu traduntur unde et iam videri potest, verum esse quidam putant, pignus proprie rei mobile constituit”*.³

Las ventajas de la prenda con respecto a la fiducia se fundamentan en los siguientes elementos:

- El deudor podía retener consigo la propiedad del bien prendado, salvándose con ello la dificultad de adquirir el bien objeto de la obligación de manos de terceros adquirentes de buena fe.
- Fue calificada como un contrato en virtud del cual el deudor o un tercero, entregaba al acreedor una cosa, para asegurar un crédito preexistente, con la posibilidad de ejecutar la venta sobre el bien y favorecerse con el importe recibido.

A pesar de que la prenda y la hipoteca son derechos reales de garantía, la primera se distingue por la naturaleza mobiliaria, mientras que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles. Justiniano igualmente acogió este elemento en el Libro IV de las Instituciones: *“Pignoris appellationes eam proprie rem continivindicimus, quae simul etiam traditur creditori, maximum si mobilis sit [...]”*.⁴

3. Hacia un concepto de prenda

Sin ánimo de agotar exhaustivamente la institución, intentaremos aproximarnos a una definición, y para ello esbozaremos algunas conceptualizaciones ofrecidas por varios doctrinólogos civilistas.

- 3 “La prenda se llamó así de puño porque las cosas prendadas se entregan con la mano por lo cual también puede parecer verdad lo que algunos opinan, que la prenda se constituye propiamente de cosa mueble”.
- 4 Con el nombre de prenda decimos que se contiene propiamente aquella cosa que al mismo tiempo se entrega también al acreedor, máxime si es mueble.

“[...] a juicio de Puig Brutau [...] es un derecho real de garantía sobre una cosa mueble que se constituye con la entrega de ésta al acreedor a un tercero y que faculta al primero para enajenarla, en caso de incumplimiento de la obligación, para extinguir el crédito con el precio obtenido”.⁵

“[...] La define Castán en los [...] términos: aquella figura jurídica por la cual, mediante la inscripción en el Registro correspondiente, se confiere al acreedor una facultad a modo de derecho real de garantía (siquiera sea imperfecto y embrionario), para el cobro de un crédito pecuniario, sobre ciertos bienes muebles ajenos que, situados en un lugar determinado, continúan en poder de su dueño en concepto de depósito”.⁶

Vicente Rapa, destacado civilista cubano la conceptualiza como: “El derecho real de prenda faculta al acreedor de una relación jurídica para satisfacer su crédito con cargo al valor de un bien mueble embargable, entregado por el deudor o por un tercero, con preferencia a cualquier otro acreedor”.⁷

El peruano Olivera Lovón plantea que: “La prenda es un derecho real de garantía que tiene como función el asegurar al acreedor el cumplimiento y satisfacción de su crédito, mediante un poder especial que se le confiere sobre la cosa dada en garantía. El deudor entrega al acreedor un bien mueble de su propiedad en garantía del crédito, constituyéndose la prenda sobre el bien mueble entregado. La prenda otorga a su titular la posibilidad de vender la cosa sobre la que tiene el derecho en el caso de que el crédito garantizado devenga impagado. En el caso de existir un remanente una vez saldada la deuda, el remanente es propiedad del antiguo propietario de la cosa. En el caso de que el deudor cumpla con las obligaciones garantizadas por la prenda, el acreedor pignoraticio deberá devolverle la posesión de la cosa dada en prenda, en el mismo estado de conservación y uso que en el que le fue entregada”.⁸

En la doctrina patria las profesoras Ojeda Rodríguez y Delgado Vergara definen a la prenda como: “Una garantía que puede ser constituida por el deudor o un tercero mediante la constitución de un derecho real sobre un bien que pertenece a uno u otro. Ella faculta al acreedor para proceder di-

5 Miguel Ángel del Arco Torres y Manuel Pons González: *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Segundo, Editorial Aranzadi, S.A., España, 1984, p. 391.

6 *Ibidem*, p. 389.

7 Vicente Rapa Álvarez: *Propiedad y otros Derechos sobre Bienes*, p. 145.

8 www.monografias.com. Consultado el 2 de marzo a las 2:00 p.m.

rectamente sobre el bien dado en garantía y satisfacerse con el producto de su valor”.⁹

A criterio de los autores constituye la prenda un derecho real de garantía por excelencia, en el cual una parte (deudor) entrega una cosa mueble a la otra (acreedor), con la finalidad específica de proporcionar un resguardo, y al mismo tiempo seguridad en el cumplimiento de la obligación crediticia, de tal suerte que le otorgue la posesión pignoraticia, y con ello la facultad de retener la cosa objeto de la obligación y, en su caso, realizarla mediante la venta y pagarse preferentemente con el producto, si el deudor no cumpliera con la obligación garantizada.

4. Elementos esenciales y naturaleza jurídica

Los elementos esenciales de la prenda como derecho real son los siguientes:

- **Elementos reales:** El objeto lo constituye una cosa mueble que no debe estar sustraída del comercio y sea susceptible de ser enajenada y cubrir con su valor el monto del crédito que garantiza. Resulta precisamente su cualidad mobiliaria lo que posibilita la transferencia de la posesión al acreedor, distinguiéndose como expresamos en el segundo acápite, de otro derecho real de garantía marcadamente notorio: la hipoteca, la cual recae como sabemos sobre bienes inmuebles.
- **Elementos personales:** Acreedor y deudor, sin embargo, pueden ser tres si interviene un tercero pignorante.
- **Elementos formales:** Nos referiremos a ello cuando hablemos del rol de la forma.
- **Es un crédito privilegiado:** El privilegio, a nuestro juicio, radica en la facultad de hacerse pago el monto de la deuda con la enajenación del bien mueble.
- **Es un título de mera tenencia:** Esta facultad de goce otorgada al acreedor, aún cuando implica la posesión del bien, no incluye las facultades de disposición propias de los titulares dominicos,¹⁰ por lo que queda impedido el acreedor prendario del uso de la cosa o del aprovechamiento de sus frutos.

9 Nancy de la C. Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara: *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil Cubano*, p. 158.

10 A tenor de lo dispuesto en el Artículo 129 del Código Civil Cubano, la propiedad confiere a su titular la posesión, el uso, el disfrute y la disposición de los bienes conforme a su destino socioeconómico.

- **Es indivisible:** La totalidad de la cosa prendada, y por ende, cada parte de ella, garantizan la deuda en su totalidad.
- **La posesión persiste en la persona del acreedor:** En los casos que se constituye la prenda *con desplazamiento*, a la que haremos alusión en el próximo acápite, la posesión se ubica del lado del acreedor. Es él únicamente quien la detenta aunque a título precario. Se equipara a la posesión de un tercero cuando este haya sido a tal efecto elegido por las partes.¹¹
- **Es un derecho accesorio:** La prenda supone una relación preexistente a la que sirve de garantía. El carácter accesorio debe entenderse en el sentido de que la función y el fin no son independientes de la existencia de la obligación.
- **Preferencia con relación a otros acreedores:** Otorga al acreedor la facultad de hacerse pago el valor de la obligación contraída con la enajenación del bien preferentemente. Esto constituye a nuestro juicio, una ventaja en su concepción.

Sobre la naturaleza jurídica

En la doctrina científica es nota distintiva la polémica en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones del Derecho Privado.

La prenda no es la excepción en el debate, no obstante, amén de discusiones y posiciones, es criterio casi unánime considerarla como lo que es, un derecho real sobre un bien que se entrega como garantía del cumplimiento, por ello, es una garantía real y constituye una obligación accesorias a la obligación principal que asegura y garantiza.¹²

Pese a la uniformidad en el tratamiento de la naturaleza jurídica de la prenda como derecho real de garantía, hay legislaciones como, por ejemplo, la mexicana que la concibe como un contrato,¹³ pero lo cierto es que puede originarse de un acto jurídico distinto.¹⁴

Los contratos de garantía son “[...] una serie de negocios jurídicos que se hallan dirigidos a crear una garantía adicional, del cumplimiento de la obli-

11 Artículo 1882 del Código Civil Español y Artículo 271 del CCC.

12 Nancy de la C. Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara: *Op. cit.*, p. 158.

13 Código Civil Mexicano, Artículo 2856.

14 Por ejemplo, en el caso de que un tercer acreedor posea un bien cuyo titular fallezca, se podrá, mediante disposición testamentaria, cargar al legatario con el cumplimiento de una obligación y mientras ella no se satisfaga, ese tercer acreedor mantendrá suspendida la posesión del bien.

gación, a favor del acreedor, y por encima de la responsabilidad patrimonial del deudor [...] es esencial el crédito garantizado [...] Los contratos típicos de garantía real son, fundamentalmente, la prenda y la hipoteca, y con menos frecuencia, la anticresis”.¹⁵

5. Modalidades

Se conocen dos modalidades de la figura de la prenda: *con desposesión* y la llamada *sin desposesión*.

La modalidad *con desposesión* constituye la forma más usual y tradicionalmente reconocida en la doctrina, en la que el deudor entrega un bien¹⁶ al acreedor, con el fin de garantizar una obligación preexistente, abandonándose la posesión de la cosa en favor del acreedor, quien la detenta a título precario, pues no podrá ejercer ninguno de los actos de disposición propios del titular, por tanto, aún cuando el acreedor posea la cosa materialmente, los beneficios y frutos que se deriven de ella, en caso que procediere, pertenecen al deudor, el que continúa en la condición de propietario. El acreedor en todo caso quedará obligado a conservar de forma adecuada y a responder por la pérdida y deterioro del bien.

Se denomina prenda *sin desposesión* o conocida igualmente con la denominación *sin desplazamiento* a aquel derecho real de garantía, con una naturaleza híbrida entre la prenda y la hipoteca, que sujeta el cumplimiento de la obligación a la entrega de un determinado bien mueble. Se diferencia de la hipoteca, en que el deudor pignoraticio garantiza el cumplimiento del crédito con un bien mueble y no con un bien inmueble como expresamos en los acápites precedentes. Una variedad de prenda *sin desplazamiento*, muy utilizada en la actualidad y más compleja en cuanto al carácter incorporal de su objeto, es la prenda de créditos.

En la prenda *sin desplazamiento*, obviamente, el acreedor no recibe la posesión física del bien entregado en garantía sino que mediante la publicidad como mecanismo eficaz de conocimiento hacia terceros, le ofrece a estos la información relativa al bien prendado *sin desplazamiento*. No obstante, esta modalidad puede ocasionar problemas de seguridad jurídica al salvaguardarse los derechos de terceras personas, pues al no ser aparente

15 *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Segundo, Editorial Aranzadi, S.A. España, 1984, p. 391.

16 La entrega, ya sea física o simbólica de la cosa mueble dada en prenda, con fines de publicidad jurídica, es un requisito esencial en la constitución de este derecho real.

y visible la garantía que transmite el bien prendado, podría darse el caso de que un deudor enajene el bien que utilizó para garantizar el crédito a un tercero de buena fe, y este último pudiera desconocer los vicios ocultos que guarda el objeto. Por este motivo, la existencia de la prenda *sin desplazamiento* está limitada en algunos ordenamientos jurídicos a aquellos bienes muebles que puedan, de alguna forma, asimilarse por su importancia económica a bienes inmuebles, como por ejemplo, el caso de los buques o aeronaves. Para ello en particular se requiere, como un mecanismo de tutela efectiva, la inscripción del bien en un registro público, y ello no es una mera formalidad, pues se trata de un requisito constitutivo del derecho de prenda *sin desplazamiento*.

6. La prenda en el contexto jurídico cubano: El rol de la FORMA

En nuestra legislación la prenda como derecho real de garantía aparece ubicada en el Libro III, Capítulo III, Sección Tercera del Código Civil referido al cumplimiento de las obligaciones, lo cual es acertado en nuestra opinión en atención a la función y finalidad de la institución jurídica pues como expresamos es una garantía real vinculada a una obligación preexistente.

Como derecho real de garantía, en el Artículo 270.1 de la normativa civil se faculta al acreedor a satisfacer su crédito preexistente preferentemente a cualquier otro acreedor, con cargo al valor de un bien mueble recibido del deudor. Este objeto será desplazado a manos del acreedor prendario, a fin de que se satisfaga el valor de su crédito con el del bien dado en prenda en caso de incumplimiento de la obligación principal, no obstante, el acreedor detenta el bien bajo condiciones singulares, que pudiéramos denominar, metafóricamente hablando, como una posesión fugaz, al no incluirse derechos dominicos, sino solamente la posesión pacífica. ¿Qué implica ello? Significa que el acreedor quedará obligado a conservar el bien objeto de la prenda adecuadamente, así como responder por su pérdida o deterioro ante el deudor propietario del bien. A ello cabe añadir que se encuentra imposibilitado del uso y aprovechamiento de los frutos devengados del objeto, en tanto serán considerados propiedad del deudor, que es el único titular.¹⁷

De las modalidades comentadas, en el Artículo 270.2 se reconoce la constitución de la prenda *sin desposesión* de manera excepcional, pues solamente procede favor de las entidades estatales de créditos.

17 Cfr. Artículo 274.1 CCC.

De la lectura del Artículo 270.1 se colige la presencia de algunos de los elementos esenciales de la prenda, como son su carácter accesorio, pues respalda una obligación principal dado que es un negocio jurídico, caracterizado básicamente por la entrega de un bien material, de naturaleza mueble, garantizándose de esa forma el cumplimiento del crédito reclamado por el acreedor a su deudor. Su relevancia radica, precisamente, en que en tanto derecho real que es, posiciona al acreedor como un sujeto privilegiado frente a otros, igualmente acreedores del deudor, provocándose lo que conocemos como prelación en el crédito, regulada en el Artículo 307.1 de la norma civil.

Como requisitos para que se entienda constituido el negocio jurídico de prenda, es necesaria la entrega del bien material, así como la transmisión de la posesión (con excepción de la prenda *sin desposesión*).

En cuanto a la FORMA, es preciso señalar que el legislador, al prever en el Artículo 270.4, de forma categórica, la escrita, como un requisito formal para su constitución, a lo que habría que añadir lo dispuesto en el Artículo 51, inciso c) de la legislación civil, provoca un razonamiento absoluto y es que no resulta necesario documentarla en escritura pública (que es el reservorio por excelencia de los actos o negocios jurídicos, vistos como expresión de manifestación de voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, cualesquiera que sea su naturaleza), para que la misma cobre vigencia en el tráfico jurídico.¹⁸

El principio de la forma que distingue al Derecho Notarial, para el caso de la prenda en particular, se manifestaría, en todo caso, si las partes solicitaran la intervención del fedatario para el otorgamiento de la escritura pública, en su modalidad de *forma de valer o ad probationem*, en la búsqueda de una prueba preconstituida por un profesional del Derecho, y no como forma de ser o *ad solemnitatem*, pues como expresamos anteriormente no fue interés del legislador atribuirle a este derecho real su constitución en escritura pública como elemento esencial.

No se trata de un mandato legal su instrumentación en sede notarial (forma *ad solemnitatem* o de ser) sino de la posibilidad que cuentan las partes de instar la actuación notarial en aquellos supuestos, que sin ser exigida *ex lege*, su fin es alcanzar la autenticidad (presunción *iuris tantum*) y la veracidad que reviste la forma notarial al negocio instrumentado, creándose como expresamos antes una prueba especial, por ser preconstituida (forma *ad probationem* o de valer), que se forma fuera del ámbito judicial, y con ello evitar posibles litigios.

18 Cfrs. Artículo 49.1 del CC en relación con el 13 inciso a) de la Ley de las Notarías Estatales.

Pese a la no formalidad como requisito esencial de la constitución de la prenda en documento público notarial, el Artículo 273 del CC sí contiene aquellos elementos que resultan indispensables en la suscripción del documento contentivo de ella.¹⁹ A tenor del Artículo 272 están exentos de prenda los bienes inembargables, enumerados taxativamente en el Artículo 463 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo adelante LPCALE.

En relación con los efectos de la *pignus*, en buen español, de la prenda, reiteramos que en el binomio acreedor-deudor del negocio, el primero tiene el derecho al pago de su crédito preferentemente a cualquier otro acreedor, con cargo al valor de un bien mueble que recibe del deudor, por lo que en cualquier estudio del tema debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- El acreedor pignoraticio podrá oponer su derecho real de garantía frente a terceros con preferencia, incluso, si estos lo hubiesen adquirido.²⁰
- El acreedor podrá vender el objeto dado en prenda en caso de incumplimiento por medio de subasta pública.²¹
- Si no surgiera comprador o el valor ofrecido por la venta del objeto resultare insuficiente para saldar la obligación, el acreedor podrá adjudicarse el bien.²²
- En el caso de que el valor ofrecido en subasta pública por el bien fuera superior a lo debido, corresponderá al deudor, que es el propietario, adjudicarse el remanente del pago. La satisfacción del acreedor incluye además del valor del crédito, los gastos e intereses y la indemnización por daños, o sanción pecuniaria.²³
- Dado por satisfecho el acreedor, estará obligado a entregar al deudor el recibo del pago de la totalidad del crédito.²⁴
- En los casos de prenda *sin desposesión* a favor de entidades estatales de crédito, no procede la venta en subasta pública sino que el bien objeto de la garantía quedará enajenado a favor de otras entidades estatales o cooperativas por el valor del bien al momento de efectuarse la venta.²⁵
- Al igual que con el resto de las obligaciones, a tenor de lo previsto en el Artículo 296 del Código Civil, la prenda se extinguirá una vez que el

19 Nombres y domicilio de las partes y, en su caso, del tercero del bien pignorado; la descripción del bien; el valor estimado del bien expresado en dinero; el lugar donde se encuentra; la obligación que se garantiza y el término de vencimiento de la obligación.

20 Cfrs. artículos 270.1 y 307.1 CC.

21 Cfr. Artículo 275.1 CC.

22 Cfr. Artículo 275.2 CC).

23 Cfr. Artículo 270.3 CC.

24 Cfrs. artículos 275.2 y 237 CC.

25 Cfr. Artículo 276 CC.

deudor cumpla, en cuyo caso, el acreedor deberá devolver el bien que garantizaba su crédito al deudor o al tercer garante que grave un bien de su titularidad.

- Una vez que se ha garantizado el cumplimiento de una obligación con prenda, el acreedor solo podrá hacerse pago del valor del débito por medio de aquel bien dado en garantía, por lo que la responsabilidad del deudor quedará limitada en este sentido.²⁶

En otro orden, la LPCALE ubica en su Libro III, Del Proceso de Ejecución, Título III, De la Vía de Apremio, la instrumentación de la figura de la subasta para aquellos bienes comprometidos en una deuda. Si bien dicha ley en su Artículo 501 hace alusión al término bienes inmuebles, nada obsta para que este trámite pueda diligenciarse por *analogía iure* a los bienes garantizados con prenda, es decir, bienes de naturaleza mobiliaria, lo cual hizo pensar al legislador actual, en virtud de lo cual se dictó por el Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba la Instrucción No. 1, de 7 de febrero de 2013.²⁷

6.1.- Especial referencia a la Instrucción No. 1, de 7 de febrero de 2013, del Banco Central de Cuba. Consideraciones técnicas de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia

En correspondencia con la Resolución No. 99/2011, de 18 de noviembre, del Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba contentiva de las normas generales para el otorgamiento de créditos en pesos cubanos a las personas naturales, y a tono con la actualización del modelo económico-social del país —como hemos expresado—, se dictó por el referido titular la Instrucción No. 1/2013, cuya novedad radica en la permisibilidad de ofrecer en garantía real como cumplimiento de una obligación bienes muebles e inmuebles en concepto de PRENDA e HIPOTECA.

Los bienes muebles que se podrán constituir en prenda como contrato de garantía por parte de las entidades bancarias, según lo previsto en el instruyo UNDÉCIMO son los siguientes:

- Joyas, alhajas o cualquier otro bien de metal o piedras preciosas.
- Bienes Patrimoniales que se encuentren categorizados de valor 1 en el Registro Nacional de Bienes Culturales, perteneciente al Ministerio de Cultura.

²⁶ Cfr. Artículo 277 CC.

²⁷ Publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 4, de 21 de febrero de 2013.

- Vehículos de Motor.
- Bienes Agropecuarios: Ganado mayor, tractores y cosechadoras autopropulsadas.

El instruyo DUODÉCIMO es preciso al dejar claro que la prenda se constituirá *con desplazamiento* para los dos primeros supuestos enunciados en el instruyo anterior, pues para el resto de los bienes muebles, el deudor mantendrá la posesión y la custodia del bien.

Los bancos exigirán la certificación de la titularidad del bien mueble expedida por el registro donde conste inscripto, en los casos que corresponda, así como la certificación del valor, emitida por la entidad autorizada para ello.

Según *Consideraciones* de fecha 26 de febrero de 2013, a cargo de la Directora de Notarías y Registros Civiles, hay que tener en cuenta que circulan en el tráfico jurídico diversos títulos formales acreditativos de la propiedad de un bien, como pueden ser instrumentos públicos notariales, resoluciones administrativas y judiciales, que en el caso de los notariales como expresión del principio de representación instrumental, son las copias autorizadas las que transitan en el intercambio jurídico, al tener el mismo valor que el original protocolizado, a tenor de lo previsto en el Artículo 15 de la Ley de las Notarías Estatales en relación con el Artículo 128 de su reglamento, de lo cual se colige que no basta que las resoluciones mencionadas sean certificadas por la autoridad competente (extractos de resoluciones), pues se debe acceder al contenido sustancial del título formal y así debe hacerse constar.

Otro elemento en que se apoya la ejecutiva en sus *Consideraciones técnicas* es el hecho de que los registros de la Propiedad Inmobiliaria y de Vehículos de Motor no son constitutivos, de tal suerte que puede darse el supuesto de que no haya correspondencia entre el titular acreditado en certificación registral y el que consta en el justo título como consecuencia de encontrarse el último dentro del término legal para acceder a la inscripción (30 y 60 días según el tipo de bien de que se trate). Por otra parte, reflexiona que la comentada Instrucción No.1, no dispuso de un plazo de vigencia de la certificación registral, con lo que se evitarían problemáticas que afecten la seguridad jurídica.²⁸

Otro elemento polémico nace de la lectura del instruyo SEGUNDO al referir como otra exigencia legal la aportación de la certificación del valor, expresada en dinero, emitida por entidades autorizadas, la cual puede comprender el valor oficial o el del precio del mercado, siendo cuestionable a criterio de la directora, que se exija dicha certificación en los casos que conste el valor del bien en el título de propiedad.²⁹

28 Primera de las Consideraciones Técnicas.

29 Segunda de las Consideraciones Técnicas.

La propia norma comentada exige formalidades y requisitos esenciales, según la naturaleza del bien mueble que se constituirá en prenda. Veamos cada uno de ellos según el supuesto previsto.

- Joyas, alhajas o cualquier otro bien de metal o piedras preciosas:
 1. Se exige únicamente la certificación expedida por la Corporación CIMEX S.A., a través de su División Coral Negro en relación con el valor del bien.
 2. En el acto de valoración en dinero del bien participa el Banco.
 3. Entre el titular del bien y el banco se suscribirá un contrato de depósito hasta que se pronuncie el Comité de Crédito en relación con la solicitud formulada. (Nada impide la actuación notarial, ya sea formalizándose el contrato en escritura, o a través de un acta de protocolización, por citar dos ejemplos).
 4. Constituida la prenda con desplazamiento del bien, el banco estará obligado a custodiarlo en prenda hasta la total amortización del crédito.
 5. El incumplimiento por el deudor de su obligación de pago faculta al banco a realizar la venta del bien,³⁰ y de ser procedente se diligenciará el proceso de ejecución ante el tribunal competente, a tenor de lo previsto en la LPCALE, no siendo necesario en este caso el embargo de los bienes.
- Bienes Patrimoniales que se encuentren categorizados de valor 1 en el Registro Nacional de Bienes Culturales:
 1. Certificación de la titularidad expedida por el registro mencionado anteriormente, en la que se haga constar el valor expresado en dinero y su valía patrimonial.
 2. Constituida la prenda con desplazamiento del bien, el banco estará obligado a custodiarlo en prenda hasta la total amortización del crédito.
 3. El incumplimiento de la obligación del pago podrá dar lugar a la venta del bien y ello se gestionará mediante la entidad que autorice el Ministerio de Cultura.
- Vehículos de Motor:
 1. Titularidad³¹ y certificación expedida por el Registro de Vehículos del Ministerio del Interior.

30 Como primera opción la División Coral Negro gestionará la venta del bien.

31 No siempre se cuenta con la titularidad, motivo por el cual se dictó por la DNRC la Circular No.6/2011, de 26 de octubre, en la que se orienta prescindir de ella, siempre que en la certificación expedida por el Registro de Vehículos consten los datos referidos al título formal, la fecha y el modo de adquisición del bien, en correspondencia con lo preceptuado en los artículos 72 y 75 del reglamento de la Ley No.50/1985 “De las Notarías Estatales”, de 28 de diciembre.

2. Certificación del valor³² del bien, expresado en dinero, emitida por las entidades autorizadas para ello, que puede comprender el valor oficial o el precio de mercado, teniendo preferencia para el legislador aquellos vehículos asegurados.
 3. El incumplimiento de la obligación del pago legitima al banco a proceder a la venta del vehículo por la vía extrajudicial,³³ o diligenciará el proceso de ejecución, según corresponda. De no venderse el vehículo, se gestionará la venta de sus partes y piezas con la Empresa de Producciones Varias (PROVARI).
- Bienes Agropecuarios:
 1. Comprende ganado mayor (excepto el de ceba), tractores y cosechadoras autopropulsadas.
 2. Certificación de la titularidad expedida por el Registro de ganado mayor y razas puras, perteneciente a las direcciones municipales de Control Pecuario, o por el de Tractores y Cosechadoras Autopropulsadas, según el caso, perteneciente a las direcciones municipales de Control de la Tierra, acreditativas del valor del bien, expresado en dinero, teniendo como referente el valor oficial en dinero o el precio de mercado.
 3. El banco podrá comprobar, tal y como dispone el segundo párrafo del instruyo Segundo, la existencia del bien, su estado físico o técnico, y si tuviere dudas sobre el valor del bien sobre la base de la revisión efectuada, contratará los servicios de las entidades especializadas, según la naturaleza del bien.
 4. Al igual que en los casos de los bienes muebles referidos antes, el incumplimiento de la obligación del pago legitima al banco a proceder a la venta del bien, con la diferencia de que en estos casos se gestionará con las empresas agropecuarias o con las unidades productoras, en defecto de las primeras.

En otro orden, el conocimiento de lo dispuesto en las normas es trascendental para la vida profesional del notario, no solo por su labor documentadora en garantía de la seguridad jurídica preventiva, sino por su deber de asesoramiento a las personas naturales y/o jurídicas que requieren su intervención. Ello se aprecia en algunos supuestos previstos en la Instrucción

32 Esta exigencia es cuestionable si tenemos en cuenta que el Decreto No. 292/2011, de 20 de septiembre, cuenta con un único anexo referido a los valores referenciales mínimos de los medios de transporte por clases y edades.

33 Ello pudiera formalizarse ante notario si tenemos en cuenta que da fe también de aquellos actos en que las partes así lo solicitan en busca de una prueba documental preconstituida.

No.1/2013. Por ejemplo, en caso de que se autorice por el banco la venta del bien ofrecido en garantía como forma de saldar las obligaciones de pago del deudor, a solicitud del titular del bien, el comprador efectuará una provisión de fondos por el monto de la venta acordada, y para ello, las partes y la agencia bancaria realizarán las acciones necesarias³⁴ para la venta, ante notario público.³⁵

Aunque la hipoteca no es objeto de estudio del presente artículo, vale mencionar, a modo de ejemplificación, la intervención notarial en el caso de cancelación de deuda, como prevé el segundo párrafo del instruyo DÉCIMO.

El rol de la forma notarial *ad solemnitatem*, no se impuso como requisito o formalidad esencial en la multicitada instrucción, no es un requisito formal, pero nada obsta, para que la constitución de la prenda se documente y formalice en escritura pública, por sus especiales ventajas jurídicas, a las cuales intentaremos aproximarnos a continuación.

7. Ventajas jurídicas especiales de su instrumentación en escritura pública

Validar las ventajas de la instrumentación de la prenda en escritura pública, es nuestra motivación fundamental, y lo hacemos sobre la base de lo aprendido y aplicado en la praxis [...] el Derecho Notarial es un derecho para el derecho y ello constituye, sin lugar a dudas, un punto de partida, a los efectos de su independización disciplinaria [...].³⁶

A nivel social, la intervención notarial ofrece *seguridad*, tranquilidad, legalidad, pues se trata de una función legal antiligtiosa ofrecida por “[...] un funcionario público a quien la ley faculta para dar fe, tanto de actos jurídicos en que la forma notarial es exigida para la formalización del acto y la integración de sus efectos (*forma ad solemnitatem*), como aquellos en que no se exige por la ley, pero las partes interesan la autorización notarial (*forma ad probationem*).³⁷

A nuestro juicio, la primera ventaja está dada en su AUTOR, el creador del instrumento público que circula en el tráfico jurídico, el Notario, quien es el “[...] documentador de las declaraciones de voluntad [...] intérprete o

34 Aunque no se precisan cuáles son las acciones, sí se aprecia que se formalizarán ante notario.

35 Cfr. Instruyo SEXTO, segundo párrafo, de la instrucción comentada.

36 Pedro C. Verdejo Reyes: *Derecho Notarial*, p. 8.

37 Lázaro J. Corzo González y Rodolfo Hernández Fernández: “Principios del Derecho Notarial Cubano”, en *Derecho Notarial*, p. 13.

traductor, no un mero nuncios [...] emite juicios jurídicos, tiene una misión preventiva o de higiene del derecho. En esto se diferencia al Notario del defensor, el juez o el ministerio fiscal, que cuidan de la función represiva o terapéutica [...] consultor jurídico por excelencia [...] sus funciones se conjugan y perfilan en la específica suya de cavere y la común con el defensor de responder”.³⁸

Al dar fe, el notario autentica lo que a su presencia sucede, lo escribe, lo documenta, preconstituye una posible prueba del acto o hecho instrumentado, imprimiéndole seguridad jurídica y una cobertura de veracidad, pero su función no está limitada solamente a la dación de fe, sino que trasciende a un plano técnico-jurídico, por estar sujeta toda su actuación a solemnidades y formalidades exigidas por ley.³⁹

El notario califica la voluntad de las partes, y en especial, su alcance, redactando un documento público diferente al resto de los que la ley procesal le atribuye esa categoría, por ser plenamente auténtico, veraz y exacto por excelencia, dado que:

- Emite su fe sobre el contenido material (texto) del instrumento que redacta y autoriza, narración que si bien contiene su impronta, no es una ligera inventiva, pues se trata de declaraciones de los comparecientes que requieren de oficio su intervención. Ello no significa que no moldea la voluntad expresada a tono con el marco legal regulatorio.
- Hace constar la fecha, el lugar y en algunos actos la hora de formalización del documento público notarial.
- Identifica a los comparecientes apoyándose en sus documentos oficiales de identificación personal, los cuales reseña, menciona y tiene a la vista, o en la fe de conocimiento que puede tener dado el supuesto en cuestión.
- Refleja el carácter con que se concurre al acto en función del alcance de sus efectos jurídicos.
- Verifica y así lo hace constar expresamente, el juicio sobre la capacidad mental y volitiva de los sujetos comparecientes. Con ello se garantiza que quien firmó el documento era quien debía hacerlo.
- Asegura que la declaración de voluntad sea válida y eficaz por lo que comprueba la legitimación del compareciente.

38 Francesco Carnelutti: *Op. cit.*, por Juan B. Vallet de Goytisolo: “Determinación Notarial del Derecho”, *Ibidem*, pp. 126 y ss.

39 Por ejemplo, es nulo el instrumento público que el notario autorice fuera de su competencia territorial, salvo la excepción prevista en la ley notarial a modo de prohibición de actuación, a tenor de lo previsto en el inciso a) del artículo 16 en relación con el inciso c) del artículo 11 de la ley notarial.

- Tiene a la vista los títulos legitimadores que le permiten narrar la identificación, ubicación, descripción y disponibilidad del bien así como cualquier otra circunstancia que sea necesaria.
- Es leído en voz alta por el notario en la audiencia y en unidad de acto.

Lo anterior provee al instrumento público de una autenticidad única, hace que aún siendo declarado nulo desde el punto de vista sustantivo (no formal), el documento transite de público a privado. Hablamos de autenticidad corporal (documento indubitado); autenticidad formal (documento perfecto), y por último, no por ello menos importante, autenticidad de fondo (negocio perfecto). De ahí la famosa trilogía: función documentadora-ade cuadora-conservadora, sin posibilidad de romperse el vínculo umbilical entre ellas, pues se complementan entre sí como un todo único, a fin de ofrecer certeza y seguridad en el ejercicio de la fe notarial que es el interés del Estado.

El instrumento notarial tipifica lo previsto en el ordinal 1 del Artículo 281 de la ley de trámites, es autorizado por el notario, dotado de una doble cualidad: profesional del Derecho y funcionario público investido de fe, y lo hace conforme a las formalidades y solemnidades establecidas en la Ley de las Notarías Estatales y su reglamento, siempre dentro de los límites de su competencia territorial fijada en su nombramiento oficial.

Las escrituras públicas pueden tener eficacia probatoria, legitimadora, ejecutiva y traditoria,⁴⁰ entre otras,⁴¹ según el contenido y los efectos jurídicos. La superioridad en cuanto a su eficacia privilegiada con respecto a otros documentos públicos está dada en la fe notarial, ¿Qué significa ello? En primer lugar, la intervención en el documento del notario; en segundo, su competencia por razón de la materia y del territorio; y en tercero porque el instrumento se conforma sujeto a solemnidades legales. Estamos hablando pues de un documento público, auténtico y fehaciente.

40 La formalización de actos traslativos del derecho de propiedad equivale a la entrega del bien de que se trate, objeto de transmisión. El mero otorgamiento es la transmisión de la titularidad. El adquirente se convierte en titular dominico con la sola construcción del documento notarial, aún y cuando él, no posea materialmente el bien objeto del negocio (teoría del título y el modo).

41 El ordenamiento jurídico sustantivo exige la formalización en documentos públicos notariales como requisito *sine qua non* para que se constituyan derechos a favor de las partes intervinientes en el otorgamiento, para el caso de determinados contratos como el de compraventa (Cfr. Artículo 339), permuta (Artículo 370 en relación con el 339) y donación de bienes inmuebles (Artículo 374.1), exigible además para el negocio jurídico de apoderamiento, a tenor de lo previsto en el Artículo 414.3, entre otros actos jurídicos. Se trata de las escrituras públicas con eficacia constitutiva.

La eficacia probatoria o *ad probationem* que pudiera tener una escritura pública constitutiva de la figura de la prenda estaría dada en los siguientes elementos:

- Sería un medio de prueba real y objetiva.
- Constituiría una prueba documental preconstituida.
- Operaría como prueba procesal y extraprocesal, en juicio y fuera de él.
- Nacería con una nota distintiva de autosuficiencia propia, por lo que no necesita de verificación complementaria alguna. Es la llamada “nota de integridad” que poseen las escrituras con respecto a las actas notariales, capaces de probar por sí mismas, el negocio o acto instrumentado y lograr su eficacia.
- Desde su redacción y autorización nacería como un medio de prueba legal y directa.
- Contiene juicios jurídicos referidos a la capacidad y la legitimación de los comparecientes, incluso en caso del negocio de apoderamiento se calificaría la suficiencia de las facultades de representación.

La LPCALE en su Artículo 294 le confiere al documento público notarial el carácter de prueba plena documental entre las partes intervinientes identificadas, respecto a las declaraciones narradas o que de ellas se deriven, y frente a terceros tendrá la misma fuerza y alcance en cuanto al lugar, la fecha y la hora de otorgamiento, todo lo cual garantiza el notario en su función autenticadora, legitimadora y solemnizadora. A tenor de lo dispuesto en el Artículo 16, último párrafo, de la Ley de Notarías Estatales, la nulidad e invalidez de los documentos notariales (obsérvese que no se distingue en cuanto al tipo) solo puede efectuarse mediante resolución dictada por el tribunal competente.

La eficacia ejecutiva consistiría en la posibilidad de hacer valer y cumplir un título directamente ante proceso ejecutivo. El negocio jurídico que por excelencia nace en la audiencia notarial es el contrato, por ello los créditos derivados del negocio contractual tendrán fuerza ejecutiva con la condición de que se encuentren vencidos, sean líquidos y exigibles (Cfr. Ordinal 1 del Artículo. 486.1 de la LPCALE).

La eficacia legitimadora la poseen las escrituras y determinadas actas notariales, de estas últimas el ejemplo clásico lo constituye el acta de declaratoria de herederos como título sucesorio. Los documentos públicos notariales constituyen títulos que acreditan cualidades en los sujetos, y pueden ser, según el caso, el único y exclusivo medio de legitimación para insertarse en el tráfico jurídico.

El efecto legitimador estaría dado en varios elementos claves:

1. La escritura pública se presume exacta e íntegra respecto de terceros.
2. Hacen prueba contra terceros, ¿de qué?, del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha. Al respecto cuando hablamos del hecho, debe entenderse el contenido material del instrumento.
3. Hacen prueba en cuanto a las declaraciones de los comparecientes.

Por otra parte, otra ventaja sería la conservación protocolar de la escritura matriz así como de cualquier documento agregado o complementario, lo cual permite la llamada autenticidad corporal, por el hecho de la existencia de un documento original, que se mantiene intacto e íntegro en el tiempo, y sujeto a reglas legales de conservación, custodia, preservación y perdurabilidad. A lo anterior habría que agregar el rigor del legislador al establecer las personas con derecho a la obtención de copias parciales o literales de los instrumentos públicos obrantes en el protocolo.

A modo de conclusión, se impone la pregunta: ¿tendría el mismo valor jurídico la instrumentación de la prenda como derecho real de garantía en escritura pública que en un documento privado?

En otro orden, consideramos necesario transitar de lo teórico a lo práctico, por ello, con humildad, nos aventuramos a proponer la redacción de una escritura pública, en la que se constituye la prenda como un derecho real de garantía con el solo objetivo de lograr lo que tanto necesitamos en la praxis, la uniformidad en la actuación notarial.

7.1- Hacia una propuesta de escritura pública de préstamo pignoraticio:

NÚMERO: _____

ESCRITURA PÚBLICA DE PRÉSTAMO PIGNORATICIO _____

En (lugar de la autorización), a los días ____ del mes de __ del año __

-----**ANTE MÍ:** -----

(NOMBRES Y APELLIDOS DEL NOTARIO), Notario con competencia (indicar nacional, provincial o municipal) y sede en (municipio o poblado).

Si el Notario se constituye fuera de la sede se narrará de la siguiente forma: constituido, previo y especial requerimiento de los comparecientes en (lugar, municipio y provincia).

----- **COMPARECEN:** -----

DE UNA PARTE: (NOMBRES Y APELLIDOS DEL (LOS) PRESTAMISTA(S), ciudadano _____, natural de (lugar de nacimiento, municipio y provincia de ser posible), mayor de edad, de estado conyugal (soltero, casado, divorciado o viudo), de ocupación (), vecino de (dirección particular calle, número, apartamento si procede, entrecalles, municipio y provincia); provisto de documento de identidad permanente número (once dígitos), según me acredita.-----

DE OTRA PARTE: (NOMBRES Y APELLIDOS DEL (LOS) PRESTATARIO(S), ciudadano _____, natural de (lugar de nacimiento, municipio y provincia de ser posible), mayor de edad, de estado conyugal (soltero, casado, divorciado o viudo), de ocupación (), vecino de (dirección particular calle, número, apartamento si procede, entrecalles, municipio y provincia), provisto de documento de identidad permanente número (once dígitos), según me acredita.-----

CONCURREN por si en uso de sus propios derechos.— (Si el prestamista es una institución bancaria se narrará el título formal acreditativo de su constitución, datos de la inscripción registral, código de identificación fiscal y el documento demostrativo de su nombramiento y facultades para el acto que pretende.)

Yo, el (la) Notario, doy fe, de la identidad de los comparecientes, por sus documentos oficiales de identificación con carácter probatorio, que me exhiben y les devuelvo, con su fotografía y firma las que coinciden con las de ellos, constándome las generales no consignadas en los mismos, por sus manifestaciones.-----

ASEGURAN HALLARSE en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles, y tener, como a mi juicio tienen, la capacidad legal y legitimación necesaria para este otorgamiento, no constándome nada en contrario.-----

PRIMERA: Manifiesta el (nombres y apellidos del **PRESTATARIO**) que es propietario del bien que tiene la siguiente descripción: -----

(Bien mueble; debe tenerse en cuenta lo previsto en los **artículos 270 y 272** del CC)

TITULO: (Se hará constar el carácter del bien, los datos que permitan identificar el título, su número, fecha, nombres y apellidos y cargo del funcionario autorizante, con expresión de la firmeza, en su caso y cualquier otro que permita una definición exacta de este, con mención de haberlo tenido a la vista, devolviéndose al compareciente.-----

VALOR LEGAL: Expresado en dinero.

Inscripción: (Si la hay en algún registro especial). Que está libre de carga o gravamen.

SEGUNDA: Que (**nombres y apellidos del PRESTAMISTA**) ha decidido prestar a (**nombres y apellidos del PRESTATARIO**) la cantidad de _____ pesos cubanos, que este confiesa haber recibido con anterioridad.-----

TERCERA: (No se pactan intereses, Artículo 380 del CC, cuando el préstamo se realiza entre personas naturales).

CUARTA: El préstamo se concierta por un plazo de ____ años y será devuelto (al final del plazo, o en ____ cuotas mensuales, semestral, anual). No obstante la parte prestataria puede devolverlo anticipadamente en su totalidad.-----

QUINTA: En garantía del capital prestado, la parte prestataria **constituye en prenda** el bien descrito en la cláusula primera mediante su entrega al acreedor, que confiesa haberlo recibido, haciéndole saber el notario actuante a dicho acreedor no puede usar el bien recibido en prenda y está obligado a conservarlo en forma adecuada y a responder por su pérdida o deterioro frente al deudor, si no prueba que ocurrió por culpa de este.-----

SEXTA: Vencido el crédito y no pagado este, el acreedor podrá enajenar la prenda según lo dispuesto en el **Artículo 275 del Código Civil**, a cuyo efecto, el deudor, señala como domicilio para requerimiento o notificaciones el consignado en la comparecencia de este instrumento.-----

SÉPTIMA: Los gastos derivados de la enajenación del bien e impuestos de ser procedentes corren a cargo de _____.-----

ASÍ LO DICEN Y OTORGAN los comparecientes a mi presencia, a quienes hice expresamente, de palabra y por escrito, las advertencias legales y reglamentarias, de las que manifestaron quedar debidamente enterados y en especial _____.-----

LEÍDA ÍNTEGRAMENTE en alta voz y en un solo acto, esta escritura, a los comparecientes, por su elección, previa renuncia al derecho que tenían de hacerlo por si, conformes en su contenido lo ratifican y firman ante mí.-----

DE TODO LO CUAL, de haberse observado en unidad de acto todas las formalidades legales, de que el consentimiento ha sido libremente prestado, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes y de todo lo demás contenido en este instrumento público, yo, el (la) Notario (a), **DOY FE**.-----

Bibliografía

Fuentes doctrinales

- ALVERO FRANCÉS, FRANCISCO: *Lo esencial en la ortografía*, Editorial Orbe, La Habana, 1982.
- ÁLVAREZ RAPA, VICENTE: *Manual de Obligaciones y Contratos*, Universidad de La Habana, Facultad de derecho, La Habana, 1991.
- _____: *Propiedad y otros Derechos sobre Bienes*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1999.
- ALBALADEJO, M.: *Adquisición por usucapión del derecho real de prenda en estudios de Derecho Civil*, Barcelona.
- CORZOGONZÁLEZ, LÁZARO J. Y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, RODOLFO: "Principios del Derecho Notarial Cubano", Colectivo de Autores: *Derecho Notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009.
- DE RUGGIERO, ROBERTO: *Instituciones de Derecho Civil*, v. I, Editorial Reus (S.A), Madrid, 1929; *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Segundo, Editorial Aranzadi, S.A. España, 1984.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO Y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: "Estructura del Instrumento Público", Colectivo de Autores: *Derecho Notarial*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M.: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- MASTO, NÉSTOR JORGE: *Derechos Reales*, t. I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 2000.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DELA C. Y TERESA DELGADO VERGARA: *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- OLIVERA LOVÓN: EN www.monografias.com. Consultado el 2 de marzo de 2013.
- VALDÉS RIVERO, ORLANDO: *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- VIEIRA PUERTA, RODRIGO: *Los Derechos Reales según el Derecho Romano y el Código Civil Colombiano*, Ediciones de la Universidad de Caldas, Manizales, 1974.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Determinación Notarial del Derecho", *Derecho Notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992, Editoria Política, La Habana, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 7, de 1ro. de agosto de 1992.
- Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, 1ª edición, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989; *Código Civil del Reino de España*, de 6 de octubre de 1988, 13ª edición, editorial Aranzadi, S.A. Madrid, 2003.
- Código Notarial español*, Editorial Aranzadi, S.A., 1997.
- Ley de las Notarías Estatales*, Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1984, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 3, de 1º. de marzo de 1985.
- Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*, de 9 de junio de 1992, contenido en la Resolución No. 70 del Ministro de Justicia, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 4, de 9 de junio de 1992.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, contenido en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.
- Decreto No. 292 de 20 de septiembre de 2011, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 31, de 27 de septiembre de 2011.
- Decreto-Ley No. 289, de 16 de noviembre de 2011, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 40, de 21 de noviembre de 2011.
- Instrucción No. 1, del Banco Central de Cuba, 7 de febrero de 2013, publicada en *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, No. 4, de 21 de febrero de 2013.
- Circular No. 6, de 26 de octubre de 2011, de la Directora de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.
- Consideraciones, de 26 de febrero de 2013, de la Directora de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, sobre la Instrucción No. 1/2013, del Banco Central de Cuba.

TITULACIÓN EFECTIVA, PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y TRASMISIÓN POR COMPRAVENTA DE LOS BIENES FUNERARIOS EN CUBA. ESPECIAL REFERENCIA A LA NECRÓPOLIS DE COLÓN

Dra. Marta Fernández Martínez
Profesora Titular de Derecho Civil.
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notaria

Sumario

1. Los bienes funerarios. Su clasificación. 2. Régimen jurídico de los bienes funerarios. Período 1860-1961. Génesis del Cementerio de Colón. 2.1. La Necrópolis de Cristóbal Colón y sus reglamentos. 2.2. Intervención y nacionalización de la Necrópolis de Colón. Aplicación de la Ley 989/1961. 3. Conceptos jurídicos interesantes en temas de bienes funerarios en Cuba. 3.1. Las concesiones perpetuas. Características. 3.2. Las concesiones temporales. 4. Régimen jurídico actual de los bienes funerarios. 5. Los bienes funerarios en el comercio civil. La compraventa. 6. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. Los bienes funerarios. Su clasificación

Los bienes funerarios son una de las tantas especies que integran el concepto general de bienes. Ellos adoptan diversas modalidades:

Bóvedas: Son excavaciones más pequeñas, con una capacidad de enterramiento de cuatro o cinco ataúdes, más o menos, cuyas paredes se forran de ladrillos o bloques, que se levantan sobre el nivel del suelo unos setenta u ochenta metros, revestidas de mármol u otro material, de 1,10 m de ancho por 2,40 m de largo. Pueden estar acompañadas de osarios, pues las familias preferían construirlos de este modo, para que una vez exhumados los restos, quedaran en la demarcación de su propiedad.

Osarios: Son excavaciones más pequeñas, que se utilizan para la colocación de restos después de las exhumaciones, miden un metro de largo u 0,80 m de ancho, más o menos, y pueden estar, o no, revestidos de material pétreo artificial.

Panteón: Es un conjunto de bóvedas que pueden tener sus osarios, formando un todo, delimitado de varia maneras. Constituyen una única propiedad, que puede ser familiar o social. Algunas presentan espacios para esculturas.

Capilla: Son edificaciones funerarias compuestas por bóveda, altar que resalta la función ritual, y osarios. Su característica principal es que son techadas, con puertas y ventanas, como imitando una pequeña casa.

Mausoleos: Los mausoleos son construcciones de grandes dimensiones, suntuosidad y riqueza decorativa, que poseen un carácter conmemorativo. Deben su nombre a Mausoleo, Rey de Caria, al que su esposa Artemisa erigió una suntuosa sepultura en Halicarnaso, tras su muerte en el año 353 a.c.

Es necesario acotar que otros lugares del mundo en muchos cementerios de las construcciones de bóvedas, panteones, osarios, capillas y mausoleos no se realizan, llevando a cabo las inhumaciones en la tierra, constituyendo una propiedad el espacio de tierra que se utilice al efecto, con precios muy elevados en muchos casos. En Cuba también se practican estas formas de enterramientos, mayormente en cementerios rurales. Por lo tanto, la tierra cuando se destina para esto también es considerada un bien funerario, y cae bajo el régimen jurídico de ellos.

Ahora bien, entre los bienes funerarios encontramos otros que no son precisamente para realizar enterramientos, sino que más bien tienen un fin ornamental, con marcado carácter religioso en su mayoría y con un valor artístico indiscutible. Nos referimos a las esculturas que se encuentran fijadas a los lechos mortuorios y que podemos encontrar en cada espacio del cementerio, y que en gran medida han influido en su condición de Monumento Nacional y Patrimonio Cultural.

Los bienes o cosas funerarias presentan las características generales de los bienes: carácter impersonal, apropiabilidad, utilidad, substantividad e individualización. Pero a su vez presentan rasgos específicos, que los hacen merecedores de un tratamiento jurídico especial.

Carácter impersonal: Este rasgo excluye del concepto de bien o cosa a la persona misma, su cuerpo vivo y todas sus partes, sus atributos y cualidades. Aunque “se admiten social y jurídicamente, las disposiciones sobre el mismo cadáver”, no somos de la opinión de que este constituye un bien, no lo concebimos como objeto de un derecho patrimonial, y mucho menos que constituya un bien funerario, debido a que el fin de estos, no guarda relación alguna con el destino que se le pueda dar a un cadáver, o mejor, a sus componentes en función de la ciencia. Los bienes funerarios no incluyen en su definición a la persona por lo que no son merecedores de este rasgo.

Carácter de apropiabilidad: Esto indica la susceptibilidad de los bienes de poder ser objeto de relaciones jurídicas, de sometimiento jurídico al titular o de apropiación en el caso de cosas corporales o bienes materiales, como lo son los bienes funerarios.

Utilidad: Si atendemos a la etimología de la palabra bien, podemos entender este carácter. Bien, proviene del término latino *beare*, que significa causar felicidad, hacer lo bueno. Esto es precisamente lo que implica la utilidad como rasgo de la cosa. Significa que debe servir para satisfacer necesidades humanas, reportar algún beneficio que despierte interés para el sujeto de derecho. Con respecto a los bienes funerarios, creemos que este rasgo está latente, pues satisfacen la necesidad que, desde siempre, han tenido las personas, de dar adecuada sepultura a sus fallecidos, y ya hicimos alusión al interés que representa para el sujeto de derecho.

Substantividad e individualización: La cosa o bien debe tener una existencia separada o autónoma, no siendo cosa por tanto, lo que resulte parte constitutiva de un todo, sino el bien individualizado o delimitado como tal, toda vez que el ejercicio del poder jurídico exige la identificación de su objeto. Si observamos la estructura de los cementerios, nos percatamos de que cada bien está correctamente delimitado, incluso los panteones presentan, en su mayoría, pequeñas cercas; las bóvedas se pueden diferenciar unas de las otras.

Las cosas funerarias constituyen parte del patrimonio, ya sea de personas jurídicas colectivas, o de personas naturales. Si observamos detenidamente cada escultura, o los epitafios, entre otros componentes del cementerio, nos percatamos que la función ritual está latente en torno a estos bienes; y más que el ritualismo, captamos en cada dedicatoria un gran componente afectivo.

Hay clasificaciones en la doctrina que valdría la pena considerar si de bienes funerarios se habla, a saber:

Atendiendo a las cualidades físicas o jurídicas, por su naturaleza, los bienes funerarios se ubican dentro de las cosas corporales, debido a que pueden ser percibidos por los sentidos, ocupan un lugar en el espacio, se pueden individualizar, y producen aprovechamiento económico.

Teniendo en cuenta su determinación, los consideramos bienes específicos, por tener características que los hacen distinto dentro de los bienes de su género.

Por sus posibilidades de sustitución, los bienes funerarios son no fungibles, no se pueden sustituir tomando en cuenta sus condiciones particulares y exclusivas. Los bienes de esta clase al ser destruidos no pueden ser inmediatamente sustituidos por otros iguales. Además, casi siempre se

encuentran en poder de personas determinadas, que los individualizan de las formas más disímiles.

Son no consumibles, ya que pueden ser usados repetidamente, como efectivamente sucede, sin que desaparezcan y sufran alteración o disminución sensible, al no ser con el transcurso prolongado del tiempo, sin hacérseles las debidas reparaciones.

En cuanto a las posibilidades de fraccionamiento, creemos que debemos detenernos a analizar cada bien en específico, pues consideramos que no todos reciben igual clasificación. Las bóvedas en sí mismas no admiten posibilidad alguna de división, sin que no sea afectada su esencia, valor y utilidad. Igualmente ocurre con los osarios y adornos o esculturas. Pero los panteones, capillas y mausoleos, a nuestro criterio, sí son susceptibles de segregación, sin que el fin para el que se destinan se afecte sustancialmente. Por ejemplo: un panteón que conste de dos bóvedas y sus osarios, puede perfectamente dividirse quedando dos bóvedas con osarios respectivamente, o una bóveda sola y otra compuesta entonces de dos osarios, o separar los dos osarios de la bóveda. En todos los casos conservarían su esencia. Sobre la base de esto clasificamos a estos bienes como divisibles.

Por su existencia en el tiempo, los consideramos cosas en el presente, tomando en cuenta que todas las relaciones jurídicas que se establecen en la actualidad, son sobre bienes funerarios que gozan de existencia en la realidad física o jurídica, en consonancia con la normativa de nuestro Código, que en su redacción se refiere siempre a cosas presentes.

Por último, hemos llegado dentro de este criterio de clasificación a la distinción que consideramos más importante, la de los bienes muebles e inmuebles. No cabe duda alguna que nos encontramos ante bienes inmuebles, dada la posición fija e inmodificable que tienen en el espacio. Este carácter los hace merecedor de un régimen jurídico más complejo. Tradicionalmente los bienes inmuebles son considerados los de mayor envergadura. A esta distinción se refiere el Artículo 46.2 del Código civil cubano, subclasificándolos a su vez: *“Los bienes materiales pueden ser muebles o inmuebles: son inmuebles la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de una manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización. Son bienes muebles todos los demás”*.

Se deduce que como la tierra, hay inmuebles por naturaleza, inmuebles por incorporación y por destino. Ahora bien, bóvedas, panteones, capillas y mausoleos clasifican dentro de los inmuebles por incorporación, ya que en todos los casos estamos ante construcciones adheridas al suelo de forma permanente. En los casos en que la tierra se utilice para enterramientos sin realizar construcción alguna, su clasificación está clara que es la de inmueble por naturaleza.

Las estatuas u otros ornamentos las clasificamos como inmuebles por destino, por no encontrarse adheridas al suelo u otros inmuebles de forma inseparable, aunque sí permanente, a los efectos de la función que desempeñan: ornamentar el lugar.

Otro criterio de clasificación es el que se hace atendiendo a las relaciones de conexión que guardan unos con otros. Este criterio se subclasifica en dos: el que atiende a la constitución y contenido de las cosas, y otro que atiende a la jerarquía con que entran a formar parte de la relación jurídica de que se trate. Dentro del primero, a los bienes funerarios corresponde la de las cosas singulares, estas a su vez, pueden ser simples o compuestas y aquí volvemos a detenernos: las bóvedas y los osarios, como unidad individual, son cosas singulares simples, pero a panteones, capillas y mausoleos no corresponde la misma clasificación. Creemos que esto guarda estrecha relación con la clasificación en divisibles o indivisibles, ya vista. Consideramos que en este caso, estamos ante cosas singulares compuestas, resultan de la unión o conjunción de varias cosas simples, en la que las partes integrantes se pueden distinguir y eventualmente separar, aunque por esa separación, se dé lugar a un complejo distinto de la conjunción de todos estos elementos.

Así ocurre con los bienes antes señalados: los panteones se integran por varias bóvedas y osarios, las capillas tienen iguales componentes con la presencia de altar y techado, y los mausoleos son edificaciones más suntuosas pero de iguales elementos constitutivos; las bóvedas y osarios que los componen, son cosas simples, que no obstante integrar parte del inmueble, conservan su individualidad, sin afectarse su esencia: por todos estos elementos la clasificación es la antes expuesta. Las estatuas son cosas simples singulares.

Atendiendo a la jerarquía con que entran a formar parte de la relación de derechos de que se trate, las bóvedas, capillas, panteones y mausoleos se clasifican como principales, pues no se subordinan a ninguna otra, aunque en su composición existen bienes accesorios, como son el caso de las esculturas, jarrones, etcétera.

El último criterio de clasificación es el que atiende a la relación de pertenencia o apropiación. En este sentido los bienes funerarios son apropiables, ya que son susceptibles de dominio por el hombre y pueden ser, y de hecho lo son, objeto de relaciones jurídico-patrimoniales. Son bienes ubicados en el comercio.

En cuanto al sujeto, lo mismo puede ser propiedad de personas naturales o de personas jurídicas colectivas.

2. Régimen jurídico de los bienes funerarios. Período 1860-1961. Génesis del Cementerio de Colón

La Real Orden, de 13 de julio de 1860, fue la primera disposición jurídica que reguló esta materia en Cuba.

A continuación transcribimos la citada disposición, obtenida de los legajos del Arzobispado, porque expone elementos que son necesarios para la definición de las concesiones perpetuas. La Real Orden declara libre de derechos hipotecarios los terrenos cedidos en los cementerios para sepulcros y panteones, y plantea el por qué de tan regulada limitación.

*“Ministerio de Hacienda - Excmo. Sr. - He dado cuenta a la Reina (Q.D.G) de la consulta hecha por la Administración de Hacienda Pública de Santander, sobre si están sujetos al pago de derechos de hipotecas los terrenos del Cementerio de aquella Capital que el ayuntamiento cede a los particulares con el objeto de construir panteones o sepulturas de familia: y S.M, teniendo en consideración que en estos casos no **hay una completa traspasación de dominio**, toda vez que el adquirente ni puede destinar dichos terrenos a otro objeto que el que queda indicado, ni goza de sus productos, y conformándose con lo propuesto por V.E e informado por la Sección de Hacienda del Consejo de Estado, se ha servido declarar que las expresadas adquisiciones, no están sujetas al pago de derechos de hipotecas.*

”De real Orden lo comunico a V.E para su conocimiento y efectos oportunos.- Dios guarde a V.E muchos años - Madrid, 13 de julio de 1860.- Salaverria.- Sr. Director de contribuciones.- C.L año 1860.- Número 397. Tomo 84”.

El Cementerio de Espada fue en la Isla la primera forma moderna de enterramiento, y la que ha adquirido trascendencia y constancia a través de los tiempos. Pero no por esto el Cementerio General, fue el más acabado, ni el que puso fin a los conflictos en torno a la situación necrológica de la Isla.

Por Real Decreto, de 28 de junio de 1866, se autoriza al Obispado de La Habana para realizar la obra, con la limitación de ponerse de acuerdo con la autoridad civil, respecto a la elección del lugar y los particulares relacionados con la salud pública. La autoridad eclesiástica y la civil nombraron, de mutuo acuerdo, una comisión de funcionarios civiles, entre ingenieros y médicos, para que eligiesen un terreno apropiado a ese objeto. Como resultado de este proceso quedó seleccionado un rectángulo de cuatro caballerías integrado

por las fincas La Baeza, La Currita, La Noria, La Campana y la Portuguesa, en el Vedado. Algunas fueron obtenidas por pactos convencionales y otras por expropiación forzosa, fundada en la utilidad pública que reportaría una vez materializado el proyecto. No fue hasta el siglo xx que tomó el nombre de Necrópolis de Colón. La terminación de la guerra hispano-cubana-norteamericana brindaba al Ayuntamiento habanero supuestamente una nueva oportunidad para intentar ejercer el control administrativo del cementerio. Sin embargo, desde bien temprano, la Iglesia estaría contemplada en los planes neocolonizadores de los EUA. Aun cuando dicha institución fue separada del Estado por el gobierno de ocupación militar yanqui, se garantizaba a la Iglesia la continuidad de la propiedad de sus bienes de toda clase. No obstante, la petición de derechos de administración provenientes de numerosos municipios, el gobierno emitió una orden en la que se disponía que los ayuntamientos podían reclamar si los cementerios habían sido construidos con fondos municipales u otros análogos no procedentes de la Iglesia; de otro modo la administración continuaría siendo de la Iglesia; cuestión que no arrojó los resultados esperados por los ayuntamientos.

La Iglesia conservó su poder hasta el 4 de agosto de 1960, percibiendo hasta entonces, los derechos de enterramientos, traslado, venta de bóvedas y panteones, alquiler de terrenos y otras cuantiosas ganancias, todo libre de impuestos.

La Necrópolis capitalina está considerada, por su amplitud y lo vasto de sus monumentos de alto valor artístico que en ella subsisten, como una de las más notables de América. Por todos estos aspectos que reúne el recinto cementerial, mezcla de historia y cultura, ciencia y política, la Comisión Nacional de Monumentos otorgó, el 18 de febrero de 1987, la condición de Monumento Nacional a la Necrópolis. Aunque se considera el más importante, no es el único en la ciudad de La Habana, ni en la Isla. En La Habana existen además: el Cementerio bautista, el hebreo, el Cementerio chino, el de La Lisa, entre otros de pequeña extensión, enclavados en localidades municipales, pero no constituyen el análisis central de estos apuntes, por ser la Necrópolis de Colón al parecer por su antigüedad el más organizado dentro de la gran dispersión jurídica que existe en torno a la propiedad inmobiliaria de los cementerios en Cuba.

2.2. Intervención y nacionalización de la Necrópolis de Colón. Aplicación de la Ley 980/1961

El Cementerio de Colón (nombre antiguo), constituyó, desde sus inicios, un negocio que reportaba cuantiosas ganancias. Las tarifas cementeriales eran elevadas, incluso para las sepulturas en tierra; siendo, por tanto ade-

más de muy lucrativo, discriminatorio para familias de bajos ingresos. Allí encontramos opulentas capillas.

La intervención del Cementerio se llevó a cabo por la Resolución No. 259, de 4 de agosto de 1959. A esta medida se opuso el Arzobispo Evelio Díaz, el cual acudió, en recurso de reforma, al Artículo 3 de la Orden No. 38, de 21 de abril de 1899, que ratificaba el derecho de la Iglesia Católica a administrar los cementerios que hubiesen sido construidos exclusivamente con fondos eclesiásticos. La Alcaldía de La Habana dejó sin efecto el referido recurso. Tenía como principal propósito el de eliminar su carácter de negocio lucrativo, aunque no impidió la celebración de ceremonias religiosas, continuando hasta nuestros días la Capilla Central, en poder de la iglesia, prestando sus servicios. Se rebajan en un 50% las tarifas que en la actualidad fijan el precio de los servicios que se prestan en el cementerio.

Por Resolución No. 168, de 1967, se nacionaliza este y demás cementerios del área metropolitana de La Habana.

Es válido apuntar que con la nacionalización, y por ende, “total desprivatización de los bienes, derechos y servicios del Cementerio”, pasaron al Estado cubano las llamadas bóvedas del Arzobispado, las que serían controladas por la administración del cementerio para brindar los servicios funerarios, pero no así las propiedades privadas, que por “el alto valor sentimental” que para los humanos tienen los lechos mortuorios, la nacionalización fue más bien de los servicios, que pasó de manos del Arzobispado al Estado cubano.

La Ley No. 989, de 5 de diciembre de 1961, establece la nacionalización de todos los bienes muebles, inmuebles o de cualquier otra clase, derechos, acciones y valores de cualquier tipo de estas personas, lo que tenía una enfática connotación económica y política en el seno de la “sociedad cubana”, dados los valores económicos que ingresaron al patrimonio del Estado.

En virtud de estos cambios, en la realidad social, económica y jurídica, los servicios cementeriales pasaron a ser administrados por el Estado, a ser públicos; sin embargo, subsistieron conceptos jurídicos de naturaleza jurídica distorsionada que complejiza la trasmisión por compraventa de los bienes funerarios.

3. Conceptos jurídicos interesantes en temas de bienes funerarios en Cuba

3.1. Las concesiones perpetuas. Características

Los reglamentos cementeriales no difirieron uno del otro en cuestiones sustanciales, sino que más bien las mismas figuras se iban perfeccionando,

de modo que se pudieran ajustar a las condiciones, en correspondencia con la época. Consideramos que el Reglamento más preciso, por decirlo de algún modo, fue el del año 1948, sobre todo en su sistemática. Pero básicamente las estructuras siguieron siendo iguales, al menos en el plano legal, aunque en la práctica ya no se pudieran implementar.

Las concesiones perpetuas fue una de estas figuras. Para hacer enterramientos de forma perpetua, debía proceder con anterioridad la adquisición del terreno necesario, en proporción a las condiciones del panteón, osario o monumento que se pretendiera construir. Los que deseaban adquirir estos terrenos, acudían a la Oficina del Ingeniero del cementerio para que le indicaran las parcelas que había disponibles y elegirlas. Una vez seleccionada, debía solicitarse, mediante instancia, un modelo que existía para esto a la autoridad eclesiástica, indicando su descripción. A partir de su presentación, el solicitante tenía cuatro días para abonar el importe de la parcela, transcurrido dicho plazo sin cumplir con el requisito, se disponía de esta. Luego de pagado el terreno se le comunicaba al Ingeniero del Cementerio y este procedía a delimitar el mismo, con la mayor exactitud posible, para que no se incurriera en error alguno.

En las parcelas que se adquirían a perpetuidad, según consta en los reglamentos, podían erigirse monumentos, de ahí que con el tiempo, dichos cuerpos clasificaran las concesiones a perpetuidad, en monumentales o no monumentales, según la parcela estuviera ubicada en zona de monumento o en los demás cuadros. Se establecían límites mínimos en las dimensiones que debían tener los terrenos, en dependencia de la zona de ubicación, los que solo podían ser menores si había sobrantes y no se podían unir con las propiedades contiguas.

Las construcciones de los bienes estaban sometidas a determinados requisitos, que debían observarse, so pena de ser destruido por la administración lo que se hubiere construido en forma distinta de la establecida.

Como se puede apreciar, la construcción en el cementerio estaba limitada, en muchos casos por razones lógicas de sanidad, en otros casos, suponemos que por cuestiones arquitectónicas o distributivas, elemento importante que no debemos perder de vista.

Excepto en el Reglamento de 1948, como ya expusimos, en todos los anteriores se prohibía la transmisión de los terrenos y de lo construido sobre ellos a título oneroso, pudiendo solo transmitirse por actos *inter vivos* de forma gratuita y por herencia. Tampoco podían ser objeto de ejecuciones judiciales ni estar sujetos al pago de derechos hipotecarios. Pensamos que de buena fe, el móvil de estas restricciones estuviera fundamentalmente en el carácter sagrado que la Iglesia atribuía a estos inmuebles, aunque el carác-

ter de negocio extremadamente lucrativo que adquirió ascendientemente el cementerio, pudiera llevarnos a pensar en una restricción para impedir todo negocio entre particulares, que como posteriormente (1948) sucedió, se dedicaron a la compraventa de los mismos y a construirlos para arrendarlos, lo que afectaría el negocio de concesiones temporales que proporcionaba altos ingresos de forma periódica a la Iglesia.

Pero, a través de qué acto se adquirirían las parcelas a perpetuidad. Los reglamentos, a la hora de referirse al otorgamiento, hacen alusión indistintamente a título de dominio o contrato. ¿Qué indica el término perpetuidad? ¿Qué derecho real se otorgaba?

Delimitados los caracteres que le atribuían los reglamentos a esta figura, nos atreveremos a hacer un análisis de ella, para así intentar determinar el derecho real que se concedía. Es preciso aclarar, que para esto, contamos solo con datos obtenidos del análisis de documentos preservados y archivados en los legajos del Arzobispado.

Estas concesiones otorgaban un determinado derecho en principio, sobre un terreno que la mayoría de los titulares construían para rendir culto a sus muertos, convirtiendo a la necrópolis en lo que es actualmente, un lugar de inestimable valor. Pero podían estos terrenos quedar sin construir, cuestión comprobable, ya que muchos particulares en la actualidad han hecho traspaso de parcelas sin construcciones de ninguna índole.

Pudiera pensarse que estas concesiones eran una especie de derecho perpetuo de superficie. Lo fundamentan en que se hacía mediante un contrato, por el tiempo de duración de la vida de una persona. Al morir el titular el contrato era renovado con los herederos del causante, los que nuevamente tenían que pagar. Se implementó así para que la Iglesia no perdiera el poder sobre el terreno, y que operara la reversión cuando la herencia quedara yacente, aumentando así su patrimonio, al adquirir también el poder sobre lo construido (en caso de que se construyera). Sin embargo, en ese período en Cuba no estaba vigente el derecho de superficie, que nace en nuestra legislación a partir de 1984.

No es menos cierto que en principio el terreno era propiedad de la Iglesia, pero solo en principio, pues efectuado el pago de una sola vez, o sea, a tanto alzado, en la Secretaría del Arzobispado se expedía un Título que textualmente expresaba:

“[...] venimos en otorgar y otorgamos el pleno y perpetuo dominio de dicho terreno [...]”.

Como es apreciable el pleno dominio era del terreno, del suelo, y no solo de lo que con carácter de obligación habría que construir. En estos casos no cabe discusión, la propiedad de lo construido era también del concesionario aunque expuesta a limitaciones.

Este término de dominio, propietario, es usado indistintamente en los reglamentos y en los títulos.

Ni en los reglamentos ni en el título constitutivo se establecía la obligación de construir so pena de extinción del derecho. Como ya planteamos, en la actualidad existen terrenos no puestos en uso que continúan en propiedad de los particulares. De haberse otorgado derecho de superficie, el no uso hubiera producido la extinción del derecho, y la Iglesia no hubiese tardado en incorporarlo a su patrimonio, lo cual no hizo en su momento.

No es válido el argumento de que los contratos se renovaban a la muerte del causante con los herederos y de constituirse herencia yacente operaba la reversión, volviendo al poder de la Iglesia, el terreno concedido con lo construido. No consta en ningún documento este nuevo contrato, ni que los herederos tuvieran que pagar. Sin embargo, en el legajo 9 del Arzobispado aparece en cambio, un escrito en que se informa una transferencia a herederos, de un causante titular, planteando que no se expedía nuevo título a favor de ellos, por cuanto el Título de Propiedad perpetua es solo uno, como es una la concesión y adquisición efectuadas, para el uso de enterramientos a que obedece, por lo que cualquier transmisión que de ellos se haga por causa del titular original, no suponía ni hacía necesario nueva concesión por parte del Arzobispado, siendo suficiente el ya expedido, procediendo solo la nota en el título originario y único expedido, donde constaban además, los enterramientos efectuados, y las vicisitudes e historia de la concesión.

Por último, es preciso aclarar que por la Ley, de 11 de mayo de 1889, se hizo extensivo a Cuba el Código Civil español que comenzó a regir el 24 de julio de 1889. Este código no da un tratamiento sustantivo del derecho de superficie. Bajo estas circunstancias, era muy difícil que se estableciera un derecho de superficie, cuando solo se regulaban figuras análogas. Los elementos esgrimidos con anterioridad nos permiten concluir que el derecho real otorgado mediante las concesiones perpetuas, era un genuino derecho real de propiedad.

Tanto del Reglamento como del título dominico (contrato-título), se deduce que el contenido del derecho se relaciona con el concepto de propiedad, con algunas limitaciones en la disposición plena que impuso la Iglesia a través de sus reglamentos, por lo que son limitaciones legales.

3.2. Las concesiones temporales

Es válido acotar que el estudio de dicha institución se ha hecho basándonos solo en los reglamentos y los conceptos jurídicos de las instituciones que hacen referencia a este tipo de concesión. Esto se debe a que no existe

en los archivos constancia de las concesiones temporales, de las que solo se llevaban unas tarjetas en la oficina del cementerio, que ya han sido destruidas, no quedando referencia alguna al respecto.

Lo más significativo de estas regulaciones es la referencia que se hace al **usufructo**. Tenemos reservas en cuanto a si en realidad se concedía el derecho real de goce a que se hace alusión, o si solo era un contrato de arrendamiento. Es difícil adelantarnos a adoptar una de las dos posturas con solo datos como un tiempo determinado y un precio, elementos que pueden estar presentes tanto en una como en otra figura, pues el primer Reglamento presenta lagunas que no permiten dar solución a tal disyuntiva. Es necesario avanzar en los reglamentos posteriores, para así recopilar elementos que nos lleven a una opinión definitiva.

En el mencionado Reglamento la situación se torna un poco más confusa pues se utilizan los términos usufructuario y arrendamiento (este con la posibilidad de renovación), indistintamente para hacer alusión a las concesiones temporales. Se prorrogan las de las bóvedas del Arzobispado pero por 5 años, y sobre ellas no se pueden colocar rejas, ni obra adicional con el deber de conservación y aseo por el tiempo que esté a cargo del concesionario.

Características específicas de las concesiones temporales

Los cambios que se daban al entrar en vigor cada Reglamento, tienen en nuestra opinión, una explicación de índole económica. Independientemente del uso indistinto del término arrendamiento o usufructo, las concesiones temporales tuvieron características específicas, a saber:

1. Se pagaba un precio por el tiempo de la concesión.
2. Eran por tiempo bien determinado, excepcionalmente prorrogable.
3. Las restricciones en cuanto a las construcciones (que no se podían hacer) nos conducen a pensar que mucho menos se podían transmitir, gravar o transformar, permitiéndose solo el uso para sepulturas.
4. El concesionario debía observar todas las regulaciones y prohibiciones del Reglamento estrictamente, al igual que para las concesiones perpetuas.

El usufructuario de un bien, salvo el hecho de que debe conservar su sustancia, tiene el *ius fruendi*, pudiendo en virtud de este, obtener todos los frutos (naturales o civiles) que pueda dar el bien, sin intervención alguna del nudo propietario durante su disfrute, lo que no era así en las concesiones temporales, las que no permitían que el propietario explotara la cosa. Solo permitían al concesionario usarla para sepultar a sus muertos, estableciéndose, incluso, el número de enterramientos según el tiempo concedido, no

pudiendo el titular disponer durante este tiempo como quisiera del cadáver, ni del bien (bóvedas o criptas).

Teniendo en cuenta que al concesionario solo se le permitía, a cambio de un precio, el uso para los enterramientos establecidos y por el término estipulado, bajo estrictas reglas típicas de un poder eclesiástico y que como vimos, el usufructo es algo más que eso, la figura más afín con las concesiones temporales es la del contrato de arrendamiento, el que es definido por el Código Civil español, vigente en aquel momento, como *“aquel por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio y ésta a cambio de ello a proporcionar a la primera el uso y disfrute temporal de una cosa”*.

La posición de arrendatario no se puede ceder sin la autorización del arrendador, admitiéndose el subarriendo, cuestión que nos demuestra la interferencia del arrendador en la relación del arrendatario con el bien. No presenta el usufructo esta característica por ser un derecho real de goce, a través del cual se establece una relación directa, inmediata, entre el usufructuario y la cosa.

El fin de la Iglesia era manifiestamente extraer de los bienes funerarios el mayor rendimiento posible, de ahí que los cambios en los términos de las concesiones con el tiempo disminuyeran. Al parecer, de esta forma se obtenía más dinero en menos lapso de tiempo. Para esto debía servirse de un medio económico que no vedara de forma casi absoluta su poder sobre los bienes, y el concepto que más se corresponde, es el del contrato de arrendamiento, pues generalmente no se utiliza la figura del usufructo como el medio para explotar una cosa.

4. Régimen jurídico actual de los bienes funerarios

Durante casi 40 años, bajo la tutela de un Reglamento que ya no resolvía problemas sino que los creaba, los asesores jurídicos de la necrópolis han tratado de dar solución a cada caso que en torno a los bienes funerarios se presentan. No obstante cambiar las condiciones socio-económicas de nuestro país a raíz del triunfo revolucionario en 1959, y de operar la intervención y nacionalización del cementerio, se mantuvo este Reglamento (1948) vigente hasta 1995.

Definidas las figuras a través de las que se otorgaban derechos sobre los bienes funerarios, y teniendo en cuenta que los títulos dominicos que otorgó la Iglesia durante su administración no han sido cambiados, siendo los que ostentan la mayoría de los titulares en la actualidad, nos damos a la tarea de “descifrar” el Reglamento vigente. Antes es preciso acotar que con el

advenimiento del triunfo de la Revolución y la consiguiente intervención, la administración revolucionaria del Cementerio de Cristóbal Colón comenzó a otorgar títulos de propiedad. Estos llamados títulos de propiedad que expide el Cementerio de Colón responden a una transcripción de lo que consta en sus archivos como propiedad cementerial, haciendo referencia al lugar en que se encuentra el bien y el acto jurídico por el cual se adquirió su propiedad, con la debida descripción del bien funerario y con el valor estimado.

En el caso de las transmisiones de dominio, ya fuera por actos *ínter vivos* o *mortis causa*, se comenzaron a expedir nuevos títulos de propiedad a los adquirentes, eliminándose así el hecho de tener que hacer la anotación del traspaso en el título original, práctica que se ha mantenido hasta la actualidad.

Las disposiciones generales del Reglamento declaran que la administración de la necrópolis corresponde a la Dirección Provincial de Servicios Comunales y que su dirección y gobierno corresponde al Consejo de la Administración de la ciudad de La Habana.

Las llamadas concesiones que se mantienen en el reglamento cementerial las otorga el Director Provincial de Servicios Comunales, y el título de la misma lo concede la oficina jurídica de la necrópolis, estableciéndose en él las condiciones que se imponen a la propiedad, construcción, conservación y transmisión.

El Registro de Concesiones

Esta es otra de las figuras que comienza a regir desde 1948 y que se mantiene hasta la actualidad, regulada por la norma administrativa interna de la necrópolis. Al respecto plantea el Reglamento: *“En dicho Registro se asentarán el nombre y los apellidos del adquirente de la concesión, la situación exacta y medidas de terrenos objeto de la concesión, sus transferencias dominicas y embargos, nulidad, clausura, expedición de duplicados de títulos y cualesquiera otras circunstancias que afecten a las condiciones de la concesión o al derecho de sus titulares, o cuya anotación sea ordenada por la Administración de la Necrópolis o las autoridades competentes”*.

Este Registro de Concesiones es conocido en la necrópolis como libros de protocolos, y efectivamente figuran en él todas las concesiones perpetuas que se llevaron a cabo desde la inauguración del cementerio hasta 1962, fecha en que al parecer se dejaron de conceder terrenos a perpetuidad por agotamiento de estos. En los citados libros aparecen unos modelos de la dirección facultativa del cementerio, donde se describe el cuartel en que se encuentra ubicado el bien y el nombre del adquirente. Después de

estos datos que solo se llevan en una hoja sin foliación alguna, queda un espacio en blanco donde se realizan las anotaciones referentes al tracto de la propiedad, asentándose con pluma o lápiz de un modo informal, nombre del adquirente, la fecha de escritura pública por la que se hizo el traspaso o datos de la sentencia firme recaída en proceso ordinario de usucapión, si se ha expedido duplicado, actos de disposición de clausura de bóveda, y segregaciones, poseedores, en fin, todo lo referente al inmueble. Al terminarse esta hoja, del modo más inconsecuente, se agregan otras de cualquier tipo y calidad y se continúan las anotaciones. Estas hojas al no poderse incorporar a los libros por impedirlo su encuadernación se incorporan con presillas o solamente se colocan al dorso de la principal, corriendo el peligro de extraviarse o unirse con otras. También es válido aclarar que lo que en estos libros hay no se encuentra asentado en más ningún lugar, solo en tarjetas que recogen los datos elementales para trabajo del personal técnico de la administración.

Estos libros no tienen orden ni alfabético, ni por fincas. Son libros que recogen las personas que fueron a inscribir sus propiedades según las adquirieron por transmisión del Arzobispado. En fin, fueron concebidos para los arquitectos, más que para preservar los derechos reales nacidos sobre estos bienes.

Somos de la opinión que el término Registro está mal empleado. Lo que realmente existe son libros de asientos, que se encuentran expuestos al deterioro, sin más normas de conservación, que las que el personal que trabaja con ellos (el asesor) sea capaz de observar y sin recoger todos los datos necesarios.

Un verdadero Registro de Propiedad debe reunir más requisitos y necesita de personal capacitado que se encargue solo de esta función; así como de recursos mínimos para su correcta implementación. El que adquiere un bien necesita seguridad de que no va a ser perturbado en su posesión, y para ello debe conocer que quien transmitió es el verdadero propietario. Por esto los verdaderos registros deben reflejar pormenorizadamente el tracto del inmueble y todas las limitaciones a que pudiera estar sometida la facultad de disponer, para que el que adquiere, constate, que el bien se encuentra en la situación que a él le han dado a conocer.¹

1 La Sentencia de Casación Civil del Tribunal Supremo Popular de Cuba, expediente 471/2008, de 26 de diciembre de 2008, jueza ponente: Marta Acosta Ricart, concluyó que “a los efectos del acto traslativo de dominio cuya nulidad se pretendió, no resulta en modo alguno acreditativo de la propiedad el documento expedido por Comunales, el que según consta en la cláusula primera de la escritura de Donación de Bóveda número cua-

Es válido acotar que de los cementerios de la capital, solo el de Colón cuenta con un sistema de publicidad, que aunque imperfecto, es más de lo que en otros existe.

Se impone la necesidad de establecer un verdadero Registro que facilite el trabajo de los asesores jurídicos y del resto del personal de la necrópolis y que dote de seguridad y organización el tráfico jurídico. Los títulos que se pretendan inscribir, deben someterse a un riguroso examen y verificación, para que solo queden inscriptos aquellos perfectamente válidos, cuestión que requiere del ejercicio de una correcta función calificadora. Debe llevarse a cabo un proceso de depuración de todo lo que está recogido en los protocolos actuales. Conocemos de los recursos, el tiempo, y el esfuerzo que demanda tal pretensión, pero se rescataría la confianza que muchos han perdido en la publicidad del cementerio, al ver colapsados sus derechos, y se evitaría la corrupción administrativa de que ha sido objeto.

En el año 1986 se comenzó un censo de propiedades que jamás llegó a terminarse, por tanto no se tienen cifras precisas de la cantidad de propiedades que hay, ni se conoce si están siendo usadas o no. Hoy se comienza la inscripción de las propiedades cementeriales en el Registro de la Propiedad inmueble. Aquí hay que tener cuidado a la hora de inscribir el bien, si inscribo todo a favor del Estado cubano, en correspondencia con la nacionalización que operó a principios de la Revolución, ¿cómo voy a inscribir posteriormente los actos traslativos que en su día hizo el expropiado hoy por el Estado? Si bien el tracto sucesivo hoy no actúa como antes, tiene que haber concordancia en las transmisiones inmobiliarias y en los efectos de la publicidad jurídica.

Como vemos, la necrópolis no cuenta actualmente con una legislación afín de la situación real en que se encuentra, ni con un Registro que permita controlar correctamente la titularidad de los bienes y que dote de seguridad jurídica a los adquirentes de ellos. Se trabaja en los anteproyectos de lo que sería la Ley Cementarial en Cuba.

renta y cuatro de dos mil ocho ante la Notaría..., se utilizara para acreditar el dominio de la donante sobre el bien inmueble que cediera en donación [...] la certificación expedida por la que se acredita la inscripción de la bóveda en el cementerio no es título suficiente para transmitir e incluso para acreditar fehacientemente la propiedad sobre un bien de esta naturaleza, pues de hecho esos controles no constituyen un registro público, sólo se trata de controles de índole administrativo, que con la finalidad esencial de fijar determinada responsabilidad en una persona con quien entenderse a los fines de la realización tanto de los enterramientos como de las exhumaciones, carece de facultad la Administración del cementerio para adjudicar o transferir titularidad dominica sobre bóveda alguna, circunscribiéndose su función a la realización de trámites eminentemente administrativos”.

5. Los bienes funerarios en el comercio civil. La compraventa

En la actualidad no existe ninguna regulación que prohíba la realización de negocios jurídicos con los bienes funerarios, siempre que se tenga la titularidad del inmueble. La única limitación al respecto es la autorización que se requiere del Registro nacional de bienes culturales, el que puede hacer uso del derecho de tanteo si el bien se pretende enajenar y es de interés para el Estado.

La compraventa de estos bienes, por ser inmuebles, requiere de escritura pública para su formalización. Requisito de forma que establece el Artículo 339 del Código Civil cubano. No obstante, hay que relacionarlo necesariamente con el Artículo 313 del Código Civil cubano y analizar la forma como elemento del negocio. No siendo de aplicación al caso el Decreto-Ley No. 288, de 2 de noviembre de 2011, por lo que puede realizarse dicho acto ante cualquier notario público, sin especial competencia por razón del lugar en que se encuentre enclavado dicho bien.

1. Título de Propiedad. ¿Cuál es el título formal de adquisición? ¿Cuáles son los elementos del contrato?

Aquí nos estamos preguntando cuál es la titulación efectiva y suficiente para poder transmitir por compraventa un bien funerario. Partiendo del análisis de entender que solo se transmite por esta vía el dominio –no otro derecho real–, y visto todo lo anterior, es el único derecho real que se ostenta sobre dichos bienes.

¿Basta la simple posesión según las normas del Código Civil cubano?

“La base de la usucapión es la posesión”, cuando la misma reúne determinados requisitos. Diez-Picazo y Gullón² definen la posesión como “el señorío de hecho sobre la cosa, un poder de hecho que se ejercita sobre ella”. En este mismo sentido apunta nuestro Código Civil agregando la causa legítima, por lo que para el Derecho Civil cubano todo el que detente un bien sin causa legítima es un simple tenedor que jamás podrá adquirir su titularidad.

La simple tenencia del título de propiedad de un inmueble funerario permite al detentador hacer uso de él, puesto que para dar sepultura en un

2 Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho Civil*, v. II, *Derechos reales. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, p. 305.

inmueble cementerial no es necesario más que la presentación del título, sea quien lo presente, propietario o no del inmueble. Se han verificado en la práctica procesos judiciales sobre reconocimiento de propiedad por usucapión.

Por ejemplo: la Sentencia No. 762, de 9 de agosto de 2001, declara CON LUGAR una demanda en proceso sumario sobre usucapión de bienes inmuebles, fundamentada en los siguientes hechos:

Que el Sr. "X", propietario de un inmueble, traspasó la propiedad del mismo a "Y" desde 1952 y que esta actualizó la propiedad en calidad de poseedora en 1886, que ha mantenido la posesión sin oposición, ni contradicción y ha cuidado del bien de su propio peculio, comportándose como propietaria de la misma.

Las sentencias que declaran no haber lugar a la demanda para usucapir, argumentan que la mera tenencia o posesión natural del bien no constituye posesión civil (Artículo 196 del Código Civil), ya que para que esta opere se necesita que el bien se posea por causa legítima, y que no constituye prueba de la posesión a título legítimo, la mera inscripción o anotación como poseedor, que se consigne en los documentos de control del cementerio, la que solo constituye inscripción de mera tenencia.

Lo anterior nos indica que hay contradicciones en la interpretación de la causa legítima para poseer, que se considera el término poseedor del título en virtud del censo una verdadera relación material y que hay valoraciones dispares en cuanto a los términos tenencia y posesión.

Es imprescindible para la trasmisión un título formal acreditativo del acto traslativo del dominio ya sea *vía mortis causa* o *inter vivos*. ¿Qué características tendrá este título? ¿Existe una publicidad que brinde seguridad? ¿Qué efectos tiene la no inscripción en el archivo cementerial del título contentivo de la trasmisión? ¿Pudiera darse el supuesto de doble venta? ¿Existe una comunicación efectiva entre el cementerio, sus archivos y los protocolos notariales donde se atesoren las escrituras de trasmisión de los bienes funerarios?

Este título tiene que referirse al titular, que puede ser una persona natural o jurídica.

En el cementerio hay gran número de mausoleos, panteones y capillas que pertenecen actualmente a asociaciones que brindan sus servicios a asociados, los que pagan su derecho a usarlos, pero también hay gran número de propiedades que están en manos de particulares, cuando las asociaciones a que pertenecían ya han sido disueltas. ¿Con qué título? Este, además, tiene que especificar las características del bien inmueble objeto de trasmisión.

La compraventa de bienes funerarios en Cuba contiene no solo una atribución crediticia, sino también real, siendo traslativa de dominio. Es un contrato tipo o nominado, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, formal y real. La escritura pública contentiva de ese negocio tiene efectos traslativos y aunque se advierta al comprador que inscriba en el cementerio dicha transmisión, no estamos hablando de un perfeccionamiento de la transmisión del dominio, ni siquiera de una publicidad registral verdaderamente con eficacia ante terceros.

¿Quién puede vender? El propietario, los representantes legales o voluntarios con los requisitos de la ley, no existe imposibilidad de venderle al esposo o esposa como en otros ordenamientos.

El objeto mediato del contrato es el bien funerario: no está sujeto a prohibición de disponer solo las relativas a si el bien es patrimonio cultural, que se verá más adelante; estar debidamente determinado y ha de tener un precio, de modo que si no existe, no se concertará el contrato. Aquí nos preguntamos también, ¿si incluye el bien funerario la parcela sobre o bajo la cual se encuentra el bien?

El precio debe ser cierto, lo que plantea el problema de la determinación: ¿puede ser fijado a voluntad por una de las partes?, ¿cuáles son los criterios válidos para fijar un precio?, ¿cuál es el grado de indeterminación admisible sin que se afecte el grado de certidumbre del precio? Hoy en Cuba el precio de la compraventa de los bienes funerarios es libremente concertado por las partes, con independencia de la tasación prudencialmente realizada por el equipo de técnicos de historia, conservación e informática de la Necrópolis de Colón, en el caso de este recinto cementerial. Aquí se toman en consideración todos los elementos del bien, dígame si tiene esculturas, entre otros.

El Código Civil cubano (Artículo 336) dispone que el precio de la compraventa “[...] es el que se establece en las regulaciones oficiales, y solamente cuando estas no existen es el que las partes acuerden...”. Vale la pena detenemos un momento en este artículo. En primer lugar, queda indeterminado totalmente qué entender por regulaciones oficiales, y específicamente en materia de bienes funerarios más, pues no contamos con una normativa coherente al respecto. Además, hay que diferenciar precio de valor, teniendo en cuenta que los valores de los bienes inmuebles y muebles en Cuba han sido establecidos por el Estado con una marcada subvención en todos los sentidos. Y, además, estamos hablando de contratos entre particulares y no resulta armónico en nuestros días coartar la autonomía de la voluntad, en cuanto al precio que libremente acuerden las partes para la realización del acto.

Las obligaciones del comprador y del vendedor son con carácter supletorio las establecidas en el Código Civil, a menos que el contrato, ley de las partes, establezca lo contrario.

Aquí valdría la pena reflexionar sobre varios aspectos interesantes de este contrato, teniendo en cuenta lo sensible y espiritual de los bienes funerarios. Dígase la posibilidad, no prohibida en ley común, de someter este contrato a una condición sobre todo, a mi juicio, de naturaleza suspensiva (Artículo 53.2), teniendo en cuenta que puede estarse disponiendo de una bóveda con restos mortuorios de familiares del vendedor, que todavía no pueden ser llevados al osario y pudieran sujetarse los efectos del contrato al nacimiento de la condición, que sería el día de la exhumación de esos restos por esta causa.

Como dice Lorenzetti,³ en la época de la codificación se tomó como base la compraventa de contado en la que el comprador busca ser propietario de lo que pagó. Hoy predominan [...] otros pactos en el contrato como la venta a plazo, la venta con reserva de dominio, de preferencia [...], que pudieran ser aplicados perfectamente a esta trasmisión.

2. Resolución autorizante del traspaso del Registro de bienes culturales.⁴

Por formar parte la necrópolis del patrimonio cultural nacional, sus bienes son considerados bienes culturales. Por ello, estos bienes requieren de protección, entendida por tal, todas las medidas de carácter legal o institucional,

3 Ricardo Luis Lorenzetti: *Tratado de Derecho de Contratos*, p, 180.

4 Por Resolución No. 51, de 18 de febrero de 1987, la Comisión Nacional de Monumentos, en virtud de las facultades que le vienen conferidas por el Artículo 4, apartado 3, de la Ley No. 2, de Monumentos Nacionales y Locales, de 4 de agosto de 1977, declaró Monumento Nacional a la Necrópolis capitalina. La misma define como Monumento Nacional: *“todo centro histórico urbano y toda construcción, sitio u objeto, que por su carácter excepcional, merezca ser conservado por su significación cultural histórica o social para el país”*. El Cementerio de Colón, es un conjunto de construcciones inmuebles, que visto como un todo, desempeña una función de carácter colectivo importante para la sociedad. Aunque muchas de sus estructuras guardan una estrecha relación con personalidades históricas de nuestro país, no consideramos que esto sea elemento suficiente para incluirla dentro de los Centros Históricos Urbanos, pues no es un lugar que en determinado momento tuviera una clara fisonomía unitaria, expresión de una comunidad social, individualizada y organizada, sino que ha constituido, a través de todas las épocas, un centro de importancia, más que por su historia, por los servicios que presta y la utilidad que reporta, manteniendo su dinámica hasta nuestros días y reflejando diversas culturas, estilos y etapas de forma constante. Otro aspecto que pudiera confundir es la religiosidad de que están revestidas sus construcciones, incluso con presencia de capillas para ceremoniales, pudiendo esto inducir al error de considerarla una construcción de carácter religioso. Para descartar esta posibilidad, hay que apelar a los motivos de su surgimiento, ya expuestos,

incluyendo las medidas técnicas, constructivas, de restauración y otras que tiendan a mantener la integridad de estos bienes, frente a los distintos agentes que puedan poner en peligro la perdurabilidad de una parte o del todo, de una construcción con características como a la que hacemos referencia. Las medidas de carácter legal están implementadas por las leyes No. 1 y 2, de 4 de agosto de 1977, de patrimonio cultural y monumentos nacionales y locales, respectivamente, y sus reglamentos; y amparadas por la Constitución de la República en su Artículo 39, inciso h).

y a las contradicciones que en torno a la titularidad de su administración se suscitaron entre la Iglesia y el poder civil, para así darnos cuenta que el cementerio no fue nunca un proyecto con carácter religioso, sino un servicio necrológico que las personas han revestido, a través de los tiempos, de misticismos. La Comisión de Monumentos Nacionales valoró a la necrópolis como monumento a partir del siguiente análisis: La primera causa fue la gama de ricos monumentos que posee el recinto cementerial, obras de famosos escultores cubanos y extranjeros, entre los que se pueden citar, sin agotar la lista, a Rita Longa, Villalta de Saavedra, Melero, Ramos Blanco, Romanelli, Benlliure, entre otros. Reúne además, diversas manifestaciones arquitectónicas y estilos presentes en el eclecticismo europeo, así como el modernismo y el racionalismo del siglo xx. La necrópolis es el lugar de descanso de los restos mortales de generales heroicos de la Guerra de Independencia, líderes obreros y revolucionarios caídos en las luchas contra las dictaduras de Machado y Batista. Guarda también restos de relevantes científicos e intelectuales, así como de artistas y deportistas de renombre internacional. Por último, existe en dicho recinto gran cantidad de panteones colectivos que pertenecen a asociaciones regionales españolas, afrocubanas y de otros países que reflejan las raíces heterogéneas de nuestra identidad nacional. Toda esta mezcla de arte, historia e idiosincrasia se encierra tras los muros de la majestuosa necrópolis, imbuyéndola de un alto valor artístico e histórico, merecedor de ser preservado, y son los fundamentos que exponen los Por Cuantos de la Resolución No. 51, de 18 de febrero de 1987. No caben dudas que en virtud de esta Resolución, el cementerio queda expuesto a un régimen jurídico especial, bajo la tutela de la Ley No. 2, de Monumentos Nacionales y Locales, y de su Reglamento. Ahora bien, no es esta la única protección que recibe el necrológico lugar, sino que también se le da tratamiento de patrimonio cultural, amparado en el Artículo 1, inciso k, del Reglamento de la Ley No. 1 (Ley del Patrimonio Cultural), que a continuación reproducimos: *“El Patrimonio Cultural de la Nación está integrado por aquellos bienes muebles e inmuebles, que son la expresión o el testimonio de la creación humana o de la evolución de la naturaleza, y que tiene especial relevancia, en relación con la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, la educación, el arte, la ciencia y la cultura en general, y fundamentalmente:* k) *Todo centro Histórico Urbano, construcción o sitio que merezca ser conservado por su significación cultural, histórica o social”*, como establecen la Ley No. 2, de 4 de agosto de 1977, Ley de los Monumentos Nacionales y Locales y su Reglamento; y en virtud del Artículo 20 del citado Reglamento, toda declaración de monumento nacional o local deberá comunicarse al Registro nacional de bienes culturales a los efectos de su inscripción como parte del patrimonio cultural de la nación. Este tratamiento de patrimonio cultural sujeta al cementerio como parte integrante de él, a lo dispuesto en la Ley No. 1, de 4 de agosto de 1977 y a su Reglamento, según la Disposición Especial Única de este último, de forma supletoria con respecto a la Ley No. 2 y su Reglamento.

La primera de estas, en el orden de nuestra exposición, es la concerniente a la salida o no del territorio nacional de estos bienes. El Artículo 17 de la Ley No. 2, prohíbe su exportación definitiva, permitiéndose solo en caso de que se haya autorizado por la Comisión Nacional de Monumentos y después de haber realizado las verificaciones necesarias, podrá entonces exportarse total o parcialmente y por tiempo determinado.

Los bienes funerarios, dadas sus características de bienes inmuebles en su mayoría, son imposibles de trasladar, excepto los adornos y estatuas que constituyen inmuebles por destino, que sí cabe la posibilidad de separarlos y trasladarlos. De ahí que sean estos bienes los más susceptibles de ser extraídos del país y los que más vigilancia y protección necesitan. Reciben la protección legal, pero cómo saber cuáles inmuebles tienen estatuas de relevancia artística o de autores famosos, cuando no se encuentran registradas, ni en los libros de protocolo del cementerio, ni en el Registro de bienes culturales. ¿Cómo evitar que sean extraídos del país sin tener el control de ellos? Problemática situación que subsiste en la actualidad y que debe solucionarse en algún momento.

Es válido aclarar que una vez declarado monumento nacional, una construcción es considerada de interés social y utilidad pública, y por tanto sus propietarios deben observar estrictamente todas las medidas de conservación de los bienes culturales, reservándose el Estado el derecho de adquirirlo, mediante el correspondiente proceso de expropiación forzosa, en caso de que el propietario no observe la debida diligencia y ponga en peligro su integridad, para tomar él la conservación del bien, ingresándolo a su patrimonio. En estos casos, el Estado antes trata de llegar a un consenso con el poseedor. Esta es otra de las limitaciones que le vienen impuestas a los que tienen bienes dentro de la necrópolis, y se encuentra refrendada en el Artículo 10 de la citada Ley No. 2, a pesar de que en estos casos de bienes cementeriales, no se pone mucho en práctica la disposición referida, como veremos a *posteriori*.

También se requiere autorización de la Comisión Nacional de Monumentos para realizar restauraciones de obras de artes plásticas, tan presentes en el cementerio capitalino, y solo se llevarán a cabo bajo la dirección y supervisión de la Comisión, según el Artículo 19 de la Ley de Monumentos.

Por su parte, la Ley No. 2 es parca en lo que respecta a este asunto, por lo que supletoriamente se aplica el Artículo 9 de la Ley No. 1, en relación con los artículos 41; 42; 43 y 46 de su Reglamento. El citado Artículo 9 establece *“No podrá efectuarse la transmisión de dominio o posesión de ningún bien de los protegidos por esta Ley; si no se obtiene previa y expresa autorización del Ministerio de Cultura [...]”*.

Veamos ahora qué se entiende por transmisión de dominio o posesión a los fines de esta legislación. El Artículo 42 lo define como: *“toda cesión, donación, venta o cualquier otra modalidad de transferencia o intercambio”*. Actualmente no está limitado el derecho de transmisión de los propietarios de bienes funerarios y se puede efectuar con ellos todo tipo de intercambio que se corresponda con su naturaleza, cuestión que analizaremos más adelante.

El Registro nacional de bienes culturales es el encargado de dar estas autorizaciones, dejar constancia de ellas y notificar a las autoridades competentes en caso de que los traspasos se lleven a efecto sin la autorización requerida. Así lo establece el Artículo 7 de la Ley No. 1, en relación con el Artículo 41 del Reglamento. Según el Artículo 43, toda persona interesada en la transmisión (propietario o poseedor) de estos bienes debe presentar la autorización ante la Dirección de Patrimonio Cultural del MINCUL, directamente, o a través de las direcciones de cultura de los órganos provinciales del Poder Popular. Dicha solicitud consignará fundamentalmente:

- a) la descripción detallada del bien de que se trate, la que en el caso de los bienes funerarios la hace el arquitecto del cementerio según la práctica;
- b) las generales y otros datos personales del propietario o poseedor del bien, y según el caso de la persona a favor de la cual se solicita efectuar la transmisión;
- c) el lugar donde se situará el bien una vez efectuada la transmisión; en los bienes funerarios procede solo si se trata de esculturas, porque el resto son bienes inmuebles por incorporación donde no cabe la posibilidad de separación;
- d) el precio acordado o el valor del bien, según corresponda al acto cuya autorización se solicite. Cuando se necesite el valor del bien, la tasación la realiza también el arquitecto del cementerio, como es costumbre;
- e) las firmas del propietario o poseedor del bien, y en su caso, de la persona a favor de la cual se solicite;

Todos estos requisitos que debe tener la solicitud, pensamos que sean a los efectos de tener todos los elementos necesarios para entrar a valorar lo que se está solicitando y rechazar o aprobar la solicitud.

El tanteo de los bienes funerarios

Es necesario hacer un breve paréntesis para definir y ofrecer el fundamento sustantivo del derecho de tanteo a que haremos referencia.

El Código Civil cubano de 1987 dedica en su Libro Segundo (Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes) el Capítulo IV del Título Ter-

ceros, a los derechos de tanteo y retracto, regulándolos en los artículos del 226 al 231.

Podemos decir que el derecho de adquisición preferente de tanteo, en el caso de los bienes funerarios, puede ser ejercitado cuando el propietario pretende enajenar el bien y para ello acude al Registro nacional de bienes culturales a solicitar la autorización establecida en virtud del Artículo 41 del Reglamento de la Ley No. 1.

El Artículo 46 del Reglamento para la ejecución de la Ley No. 1, establece este derecho de tanteo al disponer: “La Dirección de Patrimonio Cultural del MINCUL, cuando lo considere procedente, podrá hacer uso del derecho de tanteo a fin de adquirir el bien declarado Patrimonio Cultural de la Nación o de valor museable, cuya transmisión le haya sido solicitada.

El precio de ese traspaso será el que la Dirección de Patrimonio Cultural y la persona propietaria o poseedora acuerden, las que de no llegar a acuerdo en ese sentido, podrán, cada una, designar un perito a fin de que, los así designados, determinen el precio de la tasación”.

Como se entiende del artículo transcrito, al acudir el interesado a realizar la solicitud de autorización para la transmisión, si el bien es de interés para el Estado, se ejercita el derecho de tanteo. El fundamento de esta potestad estatal viene dado por el hecho de que ante la declaración de un bien como monumento nacional o local y su correspondiente protección como parte del patrimonio cultural, este por Ley se considera de utilidad pública e interés social, y está expuesto a pasar al patrimonio nacional en cualquier momento.

El caso específico de los bienes funerarios tiene sus características que lo hace *sui géneris*:

- son bienes que a través de los tiempos han sido construidos por familias para la conservación de cadáveres, dándole a estas construcciones toda la inmutabilidad y elegancia digna de sus seres queridos enterrados en ellas; elegancia que en ocasiones se desdobra en la más latente ostentación; inmutabilidad que los carga de un componente afectivo incalculable, imposible de violentar por intereses comerciales o económicos;
- muchos constituyen bienes de alto valor, tanto artístico como económico, cuya conservación es altamente costosa, representando esto una carga para el Estado;
- otros no presentan ese alto valor artístico ni económico y por ende, no son de interés para el Estado.

Estos caracteres constituyen el fundamento usado de forma consuetudinaria para que en la mayoría de los casos se autoricen los traspasos. De ese modo, el fin principal del Ministerio de Cultura, como organismo rector, es

mantener la conservación de estos bienes y proteger el patrimonio cultural, se pone en práctica, a través de esas personas a las que les interesa tener estos bienes y conservarlos, precisamente por esa gran carga afectiva de que son acreedores.

Creemos que la realidad imperante pone en riesgo el fin de conservar los bienes de la necrópolis. La inexistencia de un verdadero Registro que recoja, además de su tipología (bóveda, panteón, etc.) y dimensiones, la descripción pormenorizada de sus componentes (esculturas, materiales constructivos, etc.), atenta contra la aplicación de las limitaciones establecidas legalmente para la preservación del patrimonio cultural.

6. Reflexiones finales

Algunos, en otras latitudes, dicen que en el llamado derecho de sepultura hay vínculos de colaboración contractual y de atribución real; es decir, que es una relación compleja real con componentes contractuales. Es un claro ejemplo de “contractualización de la propiedad” y se habla de un “derecho real de sepulcro”, con tipicidad propia, que es sobre cosa ajena, perpetuo o temporal, inembargable y susceptible de prescripción breve; y se ha discutido mucho sobre su verdadera naturaleza jurídica, si es de Derecho público o privado y si estamos en presencia de un derecho real de propiedad, de usufructo, de habitación, de uso; hasta se ha pensado en la propiedad horizontal. Esta es una relación jurídica de larga duración, que requiere ser asegurada con el deseo del titular a no ser turbado, por lo que debe asegurársele su derecho real. En Cuba es público el servicio necrológico, pero eso no significa que sean propiedad del Estado todos los bienes funerarios y además se respetan las propiedades privadas, lícitamente adquiridas.

Existe un anteproyecto de Decreto-Ley Cementerial fundamentado en la necesidad de establecer un régimen jurídico que institucionalice la organización de los cementerios del país, de modo que se le dé cobertura legal acorde con su peculiar status. Reconoce la libre transmisión de los bienes cementeriales en virtud de las normas del Código Civil vigente; admite la posibilidad de adquisición por usucapión, de concurrir los requisitos, y propone, entre otros particulares, la creación de una sección en los registros de la propiedad inmueble para la inscripción de los títulos traslativos de los derechos reales sobre esos bienes.

La vida jurídica del país en materia de eliminación de las limitaciones del contenido esencial del derecho de propiedad está cambiando, pues no se le puede, constantemente, poner puertas al campo... Sin dudas nos damos

cuenta de que el campo tiene que estar organizado para que, con las puertas abiertas, los derechos de los titulares privados o públicos puedan ser transmitidas con la seguridad jurídica que necesita toda sociedad.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

BOTASSI, ALFREDO: *Cementerios públicos y privados*, en L. L. 1981-C-1056.
DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE: *Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de Derecho Privado*, en J. A. 60-905.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, v. II, *Derechos reales. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1995.

FLAH, LILY Y MIRIAM SMAYEWSKY: "Reformas al Código Civil", dir. por Atilio Alterini y Roberto López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M. Y VICENTE L. MONTÉS PENADÉS (COORDINADORES): *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, s. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

LORENZETTI, RICARDO LUIS: *Tratado de Derecho de Contratos*, t. 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, s.f.

Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba, con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria No. 7, de 1 de agosto de 1992.

Ley No. 59/1987, de 16 de julio, anotada y concordada con los ordenamientos cubano y español, por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, Madrid, 2006.

Ley No. 2, de 4 de agosto de 1977, Ley de los Monumentos Nacionales y Locales y su Reglamento.

Resolución No. 51, de 18 de febrero de 1987, por la que la Comisión Nacional de Monumentos Nacionales y Locales le da el carácter de Monumento Nacional a la Necrópolis de Colón.

Reglamentos cementeriales de la Necrópolis de Colón.

Versión de noviembre de 2011 del Anteproyecto de Decreto-Ley Cementerial, La Habana.

DEL CONTRATO DE DEPÓSITO. ESPECIAL REFERENCIAAL POSIBLE DEPÓSITO DE VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO CUBANO

Dra. Teresa Delgado Vergara
Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana. Notaria

Sumario

1. Presentación del tema. 2. El contrato de depósito. Apuntes teóricos y de Derecho positivo. 3. Finalidad del contrato. 4. La tipicidad en este negocio contractual. 5. Distinción con la representación voluntaria y el negocio de apoderamiento. 6. De la instrumentación notarial de este contrato. Práctica y crítica. Bibliografía

1. Presentación del tema

La necesidad de desplazamiento de las personas ha provocado siempre un sinnúmero de situaciones jurídicas queridas, o no, por los sujetos. Entre las primeras hay varias figuras que el Derecho ofrece para aquellos que no quieren o no pueden desarrollar determinada actividad.

Una de estas es la situación jurídica de depósito que puede expresarse en diferentes ámbitos, en tanto sea querida, o no, por el sujeto. Cuando esta es voluntaria puede apreciarse en lo extrajudicial, manifestada como una actuación material o de servicio propia del depósito contractual, negocio mediante el cual un sujeto se obliga con otro a cuidarle una cosa y a devolvérsela. El deponente lo autoriza a que guarde algo que debe proteger para poder restituírselo tal como fue recibido.

Otra figura relacionada con esta imposibilidad de actuar es el negocio de apoderamiento, negocio de tipo autoritativo, en tanto un sujeto autoriza a otro a invadir su esfera privada, produciéndose el fenómeno jurídico de la heteroeficacia, o sea, que lo actuado por el apoderado surte efectos sobre el patrimonio de otro y no en el suyo.¹

1 Más sobre la heteroeficacia en: Juan Manuel Badenas Carpio: *Apoderamiento y representación voluntaria*, p. 297.

Su fundamento se encuentra en la voluntad del *dominus*, el cual mediante el ejercicio de su autonomía privada, permite que otra persona intervenga en el tráfico jurídico en su nombre.

Muy vinculado con el poder está el contrato de mandato, por el cual una persona se obliga a desplegar determinada actividad que otro le ha encargado.

Doctrinalmente son perfectamente distinguibles, no así en la práctica, en la que pueden coexistir o ser confundidas en ocasiones.

Aunque las palabras siguientes se dedican al depósito, no debe perderse de vista lo expresado sobre el poder, pues a él se volverá más adelante.

2. El contrato de depósito. Apuntes teóricos y de Derecho positivo

Se trata de un contrato muy antiguo, ya configurado como gratuito desde el Derecho Romano. El *Code Napoléon* establece en su Artículo 1917 que “*le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit*”; seguido por el *Codice* italiano de 1865 cuyo Artículo 1837 tradujo a su lengua esta norma: “*Il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito [...]*”

La esencia del contrato lo constituyen tres elementos, a saber: la no transferencia de propiedad, la obligación de custodia de la cosa, la obligación de restituirla. Tradicionalmente diseñado como contrato real,² la entrega es necesaria para su perfección; pero entendida esta no como la aprehensión material de la cosa, sino como la puesta a disposición de esta en la esfera de disponibilidad y control del depositario.³ Puede también producirse una *traditio ficta*, en cualquiera de sus modalidades, estando el depositario obligado a la ejecución de las obligaciones que le vienen impuestas por el contenido del contrato.

El depositante puede ser una persona física o jurídica, no necesariamente propietaria del bien; basta que la posea por un título lícito, en tanto no transfiere dominio, ni ningún otro derecho real.

La doctrina italiana habla de un llamado “*deposito aperto*” y “*deposito chiuso*”, esto es abierto o cerrado, en dependencia de que la cosa pueda ser vista o verificada, lo que puede generar dificultades al depositario a los efectos de comprobar y probar la cantidad y el estado de las cosas si se trata de un depósito cerrado.

2 No así en el Código Civil de Cuba, donde es consensual.

3 Goffredo Zuddas, en *I contratti gratuiti*, a cura di Antonio Palazzo y Silvio Mazzaresse, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Torino, 2008, pp. 383 y ss.

Típicamente recae sobre bienes muebles, entendiéndose que no pueden custodiarse los bienes incorporeales ni otros que no sean susceptibles de aprehensión material. Sin embargo, a tenor de la finalidad del contrato, los bienes inmuebles, a pesar de no ser aptos para la aprehensión material, *strictu sensu*, pueden ser conservados y custodiados por otra persona que viene obligada a ello. Y sobre ello, obviamente, se volverá más adelante.

Siendo el depósito el contrato de custodia por excelencia, e inspirado el Código Civil cubano en el principio espiritualista, no es de extrañar que el legislador lo tipificara, estableciendo la obligación del depositario en términos amplios, como recibir, guardar, custodiar, conservar y devolver un bien mueble confiado a él por el depositante;⁴ en tanto es consensual para el autor de la norma y por ello no es necesaria la entrega como presupuesto para la perfección.

La exégesis a la que convoca la lectura del precepto nos lleva a analizar en primer término que el contrato se basa en la confianza, y en tal sentido pudiera considerarse *intuitu personae*. No se le confía a cualquiera la preservación y defensa de nuestros bienes. Se requiere conocer a la persona, saber que tiene cualidades que garantizan la protección del objeto encomendado.

Por otra parte está el empleo de cinco verbos, tres de ellos sinónimos: según la redacción de la norma, el depositario está obligado a recibir, lo cual se explica en que el contrato es consensual. Si estuviera configurado como contrato real, el depositario no tendría la obligación de recibir, pues la perfección se produciría en el momento de la entrega y, en consecuencia, recibir sería la acción que evidencia la voluntad de contratar. Al ser consensual, la entrega no tiene que ser simultánea al consentimiento; por ello se establece esta obligación.

Aquí nos enfrentamos a dos posibilidades: 1. Contrato unilateral de depósito en el que el depositario realizó gastos para la adecuada recepción del bien y el deponente se niega a entregar. 2. Contrato bilateral en el que el depositario tiene derecho a una remuneración por la custodia y el deponente se niega a entregar.

En ningún caso, el depositante está obligado a entregar, pues el contrato se realiza en su interés. La entrega no es elemento para la perfección sino acto de ejecución del contrato ya perfecto.

En el primer supuesto, si el depositario realizó gastos para la adecuada recepción del bien a la que está obligado, vendrá obligado el depositante al resarcimiento pero no en virtud de incumplimiento de una obligación, ya que

4 Artículo 423: “Por el contrato de depósito una persona se obliga, onerosa o gratuitamente, a recibir, guardar, custodiar, conservar y devolver un bien mueble que le confía el depositante”.

tal obligación no existe, sino en virtud de que la responsabilidad contractual no se limita únicamente al incumplimiento de obligaciones principales, en tanto la relación obligatoria no se configura como una relación simple y bidireccional en la que el acreedor ostenta un derecho y el deudor carga con un deber, sino que es compleja y múltiple, pues ambos sujetos tienen facultades, deberes y cargas encaminadas a facilitar el cumplimiento del programa de prestación proyectado. Por otra parte, el hecho de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, legitima una acción de restitución encaminada a restablecer el equilibrio patrimonial.

En el segundo supuesto, el depositante no podrá ser compelido a entregarle al depositario el bien, ni aun siendo oneroso, pues la finalidad del contrato es la custodia basada en la confianza. De existir una litis: ¿qué sentido tendría obligar al depositante a entregar un bien que ya no desea sacar de su esfera de protección, para encomendárselo a alguien en quien seguramente ya no confiará por haberse lacerado la relación existente entre ellos a partir de la negativa de continuar vinculados jurídicamente? La vía de la resolución con la consiguiente indemnización por daños y perjuicios quedará expedita para el caso del depósito oneroso, en tanto bilateral.

Una cuestión interesante es la relativa al rol de la forma en este contrato. Establece el Artículo 424 que requiere la forma escrita. El sentido del término *requiere* debe ser matizado. No se trata de una exigencia imperativa, no es, por tanto, una forma *ad solemnitatem*. Al establecer el autor de la norma la excepción para los casos en que los bienes sean de escaso valor o la custodia sea por breve tiempo y sea usual que la devolución se garantice con un comprobante de entrega, demuestra que la forma cumple una función *ad probationem*, pues ella va encaminada a probar la existencia del contrato cuando el valor de los bienes depositados ameriten un plus formal, más allá del consenso de los contratantes. Así lo ha dejado sentado también el más alto foro cubano en varias sentencias.⁵

5 “[...] el contrato de depósito de cosa mueble, como el que nos ocupa, se perfecciona cuando el depositario al recibir el vehículo en cuestión entrega la chapilla al depositante y este la conserva para recogerlo, previo pago del precio pactado por su cuidado, es decir que es la excepción a que se contrae el artículo cuatrocientos veintiséis del señalado Código, aun y cuando en este tiempo el referido bien no sea de escaso valor, como es de conocimiento público, dadas las circunstancias excepcionales por las que atraviesa el país [...]”. *Sentencia No. 208 de 20 de abril de 2007, segundo Considerando (ponente Carrasco Casi)*. “[...] el requerimiento de la forma escrita a que se refiere el artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Civil que se aduce como supuestamente infringido por el juzgador es elemento no esencial ni consustancial a la existencia del contrato de depósito mismo, que es principal en tanto tiene vida propia, consensual, oneroso o gratuito y sinalagmático, en tanto entraña obligaciones para depositante y depositario; requisito de forma solo exigi-

3. Obligación de custodia y finalidad del contrato

La custodia tiene una relevancia causal. Constituye en sí misma la función práctica, y la obligación de restitución no es sino la consecuencia de la de conservación, o al decir de Albaladejo, el hito terminal de la guarda.⁶

Se trata de una obligación imprecisa. ¿Qué es custodiar? O más bien, ¿cómo se custodia?, ¿cuál es la medida de la diligencia y qué acciones (e incluso omisiones) debe realizar el depositario para conservar el bien? No es posible, en un principio, dotar de contenido concreto esta obligación más que de una forma aproximada, toda vez que dependerá de la naturaleza o tipo específico del objeto material sobre el que recae, pero también de las circunstancias que rodean el contrato durante el tiempo de su ejecución. Así, mientras que, inicialmente, la custodia importa vigilancia para poder conservar el bien, también puede ocurrir que el depositario se vea compelido a trasladarlo a un lugar más seguro, o a ejecutar otra actividad que le permita la conservación de la cosa y que, sin embargo, no fue prevista *a priori*. El depositario debe hacer gala del conocido criterio de la diligencia del buen *pater familias*. La obligación de custodia es de resultado, por lo que esta diligencia debe ir encaminada a la integridad física y económica de la cosa depositada, debiendo restituirla en el estado original.

Lo que sí ha de quedar claro es que la custodia no es privativa del contrato de depósito. Existe una custodia instrumental en los contratos de prestación de servicios, *v.gr*: reparación de un equipo, de un automóvil, o cualquier otro bien. También existe una custodia eventual en otros contratos como el comodato o el hospedaje. Pero en todos los casos, lo que distingue la custodia en este negocio es que constituye la obligación principal pero a la misma vez es el fin perseguido. Y este rasgo distintivo, como se verá *infra*, es esencial para la calificación del contrato.

4. La tipicidad en este negocio contractual

“Contratos innominados son aquellos no catalogados según el esquema legislativo positivo pero no desprovistos de toda reglamentación dentro del

ble por el legislador dado el monto de la prestación a los efectos de su eventual prueba y publicidad, pero que no obsta para que, de no haberse observado el requerimiento de escritura, afecte la constitución válida de la relación jurídica contractual; y afirmar lo contrario conduciría al absurdo de sostener que en aquellos contratos de depósito donde la ley no recomienda la forma escrita no existiría la propia relación jurídica obligacional [...]”. *Sentencia No. 522 de 9 de octubre de 2007, segundo Considerando (ponente González García)*.

6 *Vid.* al respecto, Manuel Albaladejo: *Derecho civil*, t. III; *Derecho de obligaciones*, v. II; *De los contratos en particular*, Editorial Bosch, Barcelona, 1994.

Código. En cambio la fórmula ‘contratos atípicos’ es más comprometedor, por derivar de la multiplicidad de significados que puede tener el término ‘tipo’ como vocablo tomado del lenguaje de la lógica y de uso en las ciencias naturales y sociales, por lo que puede hablarse de una tipicidad legislativa o de una tipicidad social que alcanza a los contratos que, si bien, no están taxativamente incluidos en la ley, son admitidos por la conciencia social como correspondientes a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero, y por ello, dignos de una tutela jurídica”.⁷

Si bien en el Derecho Romano se relacionaba la nominatividad con la denominación, causa y acción, posteriormente fue con el hecho de estar regulados normativamente y ya en el Derecho moderno, según Messineo, la práctica va creando contratos que se llaman innominados, no tanto porque no tengan denominación en la ley, cuanto porque carecen de una disciplina legislativa especial y se les llama también atípicos.⁸

Independientemente de la denominación que se adopte, una importante característica de estos conceptos es la relatividad pues la consideración de un negocio como atípico o innominado dependerá del ordenamiento y del momento en el cual se esté analizando dicho negocio.⁹

El problema de la admisibilidad y la validez de los negocios atípicos es de los que mayor debate ha ocasionado en la doctrina. Sin embargo, debe entenderse que una vez que la propia ley admite su existencia, está admitiendo su validez. Su función económico social, su causa es digna de tutela por el ordenamiento aun cuando no les dedique un espacio propio, pues la diversidad de las relaciones jurídico-civiles hace imposible que todas y cada una de ellas goce de un acápite institucional normativo. Por ello se buscan otras vías que permitan su reconocimiento y regulación en caso de ser necesario y así diversas teorías han sido elaboradas: teoría de la absorción, de la combinación, de la aplicación analógica. De cualquier manera, el principio rector en esta sede es el de la autonomía de la voluntad, el cual debe ser, conjuntamente con otros principios como la buena fe y el *favor contractus*, una guía para la actividad hermenéutica del contrato atípico.

El depósito típico recae, como se ha visto, sobre bienes muebles, y es esencialmente gratuito. Para delimitar la tipicidad del contrato, debe hacerse con un referente legislativo, pues como se ha indicado, lo que es atípico en un ordenamiento jurídico no lo es en otro. Así, para el Código cubano, un depósito oneroso no es atípico, pues el tipo legal del Artículo 423 lo contempla.

7 Luis F. P. Leiva Fernández: *Colección de análisis jurisprudencial*, p. 607.

8 Francesco Messineo: *Manual de Derecho civil y comercial*, p. 450.

9 *Vid.*, al respecto, Luis Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, p. 240.

Pero sí lo sería un depósito sobre un bien inmueble, pues no ha de considerarse este un objeto imposible ni física ni jurídicamente, y mucho menos ilícito, sino, simple y llanamente, atípico.

Es posible físicamente por cuanto ha sido constatada la posibilidad de una *traditio ficta*, además de que un bien inmueble es susceptible de ser custodiado por un sujeto que no es ni su propietario ni su poseedor por otro concepto.

Es posible jurídicamente, pues el hecho de que la norma no lo contemple expresamente, no lo extrae del presupuesto lógico de la misma, máxime cuando el propio cuerpo legal admite la existencia de los contratos atípicos en sus artículos 314 y 315 y consagra el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual en el Artículo 312.¹⁰

Es lícito pues no contraviene precepto alguno y el hecho de que una persona necesite o desee que otra proteja un bien inmueble, constituye un fin permisible y legítimo.

La finalidad del depósito es la guarda y custodia de un bien. Su función económico-social viene dada por la necesidad de custodia. Que el bien sea una vivienda, no excluye la posibilidad ni la licitud de la causa. Se regirá entonces por las reglas que estipulen los contratantes y las normas de los contratos típicos afines compatibles con la finalidad del negocio; en este caso en particular el depósito reglamentado en los artículos 423 y siguientes.

5. Distinción con la representación voluntaria y el negocio de apoderamiento

Para Albaladejo¹¹ el poder es la autorización concedida al representante para obrar en nombre y por cuenta del representado. Esta autorización puede tener su origen en la voluntad o en la ley, las que darán lugar a una representación voluntaria o legal respectivamente. Es más común el empleo

10 Artículo 314: *“Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código”.*

Artículo 315: *“Las relaciones contractuales integradas, total o parcialmente, por elementos relativos a diversas especies típicas de contrato, se rigen por las disposiciones de estos contratos, siempre que no contradigan el carácter específico de cada uno y el fin conjunto del contrato mixto de que se trate”.*

Artículo 312: *“En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario”.*

11 Manuel Albaladejo García: *Derecho Civil*, p. 398.

del término poder en relación con la representación voluntaria, aunque al decir poder, también se hace referencia al documento que contiene dicha autorización.

El poderdante otorga a su apoderado facultades para actuar en su nombre y por su cuenta. Dichas facultades tienen que estar permitidas por la ley, y no puede tratarse de actos que deban realizarse personalmente como es el caso del testamento. Cuando se habla de actos, se hace referencia fundamentalmente a actos no materiales. Así, por ejemplo: contratar abogado para realizar determinados trámites, acudir ante notario para adjudicarse un bien por herencia, ceder derechos, vender o permutar uno o varios bienes, contraer matrimonio, entre otros actos cuya connotación es eminentemente jurídica. En dependencia de la extensión o la naturaleza de las facultades concedidas, el poder podrá ser considerado general o especial, siendo mucho más frecuente, en la práctica, este último; sea porque es menos peligroso para el poderdante, sea porque en ocasiones la ley exige que sea especial para actos concretos y determinados.

En todo caso, el apoderado no puede traspasar los límites dispuestos en el poder para su actuación, y en tal sentido se pronuncia el Artículo 59 del Código Civil, al preceptuar que el alcance de las facultades del representante voluntario viene determinado por la manifestación de voluntad del representado.

El apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, para cuya validez se requiere la manifestación de voluntad del poderdante y que responde, en mi opinión, a una forma *ad solemnitatem* según el Código Civil cubano en su Artículo 414 en relación con el 415. Tiene como fin la extensión de la esfera de actuación del representado. Este se verá vinculado a terceros una vez que el representante haya realizado los actos para los cuales se le concedió facultades. Al ser un negocio recepticio, el apoderado deberá conocer la existencia del poder para que este surta efectos, pero la validez del negocio de apoderamiento no depende de su aceptación por el apoderado, el cual adquiere la condición de apoderado con la formalización de la declaración de voluntad de quien así quiere designarlo.

Las relaciones entre poderdante y apoderado se rigen por las reglas del contrato de mandato aunque este no necesariamente vaya siempre acompañado del poder.¹²

El poder puede ser general o especial, entendiendo que el primero comprende todos los negocios susceptibles de realizarse por medio de repre-

12 Artículo 414.2: "Las relaciones jurídicas entre el poderdante y el apoderado se rigen por las reglas del mandato; y las del apoderado con los terceros, por las de la representación".

sentante o todos aquellos que se encuentren en cierto lugar o de cierto género. Según Albaladejo,¹³ “la división se apoya en el objeto del poder; en que este se confiera para *asuntos*, o recayendo sobre *cosas*, determinados, o bien para una generalidad de aquellos o de estas. Así, es poder general el que permite administrar todos los bienes del poderdante; y especial, el que faculta, con respecto a la finca X, para administrarla, gravarla, enajenarla o realizar cualquier negocio atinente a ella”.

Para el legislador cubano, según el Artículo 401 del Código, los mandatos pueden ser especiales referentes a un acto concreto, o generales para toda una categoría de actos o para todos los susceptibles de ser efectuados por el mandante. El mandato conferido en términos generales no comprende facultades para realizar actos de dominio. Todo lo cual es aplicable al negocio de apoderamiento por vía del mencionado apartado 2 del Artículo 414.

Más allá del gazapo técnico en la definición legal que ofrece el Artículo 414.¹⁴ en el que se denomina poder al mandato por el cual el mandante confiere facultades de representación al mandatario, es cierto que generalmente en todo negocio de poder subyace un negocio de mandato, pero ambas figuras deben distinguirse. Como bien afirma Valdés Díaz, el mandato es un contrato y se caracteriza por ser un negocio jurídico bilateral y obligatorio entre las partes. Se entabla una relación interna en la cual el mandatario se obliga a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero no a nombre de este.¹⁵

El poder, como su nombre lo indica, implica la posibilidad de hacer; el mandato, también lo expresa su denominación, implica la obligatoriedad de hacer.

El depósito, por su parte, es también un contrato en el que, como ocurre en la figura del poder y en el contrato de mandato, se tienen en cuenta las características personales de aquel a quien se le confía algo relacionado con la propia esfera de intereses. En el poder, el representante puede actuar por otro, en el depósito, el depositario está obligado para con el otro sujeto de la relación jurídica contractual. El depositario no actúa por cuenta del depositante, sino que despliega una actividad material, objetiva, tal cual es la custodia de un bien, en interés y beneficio del deponente. Y está obligado a realizarla en virtud del vínculo contractual que los liga, debiendo responder por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su obligación.

El poder como ya se ha dicho, debe instrumentarse notarialmente. El depósito debe constar por escrito pero la forma cumple un rol *ad probationem*.

13 Manuel Albaladejo: *Derecho Civil, Introducción y parte general*, p. 410.

14 Artículo 414.1. “Se denomina poder al mandato por el que el mandante confiere facultades de representación al mandatario”.

15 Caridad Valdés Díaz (coordinadora): *Derecho Civil, Parte general*, p. 286.

6. De la instrumentación notarial de este contrato. Práctica y crítica

Es frecuente ver en nuestras notarías que acuden personas interesadas en la instrumentación notarial de un negocio por el cual otro sujeto le cuidará la vivienda de su propiedad. Para ello se elabora una escritura denominada Poder especial otorgando facultades “para que su apoderado se encargue del cuidado y conservación de la vivienda de la cual es propietario”.

Sin embargo, aquí es donde deben manifestarse a plenitud los principios de calificación y el principio asesor que rige el actuar del Notario de tipo latino, pues no necesariamente el poder será suficiente para canalizar los propósitos jurídicos de las partes.

El notario está en el deber de indagar si en verdad se quiere únicamente conferir facultades; o si el propietario del inmueble desea un compromiso por parte del otro sujeto para que este se encargue efectivamente de la custodia y conservación del inmueble, obligándose a ello y, en consecuencia, con responsabilidad por incumplimiento.

Si bien es cierto que un poder puede contener facultades de administración¹⁶ respecto de un bien determinado, supuesto en el cual estaríamos en presencia de un poder especial, de lo que se trata es de indagar en la verdadera intención de los requirentes del servicio notarial.

Si la finalidad del negocio es la guarda, conservación y custodia del bien, y se aprecia un consentimiento de ambas partes interesadas en el acto, se estará en presencia de un contrato de depósito atípico de vivienda. Si, además, se pretende otorgar facultades de representación para realizar determinados actos de administración o disposición sobre el inmueble, pues deberá autorizarse también un poder especial que complemente el negocio contractual y proteja, tanto los intereses del depositante poderdante como los del depositario apoderado. Tanto el depósito como el poder son actos *intuitu personae* que se realizan en interés del deponente y del representado en cada caso, pero tampoco debe olvidarse que el otro sujeto de la relación jurídica civil tiene facultades y derechos que proteger, amén de las cargas y deberes que sobre él pesen. Y es el notario quien debe delinear la verdadera

16 “La noción jurídica de actos de administración está diseñada para los actos tendentes a la utilización y explotación de la cosa común. El Código civil cubano en una suerte de definición por decantación considera en su artículo 165, que son actos de disposición todos aquellos que exceden los de administración, los cuales no han sido definidos”. *Vid.* Teresa Delgado Vergara y Marta Fernández Martínez: “La representación concurrente de los menores de edad por el Ministerio Público en sede notarial”, en <http://vlex.com/vid/43748038>.

intención de los interesados y poner en conocimiento de las partes sus derechos y deberes, haciendo gala de la imparcialidad inherente a su función y cumpliendo con el deber de asesoramiento que le impone su condición de funcionario, y profesional del Derecho.

El juicio asertórico de calificación notarial trasciende a la comparecencia, al arancel notarial, a las advertencias legales y lo que es esencial al contenido del negocio y, en consecuencia, a sus efectos.

En la escritura de poder especial solo comparecerá el poderdante, a quien se le advierte la posibilidad de su revocación. En la escritura de contrato atípico, de depósito de vivienda, deben comparecer ambos contratantes. El notario debe advertir que según el Código Civil, el contrato puede extinguirse, conforme con su naturaleza, ya sea por reclamación del depositante o renuncia justificada del depositario. En el poder si no se prohíbe, puede delegarse en un sustituto, y si en él se autoriza expresamente, el apoderado no responde por los actos de este,¹⁷ lo cual no puede darse en este contrato de depósito al tratarse de un negocio bilateral, y en todo caso, de producirse un subcontrato, el depositario siempre responderá ante el depositante.

El apoderado tiene facultades para actuar a nombre de su representante, y por tanto no tiene por qué usar de los bienes, solo realizará actos en relación con ellos. El fin del poder no está encaminado a autorizarlo a morar en el inmueble. El depositario tampoco tiene, en principio, derecho a usar los bienes, pero puede ser autorizado a ello de forma expresa, y en consecuencia, podrá pernoctar en la vivienda a los fines de cumplir eficientemente su obligación de guarda y custodia que constituye la finalidad esencial del contrato.¹⁸

La forma en el apoderamiento es *ad solemnitatem*, por lo que de decretarse una nulidad formal del instrumento que lo contiene, el negocio quedará sin validez. En el depósito al ser la forma escrita *ad probationem*, una nulidad instrumental solo acarrearía la pérdida de la eficacia de este como

17 Artículo 407.1: “El mandatario está obligado a ejecutar el mandato personalmente si en el contrato se le prohíbe la sustitución o la delegación de sus facultades en un tercero, si ello se infiere de la naturaleza del negocio o si se exige su actuación personal. Si, no obstante, el mandatario delega sus facultades en un sustituto, incurre en responsabilidad por su incumplimiento.

”2. En el contrato de mandato en que se autoriza la sustitución con designación del sustituto, si el mandatario sustituye el mandato a favor de esa persona, no responde por los actos del sustituto.

”3. Si se autoriza la sustitución sin designar sustituto o no se prohíbe, el mandatario puede nombrar sustituto pero es responsable por los actos de este”.

18 Artículo 427: “El depositario no tiene derecho a usar los bienes que le han sido confiados sin permiso expreso del depositante”.

documento público, pudiendo valer como documento privado, más aún teniendo en cuenta que el Artículo 424 establece la forma escrita de manera general, no especialmente notarial, la cual, no obstante, es indubitadamente la más conveniente por el valor de prueba preconstituida de la escritura pública. Además, la documentación notarial, en este acto negocial, adquiere mayor relevancia al recaer sobre un bien inmueble.

No resulta infructuoso recalcar que corresponde al notario dotar de forma jurídica la intención de los sujetos que le requieren, quienes no cuentan con las herramientas técnicas para calificar conforme a Derecho lo que pretenden, sino que es el funcionario fedante quien tiene el deber de dar un juicio de calificación adecuado y cumplir cabalmente su función asesora, en perfecta armonía con el principio rector de legalidad.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, t. I, v. II, 10ª edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

_____ : *Derecho Civil, Introducción y parte general*, v. II, 11ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

_____ : *Derecho civil*, t. III.

_____ : *Derecho de obligaciones*, v. II.

_____ : *De los contratos en particular*, Editorial Bosch, Barcelona 1994.

BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Madrid, 1998.

LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P.: *Colección de análisis jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de Derecho civil y comercial*, t. IV, EJEA, Buenos Aires, 1955.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, Tecnos, Madrid, 1970.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO Y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO (COORDINADORES): *Derecho Notarial*, t. I y II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD (COORDINADORA): *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

ZUDDAS, GOFFREDO, en *I contratti gratuiti*, a cura di Antonio Palazzo y Silvio Mazzaresse, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Torino, 2008.

Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987, de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50/1984, de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución No. 70/1992, de 9 de junio, del Ministro de Justicia.

DIEZ INTERROGANTES SOBRE EL JUICIO DE CAPACIDAD NOTARIAL: UN INTENTO DE POSIBLES RESPUESTAS

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular y Principal de Derecho Notarial.
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

Sumario

1. ¿Qué es el juicio de capacidad? 2. ¿Estamos frente a un juicio problemático? 3. ¿A quién compete el juicio de capacidad? 4. ¿De quién se da juicio de capacidad? 5. ¿Bajo qué presupuestos se da juicio de capacidad? 6. ¿Es exclusivo de las escrituras públicas? 7. ¿Cómo debe actuar el notario cuando le abrigue duda la capacidad del compareciente? 8. ¿Compele al notario el dictamen del perito? 9. ¿Qué consecuencias provoca el error notarial en la apreciación de la capacidad, cuáles la ausencia de mención del juicio de capacidad en la comparecencia del instrumento público, y qué otras la apreciación dolosa o falsaria de la capacidad del compareciente a sabiendas de que no la tiene? 10. ¿Cómo valora el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial? Bibliografía.

La ausencia de un estudio doctrinario del juicio de capacidad notarial en el Derecho patrio amerita al menos una mirada de reojo, pues no son otras las pretensiones que este artículo tiene. Hemos estado desde antaño a la sombra de la doctrina española por los vínculos históricos que nos atan, y que hace que el Derecho español sea fuente perenne de conocimientos para los de allende el Atlántico, pero el tema amerita un esbozo dogmático de su tratamiento en el Derecho cubano, lo cual no quiere decir que otros autores no lo hayan hecho antes, pero esencialmente orientado de cara al testamento.¹ No se puede olvidar que el juicio de capacidad se regula en el Código Civil, solo con carácter expreso en sede testamentaria (*vid.* Artículo 483.3).

¹ *Vid.* Naiví Chikoc Barreda: Capítulo VI “Clasificación de los testamentos”, en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, pp. 263-268.

1. ¿Qué es el juicio de capacidad?

No hay criterio en la doctrina sobre el llamado juicio de capacidad y lo digo con toda intención. No todos los autores están contestes con el *nomen* que a esta aseveración notarial se le debe atribuir. Si bien unos prefieren llamarle calificación notarial; otros, por el contrario, parten de la tesis de que estamos frente a un juicio propiamente dicho, o sea, a una afirmación o negación del notario, dotada de una fuerte presunción *iuris tantum*, o sea, susceptible de rebatirse o destruirse a través del proceso judicial adecuado, con la aportación de las pruebas destinadas a tal fin.² Según Torres Escamez “[...] es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales”.³ Se trata, como expresa Giménez-Arnau de “[...] un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”.⁴

Se requiere como un *prius* lógico que los actos y negocios jurídicos sean el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo que quieren, que en buen castizo están en su cabal juicio, lo cual no es sinónimo –como suele acontecer en el quehacer notarial cubano–, que no tienen la más mínima discapacidad intelectual o psíquica.⁵ No solo

2 El Tribunal Supremo español en su Sentencia, de 21 de marzo de 1972, ha dejado dicho que: “La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción ‘iuris tantum’ de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario”.

3 Salvador Torres Escamez: “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, pp. 211-212.

4 Enrique Giménez-Arnau: *Derecho Notarial*, p. 530.

5 Es oportuno acotar que la apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa Rodríguez Adrados, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre esta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, solo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos

se requiere capacidad jurídica, sino su dimensión dinámica, su potencialidad para ejercitar *per se* los derechos, lo cual en doctrina se le ha dado el nombre de capacidad de obrar, o ejercicio de la capacidad jurídica, término que emplea el legislador de nuestro Código Civil. Pero cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de este para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad “radica en que esta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico”.⁶

El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permite autorizar el instrumento público. El juicio de capacidad notarial actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto, sin discernimiento ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, y reitero, hablo de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*.

2. ¿Estamos frente a un juicio problemático?

Ballarín Marcial que ha estudiado con detenimiento el tema, ubica al juicio de capacidad, vía Ferrater Mora –en un discurso más filosófico que jurídico–, entre aquellos juicios problemáticos, sustentado esencialmente en la teoría de las probabilidades.⁷ El notario ofrece una valoración o apreciación, como expliqué, presuntiva. Es cierto que está cargada esa presunción de gran certeza o probabilidad, precisamente porque el juicio es dado por un profesional del Derecho dotado de credibilidad, pero en modo alguno perito. Empero, en todo caso tal probabilidad ha de ser objetiva o razonable. Como

públicos sujetos a Registro. *Vid.* Antonio Rodríguez Adrados: “El documento en el Código Civil”, en *Escritos jurídicos*, pp. 37-42.

6 *Vid.* S. Torres Escamez: “Un estudio sobre...”, *Ob. cit.*, p. 215.

7 Alberto Ballarín Marcial: “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, pp. 539-543.

sostiene el autor antes citado “En vista de la conversación que el Notario mantiene con un cliente desconocido para él hasta ese momento o gracias a un examen médico previo, llega a la convicción de que, muy probablemente, es capaz, ya que se expresa normalmente, no revela ningún dato que haga sospechar, se da cuenta del negocio que va a firmar conociendo sus consecuencias prácticas [...]”.⁸

Es un juicio sustentado en el análisis y la deducción. Por ese motivo y dado que el ejercicio de la capacidad se presume, y no la capacidad, como suele decirse, pues esa capacidad en el entendido de capacidad jurídica la tienen todas las personas físicas por el solo hecho de serlas,⁹ cuestión distinta lo es la capacidad de obrar, o ejercicio propio de la capacidad jurídica que si bien se presume, cabe prueba en contrario y su inversión –en el entendido tradicional–, cuando por resolución judicial de tribunal competente se incapacita a la persona.

3. ¿A quién compete el juicio de capacidad?

Como he anticipado, el juicio de capacidad es exclusivo del notario, si bien en sede testamentaria la redacción del Código Civil español (antecedente de nuestro Código Civil) lo hacía compartir con los testigos. Como en su momento adujo Giménez-Arnau: “Es lamentable que la interpretación dada al Artículo 685 haga compartir a los testigos del testamento una apreciación de capacidad que debería ser exclusivamente a cargo del Notario, y que se confiera a testigos imperitos un juicio jurídico para el cual, generalmente, no estarán preparados”.¹⁰ Posición incómoda para los notarialistas y civilistas que resaltaron más de una vez la impropiedad del lenguaje al hacer partícipes a los testigos de la valoración de la capacidad.

8 *idem*, p. 541.

9 La propia Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia en su dictamen 3/2004, de 5 de octubre, al referirse al juicio de capacidad notarial aduce que el notario da este juicio “*mediante la percepción personal que éste realiza respecto a la plena y absoluta capacidad jurídica de quien ante él comparece*” (la negrita es del autor), cuando lo cierto es que dicho juicio no atañe a la capacidad jurídica, sino a la capacidad natural del sujeto que le permite obrar por sí mismo y discernir sobre los efectos del acto o negocio instrumentado, además, de que no se requiere que esta capacidad sea plena, pues el propio artículo 30 del Código Civil regula la capacidad restringida que le permite a la persona concluir válidamente actos jurídicos para los cuales no fue limitada su capacidad.

10 E. Giménez-Arnau: *Derecho...*, *Ob. cit.*, p. 528.

En el Derecho cubano, tanto el Artículo 64 c) en sede de escrituras públicas, como el Artículo 81 c), en materia de actas, ambos del Reglamento notarial, como el propio Código Civil en su Artículo 484.3 en lo que concierne a los testamentos, dejan explícitos que el juicio de capacidad es de la exclusividad del notario y ello forma parte de su función. El control de la capacidad en materia notarial es propio del notario, “*es una facultad exclusiva del notario que se objetiviza en el momento concreto de la autorización*” tal y cual ha dicho la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia en su Dictamen No. 3/2004, de 5 de octubre, en su apartado segundo. Como ha sostenido la doctrina española: “Se tratará de un juicio declarativo en que no debe haber margen racional de duda de la falta de capacidad. Y si así fuera, ni siquiera implicaría necesariamente la responsabilidad del notario, porque se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad”.¹¹ De ahí, lo ya expuesto sobre su naturaleza de juicio problemático, en el que desempeña un importante papel las probabilidades. El notario no puede dar plena certeza de que quien comparece tiene capacidad natural, pero al dar el juicio afirmativo, dota de certidumbre al acto o negocio instrumentado (y digo acto o negocio con la debida aclaración que en materia de actas, según su naturaleza, también cabe en algunos supuestos que sea necesario el juicio de capacidad notarial, aunque nuestro Reglamento lo hace extensivo a toda acta, con independencia de su propia naturaleza –extremo del cual me ocuparé a *posteriori*–), sometido eso sí, a la revisión judicial, cuando se impugne el acto por falta de capacidad natural o volitiva de alguno de los sujetos intervinientes, lo que conduce a que el tribunal valore y aprecie el juicio de capacidad dado por el notario.

4. ¿De quién se da juicio de capacidad?

Resulta oportuno hacer algunas acotaciones necesarias. El juicio de capacidad recae sobre el compareciente, ya lo sea por sí, por representación, o como gestor de intereses ajenos. Quien tenga el carácter de compareciente debe someterse al juicio de capacidad.

Cuando se comparece como apoderado, el juicio de capacidad del poderdante lo habrá dado el notario que autorizó la escritura de apoderamiento, salvo aquellos contados casos en que el apoderamiento no consta en documento notarial, como el supuesto a que se contrae el Artículo 415.2 del

¹¹ Ignacio Martínez-Gil Vich: “Comentarios al artículo 157 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada; Legislación notarial*, p. 413.

vigente Código Civil cuando se otorgan facultades de representación a un abogado litigante en que conforme con el dictado del mencionado precepto “*Tampoco es necesaria la forma notarial [...], para realizar actos jurídicos, para lo cual bastará que el usuario deje constancia de la representación que confiere en el documento del contrato de los servicios jurídicos que suscriba*”, riesgo que corre la seguridad del tráfico jurídico pues cuando se concierta un contrato con el abogado, este no puede dar juicio de capacidad de su contraparte, de modo que al notario no le consta que el poderdante tiene capacidad de obrar en el momento en que concertó el contrato, todo ello por agilizar trámites legales a costa de la flaqueza de la propia seguridad jurídica.¹² En relación con el apoderado, dado que en Derecho quien otorga la escritura pública es el poderdante, con el concurso del apoderado, quien ha dado facultades para tal otorgamiento, y quien debe estar legitimado además, para que en su nombre y representación, concluya válidamente el acto o negocio jurídico, es sobre él (apoderado) de quien el notario dará juicio de capacidad.

El juicio de capacidad propiamente dicho se da –como expresé–, con exclusividad de los comparecientes, que son los autores del negocio o acto jurídico o también en los supuestos de ciertas declaraciones no negociales de voluntad, instrumentadas por vía de actas. En relación con los testigos y peritos, también concurrentes ocasionalmente en los instrumentos públicos¹³ el notario no da juicio de capacidad, se limita a controlar que estos entienden el hecho, circunstancia, acto o negocio que se instrumenta, conocen su cometido, o sea sobre qué va a versar su dictamen o la función que como testigos desempeñan en el acto notariado, y que no están incurso en ninguna de las prohibiciones comprendidas en la ley, pero no hay que confundir prohibiciones para ser testigo (*vid.* Artículo 30 del Reglamento de la ley notarial) o para ser perito con juicio de capacidad.¹⁴ Ni sustantiva, ni

12 Lo cual se hace más agudo en las actas de declaración de herederos *ab intestato* para las que el Reglamento notarial en su Artículo 106 exige la comparecencia preceptiva de un abogado.

13 Sobre el tema *vid.* en el Derecho cubano Leonardo B. Pérez Gallardo: “Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica”, en *Derecho Notarial*, t. II, bajo la coordinación del propio autor e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, pp. 346-395 y “Concurrencia del perito en el documento público notarial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, pp. 43-102.

14 En tal sentido ha dicho la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, en el primer Considerando de la Sentencia No. 91, de 30 de diciembre de 2009 (ponente Pereira Basanta), al declarar SIN LUGAR la demanda interpuesta por la parte actora que “[...] yerra [...] cuando aduce la nulidad del instrumento notarial contentivo del negocio jurídico testamentario por incumplimiento del juicio de

instrumentalmente existe un juicio de capacidad distinto del de los comparecientes, lo cual, reitero, no es sinónimo de que un testigo pueda concurrir al documento bajo los efectos de sustancias psicotrópicas o alucinógenas, pero al testigo no se le puede exigir más de lo que en Derecho corresponde, no hay un verdadero juicio de capacidad bajo la fe pública notarial. Y en tal sentido también es dable aclarar que el notario no da fe de la capacidad mental, volitiva o natural del compareciente, lo que queda bajo su fe pública es la mención auténtica, que instrumentalmente imponen nuestras normas reglamentarias notariales, esto es, de que ha dado juicio de capacidad, que se ha cerciorado de que el compareciente tiene discernimiento para realizar válidamente el acto o negocio en cuestión y así está en el deber de consignarlo en el instrumento, de modo que se convierte en una solemnidad que en materia testamentaria tiene un plus al venir regulada en el Artículo 483.3 del Código Civil, pero que igualmente impone el Reglamento notarial para los demás instrumentos públicos.

Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que el notario da juicio de capacidad de sujetos perfectamente competentes para realizar válidamente actos o negocios jurídicos. Y a tal fin, en la manera en que se han interpretado las normas jurídicas, el juicio de capacidad afirmativo se orienta hacia personas plenamente capaces, ya sea porque han arribado a la mayoría de edad o porque antes de arribar a esta, han formalizado matrimonio (*vid.* Artículo 29 del Código Civil), lo cual, sin dudas, es un error, y ello motivado por varias razones. Se hace un olvido reiterado de la regulación en el Código Civil de la capacidad restringida, situación en la que pueden estar incursas las personas a las que el tribunal les ha limitado la válida conclusión de ciertos actos jurídicos.

El Código Civil vigente brinda la posibilidad de que los menores de edad, mayores de diez años, puedan realizar válidamente ciertos actos jurídicos, a juicio del legislador aquellos que sean necesarios para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, así como disponer del estipendio que les

capacidad e identidad que debe realizar el notario de los testigos que intervienen en el acto, toda vez que no se recoge en la Ley de Notarías Estatales ni en su Reglamento la obligación para el funcionario notarial de emitir juicio de capacidad de los testigos, quienes participan en el acto bajo el carácter de testigos instrumentales a los meros efectos de constatar el cumplimiento de las formalidades legales conforme establece el artículo cincuenta y dos del citado Reglamento; exigiéndose la emisión del juicio de capacidad solo para las personas que comparecen ante notario a fin ejercer su capacidad jurídica de obrar mediante la realización de actos jurídicos relacionados con su persona o su patrimonio para lo cual es necesaria la dación de fe pública que brinda el notario sobre la capacidad del compareciente [...]”.

haya sido asignado y cuando alcancen la edad laboral (en nuestros predios de 17 años) disponer de su retribución. La norma tiene su origen en los códigos civiles de Europa del Este, y hoy día resulta a muy pesar, prácticamente letra muerta. Aun con la ortodoxia del precepto en materia de capacidad progresiva, en tanto no se establece una gradación de la edad que permita, en la medida en que el menor alcance ciertas edades, próximas a los 18 años, poder concluir ciertos actos jurídicos, como el testamento, para el cual el Código Civil español que nos rigiera por casi un siglo preveía los 14 años, y precisamente un siglo después se elevó paradójicamente a 18 años, sin una razón que permita al menos disentir, pues es hartamente conocido que el testamento no surte efectos jurídicos sino a la muerte de su autor, y que en nada compromete su patrimonio *ante mortem*, por ser revocable *usque ad mortem*. Como expresa la profesora Valdés Díaz “debe interpretarse el enunciado general del Artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar *todos* los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, para los cuales necesitaría complementar su capacidad a través de la institución de guarda que corresponda”.¹⁵ El enunciado del legislador es lo suficientemente abarcador como para admitir la comparecencia de menores en actos que supongan una mera administración o conservación de su patrimonio. Si se ofrece una interpretación evolutiva del precepto en cuestión no cabe dudas que al menor le es dable disponer por sí, sin necesidad de sus representantes legales (sean los progenitores o los tutores) de lo que por concepto de pensión alimenticia recibe, porque qué debe entenderse por estipendio. Solo excepcionalmente, y a partir de los 15 años, el menor podría, previa autorización, desempeñar un puesto de trabajo, *ergo*, no tendría antes otra posibilidad de recibir dinero que no fuera por una donación o cualquier otra liberalidad, pero hoy día los menores también reciben ciertas remesas familiares, en esencia, provenientes del extranjero, ya sea de sus progenitores o de otros familiares, como abuelos, hermanos y tíos, las que suelen recibirse con cierta periodicidad y que al tipo de cambio en moneda nacional, pueden significar cierto valor patrimonial. ¿Deben entenderse comprendidas estas remesas en el concepto de “estipendio” que da el Código Civil? ¿Pudiera comparecer el menor de edad, mayor de 10 años, a realizar un acto dispositivo de dicha remesa a los efectos de adquirir ciertos bienes sin representación de sus progenitores?

15 Vid. Caridad del C. Valdés Díaz: “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I; *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

La respuesta *a priori*, sería negativa. Tenemos una visión de la capacidad bicolor, no hay matices en la manera en que se han venido aplicando los escasos preceptos reguladores de la materia, pero lo más significativo es que un artículo como el 30 de nuestro Código Civil, en 1987, cuando se aprobó dicho cuerpo legal, era verdaderamente un impulso de oxígeno en la vetusta concepción del ejercicio de la capacidad de los menores, con la que tradicionalmente nos hemos formado.¹⁶

Es claro el Artículo 28 de la ley notarial cuando establece que “*Son incapaces para comparecer en los actos que autoriza el Notario, los menores de dieciocho años de edad, excepto en los casos en que la ley lo autorice expresamente [...]*”, de modo que amén del error conceptual en que incurre, al pretender hacer coincidir la plena capacidad de obrar con la mayoría de edad, lo que se desdice en el Artículo 29.1 b) del Código Civil, dado que también la plena capacidad para realizar actos jurídicos y ejercitar derechos se adquiere con el matrimonio de los menores de edad, y puntualizo que tal capacidad es plena, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos,¹⁷ el menor casado puede realizar válidamente cualquier acto jurídico, salvo aquellos para los que se exigen capacidades especiales como la adopción, pero en materia patrimonial un menor de edad, casado, no tiene limitación alguna para el ejercicio de los derechos de los que es titular. No obstante, el precepto está en plena armonía con el Artículo 30 del Código Civil, *ergo*, los menores de 18 años, mayores de 10 años, pueden comparecer ante notario para concluir válidamente actos en los que dispongan no solo de su estipendio, sino de lo que por similar concepto reciba, como pueden ser remesas familiares, o su crédito alimentario, en actos, aún dispositivos, con los que pretendan satisfacer sus necesidades de la vida diaria, concepto válvula establecido por el legislador, que hay que interpretar no conforme con el momento de su sanción, sino con el de su aplicación, al haber cambiado

16 Así, según el Tribunal Supremo “[...] *la aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos, o sea, la posibilidad de realizar actos con valor y eficacia que determina la capacidad de gestionar los propios actos jurídicos y por ende confiere la posibilidad de que un sujeto influya en su propia situación con su voluntad dirigida bien a crear relaciones jurídicas, a extinguirlas o a modificar aquellas de las que era su titular presupone, por tanto, la madurez de la voluntad, que le permita querer jurídicamente, existiendo en el caso de la minoría de edad un supuesto prohibitivo de la capacidad de obrar que da lugar a la representación legal por dicha circunstancia natural [...]*”, Sentencia No. 832, de 22 de diciembre de 2006, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez. Obsérvese que el pronunciamiento del Tribunal niega la capacidad progresiva del menor. Todo menor, por el hecho de serlo, no puede ejercitar su capacidad de obrar. No se tienen en cuenta las distintas etapas por las que atraviesa la maduración del intelecto de los menores.

17 Solo a modo de ejemplo, consúltese el Artículo 323 del Código Civil español.

notoriamente las circunstancias que primaban en la década de los años 80, sobre lo que era indispensable para que un menor pudiera satisfacer sus necesidades de la vida diaria.

Puede ser discutible que el menor en tales casos no asista con sus progenitores, quienes complementarían el ejercicio de su capacidad, pero la solución legislativa es clara: si se trata de estos actos, el menor tiene pleno ejercicio de su capacidad y puede concluir válidamente el acto, sin necesidad, ni tan siquiera de ser asistido por sus padres. Corresponderá al notario ponderar las circunstancias, sobre todo a partir de subsumir el acto o negocio jurídico que se pretende concertar en el dictado del Artículo 30 del Código Civil, de tal modo que la complejidad del acto y su naturaleza, sobre todo si es dispositiva de cierta cantidad de dinero, pudieran constituir circunstancias a tener en cuenta por el notario, antes de tomar la decisión de autorizar o no, el instrumento que pretendiera el menor. También es cierto que en la redacción del Artículo 30 a) del Código Civil no se piensa en clave notarial, esto es, los actos que realiza el menor para satisfacer sus necesidades de la vida diaria, son entendidos como actos de la vida cotidiana, la compra en establecimientos comerciales, en las redes de tiendas, en cafeterías e incluso restaurantes, pero no en sede notarial. Empero, entenderlo de ese modo sería negar la capacidad progresiva del menor, una de cuyas pocas expresiones de reconocimiento legal en Cuba lo es el Artículo 30 del Código Civil. Nada priva entonces que los menores protagonicen estos actos en sede notarial, de la misma forma que adquieren un helado, podrían adquirir un electrodoméstico y decidir que tal adquisición sea ante notario público, tal electrodoméstico pudiera solventar hoy día una necesidad de cualquier menor en su vida diaria. Tampoco quita, pues no hay prohibición, que se ejercite alguno de los derechos inherentes de la personalidad por el menor, instrumentado tal ejercicio ante notario público. Aunque en nuestro Derecho se desconoce la categoría de los menores adultos, resulta risible que un adolescente se convierta en plenamente capaz al arribar a los 18 años y un día antes no pueda comparecer por sí en ninguna escritura pública, lo que hoy día acontece en nuestros despachos notariales, ni tan siquiera para reconocer la filiación, nacida durante la minoridad del progenitor.

Continuamente nos amparamos en la Convención de los derechos del niño, pero ese interés superior del cual se habla tanto, implica, entre otras tantas razones, el que al menor no solo se le escuche en procesos judiciales y se tomen todas las medidas tendientes a proteger su patrimonio, sino también el reconocimiento de una capacidad progresiva, que le permita en la medida que va madurando ser partícipe por sí mismo de los más elementales actos jurídicos civiles y del ejercicio de sus propios derechos.

La capacidad restringida ha de entenderse como el reconocimiento de potencialidades en el sujeto de derecho. La persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente, solamente restringida, con las garantías procesales, cuando al efecto así ha sido probado ante el órgano judicial. Lo que es de lamentar es la tendencia que existe en nuestra práctica judicial de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los que no se explora las posibles potencialidades del sujeto, ello impulsado además por la carencia de instituciones de guarda y protección que tengan por finalidad solo la asistencia de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales, y no el régimen de suplencia del ejercicio de dicha capacidad a través de la figura de la tutela. Como expone la profesora Valdés Díaz, ante esta situación de anomia en el régimen de asistencia de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, “lo común, ante la ausencia de otras figuras más idóneas, es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de Familia en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado Artículo 30 del Código Civil”.¹⁸

Esta posición denunciada por la mencionada profesora —a la que me afilío—, va en franca contradicción con el espíritu y la letra del Código Civil y con la de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, igualmente ratificada por Cuba. Esa visión reduccionista de las potencialidades de la persona discapacitada psíquica o intelectualmente va en desmedro del ejercicio de sus derechos. El discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, concretamente en ese lenguaje binario importado de las ciencias de la computación, de modo que se es capaz o incapaz, menor o mayor de edad. Nada más lejos de la verdad que seguir estos derroteros.¹⁹ Compete al notario controlar la capacidad natural

18 C. del C. Valdés Díaz: “Comentarios al...”, *ob cit.*

19 Expone el profesor Parra Benítez en su estudio sobre la Ley 1306 de 31 de julio de 2009, que adapta el Derecho interno colombiano (Código Civil) a los retos que ha impuesto la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los incapaces, que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la mencionada Ley se dijo:

“Se abandona la antinomia entre ‘capacidad’ jurídica enfrentada ‘incapacidad’ que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la

del sujeto en el momento mismo del otorgamiento, de la misma manera que el tribunal ha de presumir que la persona sobre la cual se interesa sea declarada su incapacitación, tiene potencialidades que le permiten discernir en ciertas circunstancias. La incapacitación ha de ser excepción, solo en casos extremos, ante determinadas discapacidades intelectuales profundas o severas que obnubilan toda posibilidad de discernimiento.

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Cuba en el 2007, supone un cambio de paradigmas en la manera en que debe entenderse el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y a pesar de que el Artículo 20 del Código Civil regula que *“Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado”*, razón por la cual tendrá preeminencia la norma internacional sobre la interna y que ha llevado a la doctrina patria a expresar que en dicho precepto *“se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos”*,²⁰ no obstante, no hay una validación de lo reconocido en el Artículo 12.4 de la citada Convención, en el sentido de que *“en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas”* a tono con el respeto de *“[...] los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*, a la vez que sean *“proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. Ello a muy lamentar no se refleja en los autos judiciales de incapacitación ni tam-

sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio”. *Vid.* Jorge Parra Benítez: “El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009”, pp. 97-98.

20 *Vid.* Maelia Esther Pérez Silveira: “Comentarios al Artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*.

poco en las sentencias del Tribunal Supremo, el cual sigue aferrado a una concepción rígida del ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que se entiende “*que la integridad mental por ser atributo normal del ser humano se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente*” (Sentencias No. 285, de 7 de octubre de 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez; No. 43, de 26 de febrero de 2010, único Considerando, ponente Arredondo Suárez; No. 113, de 30 de abril de 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez), lo cual nos permite colegir que para el Alto Foro la declaración judicial de incapacidad cercena toda integridad mental del sujeto, que carecería de cualquier posibilidad de actuación *per se*. Se tiene la percepción de que la recuperación del ejercicio de la capacidad es sumamente excepcional, no opera una revisión periódica, ni se restringe el ejercicio de la capacidad de manera temporal.

Esta percepción se traspola a sede notarial. Declarada judicialmente incapacitada una persona, se le veda toda posibilidad de ejercitar *per se* los derechos de los cuales es titular, y no se permite explorar su preferencia ni para los más vitales actos jurídicos. Según el Tribunal Supremo “*mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna [...]*” (Sentencia No. 714, de 31 de octubre de 2003, cuarto Considerando, ponente Arredondo Suárez). Así de sencillo: tras la declaración judicial de incapacidad, se entiende que la persona carece de total discernimiento, de modo que no le sería posible al notario autorizar instrumento público alguno, y con ello se conculca el sentido del Artículo 12.4 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Pensar de esta manera supone cercenar las diversas posibilidades de actuación de una persona que en razón de su discapacidad le ha de ser tan solo restringido el ejercicio de su capacidad jurídica y no cegarle este.²¹

21 Expone el profesor Parra Benítez que tras la aprobación de la Ley 1306 de 2009, ha operado un cambio sustancial en la concepción de los supuestos de incapacitación judicial. Así, “la incapacidad absoluta de los discapacitados mentales absolutos (y parcialmente la de los impúberes) no es en la actualidad una situación jurídica que impida en cualquier caso actuar jurídicamente al incapaz. Esas disposiciones, por el contrario, le permiten celebrar actos gratuitos, actos bilaterales onerosos útiles, actos y negocios jurídicos familiares y, en fin, constituir relaciones jurídicas de carácter laboral”. Igualmente el concepto de incapacidad relativa también cambió en esencia. “Hoy [...] el discapacitado mental relativo, que es incapaz relativo, no cuenta con una incapacidad general sino que su incapacidad está limitada a los actos que precise el juez”. Vid. J. Parra Benítez: *El nuevo régimen...*, Ob. cit., pp. 105 y 107, respectivamente.

5. ¿Bajo qué presupuestos se da el juicio de capacidad?

No hay reglas preestablecidas sobre el juicio de capacidad. Como expresa Gómez Taboada el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, solo dispone “En principio, con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional”.²² Para Ballarín Marcial “El examen por el Notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas, que es [...] como debe medirse la capacidad”.²³

Apunta Martínez Díe que “En definitiva, el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de inmediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia”.²⁴ Ciertamente el juicio de capacidad no puede establecerse sobre la base de un procedimiento rígido y formal, pudiera el notario aplicar un test psicológico a los comparecientes, pero no creo que ganaría mucho con ello. El Derecho notarial se informa como uno de sus principios medulares de la intermediación. No se concibe que el notario pueda dar un juicio de capacidad de alguien que no tiene frente a sí. Se hace imprescindible que como el médico que ausculta al paciente, el notario indague y explore la voluntad de quien concurre ante él, que determine si realmente puede exteriorizar esa voluntad, libre y de manera espontánea, ajustándola a las verdaderas intenciones del sujeto, sobre la base de la presunción general de capacidad, la cual en principio cede ante la declaración judicial de incapacitación, pero no obstante, aún existente esta, habrá que indagar qué actos en concreto le han sido restringidos a la persona; la incapacitación absoluta, debe ser concebida como excepción, y no como regla. De ahí que no comparta, en todo, la opinión del propio Martínez Díe cuanto expresa, de manera demasiado categórica –en mi criterio–, que “La gran diferencia entre las causas legales de incapacitación y la incapacidad apreciable por Notario es de índole temporal, ya que aquellas deben proyectarse hacia el futuro de forma ‘persistente’, es decir, tienen que ser de suficiente entidad como para crear un estado permanente, mientras que estas pueden ser resultado de un estado transitorio y provisional. Y así, en

22 Jesús Gómez Taboada: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, t. II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), p. 334.

23 Vid. A. Ballarín Marcial: “Naturaleza y clases...”, *ob. cit.*, p. 532.

24 Vid. Rafael Martínez Díe: “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, p. 65.

tanto que a la incapacitación judicial le interesan el presente y el futuro, a la actuación notarial de rechazo solo le interesa el presente”. Y es cierto que esa vocación de perennidad ha sido con la que se ha estudiado la figura de la incapacitación. Cuesta trabajo entender, incluso por los operadores jurídicos, que es posible restablecer el ejercicio de la capacidad de una persona, y mucho más, pensarlo con esa comprensión de temporalidad que hoy nos recuerda la Convención de los derechos de las personas con discapacidad cuando en su Artículo 12.4 convoca a los Estados partes a que proporcionen a las personas con discapacidad, a los efectos del ejercicio de su capacidad jurídica *“salvaguardias adecuadas [...] sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*, con lo cual desaparece esa noción de perennidad e infinitud con la que suele estar asociada la declaración judicial de incapacitación, si bien el propio Código de Familia cubano, en ocasión de regular la tutela le impone al tutor *“procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad”* (cfr. Artículo 153.2), o sea, que aun cuando la declaración judicial de incapacitación nunca ha sido concebida como irrevocable, los Derechos internos de los Estados no han tendido a imponerle a los tribunales la necesidad de que en las resoluciones judiciales en que se contiene la declaración misma de incapacitación se disponga el período en que debe ser preceptivamente revisada la propia declaración, esa revisión constante que busca la posibilidad de explorar continuamente las facultades mentales y volitivas de la persona sometida a un régimen de incapacitación, el que por demás resulta excepcional a tono con la propia Convención.

6. ¿Es exclusivo de las escrituras públicas?

Al ser las escrituras públicas reservorio de los actos y negocios jurídicos, en el que la voluntad es presupuesto mismo de su existencia, el ejercicio de la capacidad jurídica se torna en pilastra misma de esa voluntad, no hay voluntad sin que el sujeto pueda ejercer *per se* la capacidad jurídica y tenga plena capacidad jurídica para el acto o negocio jurídico que pretende instrumentar. La cuestión se torna mucho más polémica en sede de actas notariales dada su propia naturaleza. Entre los notarialistas españoles Tamayo Clares es partidario de que el juicio de capacidad solo debe referirse técnicamente a las declaraciones de voluntad, y en tal sentido en las actas este resulta innecesario, siendo suficiente hacer constar el interés legítimo, que ha de estar en relación con la licitud misma de la actuación notarial,

siendo suficiente la capacidad general de obrar. No obstante, el propio autor identifica algunos tipos de actas en las cuales, vía reglamentaria, puede colegirse la necesidad del juicio de capacidad, entre ellas las actas de subasta y la del administrador que solicite la presencia del notario en una junta general de una sociedad.²⁵ Como establece el Artículo 198.1-1º del Reglamento notarial español, en relación con las actas, “*En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes [...]*”, si bien el precepto propiamente dicho se refiere al acto de rogación contenido en las actas notariales. Acota Rodríguez Adrados que la rogación no exige capacidad especial, es suficiente la capacidad natural de entender y de querer, pero no la capacidad negocial que se exige para las escrituras públicas a partir de su contenido. Por ello –al sentir del reconocido maestro–, no es necesario formarse y expresar un juicio de capacidad en dichos instrumentos.²⁶ De la Cámara Álvarez incluye la no necesidad del juicio de capacidad en las actas como un elemento que le distingue de las escrituras públicas.²⁷ En fecha más reciente los autores que han comentado el mencionado artículo reglamentario han expresado –en criterio que comparto–, que compete al notario ponderar en qué casos debe invertirse esa regla general que en materia de actas establece el citado Artículo 198.1-1º pues de tratarse de actas en las que se ejerciten derechos, incluidos facultades y derechos potestativos, el notario sí que debe dar un juicio de capacidad y de legitimación del rogante para instar la autorización misma del acta (en mi criterio *v.gr.*, en las actas de notificación o de requerimiento). Sostienen dichos autores que “Estas normas generales no descienden a precisar en qué casos basta con que el requirente tenga ‘interés legítimo’ y en qué casos la comparecencia e intervención deben ser más completos, como si de una escritura pública se tratase. Es lógico que así sea, porque la variedad de situaciones que instrumentan las actas hace necesariamente incompleta cualquier enumeración. Así, no se precisan las mismas cualidades subjetivas para requerir del notario que haga constar la existencia de una señal de tráfico en una calle, que para constituir un depósito o para tramitar una subasta. Es el notario

25 *Vid.* Manuel Tamayo Clares: *Temas de Derecho Notarial*, pp. 137-138.

26 *Vid.* Antonio Rodríguez Adrados: “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Escritos jurídicos IV*, pp. 61-62.

27 *Vid.* Manuel de la Cámara Álvarez: “El notario latino y su función”, en *Revista de Derecho Notarial*, p. 90. El propio autor sostiene que “La capacidad en sentido técnico sólo puede referirse a declaraciones de voluntad. Y este tipo de actas (se refiere a las de mera constatación de hechos) no contiene ninguna. La única capacidad exigible al requirente es la necesaria para impetrar la intervención notarial, que, por cierto, no está establecida en parte alguna. Debe estimarse, pues, que basta la capacidad de obrar general”, p. 95.

quien debe tomar en cada caso la decisión adecuada teniendo en cuenta la actuación para la que se le requiere”.²⁸

La posición de la doctrina española más recientemente enunciada nos pone en alerta a los notarios. El juicio de capacidad en materia de actas notariales ha de ser apreciado casuísticamente por el notario. Le corresponde a él determinar conforme con el contenido de cada acta en concreto, si es dable apreciar la capacidad del sujeto, lo que no debe ser confundido en ningún caso, ni en materia de actas, ni de escrituras, con el juicio de legitimación que igualmente le compete para determinar la especial situación jurídica en la que se encuentra el requirente o el compareciente en relación con el hecho, acto, negocio o circunstancia instrumentada que le habilita en ese orden para actuar. Así, *v.gr.*, el vendedor tiene que acreditar la titularidad que tiene sobre el bien; el notario, por su parte, calificará el documento que le confirma como propietario, o sea, el título formal que justifica su condición de titular del dominio, de este modo el notario dará un juicio de legitimación del vendedor tras comprobar, además, que no se erigen prohibiciones para contratar en dicho sujeto, pero aún así, cabría la abstención del notario si no aprecia que el pretense vendedor tiene capacidad de obrar, amén de su discapacidad, de manera que no puede autogobernarse y perfilar los efectos que para él supone un contrato de compraventa, son dos conceptos distintos que hay que saber distinguir. Al decir de Torres Escamez “Sin entrar en demasiadas profundizaciones, creo que debe quedar claro que la titularidad y la legitimación son aspectos necesarios para el control de legalidad que realiza el notario, pero distintos de la capacidad; figura que se basa en las condiciones personales del compareciente”.²⁹

Mucho más rígida –y diría yo inconcebible–, es la posición de nuestro Reglamento notarial que exige en toda acta notarial, sin sopesar en su naturaleza y contenido, el juicio de capacidad notarial en el Artículo 81 c), con la inevitable consecuencia, y absurda a la vez de que su omisión en el instrumento conduzca a su nulidad *ex* Artículo 16 b) de la Ley notarial, interpre-

28 *Vid.* Carlos Solís Villa y Francisco Javier Morillo: “Comentarios al Artículo 198 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, p. 560.

29 *Vid.* S. Torres Escamez: “Un estudio sobre...”, *Ob. cit.*, p. 221. Con anterioridad, en una posición que tiende al confusionismo en este orden, López Garzón había conectado la legitimación y la capacidad, pero en el sentido de que la primera estaba embebida en la segunda. A criterio de dicho autor la legitimación se incluye en el juicio de capacidad del notario. Para él el juicio de capacidad es la única apreciación jurídica que del compareciente hace el notario. Su tesis se mueve hacia la responsabilidad notarial por el juicio de capacidad, de modo que refuta la doctrina precedente que intenta ubicar lo que hoy se conoce como legitimación en el juicio de identidad. *Vid.* José López Garzón: “Titularidad y fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 7, pp. 269-278.

tación literal que no racional de la norma, pues resulta ilógico v.gr., que un menor de edad no pueda requerir al notario para la autorización de un acta de mera percepción.

7. ¿Cómo debe actuar el notario cuando le abrigue duda la capacidad del compareciente?

El Artículo 54 de nuestro Reglamento notarial establece la concurrencia del médico al documento público. Precepto que aunque diáfano y claro ha tenido que ser interpretado por la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para su homogénea aplicación, sobre todo en sede testamentaria.

Es dable elogiar la fórmula de nuestro autor del Reglamento que le da un matiz puramente notarial, a un tema que en los códigos civiles decimonónicos venía reservado, con exclusividad, a la figura del testamento, con una estrechez inusual en los legisladores de la época. Téngase en cuenta que la fórmula reglamentaria hace permisible la concurrencia del médico en cualquier instrumento notarial, incluso en las actas notariales, en las que como expresé, caprichosamente se exige juicio de capacidad notarial, así sea su naturaleza (*vid.* Artículo 81 c)).

El Artículo 54 aunque alude al dictamen pericial como prueba que se practica, no desliga ella del medio de prueba, esto es, del perito en sí, de modo que el dictamen lo ha de ofrecer el perito en presencia física del compareciente y del notario, en plena audiencia notarial, *ergo*, él sería uno de los sujetos protagonistas de la audiencia notarial. Su ausencia sería motivo del quebrantamiento de la unidad de acto formal que exige el Artículo 35 del Reglamento notarial con alcance general y que refuerza el Artículo 484.4 del Código Civil en sede testamentaria. A este fin la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado dicho en su Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre que: *“en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, esta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique”*.

Se exige del médico el necesario cumplimiento del principio de inmediación. Quien dictamine sobre el estado mental y la capacidad volitiva del

compareciente tiene que hacerlo en el momento en que se instrumenta el acto, ni antes, ni después. Debe el médico en tales circunstancias concurrir al instrumento, y dejar graficada su presencia a través de su firma. El dictamen, a mi juicio, se rinde oralmente, es ilógico que se haga antes del momento mismo del otorgamiento y autorización o que se haga después.³⁰ Si se hizo antes, entonces no se está esclareciendo las dudas que el notario tiene en ese momento, con independencia de que el médico en un dictamen por escrito venga diciendo que el sujeto en el momento en que él lo examinó sí tenía esa capacidad volitiva, la cual pudo perfectamente desaparecer después, por tan disímiles causas, que no vienen al momento explicar, además de que no soy perito precisamente en ese tema. Si se hace después, con referencia al momento en que se apreció la capacidad, en plena audiencia notarial, entonces el dictamen escrito tendría que pasar por el proceso de legalización, lo que conllevaría que su fecha no correspondería con la del acto de otorgamiento y no le es dable al notario adjuntar a la matriz un documento fechado con posterioridad a dicho acto. ¿Y en todo caso qué utilidad ello tendría? ¿No acude el médico a instancia del notario, a los efectos de despejar las dudas que la abriga la capacidad del compareciente? ¿No es en definitiva el notario el único que da el juicio de capacidad? No se olvide que el médico funge como auxiliar del notario, en modo alguno le sustituye y su dictamen pericial no le compele a autorizar el documento o a negar su dación de fe. Por ese motivo comparto el razonamiento esgrimido en el citado Dictamen cuando se deja esclarecido que: *“La obtención, previo a la formalización del documento notarial, del dictamen pericial, implica que el análisis realizado por el facultativo, se verifique en un espacio de tiempo distinto al de la audiencia notarial, pudiendo diferir, entre un momento y otro la condición psíquica de la persona que nos requiere, situación que se torna excepcionalmente delicada cuando se trata de un testamento, ya que al ser un acto mortis causa, su posible cuestionamiento, mediante proceso judicial*

30 Según el criterio de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, vertido en el primer considerando de la Sentencia No. 266 de 28 de febrero de 2001 (ponente Arredondo Suárez): “[...] las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental, corresponden al veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fecha distinta y posterior a aquella en que se otorgó el instrumento público cuya impugnación es objeto de la litis, es decir, al día veintidós del expresado mes y año, cuando su enfermedad había progresado y empeorado su estado general [...] si además de lo expuesto se tiene en cuenta que la aludida testadora en momento alguno de su vida fue declarada incapaz por Tribunal competente, único medio de irrefutable eficacia para determinar su incapacidad mental para el otorgamiento impugnado [...]”.

de impugnación, se va a realizar después de la muerte de su otorgante, cuando prácticamente es imposible comprobar pericialmente la capacidad mental o volitiva de esta persona. Por otra parte, conforme a la técnica notarial, se vulnera uno de los principios fundamentales que informan la actividad, la unidad de acto”.

Tampoco está el notario compelido a solicitar el dictamen pericial en todo momento. Ello es facultativo y no preceptivo del notario. Así lo ha dejado dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 888 de 31 de diciembre de 2003, primer considerando (ponente Carrasco Casi): “[...] *la fórmula notarial según la cual el Notario actuante afirma ‘[...] que los otorgantes tienen, a su juicio, la plena capacidad para otorgar el instrumento que autoriza [...]’ no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir que, el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste; con mayor razón si el quejoso pretende imponerle una obligación al Notario actuante, que en todo caso constituye vía de excepción, como resulta ser en los casos de duda por incapacidad declarada judicialmente la formalidad especial, de que la referida otorgante sea examinada por dos facultativos [...]*”,³¹ en un caso en que se venía impugnando el testamento otorgado, en razón de que el notario debía *preceptivamente* solicitar dictamen pericial del facultativo, lo cual como es lógico es *facultad* exclusiva del notario, sin que sea una carga insoslayable para la eficacia de la escritura pública de testamento autorizada que en el acto notariado haya concurrido un médico, si al notario autorizante no le abrigó dudas la capacidad mental y volitiva del testador.

8. ¿Compele al notario el dictamen del perito?

El notario español Martínez Díe en su interesante Artículo, apoyándose en el Derecho positivo español sostiene con total acierto que “El Notario [...]

31 En este orden ha sido un gazapo de la ponente, a mi juicio, expresar que en el ordenamiento cubano puede otorgar un testamento una persona declarada judicialmente incapacitada, en intervalo lúcido, con la presencia de dos facultativos, pues ni el intervalo lúcido está regulado, ni nuestras resoluciones judiciales constitutivas de la incapacitación de una persona suelen determinar los actos para los cuales se le impide actuar al incapacitado, de modo que le sea permisible al incapacitado testar, lo cual no sería contra Derecho, pues el artículo 30 del Código Civil lo habilitaría, se me ocurre el clásico supuesto del pródigo, a quien no le debe restringir la capacidad para testar. Otro entuerto sería, en el ordenamiento familiar cubano, cómo se complementaría la capacidad del declarado judicialmente incapacitado por prodigalidad.

para emitir válidamente un juicio de capacidad debe atenerse a los principios de intermediación, de investigación y responsabilidad personal, de donde se infiere que, para formar criterio sobre este particular, sólo pueda apoyarse en su propio examen, personal y directo, del interesado”,³² tal criterio tiene como sustento esencial sus conocimientos jurídicos, “por lo que un juicio adverso o favorable respecto de la capacidad de una persona no puede confundirse con un dictamen médico ni psiquiátrico”,³³ juicio que es de su exclusiva incumbencia y neta responsabilidad, “quien no puede desplazarla a los especialistas que hayan podido asistir [...]”.³⁴ Para más abundar, el también notario español Gómez Taboada ha apuntado que “En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más, de su propio criterio”.³⁵ El propio autor hace un análisis agudo e interesante sobre qué reglas o pasos debe tener en cuenta el notario para dar el preciado juicio, recalcando en el carácter preventivo y auxiliar del dictamen médico que en cualquier caso no exime al notario de la responsabilidad que asume por el juicio de capacidad.

Tampoco se trata, y este es uno de los tópicos a tratar, que concurra cualquier médico. A mi juicio, el médico que debe apreciar la capacidad volitiva del otorgante, solicitado a instancia del notario, deberá cumplir ciertos requisitos de titulación, incluso comprobados por el notario en el momento de su concurrencia. Es de lamentar que el citado Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre no haya abundado en tal importante particular, de modo que no deja esclarecida la especialidad médica del facultativo que concurra en el acto de autorización del instrumento. Desde una visión integradora del Derecho vigente, habrá que tener en cuenta que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de su Acuerdo No. 130 de 6 de septiembre de 2002, contentivo de su Dictamen No. 418, que determina la necesaria especialización que han de tener los dos médicos dictaminantes sobre el presunto incapaz en procesos judiciales sobre incapacitación. A tales fines el citado Dictamen, si bien no establece un *numerus clausus* de especialidades médicas, deja esclarecido “*que la obligación por parte del Tribunal de hacer examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos, se cumplimenta adecuadamente cuando para ello requiera la intervención de profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina*”, de manera que aun y cuando el Artículo 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (en lo adelante LPCALE) “no

32 Vid. R. Martínez Díe: “El juicio notarial de capacidad...”, *Ob. cit.* p. 65.

33 *Ídem.*

34 *Ídem.*

35 Vid. J. Gómez Taboada: “Capacidad del otorgante...”, *Ob. cit.*, p. 334.

haga expresa referencia en lo que concierne a tal especialización, toda vez que atendiendo al elemental principio de racionalidad que debe presidir toda decisión judicial, bien pudiera no alcanzarse el efecto corroborador buscado, si se aceptara suficiente en tal sentido el parecer emitido por médicos de especialidad ajena a la que se ocupa del padecimiento del expedientado”, de lo cual se colige que serán especialistas en psiquiatría forense, o al menos en psiquiatría general, los profesionales idóneos para dictaminar sobre la ausencia de capacidad de obrar de una persona, a los fines de su incapacitación. Razón por la cual en sede notarial, bien pudiera entenderse que son tales especialistas los que en mejores condiciones pudieran dictaminar, aunque la naturaleza misma de la enfermedad pudiera ser dictaminada por neurólogos, intensivistas, u otros especialistas con experiencia y conocimientos suficientes como para esclarecer la duda que le abriga al notario sobre la capacidad de una persona que interesa comparecer en un documento público.

En fecha relativamente reciente el Ministro de Salud Pública ha dictado la Resolución No. 7/2008 de 20 de abril, por la que se crea la comisión médica para la peritación psiquiátrica forense de sujetos vinculados a procesos judiciales y se establece la metodología para el funcionamiento de las comisiones provinciales de peritación psiquiátrica forense en el sistema nacional de salud. Serán los Directores Provinciales de Salud los encargados de nombrar, mediante Resolución, al Jefe y a los miembros de cualquier categoría de las Comisiones Provinciales de Peritación Mental, oídos los criterios de los Grupos y Centros Provinciales de Psiquiatría, Medicina Legal, Psiquiatría Infanto Juvenil y otros que estime convenientes, así como la de los centros de procedencia de los designados. La composición pericial será de tres en los casos civiles, salvo que se trate de proceso de incapacitación judicial, en que serán dos, en cumplimiento de lo legalmente establecido (Artículo 588 de la LPCALE). Se nombrará un Presidente, especialista de Medicina Legal o Psiquiatría. Entre los demás peritos miembros de la Comisión se designará el sustituto del Presidente.

Según la citada norma legal se nombrarán peritos, que a los fines de la ley serán *Titulares*: de forma que completen en la comisión dos psiquiatras y dos médicos legistas, salvo que por el volumen de trabajo del territorio se decida un número mayor de ambos tipos de especialistas. También podrá ser nombrado un psiquiatra infanto juvenil, o más de uno, si el volumen de casos, así lo justifica. Si existen psicólogos con experiencia acreditada en la actividad pueden nombrarse como peritos, especialmente para casos infanto juveniles. El desarrollo de la actividad puede determinar que en un territorio se nombre como perito a otros especialistas, como un neurofisiólogo. La composición interdisciplinaria de la comisión hace posible y deseable la realización de interconsultas y asesoramientos entre especialistas; la condición

de perito no excluye asumir, de ser solicitado por otros peritos actuantes, la de interconsultado o asesor dentro de la propia Comisión, aun cuando ello no represente asumir la responsabilidad pericial.

Como nota curiosa de la mencionada resolución, a pesar de que la competencia para solicitar el peritaje médico-forense se centra esencialmente en el terreno judicial, al menos como excepción, *“podrán examinarse personas en razón de establecer su aptitud mental para realizar determinado trámite ante instancias como Notarías e Instituto de la Vivienda, por solicitud expresa de estos y solo con relación a acciones concretas pendientes de realizar en las mismas, sin pronunciarse sobre la incapacidad o capacidad global de las personas, o sobre su estado al haberlas realizado si ya lo hicieron, lo que es de la exclusiva competencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales”*. No quepa duda que, en lo que al ámbito notarial concierne, en el anexo de la resolución se admite, al menos con carácter excepcional, la solicitud de examen pericial cuando se pretende otorgar válidamente un acto jurídico y el notario tiene dudas sobre la capacidad del pretenso otorgante, es claro que se trata de casos puntuales para dictaminar sobre la capacidad mental y volitiva del sujeto para ese acto en concreto (acto en tiempo presente), no para dictaminar sobre su capacidad con alcance general o para dictaminar sobre la existencia de esta en un acto pretérito, supuestos estos dos últimos que le compete evaluar exclusivamente al tribunal a través del proceso de jurisdicción voluntaria de incapacitación judicial o el ordinario de impugnación de un acto jurídico en concreto por ausencia de ejercicio de la capacidad ex Artículo 67 b) del Código Civil, respectivamente.

9. ¿Qué consecuencias provoca el error notarial en la apreciación de la capacidad, cuáles la ausencia de mención del juicio de capacidad en la comparecencia del instrumento público, y qué otras la apreciación dolosa o falsaria de la capacidad del compareciente a sabiendas de que no la tiene?

Resulta necesario delimitar los efectos jurídicos que puede conllevar distintas situaciones conectadas con el juicio de capacidad notarial, como su apreciación errónea, su apreciación dolosa o falsa y la ausencia de apreciación como mención auténtica en el instrumento público.

Precisamente me referiré a la tercera de las situaciones apuntadas. En el Derecho cubano el juicio de capacidad es un requisito de solemnidad en sede testamentaria. El Artículo 483.2 del Código Civil lo deja suficientemente explícito: *“El notario se cerciora de que el testador tiene la capacidad legal para otorgar testamento, y lo hace constar”*, no es suficiente que el notario

aprecie la capacidad del otorgante. Es cierto que la propia autorización de un instrumento público lleva implícita el control del ejercicio de la capacidad jurídica de cada otorgante, pero en nuestro Derecho no resulta suficiente, ni tampoco prosperaría la tesis que en otros ordenamientos tendría éxito de que en la autorización hay una implícita aprobación notarial del ejercicio de la capacidad jurídica del otorgante. El citado precepto del Código Civil lo eleva a requisito de solemnidad en materia testamentaria, en tanto que el Reglamento notarial lo hace extensivo a todos los instrumentos públicos, ya sean escrituras (*vid.* Artículo 64 c)) o actas (*vid.* Artículo 81 c)). La mención auténtica del juicio de capacidad ha de constar en todo instrumento público protocolizable, sin excepción, al menos en el dictado del Reglamento notarial. Autenticidad que viene dada por provenir del notario, y que hace certero o indubitado no el juicio de capacidad mismo, sino el hecho de haber apreciado o valorado la capacidad natural o volitiva del sujeto. Eso sí, no se necesita de ciertas palabras o frases sacramentales para consignar en el instrumento público el juicio de capacidad. Ello fue advertido incluso por los primeros autores que en España escribieron sobre el tema.³⁶

La ausencia del juicio de capacidad conduce a la nulidad del instrumento público al amparo del Artículo 16 b) de la Ley notarial que expresamente reconduce este supuesto a una de las causales de nulidad instrumental, particular insubsanable, solo posible de enmendar con la autorización de un nuevo instrumento público, si existieren posibilidades para ello, incluso en el caso de que el propio tribunal apreciare prueba fehaciente del ejercicio de la capacidad del otorgante, lo cual en mi criterio es un exceso de formalismo que a nada conduce, salvo a potenciar supuestos de nulidad instrumental.³⁷ Sobre la necesidad de que el juicio de capacidad se haga constar en el instrumento público, una vez comprobada la capacidad del otorgante para el acto o negocio que pretende instrumentar, se ha pronunciado el Tribunal Supremo llegando incluso a considerar que “[...] *la fórmula notarial según la cual el Notario actuante afirma [...] que los otorgantes tienen, a su juicio,*

36 Según Vicente Sancho-Tello y Burguet: *Derecho Notarial de España*, pp. 141-142, al estudiar el juicio de capacidad en los actos de última voluntad, con apoyatura en la Sentencia de 24 de diciembre de 1896 del Tribunal Supremo español, la expresión de dicho juicio en el instrumento no requiere que “se consigne en párrafo separado ni con las palabras precisas é insustituibles de *á su juicio*, bastando que de cualquier modo ó con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer respecto á dicha capacidad”.

37 Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español esta no es la posición que prevalece. Sostiene Tamayo Clares que “La falta del juicio de capacidad o su inexpressión documental no es causa de nulidad formal en los actos inter vivos, ya que ha de entenderse implícita en la autorización, y puede ser subsanada, aunque solo por el Notario autorizante, en diligencia o en acta separada [...]”. *Vid.* M. Tamayo Clares: *Temas...*, *Ob. cit.*, p. 136.

la plena capacidad para otorgar el instrumento que autoriza [...] no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir, que el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste [...] (Sentencia No. 888 de 31 de diciembre de 2003, primer Considerando, ponente Carrasco Casi), al propio tiempo que se ha dicho que *“[...] el requisito más importante que la Ley de las Notarías Estatales así como su Reglamento establecen con relación a la capacidad de los comparecientes de los Instrumentos Públicos Notariales, es la obligación de hacer constar en toda escritura que los mismos tienen capacidad legal necesaria para intervenir en el acto o contrato a que la escritura se refiere, cuya circunstancia se determinará a juicio del notario, no bastando que lo consigne así en el instrumento apoyándose en el solo dicho de los otorgantes, sino que es obligatorio y necesario que este funcionario público también compruebe y determine a su juicio, dicha constancia [...]*” (Sentencia No. 314 de 30 de octubre de 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart).

Cuestión distinta resulta la apreciación equivocada o errónea de la capacidad del compareciente. El notario no es un perito en la materia, lo cual justifica dentro de los límites de permisibilidad racional, el error en la apreciación de la capacidad de obrar de la persona, cuando *a posteriori* se demuestra que esta carece de ella para el acto o negocio que pretende concertar. Dado que la capacidad se presume y el notario debe actuar conforme con el principio *pro capacitate*, el error en la valoración de la capacidad conduce a la nulidad del acto jurídico conforme con el Artículo 67 b) del Código Civil. Si la persona carece de discernimiento al momento de concertar el acto, no está apta para medir los efectos jurídicos del acto o negocio que quiere concertar, ni tampoco de autogobernarse, no habrá entonces manifestación de voluntad válida y eficaz. Caemos en el terreno de la nulidad absoluta y no relativa, según los dictados del vigente Código Civil. La ausencia de capacidad de obrar en el sujeto le impide el ejercicio de sus derechos, en consecuencia, cualquier acto que concierte está condenado a la nulidad, acción que podrá ser ejercitada en todo momento por parte interesada o por el fiscal, por el interés público que reviste (*vid.* Artículo 68 del Código Civil). No hay alternativas a la convalidación como modo de sanación del acto jurídico. Este está condenado a ser declarado nulo en cualquier momento, y se entiende que nunca ha producido los efectos jurídicos, al menos los queridos o buscados por el autor del acto o negocio jurídico. Como se trata de una presunción *iuris tantum*, demostrado en la sustanciación del proceso, dicha presunción se desmorona (*vid.* en este orden las sentencias Nos. 669

de 30 de septiembre de 2004, segundo Considerando, ponente Arredondo Suárez, 265 de 20 de abril de 2005, segundo Considerando, ponente González García, y como más ilustrativa la 285 de 7 de octubre de 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez, a cuyo tenor se deja dicho que *“[...] resulta justificada de manera fehaciente e indubitada la presencia de circunstancias personales que afectan en sentido restrictivo la capacidad en uno de los intervinientes en el acto de permuta cuya ineficacia se acusa, de modo que padece vicio que determina su nulidad al remontarse tales padecimientos al momento de su otorgamiento, convicción a la que se arriba partiendo de aceptar que la integridad mental, por ser aptitud natural o atributo normal del ser humano, se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente, pero es que se trata de presunción iuris tantum, destruible por contundente prueba en contrario, obviamente a cargo de quien la alega, y de fuerza tal que por sí baste para enervar el juicio notarial sobre capacidad emitido por el funcionario autorizante del acto jurídico de que se trate, dación de fe que subsume la apreciación personal del Notario al respecto y documenta no merecerle duda la capacidad natural del otorgante [...]”*.

Tema mucho más peliagudo lo es la aseveración por el notario de haber realizado el juicio de capacidad, esto es, de haber controlado la capacidad volitiva de los comparecientes, cuando no lo ha hecho, o cuando contribuya a falsear la verdad en el sentido de apreciar la capacidad de obrar de un sujeto a sabiendas de que este no tiene discernimiento para el acto en concreto que pretende realizar, supuesto que pudiera subsumirse en el inciso b) del Artículo 250 del vigente Código Penal que incluye en el tipo penal de falsificación de documento público la actuación del agente que *“contribuya a consignar en un documento público, datos, declaraciones o hechos inexactos relativos al acto de que el documento es objeto”*. En tales circunstancias, estaríamos en presencia de una falsedad ideológica. Particular sobre el que algún autor ha expresado su duda, pues considera que solo en sentido lato pudiera entenderse como un hecho narrado por el notario, el juicio de capacidad.³⁸

10. ¿Cómo valora el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial?

El posible error en la apreciación notarial de la capacidad natural de la persona, fundamentalmente cuando esta se arropa de la condición de testa-

38 S. Torres Escamez: “Un estudio sobre...”, *Ob. cit.*, p. 244.

dora, es una de las razones por las que con mayor frecuencia se impugnan los actos jurídicos en sede judicial. Hasta cierto punto es comprensible. Es quizás el juicio más vulnerable de todos los que el notario da. Lógicamente es el más probabilístico. El notario no es un perito, solo aprecia o se cerciora de la capacidad natural de la persona, entendido el término cerciorar como sinónimo de atestiguar, aseverar, con los límites en que tal aseveración ha de comprenderse. Adpero, para el Tribunal Supremo el juicio de capacidad notarial actúa como un valladar difícil de expugnar.

Así, la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Alto Foro ha apoyado el juicio de capacidad notarial en la fe pública de la que está dotado el notario, lo cual es cierto, si bien el manto de la fe pública no se extiende hacia la verdadera certeza del juicio de capacidad. La verdad sobre la capacidad natural de entender y de querer del agente, no está cubierta por la fe pública, y sí tan solo el juicio mismo dado por el notario, o sea, el aspecto formal o instrumental que todo juicio notarial encierra. Bajo la fe pública está la verdad formal, pero no la material, porque el juicio de capacidad no es una declaración de verdad, sino es una declaración probabilística, sometida con buen gusto al arbitrio judicial.³⁹ Compete al tribunal determinar cuan errado estuvo el notario cuando apreció discernimiento y voluntad en un sujeto, que a la postre no existía, o cuanto menos, estaban viciados.

Para el Alto Foro merece “[...] *especial atención el juicio de capacidad dado por el notario actuante [...], pues no puede soslayarse que en todo caso tiene como función específica del poder del Estado la de la Fe Pública, que equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho con trascendencia jurídica [...]*” (Sentencia No. 430 de 31 de julio de 2003, único Considerando, ponente Acosta Ricart) “[...] *funge como irrefragable la fe pública notarial, dada por el fedatario actuante en cuanto a la capacidad de la testadora como compareciente [...], cuyo depositario es el notario, dirigida a garantizar determinados derechos y obligaciones, acreditando la veracidad de determinados hechos y actos que de una manera directa afecten la actuación de la legalidad [...], resultando por tanto el juicio de capacidad acerca de los comparecientes, uno de los aspectos probatorios del instrumento público [...]*” (Sentencia No. 615 de 20 de diciembre de 2007, segundo

39 Expone Torres Escamez que “la apreciación notarial de la capacidad lleva consigo un juicio sobre la capacidad natural del otorgante, una calificación jurídica referida a su capacidad de obrar y legal y una dación de fe en cuanto a la propia actividad del notario a ese respecto”. El propio autor cita en apoyo de su criterio la Resolución de la DGRN de 7 enero de 1992 con énfasis en que el notario “*se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado*”. Vid. S. Torres Escamez: “Un estudio sobre...”, p. 222.

Considerando, ponente Acosta Ricart). El juicio de capacidad notarial actúa como una fuerte presunción *iuris tantum*, solo destruible con un contundente material probatorio “no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir, que el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste [...]” (Sentencia No. 888 de 31 de diciembre de 2003, primer Considerando, ponente Carrasco Casi). “(A)l emitir el fedatario autorizante el juicio de capacidad plena del testador erige presunción *iuris tantum* de certeza de tal circunstancia y es a dicha parte recurrente impugnante del acto a quien corresponde la carga probatoria en contrario, sin que el demandado venga obligado en consecuencia a establecer hecho alguno en aval del acto jurídico materializado [...]” (Sentencia No. 240 de 21 de septiembre de 2010, segundo Considerando, ponente González García). El juicio notarial de capacidad, salvo prueba en contrario resulta, incluso vinculante, sin que con ello se desdiga –según el criterio del Alto Foro–, su naturaleza de presunción *iuris tantum*, si bien con un matiz especial “[...] pues aun cuando dicha manifestación es ejercicio de la fe pública notarial, la afirmación de capacidad no acredita un hecho sino que constituye un juicio lógico, o apreciación y por tanto como tal, respecto al mismo solo debe estimarse una presunción *iuris tantum*, y no ha de suponerse que haya de aceptarse como indiscutible, ya que podrá ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas en contrario, sin negar lo difícil que en la realidad cotidiana resulta, de donde para que alcance éxito una acción de esta naturaleza se precisa la plena demostración que la persona justo al preciso momento de la realización del acto jurídico que se impugna, no tenía capaz suficiente para discernir [...]” (Sentencia No. 264 de 30 de septiembre de 2010, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). En consecuencia, sin el arsenal probatorio el cual deberá ser desplegado por el actor en la fase probatoria de la sustanciación del proceso que demuestre la falta de discernimiento de la persona de cuyo ejercicio de la capacidad se dubita, no prosperará la pretensión argüida en la demanda “[...] lo que es inequívoca consecuencia de haber estimado acreditada la capacidad plena de la testadora para tal otorgamiento, revestido de la presunción *iuris tantum* de certeza que le confiere la aquiescencia del notario autorizante [...]” (Sentencia No. 344 de 22 de noviembre de 2010, segundo Considerando, ponente González García).

Compete al tribunal valorar con racionalidad el juicio de capacidad notarial, en tanto este no es una verdad irrefutable, aun cuando vaya dotado de esa fuerte presunción *iuris tantum* a la que una y otra vez se refiere el Alto

Foro. Por ello, en algunas ocasiones, si bien contadas, el juicio de capacidad logra destruirse ante la veracidad de las pruebas aportadas que permiten que aquel sea refutado, elocuente demostración de su valor probabilístico y no de verdad incompatible. En su Sentencia No. 285 de 7 de octubre de 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez se ha dejado dicho que *“[...] resulta justificada de manera fehaciente e indubitada la presencia de circunstancias personales que afectan en sentido restrictivo la capacidad en uno de los intervinientes en el acto [...] cuya ineficacia se acusa, de modo que padece vicio que determina su nulidad al remontarse tales padecimientos al momento de su otorgamiento, convicción a la que se arriba partiendo de aceptar que la integridad mental, por ser aptitud natural o atributo normal del ser humano, se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente, pero es que se trata de presunción iuris tantum, destruible por contundente prueba en contrario, obviamente a cargo de quien la alega, y de fuerza tal que por sí baste para enervar el juicio notarial sobre capacidad emitido por el funcionario autorizante del acto jurídico de que se trate, dación de fe que subsume la apreciación personal del Notario al respecto y documenta no merecerle duda la capacidad natural del otorgante [...]”*. Asimismo en su Sentencia No. 113 de 30 de abril de 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez, en la que se dice que *“[...] quedó acreditado que al momento de otorgar el testamento que se impugna, la causante estaba afectada en sus facultades mentales de manera que le impedía manifestar válidamente su voluntad, pues aunque consta el juicio de capacidad de la funcionaria que autorizó el documento notarial, no es posible obviar que dicha dación de fe expresa la apreciación personal de la Notaria actuante al respecto, patentizando no merecerle duda la capacidad natural de la otorgante, pero puede ser destruida mediante prueba fehaciente e indubitada [...]”*.

La negativa del notario a la autorización del instrumento ha de fundarse en razones justificadas, razonadas, sobre la base de dudas certeras que le posibiliten concluir que la persona que pretende comparecer en el instrumento público, carece de discernimiento para autogobernarse y poder determinar el alcance de los efectos del acto o negocio a instrumentar. En este orden, el notario debe explorar las potencialidades del sujeto y no limitarse a un mero sondeo de su voluntad, sobre la base del prejuicio que puede generar ciertas enfermedades, asociadas directamente con la disminución de las facultades volitivas y mentales de la persona. Eso sí, una vez que el notario da un juicio positivo sobre la capacidad del sujeto, este se erige en esa fuerte presunción *iuris tantum* a la que tantas veces alude el Alto Foro.

De ahí que el juicio de capacidad notarial solo puede ser destruido por prueba fehaciente e indubitada, particulares de los que carece “[...] el [...] certificado médico y el resumen de historia clínica que, aunque mencionan la demencia senil entre las patologías clínicas que padeció el testador, fueron emitidos año y medio después del deceso de aquel por facultativo que no consta sea especialista en psiquiatría, siendo eminentemente subjetivo inferir que en la fecha del otorgamiento de sus actos de última voluntad carecía de facultades volitivas [...]” (Sentencia No. 178 de 30 de junio de 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez) “[...] las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental [...]” (Sentencia No. 266 de 28 de febrero de 2001, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez), o “[...] el hecho de que se consignara en el instrumento público cuestionado que la causante no sabía leer y escribir cuando sí poseía tales conocimientos, de ahí que sería eminentemente subjetiva cualquier valoración al respecto [...]” (Sentencia No. 43 de 26 de febrero de 2010, único Considerando, ponente Arredondo Suárez).

Aunque quizás más discutida, al parecer el Alto Foro tampoco le da el valor probatorio que en Derecho pudiera tener la autopsia psicológica con la cual se pretende reconstruir la personalidad psicológica de una persona fallecida, sobre todo en los supuestos de testadores, cuyo testamento se impugna por ausencia de ejercicio de la capacidad jurídica al momento de su otorgamiento, calificada por dicho tribunal como “[...] una prueba inútil y tendente a dilatar innecesariamente el proceso, pues resulta improbable pudiera llegarse a resultado exitoso con relación a lo pretendido con dicha prueba, a partir de los elementos de los que habrían de servirse los especialistas para dar un dictamen certero, prueba esta que por lo delicado que resulta emitir criterio serio y científicamente razonado sobre la capacidad de obrar de una persona en tiempo pretérito, máxime cuando la misma ya ha dejado de existir, en numerosos casos los especialistas en mérito de su responsabilidad y prestigio profesional evaden sobre fundamentos razonados y razonables, pronunciarse al respecto [...]” (Sentencia No. 264 de 30 de septiembre de 2010, primer Considerando, ponente Acosta Ricart).

Bibliografía

Fuentes doctrinales

- BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO: “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996.
- CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL DE LA: “El notario latino y su función”, en *Revista de Derecho Notarial*, año LXXVI, abril-junio de 1972.
- CHIKOC BARREDA, NAIVÍ: Capítulo VI “Clasificación de los testamentos”, en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- GIMÉNEZ-ARNAU, ENRIQUE: *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- GÓMEZ TABOADA, JESÚS: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores): *Derecho Notarial*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- LÓPEZ GARZÓN, JOSÉ: “Titularidad y fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 7, Madrid, 1955.
- MARTÍNEZ DIE, RAFAEL: “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, en *La Notaría*, No. 2, mayo de 2002.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, IGNACIO: “Comentarios al Artículo 157 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, t. I; *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007.
- PARRA BENÍTEZ, JORGE: “El nuevo régimen de incapaces en el Derecho colombiano. Ley 1306 de 2009”, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 2011.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica”, en *Derecho Notarial*, t. II, bajo la coordinación del propio autor e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007; “Concurrencia del perito en el documento público notarial”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegios de escribanos de la provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina, año 2, No. 4, 2010.
- PÉREZ SILVEIRA, MAELIA ESTHER: “Comentarios al Artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, t. I; *Disposiciones preliminares y Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "El documento en el Código Civil", en *Escritos jurídicos*, t. III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996; "Cuestiones de técnica notarial en materia de actas", en *Escritos jurídicos IV*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
- TORRES ESCAMEZ, SALVADOR: "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000.
- SANCHO-TELLO Y BURGUET, VICENTE: *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.
- SOLÍS VILLA, CARLOS Y FRANCISCO JAVIER MORILLO: "Comentarios al Artículo 198 del Reglamento notarial", en *Nueva legislación notarial comentada*, t. I; *Legislación notarial*, Colegio Notarial de Madrid, 2007.
- TAMAYO CLARES, MANUEL: *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.
- VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.: "Comentarios al Artículo 30", en *Comentarios al Código Civil*, t. I; *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, bajo mi dirección (en imprenta).

Fuentes legales

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil del Reino de España*, de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley No. 241/2006 de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., JULIETA ALMAGUER MONTERO Y NANCY C. OJEDA RODRÍGUEZ (COMPILADORES): *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL. PRIMERA PARTE*

Dr. Pedro C. Verdejo Reyes

Notario: concepto y contenido de su actividad jurídica

Definir al notario equivale a definir su función, aceptando como antecedente menos remoto de la institución notarial la figura del Tabelion Justiniano, tal y como aparece en el Bajo Imperio Romano, seguido en términos generales en el orden temporal, por el escribano medieval, la institución notarial de nuestra época surge, constituida como tal, con las características que las leyes sustantivas codificadas o consuetudinarias de cada país le fueron imprimiendo en su particular evolución histórica.

Evolutivamente, la función notarial va plasmando características regionales que van, en la sociedad moderna, desde la mera autenticación de firma (constitución de un principio de prueba) hasta la más compleja estructura técnico-jurídica formal, de un instrumento contentivo de un negocio o acto jurídico determinado, aunque en forma genérica, cualquiera de dichas funciones, aun la de más sencilla arquitectura formal, va presidida siempre por el ejercicio de la Fe Pública, como elemento distintivo inicial de la institución.

El Código Notarial de 1929,¹ al igual que su antecedente español, la Ley de 1862² aún vigente en España, complementada por su reglamento de 1874, con sus reformas posteriores, da inicio a su articulado con la definición del notario así:

[...] un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes de los contratos, hechos y demás actos extrajudiciales en que intervengan por razón de su cargo; para formalizar y autenticar los documentos en que consten; para custodiar y conservar en depósito los protocolos y libros de la Notaría a su cargo y para expedir los testimonios y copias correspondientes.³

* Este artículo corresponde al Capítulo III del libro *Derecho Notarial* de Pedro C. Verdejo Reyes, Editorial Pueblo y Educación, pp-19-27. Compilado para esta sección por M. Luisa Pedroso Rodríguez, especialista en Gestión Documental de la Dirección de Información y Divulgación Jurídicas del MINJUS.

1 Código Notarial de 1929, ed. cit, Artículo 1, p. 1.

2 Ver: "Ley Notarial de España", de 1862. El autor, generalmente, se refiere a la Ley del Notariado español, de 1873, por ser la más utilizada en Cuba (*N. del E.*).

3 Ley de las Notarías Estatales, ed. cit, Artículo 1, p. 49.

De esta definición del Código de 1929, ratificada en forma genérica por el Artículo 1 de la Ley de Notarías Estatales vigente en Cuba, que lo define como “[...] el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, de conformidad con lo establecido en la Ley [...]”,⁴ tenemos las bases de las que se infiere el contenido tradicional de la función notarial en nuestro país.

En esencia y ateniéndonos a los principios que informan nuestra legislación positiva, podemos delimitar el contenido de la función en la forma siguiente:

1. *Autenticación*: Preconstitución de prueba del negocio o hecho notariado; el autenticar implica una cobertura de veracidad jurídica al instrumento autorizado.
2. *Solemnización*: No es más que configurar jurídicamente el documento notarial, asentando en el mismo no solo la reglamentación de su estructura formal, sino la justeza de su contenido jurídico, de hecho o de derecho.
3. *Formación y custodia del protocolo*: Consiste en organizar por orden de fecha los instrumentos autorizados por notario competente en la forma dispuesta por la ley.
4. *Expedición de copia*: Se refiere a la expedición de copias del protocolo a su cargo, con vistas al Principio de matricidad y al de representación instrumental.

El Artículo 10, del capítulo III, de la Ley de Notarías Estatales⁵ reseña, a diferencia del Artículo 2 del Código de 1929,⁶ el contenido concreto de la función notarial vigente. Si bien los artículos 1 y 2 de la Ley de 1929,⁷ hacen un intento de aclarar el contenido de la función notarial en su alcance integral, por ausencia u omisión de disposiciones reglamentarias posteriores quedó limitado tal intento, exclusivamente, a interpretaciones doctrinales que no llegaron a constituir una base jurídica firme en relación con los actos extrajudiciales a los que el primero de dichos preceptos se refiere, no contentivos de negocios o actos jurídicos determinados.

La Ley de 1937,⁸ sin un sentido doctrinal firme, sino determinada por razones socioeconómicas imperantes, facultó al notario para actuar la llamada *jurisdicción voluntaria*, y así, lo que pudiera constituir una aspiración de la

4 Ibídem. Capítulo III, Artículo 10, p. 50.

5 Ver Código Notarial de 1929, ed. cit., Artículo 2, p. 1.

6 Ídem.

7 Ver Ley del Notariado y Reglamento para su ejecución, de 1873.

8 Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 10, a) al m), p. 50.

actividad notarial integral, quedó frustrada precisamente por ausencia de un aval doctrinal amplio y por un sentido jurídico sectorial, que no permitió, no obstante el carácter optativo de dicha Ley, que se desprendiera del entonces llamado Poder Judicial, esa actividad jurisdiccional, por conllevar imperio y por no tener la cobertura procesal de cosa juzgada.

El Artículo 10, del capítulo III, de la Ley de Notarías Estatales, va a determinar de una forma concreta y objetiva, el contenido de la función notarial en nuestro país, en los incisos que se señalan a continuación:

Artículo 10.- El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes:

- a) dar fe de los actos jurídicos en que la ley exige la formalización o autorización notarial y de aquellos en que las partes así lo soliciten;
- b) dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita;
- c) conocer, tramitar y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria y sucesorios de declaratoria de herederos, de conformidad con esta Ley y su reglamento;
- ch) calificar la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial de que se trate, cerciorándose de que estos se ajusten a los requisitos exigidos para su autorización;
- d) emitir juicios sobre el conocimiento y capacidad de los comparecientes en el documento notarial de que se trate;
- e) dar fe de los protestos, requerimientos, notificaciones y legalizaciones;
- f) protocolizar toda clase de documentos públicos o privados;
- g) recibir en depósito documentos mercantiles u otros, objetos, valores o bienes muebles, como prenda de contrato o para su custodia;
- h) dar fe de la vigencia de leyes nacionales para que surtan efecto en el extranjero y de traducciones del idioma español a cualquier otro idioma extranjero y viceversa; o de las que hiciere si conociere el idioma extranjero.
- i) dar fe de la existencia de personas u objetos;
- j) expedir copias literales o parciales de los instrumentos que obren en los protocolos y archivos de la Notaría a su cargo;
- k) autorizar actas de testimonio, literal o en relación, por exhibición de documentos que se le presenten a ese objeto o que se encuentren en archivos a los que se autorice su acceso;
- l) autorizar la formalización de matrimonios;

- ll) asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios, a quienes instruyen sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate;
- m) subsanar, de conformidad con el reglamento de esta Ley, los errores u omisiones en los documentos notariales siempre que estos no constituyan causa de nulidad o alteren sustancialmente la identidad de los comparecientes en el documento de que se trate [...].⁹

2. El notario como jurista

En el epígrafe anterior nos referíamos al contenido de la función notarial, delimitándola de acuerdo con los principios que informa nuestra legislación positiva, de la forma siguiente:

1. Autenticación.
2. Solemnización
3. Formación y custodia del protocolo notarial.
4. Expedición de copias del protocolo a su cargo, a las que podemos agregar, como veremos en capítulos posteriores y sin quiebra de la clasificación, la función declarativa de hechos y derechos, y la función testimonial.

Con entera independencia de estas actividades funcionales regladas por la Ley Notarial, el notario cubano, siguiendo principios directrices del Notariado latino o francés, y en especial, de su antecedente español, ejerce funciones jurídicas determinadas, que no solo van impelidas por su actuación profesional, sino por el imperativo de leyes sustantivas que complementan su actividad autorizante.

Cuando en el capítulo anterior analizábamos el Principio de legalidad y consentimiento, surgía de manera palpable la actividad que como jurista desempeña el notario en el ejercicio de su función fedante.

El notario no solo da fe de hechos que ocurren en su presencia (*de vista et audito*), sino de la concertación de un negocio jurídico con trascendencia capaz de modificar, extinguir o crear, situaciones jurídicas que afectan a la ciudadanía, e incluso a empresas, organizaciones estatales o paraestatales, o dejar establecidas situaciones de hechos que interesan a *posteriori* al Derecho.

9 Ver Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 75, p. 46.

La actividad jurídica del notario no está limitada a la esfera relacionada con su función fedante, sino que trasciende estos límites y ha de concretarse en aspectos más directos de actividad técnico-jurídica, ajenos a su función fundamental.

De acuerdo con el Artículo 75 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales,¹⁰ el notario, al igual que los tribunales, debe subsumir la voluntad de los otorgantes dentro de la norma jurídica sustantiva que regula el negocio instrumentado, así como cualquier minuta, con contenido negocial o testamentario, que los otorgantes, en audiencia notarial, le expongan para su autorización.

El notario, en su función profesional integral, no solo debe cuidar de las normas reglamentarias formales de la legislación notarial, sino de la adaptación instrumental de las normas jurídicas sustantivas a las cláusulas dispositivas de la escritura, tal y como lo dispone el expresado Artículo 75 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, asumiendo –tal y como lo pueda hacer un Tribunal Popular juzgador–, los hechos declarados por los otorgantes dentro de las normas jurídicas sustantivas vigentes que regulan el contrato o negocio a intervenir y a las declaraciones voluntarias de las partes contratantes.

Igualmente, el inciso ñ) del Artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales¹¹ y el Artículo 76 del Reglamento de la propia Ley,¹² al referirse a la parte de la escritura correspondiente al otorgamiento, disponen que el notario podrá hacer de palabra las advertencias legales procedentes, actividad esta, eminentemente jurídica, encaminada a advertir a los comparecientes de situaciones jurídicas privilegiadas en relación con el acto notariado, y que pudieran afectarlo en su despliegue jurídico integral, o mermarlo, de no darse cumplimiento a situaciones posteriores a su autorización.

Como corolario de la actividad del notario como jurista, debemos destacar la función docente que por imperativo de la ley debe realizar en el desempeño de sus funciones, al disponer el inciso 11) del Artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales,¹³ que el notario debe asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios, a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate.

10 Ver Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 10, ñ), p. 50.

11 Ver Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 76, p. 46.

12 Ver Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 10, 11), p. 50.

13 Ibidem, inciso n), p. 50.

3. Deberes y derechos del notario en nuestra legislación

En el ejercicio de sus funciones, el notario está sujeto a obligaciones de carácter genérico o específicas, determinadas por la ley, quedando también investido de derechos aunados a su actividad jurídica funcional.

Al respecto, el inciso n) del Artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales, establece, que el Notario deberá “[...] mantener la discreción necesaria en la tramitación de los asuntos de que conozca, excepto en aquellos que, por su carácter público pueden ser objeto de información y exhibición de conformidad con lo dispuesto en la ley [...]”.¹⁴

El inciso ñ), del propio artículo, señala también la obligación de “[...] hacer las advertencias previstas en la ley, al momento de autorizar el documento notarial de que se trate [...]”.¹⁵

El inciso o) expresa que deberá “[...] organizar, dirigir, administrar y controlar técnicamente la notaría a su cargo [...]”.¹⁶

El inciso p) se refiere a que deberá “[...] aplicar el arancel notarial vigente [...]”¹⁷, y el inciso q) deja estipulado que el notario deberá “[...] informar de su gestión a la autoridad superior competente [...]”.¹⁸

El Artículo 11, de la propia Ley de las Notarías Estatales, impone en forma de prohibición, obligaciones específicas al notario, a las cuales este debe atenerse en el ejercicio de su función fedataria.

Por dicho artículo se prohíbe al notario:

- a) Autorizar instrumentos notariales fuera de los límites de su competencia territorial, excepto en los casos del inciso c) de este artículo;
- b) Ejercer la función de abogado, excepto para asumir la dirección legal de los asuntos relacionados con su propios derechos e intereses, los de su cónyuge o los de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- c) Negarse a prestar servicios cuando sea requerida su intervención, aun fuera de su horario de trabajo, si el requirente o interesado se halla en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales.¹⁹

Si bien es cierto que ni la Ley ni su Reglamento determinan el contenido de tales circunstancias excepcionales, debemos tener en cuenta, a tales

14 Ibídem, inciso ñ), p. 50.

15 Ibídem, inciso o), p. 50.

16 Ibídem, inciso p), p. 50.

17 Ibídem, inciso q), p. 50.

18 Ibídem, Artículo 11, a), b) y c), p. 50.

19 Ibídem, inciso ch), p. 50.

finés, el principio de protección jurídica de los intereses de la ciudadanía, garantizando que no quedarán sin cobertura instrumental, probatoria o constitutiva, aquellos actos o relaciones jurídicas cuya autorización implique su reconocimiento, tanto probatorio como constitutivo, cuya postergación temporal repercute de manera negativa e irreparable en los intereses de las partes disponibles.

El propio artículo que analizamos, en su inciso ch) que es el último, señala:

ch) constituirse en fiador de los contratos que autorice o autorizar documentos notariales en que tengan interés o en que las partes o testigos sean parientes suyos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; en este último caso, puede autorizarlos cuando los mencionados parientes concurren en representación de persona natural o jurídica.²⁰

Así como al notario en el ejercicio de sus funciones se le imponen legalmente obligaciones y deberes, tanto generales como específicos, también, con entera independencia de su función administrativa, se les inviste de derechos en el ejercicio de su actividad fedante de forma impersonal.

El notario, administrativamente, está investido de todos los derechos con que nuestra legislación laboral protege a todos los trabajadores, empleados y funcionarios estatales; mas, no obstante, el notario, como funcionario especial, delegado por el Estado revolucionario de la actuación de la Fe Pública en el ámbito de las relaciones privadas y personales de las personas, tanto naturales como jurídicas, goza de derechos que de una manera directa garantizan el pleno desarrollo de su actividad funcional dentro del campo de aplicación de la legalidad socialista en el sector privado y personal, y de las relaciones jurídicas con que desarrolla su actividad profesional y técnica.

En el orden funcional de la actividad fedataria del notario, este al igual que los jueces de los tribunales populares, no puede ser impelido por ninguna autoridad administrativa, política o social, cualquiera fuere su rango, a actuar en contra de las disposiciones legales vigentes; en este sentido, al igual que el Juez Popular, es un funcionario a-jerárquico, en el sentido de que debe respeto exclusivamente a la Ley que regula su función fedataria.

En este sentido, el Artículo 4 de la Ley de las Notarías Estatales, dispone de manera expresa que: "El Notario en el ejercicio de sus funciones, debe obediencia a la ley y cumplen sus actuaciones con la legalidad socialista".²¹

20 Ibidem, Artículo 4, p. 49.

21 Ibidem, Artículo 5, p. 49.

Asimismo, el siguiente artículo de la Ley, el número 5, expresa que:

Las autoridades del orden público y sus agentes auxilian al Notario en el ejercicio de sus funciones cuando estas lo requieran.

Los dirigentes y funcionarios de los órganos y organismos del Estado, sus empresas y demás entidades estatales, de las cooperativas y de las organizaciones sociales y de masas contribuirán con el Notario en el desempeño de sus funciones, en caso necesario.²²

Desde el punto de vista doctrinal, podemos considerar el segundo párrafo del Artículo 5 de la Ley, como una norma en blanco, pues el mismo, a diferencia del Artículo 11 del Código Notarial de 1929,²³ se limita a exhortar a los distintos organismos del Estado, sus empresas y demás entidades estatales, a las cooperativas y a las organizaciones sociales y de masas, a contribuir con el notario en el desempeño de sus funciones en caso necesario, sin determinar cuáles serían las consecuencias en el orden administrativo o penal de sus absencias o contradicciones, tal y como lo determina el Artículo 11, del Código de 1929, que dejó establecido “[...] que toda persona que impidiera al Notario el libre ejercicio de sus funciones [tal y como lo reconoce el Artículo 4 de la Ley de las Notarías Estatales (*N. del A.*), incurrirá en la responsabilidades que determinan las leyes, para los que realicen determinado acto contra las autoridades”²⁴

Siguiendo la técnica establecida en el desglose del inciso c) del Artículo 11 de la Ley, al referirse a circunstancias excepcionales,²⁵ que ya analizamos en el epígrafe anterior, nos encontramos, prácticamente, en lo que suele llamarse un callejón sin salida, porque si bien podemos determinar en el caso anteriormente reseñado un principio doctrinal informador, en el caso del segundo párrafo del Artículo 5 adolecemos de una orfandad doctrinal que nos guíe en su interpretación correcta.

Sin una aclaración doctrinal y técnica de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, no podemos determinar en el orden funcional del notariado, cuál es el contenido de este caso que amerite el apoyo circunstancial de los organismos mencionados en el reseñado articulado, y consecuentemente, quién determina en el desempeño de la función fedataria el contenido de necesidad de la actividad notarial directa: el notario o el organismo de apoyo, cuya determinación por las partes intervinientes en el acto producen una colisión, una contradicción a su justa actuación de

22 Ver Código Notarial de 1929, Artículo 11, p. 4.

23 Ver Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Artículo 11, c), p. 50.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*, Artículo 12, p. 50.

la legalidad socialista en el ámbito de las relaciones jurídicas (privadas o personales) de las personas naturales o jurídicas intervinientes en los actos notariales.

4. Responsabilidad civil y penal del notario

El notario en el ejercicio de sus funciones puede incurrir en responsabilidad penal o civil, la que será sancionada de conformidad con nuestra vigente legislación penal o civil aplicable al caso controvertido. Además, el incumplimiento de las funciones, obligaciones o prohibiciones que establece la vigente legislación notarial, dará lugar a la aplicación de las medidas disciplinarias correspondientes. Al efecto transcribimos el Artículo 12 de la Ley de las Notarías Estatales que expresa:

“El incumplimiento por los notarios de las funciones, obligaciones o prohibiciones que se establecen en esta Ley y su Reglamento, dará lugar a la aplicación sobre la disciplina de los dirigentes y funcionarios administrativos estatales de conformidad con el procedimiento que se regule en esta, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que puedan haber incurrido”.²⁶

5. Actividad notarial del cónsul: su alcance

A los efectos de conocer el contenido del presente epígrafe, remitimos al lector al capítulo XII, epígrafe 3, donde se explica ampliamente el Principio de la extraterritorialidad y la función de los cónsules cubanos en el extranjero.

26 *Ibidem*, Artículo 12, p. 50.

LAS ADVERTENCIAS LEGALES EN INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Dra. Cándida Rosa Urrutia de Basora
Profesora Universidad Interamericana de Puerto Rico

“Hoy como siempre, el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios, que por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar su imparcialidad, situación que se agrava cuando existe relación de dirección y dependencia”.¹

Introducción

Nos ocupa el tema de las advertencias legales que resultan ser parte esencial del quehacer notarial. Repasemos pues, unas cuantas ideas generales sobre lo esencial de nuestro notariado y a la vez, tratemos de ir resolviendo la problemática que plantea para nosotros los notarios en Puerto Rico, en esta época tan acelerada y tan repleta de cambios que nos ha tocado vivir. Como sabemos, la función notarial es de carácter esencialmente preventiva. Y puesto que la formación jurídica del notario le habilita para ser asesor de los otorgantes del negocio jurídico, se dispone que este tiene que atender por igual los intereses de los que tiene ante sí y ejercer su función pública frente a todos en igualdad de condiciones. En esa función, el notario no decide conflictos, como lo hace el juez, pero su función es armonizadora; por eso tiene que atender por igual los intereses de las partes, sin dar la impresión de favorecer a uno sobre otro. Este deber de imparcialidad es ineludible y no admite excepciones. No obstante, resulta ser un agravante para nuestro notariado que al ejercer esa función pública también percibimos nuestros honorarios de parte del cliente que requiere nuestros servicios. Esta situación puede crear una relación de empatía o de presión psicológica, al menos, entre ese cliente y el notario, pues el que paga, exige, y el notario pudiera verse, o sentirse, como obligado hacia este que le está pagando sus honorarios. Repito, pudiera darse esta relación psicológica. El hecho de que en la práctica este estímulo no prevalezca, no quiere decir que no exista o

1 Bernardo Pérez Fernández del Castillo: *Ética Notarial*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1985, p. 53

no esté presente. Lo que esto pudiera significar es que nuestro notariado ha sabido resistir esta tentación de servir a quien nos paga, exaltando por encima de todo, nuestra responsabilidad hacia la ley y la fe pública de la cual hemos sido investidos por el Estado.

La función notarial

El notario puertorriqueño ejerce una función pública –y a diferencia de otros funcionarios– la situación del notario es única por su estrecho contacto con las personas, por su intervención a fondo en la formación de las diferentes relaciones jurídicas y por la obligación de permanecer imparcial ante los intereses de los comparecientes. El notario debe asesorar a las partes y recoger su voluntad o sus manifestaciones. Los otorgantes por su parte, esperan que sea el notario quien les solucione los problemas que se puedan presentar en el otorgamiento. Y ante esta situación, el notario tendrá que armonizar los actos que sean jurídicamente lícitos, con el posible perjuicio que estos pudieran causar a alguna de las partes. Quiere decir, que ante los otorgantes tiene que informar, explicar las situaciones existentes, advertirles las posibles consecuencias, aconsejar lo que estime más justo o más adecuado a los fines que se persiguen y a sus intereses. Pero una vez hecho esto, tiene que respetar la voluntad de las partes y limitarse a recogerla fielmente y con su conocimiento jurídico, escoger la forma instrumental más adecuada. Solo podrá negar su intervención cuando la solución a los problemas que se le presenten infrinja la ley, la moral o el orden público.

Entre la redacción del instrumento, en que el notario recoge la voluntad de las partes y el otorgamiento y la autorización del mismo, el notario tiene que cumplir con unas exigencias que le imponen la ley y el reglamento notarial para ejercer adecuadamente su función. A ese fin, el notario puertorriqueño es asesor y tiene el deber de ilustrar e informar, por lo que no es un mero autómatas legalizador de firmas, como ya ha señalado la jurisprudencia.² Sabemos que su deber es ilustrar y dar consejo legal a las partes.

El deber de información

Tomando ese como principio fundamental de la actividad notarial, nuestra legislación y reglamentación exigen como parte integral del proceso de

2 *In Re Meléndez Pérez*, 104 DPR 770.

confección y elaboración del instrumento público, que el notario haga las reservas y advertencias legales pertinentes a los otorgantes. Pero antes, tenemos que distinguir entre lo que se denomina **reserva** y **advertencia**. Ambas constituyen un requisito formal para el notario que acredita el cumplimiento del deber de recordar a los otorgantes las obligaciones legales que están asumiendo como consecuencia del negocio jurídico que realizan. Obviamente, se supone que al aceptar y firmar el documento en que constan las reservas y advertencias hechas por el notario, además de las hechas verbalmente, los otorgantes reconocen que han quedado enterados de las mismas.

En el caso de las llamadas reservas, los tratadistas españoles³ señalan que todas son advertencias, pero que se trata en especial de prevenciones que hace el notario sobre derechos específicos. Por ejemplo, reserva de usufructo o nuda propiedad del que enajena, o de los intereses privados de los contratantes, o de terceros ajenos al contrato. Cuando se trata de estas reservas de derechos establecidas por la ley, la obligación del notario es jurídica pues está obligado a hacerlas. Pueden incluirse en este grupo las reservas hereditarias, los retractos, las advertencias de hipotecas legales tácitas a favor del Estado, o del Municipio, o de persona particular. También existe la advertencia de deberes, tales como la presentación de documento a los registros, liquidaciones de impuestos y todas aquellas que tienen como fin la tutela de intereses de los otorgantes, para evitar sanciones fiscales, o recordarles las diligencias necesarias que tienen que hacer para lograr la eficacia de sus negocios. En la mayoría de los casos, los otorgantes desconocen las limitaciones legales, pero sabemos que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento. Por tanto, compete al notario explicar las consecuencias legales del negocio jurídico, así como los deberes que la ley impone. Podemos incluir disposiciones tales como las que controlan los regímenes patrimoniales, las que limitan la posibilidad de testar, las cargas fiscales y tantas otras disposiciones civiles y administrativas que van reduciendo los derechos en general y los derechos reales en particular.

Dice Giménez Arnau⁴ que desde el principio de las reglamentaciones para redactar instrumentos públicos se exigía que se consignaran las reservas y advertencias, pero como estas se han ido multiplicando, han ido alargando demasiado el documento. Por eso se optó por dejar constancia de que se habían hecho las advertencias de palabra a los otorgantes. De ahí que se

3 Enrique Giménez-Arnau: *Derecho Notarial*, Ed. Universidad de Navarra, 1976, pp. 656 y siguientes.

4 Enrique Giménez-Arnau: *Ob. cit.*, pp. 661-662.

dispusiera que no obstante, el notario consignará aquellas que a su juicio considere importantes.

Advertencias según nuestra ley

Examinando nuestra Ley Notarial vigente, vemos que dispone en su Artículo 15 (f) que el notario deberá hacerle “de palabra a los otorgantes en el acto del otorgamiento las reservas y advertencias legales pertinentes. No obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que por su importancia deban, **a juicio prudente del notario**, detallarse expresamente”.⁵ Esta disposición fue traída de la reglamentación española⁶ y afortunadamente, al disponer que se consignarán las advertencias “a juicio prudente del notario”, permite cierta flexibilidad dentro de lo que cada notario en particular entiende que debe o no consignar en el documento.

Esto, naturalmente, sin faltar a su obligación de cerciorarse del “estado de conciencia informada supliendo las explicaciones, aclaraciones y advertencias en todo caso en que hagan falta para lograr el consentimiento enterado de los otorgantes al acto notarial”.⁷

¿Y de dónde, podemos preguntar, se sacan esas advertencias que vamos a incluir en la escritura? Hasta ahora habíamos contestado que el derecho sustantivo provee las aclaraciones, condiciones y consecuencias de cada negocio jurídico. Además, porque el notario es conocedor del Derecho puede y tiene que ilustrar. De ahí que “como profesional del Derecho es deber del notario conocer las leyes, la doctrina, las costumbres y la jurisprudencia”.⁸ Esto también incluye conocer la práctica notarial vigente, según ha sido modificada por las mismas leyes y la jurisprudencia. No cabe duda de que estas explicaciones y consecuencias legales del acto son las advertencias que la ley quiere que el notario haga para que no se convierta en un mero observador de lo que sucede en su presencia. Pero por muchos años esta obligación quedaba consignada en la escritura meramente con el

5 Artículo 15 g), 4 LPRA 2033

6 “Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario”. Reglamento Notarial español, Artículo 194.

7 *In Re Meléndez Pérez, supra.*

8 *In Re Feliciano*, 115 DPR 172 (1984).

estribillo “les hice a las partes las advertencias legales pertinentes”. Luego con la nueva ley notarial,⁹ se añadía aquello del “juicio prudente” del notario para dejar consignada por escrito alguna advertencia especial. Poco a poco fuimos observando cómo se fue estructurando una lista de advertencias con el fin de salvaguardar la responsabilidad del notario, no tan solo frente a los otorgantes sino también frente al Estado. Así por ejemplo, en los casos normativos *Chévere Colón v. Cátala*,¹⁰ *In Re Amedée López*,¹¹ *In Re Ramos Meléndez*¹² y otros, el Tribunal Supremo estableció por interpretación jurisprudencial que ya no resulta discrecional del notario advertir sobre la necesidad del estudio de título y la investigación de los antecedentes del inmueble, sino que además deberá dejarlo así consignado en la escritura. De tal manera ha ido aumentando la cantidad de advertencias posibles, que ya un notario responsable no se atreve a utilizar su “**juicio prudente**” cuando va a dejar advertencias escritas por temor a fallar en su discreción o a que le indiquen posteriormente que: “debió haber incluido esto”. Por lo tanto, no utiliza su discreción. El precio es muy alto.

Los de ustedes, que me han seguido antes en estos menesteres, saben que siempre estuve en contra de una “tablita” de advertencias para dejar consignadas en las escrituras y saben también que los notarios pedían esto con insistencia. Mi respuesta fue la misma. Para qué una “tablita” de advertencias si la ley dice que es a juicio prudente del notario. Más aún, si el Derecho sustantivo provee las particularidades de cada negocio jurídico, mejor vamos a la ley y de ahí sacamos las advertencias que creamos importantes, sin tener que establecer unas específicas. La razón para esta manera de pensar siempre fue proteger la **discreción** del notario, reforzar esa flexibilidad que nos da la misma ley de usar nuestra discreción. Se trata pues, de cuáles dejar consignadas por escrito en la escritura. Era mejor saber que para un notario alguna advertencia podía resultar importante según su juicio, pero no necesariamente para otro. En eso consiste la discreción de un notario en cuanto a este aspecto se refiere. Sin embargo, según el estado actual del Derecho, ya esa discreción se ha perdido en su mayor parte y ahora tenemos que estar muy alertas y bien claros en nuestra obligación de conocer cuáles advertencias tenemos –no tan solo que advertir a las partes verbalmente– sino también dejarlas consignadas en el documento.

9 Ley No. 75, de 2 julio de 1987, 4 LPRA, 2001 y ss.

10 115 DPR 432 (1984).

11 192 JTS 86.

12 120 DPR796 (1988).

Nuevas advertencias

Cada vez más la legislación especial y los reglamentos administrativos se han encargado de “recargar” la labor notarial con más advertencias que hay que dejar consignadas en la escritura. Así, ARPE tiene el Reglamento de Multas Administrativas¹³ en que se hace constar que se establecerá un registro de multas administrativas para que cualquier interesado pueda examinar si existen o no gravámenes reales sobre un inmueble que pasarán posteriormente al Registro de la Propiedad gravándolo. También las leyes fiscales disponen sobre advertencias contributivas y trámites ante el CRIM; por otro lado, están las disposiciones sobre zonas inundables que obligan a advertir al adquirente de propiedad inmueble;¹⁴ las advertencias sobre propiedad contaminada establecidas por leyes federales de aplicación local;¹⁵ la obligación de retención de 20% (o en su caso, el 25%) del precio de venta de una propiedad inmueble en Puerto Rico perteneciente a persona no residente;¹⁶ y otras directrices que imponen la obligación al notario de dejar consignadas estas advertencias por su importancia y complejidad. Créanme, la lista no es exhaustiva. Pueden examinar los modelos de advertencias que se han circulado. Solo he mencionado algunas disposiciones más conocidas.

Con la reciente legislación del 7 de agosto de 1998¹⁷ se añade un inciso g) al mencionado Artículo 15 de la Ley Notarial vigente. Este nuevo inciso establece un mandato al notario para que específicamente deje consignado en la escritura de compraventa de porción abstracta e indefinida, una advertencia específica sobre los efectos legales de la comunidad de bienes. Además, tiene que advertirse y dejarse consignado que el comunero adquirente no podrá efectuar negocio alguno con esa cuota para definirla sin el correspondiente permiso de las agencias reguladoras y si lo hace, podría constituir un delito grave.

¿Por qué esta advertencia en específico para este tipo de compraventa y no tantas otras que surgen de diferentes negocios jurídicos o de leyes especiales? ¿Por qué el legislador ha creído conveniente enmendar la ley notarial para incluir esta advertencia en especial y no otras? ¿Por qué enmendar la Ley Notarial y no las leyes relativas a planificación? Algunos opi-

13 13 de noviembre de 1991, Sección 5.00-Gravamen real; sección 5.02, Registro de gravámenes.

14 23 LPRA, 225 g), Ley No. 11 de 8 de mayo de 1988.

15 42 USC 9601 y ss.

16 Código de Rentas Internas de PR, 13 LPRA 1147 g), 1994, según enmendado por Ley 145, de 19 de julio de 1998.

17 Ley 194, 4 LPRA 2033 g).

nan que la razón es porque se ha constituido la posibilidad de un delito grave del cual hay que advertir al adquirente. Pero la exposición de motivos de dicha ley expresa que “la presente medida proveerá mecanismos para que los otorgantes de escrituras... realicen el negocio jurídico con la conciencia ilustrada, concientes de las consecuencias legales y los derechos que le asisten”.¹⁸ ¿Y qué pasó con la doctrina jurisprudencial que como hemos visto, está vigente desde hace muchos años sobre el deber del notario de ilustrar y aconsejar? Parece que no basta. Parece que el legislador entiende que si no está expresamente en la ley, el notario no va a cumplir, o quizás, que la interpretación jurisprudencial no es suficiente.

La discreción del juicio prudente

Lo que sí debe estar claro para nosotros los notarios, es que la flexibilidad que dispone el Artículo 15 f) anteriormente citado, cada vez más deja de existir y actualmente no hay tal “**juicio prudente del notario**” sino la “tablita” de advertencias, que poco a poco está suplantándolo y haciéndose obligatoria. En otras palabras, estas advertencias son reservas legales impuestas por el Estado y no tenemos ninguna discreción en consignarlas o no. Estamos obligados a hacerlo así.

Entiendo que sería desacertado seguir enmendando la ley notarial para continuar añadiendo advertencias obligatorias, pues sería el cuento de nunca acabar en una sociedad tan compleja como la nuestra. Es imposible cubrirlo todo y que todo resulte obligatorio. Sería una labor monumental. Por eso la disposición del Artículo 15 f) sobre “**juicio prudente del notario**” tiene que prevalecer. No podemos permitir que caigamos en el otro extremo, cual sería copiar una lista de advertencias obligatorias por demás, por aquello de cumplir, sin que los otorgantes tengan el beneficio real de una explicación informada de parte del notario. Esto sería cumplir *proforma*, copiar advertencias en la escritura para librarnos de responsabilidad, pero, ¿se estaría ilustrando, orientando, explicando debidamente? Así, con tantas diversas y complicadas advertencias específicas, nunca se sabría si realmente se hizo o no.

De una hojeada a las diferentes advertencias generales y específicas que ya se circulan y son conocidas, acumuladas en estos últimos años en la práctica notarial vigente, podemos inmediatamente concluir que la tarea del notario se hace más ardua y delicada cada vez. Como dijimos, resulta obli-

18 *Supra*, Exposición de motivos.

gatorio que incluyamos estas advertencias en las escrituras puesto que ya no se trata del “juicio prudente del notario”, sino del imperativo legal. ¿Qué nos lleva a pensar así? Tan pronto examinemos la cantidad de advertencias que hoy día como notarios debemos hacer, nos daremos cuenta que nuestra responsabilidad notarial también aumenta cada vez más.

Como consecuencia de ello, el notario que expone su responsabilidad personal y profesional cada vez que autoriza una escritura, no quiere asumir el riesgo posible y prefiere hacer advertencias de más que de menos. Tenemos que entender que esto es completamente natural y previsible. Bien lo dice el reglamento español, lo hace para salvaguardar su responsabilidad como notario. Sin embargo, es importante señalar aquí que estos deberes del notario tienen un carácter de orden legal y reglamentario, pero su infracción no constituye defecto alguno que afecte la validez del instrumento público. Según Giménez-Arnau,¹⁹ la infracción a estos deberes dará lugar solamente a la responsabilidad disciplinaria.

Entonces, ¿qué responsabilidad asume el notario? Sabemos que en la esfera ética profesional es un deber del notario cumplir fielmente con su función, dando las explicaciones e informaciones necesarias para la formalización correcta del negocio jurídico entre las partes. Con respecto a las reservas de derechos, se convierten en obligaciones jurídicas para el notario pues la ley lo obliga a hacerlas. Todas estas advertencias tienen por finalidad la protección de los intereses de los afectados. En todo caso, entiendo que si por deficiencia en las explicaciones de las reservas y advertencias legales en la escritura los otorgantes demostraran que se vieron perjudicados, la responsabilidad del notario estaría limitada a la responsabilidad civil extracontractual. Como expresó el Tribunal Supremo en el caso de *Chévere Colón v. Cátala*,²⁰ “[...] es preciso adoptar como criterio general la responsabilidad de origen extracontractual siempre que la labor del notario se haya limitado a la esfera de sus deberes como funcionario; quien pretenda que la responsabilidad es de otra naturaleza tiene la carga de probar la existencia de un contrato de tipo determinado”. Y en cuanto a las inspecciones del Protocolo, ¿se señalaría como defecto que no se hicieron constar por escrito estas reservas y advertencias? ¿Podrían entrar los inspectores en este aspecto al calificar la escritura? Y si así lo hicieran, ¿en dónde queda aquello del “**juicio prudente del notario**”? El Tribunal Supremo dispuso en *Rivera v. Betancourt*,²¹ que “La función del Inspector de Protocolo autorizada por el

19 *Ob. cit.*, pp. 655-657.

20 *Supra*.

21 111 D.P.R. 147, (1981).

Artículo 38 de la Ley Notarial no se equipara a la facultad de calificación de títulos que tiene el Registrador de la Propiedad. La inspección del Protocolo se ciñe fundamentalmente a la forma y manera en que lo lleva el notario; y si bien la ley instruye al Inspector constatar la observancia por el notario de las disposiciones de la Ley Notarial ‘o de cualquier otra ley de Puerto Rico’ incluyendo las de arancel, su intervención en este campo es de prudente iniciativa, sin adentrarse en el área del derecho sustantivo y menos aún asumir función interpretativa o declarativa del Derecho”. También el caso *Soto Bernier v. Rivera Cestero*²² aclaró que las disposiciones (legales) por “cuyo cumplimiento el Inspector debe velar serán aquellas que se relacionan en forma y solemnidad con la función notarial y no con claros preceptos del derecho sustantivo”. Esta interpretación está vigente. El ámbito de inspección del Protocolo resulta ser sobre defectos formales del instrumento y por tanto, el cumplimiento de aquellas leyes que impongan al notario el cumplimiento de disposiciones formales. Así, en la escritura se consignará el haberle hecho de palabra a los comparecientes al acto del otorgamiento, las advertencias legales pertinentes. Pero esto no debe incluir si el notario consignó o no **por escrito** determinadas advertencias específicas. Vale su juicio prudente. Sin embargo, actualmente en una escritura de compraventa en la cual se efectúe un negocio jurídico sobre una porción abstracta e indefinida en *pro-indiviso* en un terreno, el notario tendrá que advertirle a los otorgantes los efectos legales de la comunidad de bienes y además la advertencia específica que ya hemos reseñado al comienzo de este escrito. Esto, por razón de la enmienda que incorpora esta advertencia a la Ley Notarial²³ recargando así nuestra labor como notarios y la de los inspectores. Independientemente de las ventajas o desventajas que esto pudiera propiciar, me adelanto a opinar que el catálogo de advertencias compulsorias que hoy tenemos no garantizan la buena práctica notarial. Por el contrario, opino que disminuyen la fe pública de la que estamos investidos por el Estado al fiscalizarse y controlarse cada vez más nuestra encomienda. Mejor resultado se lograría fortaleciendo cada vez más la educación jurídica compulsoria para el notario, incluso mediante legislación al efecto.

Conclusiones

Resumiendo, podemos concluir que nunca antes la función notarial ha sido más exigente y más fiscalizada que en estos momentos. Una razón po-

22 106 D. P.R. 35 (1977).

23 Artículo 15 g).

dría ser el gran número de notarios puertorriqueños ejerciendo actualmente en esta compleja sociedad. Pero nunca antes se ha exigido tanto del notariado puertorriqueño, ni tampoco nunca antes se ha visto tan amenazado por corrientes contrarias al notariado latino. Sea cual fuere la causa o la razón de esta situación, el momento exige que adoptemos una actitud de profunda seriedad y respeto a nuestra encomienda para ejercerla con excelencia. El deber de ilustración, que incluye la responsabilidad del notario de advertir y explicar a las partes dentro de un marco de absoluta imparcialidad, cala hasta lo más hondo de la esencia de nuestra función. Tiene como fundamento el profundo respeto a la verdad, a la libertad de las partes y a la variedad de opiniones y puntos de vista de otros, pues el notario no rige la conducta ajena. Pero también esto implica la necesidad de su colaboración para armonizar los intereses encontrados tratando de igualar las condiciones y las oportunidades entre el débil y el poderoso, entre el educado y el ignorante y entre el demasiado hábil y el demasiado confiado. Esta obligación constituye sin lugar a dudas, lo más esencial de la labor de imparcialidad del notario.

Neri,²⁴ en su reputada obra ha dicho que, “El primer deber del notario consigo mismo es el sentimiento del decoro profesional, de la propia dignidad y de la importancia de su ministerio”. Por eso no cabe duda alguna que nuestro notariado de estirpe latina tiene que guardar celosamente esta encomienda que nos ha distinguido por siglos y pasarla adelante más fortalecida a las generaciones venideras.

24 *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, t. 4, Ed. De Palma, 1971, p. 95.

Algunas consideraciones técnicas acerca de la copropiedad de bienes y derechos de origen voluntario

La Dirección se pronunció en el año 2009, mediante su Dictamen No. 2, acerca de la figura de la copropiedad, con breve referencia a su tratamiento en la doctrina y en el Código Civil patrio, los supuestos de copropiedad por cuotas o de mano común; la clasificación de la primera atendiendo a diferentes criterios y en torno a ella la distinción jurídica de los conceptos división, extinción, disolución y liquidación.

Reiteramos que a decir de Puig Brutau¹ *la comunidad existe cuando un derecho corresponde en común a varios sujetos*, dicha comunidad puede ser *singular* o *universal*, según recaiga sobre derechos determinados o sobre un patrimonio; *convencional* o *incidental*, según que los **partícipes la hayan constituido voluntariamente** o haya surgido por efecto o derivación de otro hecho o acto jurídico (ej. sucesión hereditaria, unificación de inmuebles, accesión mobiliaria, con mixtión, unión o mezcla); también se habla de comunidad *ordinaria* y *forzosa*, de carácter excepcional y excluyente de la libre división.

La Ley No. 59/1987, de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba, dedica el Capítulo III del Título II, Libro Segundo, Artículo 161 a la definición general de copropiedad y los siguientes, del 162 al 168, ambos inclusive, a la copropiedad por cuotas y solo el Artículo 169 trata la copropiedad en común con especial remisión a las disposiciones del Código de Familia al surgir de la comunidad matrimonial de bienes, en concordancia con los artículos del 29 al 42, del último cuerpo legal citado.

La aludida norma regula que la propiedad de un mismo bien que no está materialmente dividido puede pertenecer a varias personas, por cuotas o en común. La primera tiene carácter voluntario por su origen, nace de la voluntad de las partes y es llamada copropiedad romana o por cuotas y la segunda se rige y nace por mandato legal regulador de la comunidad matrimonial de bienes y se le conoce como comunidad en mano común o germánica.

1 José Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, v. II, 3ª ed., Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, pp. 7 y ss.

La que nos interesa en las presentes consideraciones, es la *copropiedad por cuotas o romana*, en ella los cotitulares están unidos por la unidad de la cosa en la que tienen una participación patrimonial; lo esencial aquí es la unidad del objeto frente a una pluralidad de sujetos que ostentan una sola titularidad y un solo derecho, es por ello que los titulares pueden individualmente disponer de su parte.

Ahora bien, partiendo de que el origen de la copropiedad por cuotas puede ser **convencional o voluntario**, nada impide que un único titular bajo el manto del principio de la autonomía de la voluntad y del *ius disponendi*, pacte con otra u otras personas, la enajenación parcial² de su derecho o de una parte de su dominio individual, mediante cesión a título gratuito u oneroso, previo fraccionamiento del valor del bien indiviso; lo que encuentra su apoyatura legal en los artículos 49.1, 51, 52, 156, 157, 161 y 162.1, y del 308 al 315, todos del Código Civil; estamos hablando de fragmentar el valor del bien y la transmisión de **una parte**³ de él, de una cuota expresada en quebrado o por ciento; lo que da lugar al nacimiento de una situación de cotitularidad o copropiedad;⁴ y no de la división material o física del bien en cuestión que otra cosa sería,⁵ pues para que se mantenga la copropiedad, la cosa o el bien deben conservar el estado de indivisión.

No existe en la praxis⁶ de las últimas décadas del siglo pasado, ni en la primera de este, referencia sobre estos actos debido quizás a las limitaciones y prohibiciones que con respecto a la vivienda –circunscribiéndonos a los bienes inmuebles,⁷ cuya transmisión se formaliza en escritura públi-

2 Si no existen limitaciones o prohibiciones para disponer sobre el todo no tiene sentido que no pueda hacerse sobre una cuota ideal.

3 No del todo.

4 La pluralidad de sujetos es una característica que distingue a la copropiedad en una misma relación jurídica y esta complejidad subjetiva –existencia de varios sujetos– puede existir inicialmente, desde un principio, o sobrevenir, de manera que puede ser originaria o derivativa.

5 No todos los bienes son susceptibles de división.

6 Sí en la práctica española, cuyo origen se remonta al siglo XIX en que se aprueba la Ley de 1850, mediante la cual las administraciones Municipales subastaban predios, los que se adquirían en remate por los vecinos de mayor poder adquisitivo y posteriormente mediante escritura pública, con la aprobación de sus esposas, los propietarios pro-indivisos, fraccionaban la titularidad de estas fincas en porciones ligadas entre sí y vendían al resto de los vecinos el derecho de propiedad sobre esta fracción idealmente trazada, reservándose para ellos una cuota, configurándose un condominio al amparo del Código Civil; ello implicaba el disfrute y goce de la cosa común conjuntamente con los demás condueños en la extensión derivada de la cuota-parte atribuida a cada uno de ellos.

7 Igualmente puede recaer sobre bienes muebles.

ca— había impuesto la legislación especial vigente en materia inmobiliaria, lo cual no justifica su desuso porque se trata de la enajenación parcial de un derecho encapsulado en la medida de la participación o cuota,⁸ y no de la totalidad del dominio sobre el bien.

El Decreto-Ley No. 288, de 28 de octubre de 2011, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda”, surge sobre la base de la necesidad de contribuir a la solución del problema habitacional en el país, eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones en los actos de transmisión de la propiedad de la vivienda, **a los efectos de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de sus propietarios.**

En relación con el *nomen iuris* del instrumento público que contenga estos actos, somos del criterio que de tratarse de una cesión gratuita, su calificación sería: “Cesión gratuita de cuota o participación⁹ y constitución de copropiedad por cuotas”; de ser onerosa igual denominación colocándose la terminología de cesión onerosa en lugar de gratuita; narrándose en la escritura pública después que se describa la cosa o el bien, la forma en que se fracciona el valor, expresándose la medida de la cuota o participación que se transmite, la que se reserva el titular original, y como todo negocio jurídico el acuerdo de voluntades¹⁰ de todos los requirentes, y la prestación de su consentimiento cristalizado en el otorgamiento.

A la luz de los cambios legislativos operados en la actualidad, los actos aquí tratados, pudieran ser aplicables y eficaces, previo asesoramiento de su alcance y consecuencias jurídicas, para resolver, por situar dos ejemplos, sin agotar las posibilidades de su aplicabilidad con respecto a otros bienes, a aquellos casos en que:

Proteger a los convivientes, especialmente a los mencionados en el Artículo 65 de la LGV, compartiendo la titularidad, previo a su transmisión por compraventa, de manera que se le garantice liquidez a los efectos de adquirir un inmueble en propiedad. En este segundo supuesto se estaría resolviendo un problema habitacional liberándose de toda intervención al Estado.

La vivienda de residencia permanente no pueda ser dividida materialmente¹¹ por existir restricciones urbanísticas que lo impidan o no tener las condiciones técnico constructivas para el acto de división, y su titular desea favorecer a un conviviente o a un familiar compartiendo su dominio.

8 El derecho de propiedad se reparte entre varios partícipes, asignando a cada uno de estos una cuota o fracción determinada.

9 Precede, según la lógica, la fragmentación del valor y la cesión de la cuota, antes de que se constituya la copropiedad.

10 De tratarse una venta, se pacta el precio y la forma de pago.

11 Cfr. Artículo 73 de la LGV.

Es criterio de la ponente que como requisito de legitimación para este acto en particular no se exija la inscripción previa en el Registro de la Propiedad porque no se enajena la vivienda como un todo, si bien nada obsta, que una vez formalizado el acto se advierta a los otorgantes de su inscripción en este registro y estamos contestes a que el notario autorizante del acto sí debe ser el que tenga su sede en el lugar donde se encuentre ubicado el inmueble.

Permitida la transmisión inter vivos de la propiedad de la vivienda de los particulares, libre de trabas burocráticas y prohibiciones, queda que los operadores del derecho, con la profesionalidad, apego a la ley y ética que los caracteriza, profundicen en el estudio, aplicando la norma tal cual, sin más cortapisas¹² o requerimientos que los que la propia ley sancione.

12 En modo alguno esta propuesta cabe para encubrir compraventas de viviendas en las que medie el pago aplazado del precio pactado; la norma vigente es clara y precisa al regular la forma de pago en este contrato entre particulares mediante la provisión de fondos en la sucursal bancaria y la entrega del cheque de gerencia del comprador al vendedor en presencia del notario, al momento de la formalización del mismo. El fedatario público debe estar alerta y prevenir posibles simulaciones en este sentido, a través del asesoramiento oportuno.

ÚLTIMOS TÍTULOS ADQUIRIDOS EN LA FERIA INTERNACIONAL DEL LIBRO DE LA HABANA/2013

Téc. Yainett Mauro Romero
Centro de Información Jurídica. MINJUS

- CAÑIZARESÁBELEDO, DIEGO FERNANDO: *Derecho Comercial*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2012.
- Colectivo de Autores: *Derecho Ambiental Cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
- _____ : *Derecho penal especial*, t. 3, Editorial Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 2009.
- _____ : *Derecho y Medio Ambiente*, Editorial Pablo de la Torriente Brau, 2012.
- _____ : *Temas de Criminalística*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
- Comisión de educación: *10 preguntas para hablar de derecho con las niñas y niños*, Publicaciones Acuario, La Habana, 2012.
- FERNÁNDEZ PEISO, AVELINO: *La cooperativa. Bases para su legislación en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2012.
- FUENTES ÁVILA, MARA: *Mediación en la solución de conflictos*, Publicaciones Acuario, s/a, La Habana.
- GONZÁLEZ PAGÉS, JULIO CÉSAR: *Macho varón masculino*, Editorial de la mujer, La Habana, 2010.
- _____ : *Por andar vestida de hombre*, Editorial de la mujer, La Habana, 2012.
- HERNÁNDEZ, ALMA D.: *Consultoría en organizaciones. Experiencia y aprendizajes*, Universidad de La Habana, s/a, La Habana.
- MANTECÓN RAMOS, ARIEL: *Abogacía 2012*, 4t., Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2012.
- _____ : *Ley de procedimiento civil, administrativo y económico*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2012.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO: *Derecho Notaria*, 2t., Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- PÉREZ GONZÁLEZ, ERNESTO: *Derecho Penal y Criminología*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2010.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, IVONNE: *Las medidas cautelares una valiosa herramienta procesal*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2012.

- PICARD, CHERLI: *Mediación y conflictos interpersonales y de pequeños grupos*, Publicaciones Acuario, La Habana, 2007.
- RIVERO GARCÍA, DANILO: *Código Penal*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2009.
- TAMAYO TORRES, IRMA ALICIA: *Ley 263 "Del contrato de seguro*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2012.
- VELAZCO MUGARRA, MIRIAM P.: *Acerca del derecho urbanístico*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2011.
- VILA NOVA, LIZETTE MARÍA: *Ley Tributaria*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2013.

Este título fue impreso en la Editorial «My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz»
en el mes de septiembre de 2013
«Año 55 de la Revolución»

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA

La *Revista Jurídica* es una publicación semestral que edita el Ministerio de Justicia, se encuentra inscrita en el Registro de Publicaciones Seriadas, tanto en papel como en formato digital. Se aceptan trabajos relacionados con el Derecho o disciplinas afines, tanto de autores cubanos como extranjeros.

Los temas a tratar pueden ser de carácter jurídico, metodológico, sociológico, psicológico, político, pedagógico, entre otros; se pueden integrar, además, eclécticos, multidisciplinarios, etc. Los que serán sometidos al juicio del Comité Editorial que decidirá su aceptación, o no. Siempre se valorará el consentimiento del autor si hubiera que hacer alguna sugerencia o cambio.

Se aceptan trabajos inéditos, es decir, no publicados anteriormente, pero la Revista puede considerar excepciones según la importancia del tema.

- La extensión de los trabajos estará en un rango de 10 a 20 cuartillas, escritas a espacio y medio, en Times New Roman 12 puntos. (Solo en caso excepcional y según criterio del Comité de redacción se admitirán trabajos de otra extensión.)
- Junto al artículo se entregarán un resumen con una extensión no mayor de una cuartilla y una síntesis curricular del autor que contenga los siguientes datos: Nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, categoría docente, científica, grado académico que ostenta, institución laboral, labor que desempeña actualmente y últimas publicaciones.
- Deberán enviarse dos copias del trabajo en soporte papel carta (8,5 x 11), acompañadas de una copia digital en formato Word.
- Podrán incluirse fotografías o sus reproducciones, siempre que sean ilustrativas y necesarias para el texto y con la debida calidad de publicación (en formato jpg y 300 ppp de resolución).
- Las tablas y gráficos deberán estar trabajados, con título y fuentes(s).
- Las notas deben aparecer debidamente numeradas al pie de las páginas. Las referencias bibliográficas se incorporan en el mismo texto, ej. (Audivert, 2000,25-29).
- La bibliografía al final del artículo. Debe aparecer de forma obligatoria y se ordenará alfabéticamente según el apellido de los autores.
- Todas las referencias aparecerán en la bibliografía de acuerdo con el siguiente asiento bibliográfico.

Libro: Apellido(s), Nombre(s) y Nombre(s) y Apellido(s) para los segundos autores, compiladores o editores del libro. Título en cursiva. Lugar de publicación: editorial, año de publicación, páginas.

Artículo de un libro: Apellido(s), Nombre(s). Título del artículo entre comillas. En: apellido, nombre del autor del libro. Título del libro en cursiva. Lugar de publicación: editorial, año, páginas.

Artículos de revistas: Apellido(s), Nombre(s). Título entrecorillado. Nombre de la revista en cursiva. Lugar de publicación, volumen (número): páginas, mes, año.

Documento en línea: Apellidos, Nombres. Título del documento en cursiva. Consultado: mes, día, año, de <http://www.direcciónelectrónica.com>.

Los autores deberán indicar su dirección postal completa, su teléfono y si disponen de fax y/o correo electrónico, debido a que por alguna de estas vías recibirán respuesta, en el plazo de un mes, como acuse de recibo de su trabajo y en tres meses para informarles la aceptación, o no, de la publicación de este. Tan pronto le sea comunicada la aceptación del trabajo, los autores entregarán una foto personal tipo carné, pasaporte o similar.