

REVISTA JURÍDICA

Ministerio de Justicia

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTA

MSc. Ana E. Audivert Coello

SECRETARIA

Lic. Diana B. Melero Pérez

COMITÉ ACADÉMICO ASESOR

Dr. Renén Quirós Pérez

Dr. Diego F. Cañizares Abeledo

Dr. Jorge Bodes Torres

MSc. Miriam García Mariño

MSc. Olga Lidia Pérez Díaz

MSc. Claudio Ramos Borrego

MSc. Antonio I. Ybarra Suárez

MSc. José Candia Ferreira

Lic. Marta Estela Surí Pereda

Lic. Yuris Sam Rodríguez Aroche

DISEÑO DE CUBIERTA

Yanier Santos Triana

CORRECCIÓN

Ramón Caballero Arbelo

COMPOSICIÓN DIGITAL

Yosney Fernández Pérez

COORDINADOR GENERAL

Lic. M. Luisa Pedroso Rodríguez

Publicación semestral del Ministerio de Justicia (MINJUS)

ISSN 0864-0831

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Calle O, No. 216 e/ 23 y 25, 2do. piso, Vedado, Habana 4, CP 10 400,
La Habana, Cuba

Teléfonos: (547) 838 3451 al 59, ext. 237; 248; 207 y 243

e-mail: anae@oc.minjus.cu

SUMARIO

ESTUDIOS

- La actuación notarial ante la nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables.....3
Rafael Roselló Manzano
- La subrogación por pago en el crédito hipotecario a la luz del Derecho cubano23
Pedro Luis Landestoy Méndez
- El contrato de arrendamiento de vivienda en el marco de la actualización del modelo socioeconómico en Cuba43
Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez y Yuri Pérez Martínez
- La intervención del notario en el proceso civil. Algunas reflexiones70
Teresa Delgado Vergara e Ivonne Pérez Gutiérrez
- ¿Cabe la “preterición” en los títulos sucesorios *ab intestato*?81
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
- La Deontología, soporte jurídico del notariado latino93
Lic. Dayron Lugo Denis, Lic. Luis Nicor Barrera Quesada y Esp. Arlene María Pérez Alemán

CLÁSICOS CUBANOS

- La relación jurídica civil. Su objeto107
Dr. Tirso Clemente

ARTÍCULO EXTRANJERO

- Las actas notariales.....118
Dra. Gloria Lecaro de Crespo

PÁGINAS DE JURISPRUDENCIA

- Consulta jurídica. Apuntes muy breves sobre la donación inoficiosa.....134
- Dictamen No. 8/2013. Notas marginales y certificaciones registrales.....136
Ponente: Esp. Olga Lidia Pérez Díaz

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- Legislación de contratos de obras y servicios públicos.....149
- Normas de Publicación de la *Revista Jurídica*150

LA ACTUACIÓN NOTARIAL ANTE LA NULIDAD DE LA COMPRAVENTA POR DESPROTECCIÓN A CONVIVIENTES VULNERABLES

Rafael Roselló Manzano

Profesor Auxiliar de Derecho Civil

Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.

Notario

Sumario

1. Introducción. 2. La cuestión enfocada desde la función social de la propiedad. 3. Los convivientes en la legislación revolucionaria. 4. Retos para la actuación notarial 4.1 ¿Quiénes son las personas cuya desprotección causa la nulidad del negocio? 4.2. ¿Es adecuada la solución de la nulidad? Posibles paliativos al rigor de la norma. 5. Las posibles soluciones en la vía notarial. 6. Consideraciones finales. Posibles consecuencias de la norma en la dinámica familiar en Cuba. Bibliografía.

1. Introducción

El recientemente aprobado Decreto Ley No. 288/2011, modificativo de la Ley General de la Vivienda, y por el que se nos permite a los cubanos disponer de nuestra vivienda de propiedad personal, supuso la adición al Artículo 70 de esta ley, de un apartado quinto en el que se obliga al notario a advertir de la responsabilidad que asume el vendedor, al disponer de la vivienda de su propiedad, respecto a sus convivientes. Esta responsabilidad tiene su efecto más concreto y sorprendente en la posibilidad de que determinadas personas que conviven con el titular, llamados “convivientes protegidos”, y que a partir de esta posibilidad creo que pueden ser rebautizados con alguna reminiscencia sucesoria “convivientes especialmente protegidos”, en tanto pueden demandar la nulidad del acto dispositivo que realiza el titular, ya sea compraventa, donación o permuta, si dicho acto “lo deja desprotegido”. Sobre esta extraña y, a mi juicio, exagerada posibilidad de determinados convivientes, que de hecho y de derecho funciona como una limitación al derecho de propiedad del titular, y sus implicaciones para el actuar del notario, versan las siguientes páginas.

2. La cuestión enfocada desde la función social de la propiedad

Lo primero que queda claro es que los tiempos en que el derecho de propiedad se concebía como ideal de libertad individualista y absoluto han cedido lugar en mayor o menor medida, desde Duguit, a ideas socializadoras que avanzan hacia la consagración constitucional y en las leyes ordinarias de lo que todos conocemos como “función social del derecho de propiedad”.

En Cuba, la idea de la función social de la propiedad encuentra singulares aplicaciones. Como advierte con agudeza Borda, “(e)n torno al derecho de las cosas gira la organización social y política de los pueblos, su estilo de vida, su filosofía”.¹ Las leyes, que como se sabe, responden a la voluntad política del grupo dominante, procuraron, a partir del triunfo de la Revolución en 1959, la socialización (o mejor, la estatización), de todos, absolutamente todos los medios de producción (y cuando digo todos, me refiero no solamente a un central azucarero o una refinería de petróleo, sino también, por ejemplo, a un pequeño negocio gastronómico). En ese contexto, no sorprende encontrar, en la vigente Ley General de la Vivienda, constantes referencias a la “*función social que debe cumplir la inversión en vivienda*” (Por Cuanto Segundo), y a la necesidad de “*fortalecer el control que el Estado debe ejercer sobre las operaciones alrededor de la vivienda, así como a definir la decisiva participación estatal en la solución del problema habitacional en el país*” (Por Cuanto Cuarto). Finalmente, el Por Cuanto Sexto, que cierra esta especie de exposición de motivos de la Ley, deja claro que “*La propiedad personal de la vivienda debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad en las condiciones concretas de construcción del socialismo en nuestro país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno después de abonar su precio, sin que en ningún caso puede el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni de explotación*”.

En aplicación de estas ideas, durante mucho tiempo que ya, felizmente, es pasado, se limitó hasta casi suprimir del todo, las posibilidades de disponer por negocios entre vivos, o incluso *mortis causa*, de la vivienda, sin duda, el bien máspreciado que integra el patrimonio de un grupo importante de los cubanos que fueron asentados con carácter de propietarios en condiciones muy ventajosas –todo hay que decirlo– por el proceso revolucionario. Por eso, y como se verá enseguida, muchos de los hoy propietarios lo son

1 Guillermo A. Borda: *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 16.

porque ayer ocuparon una vivienda, y su condición de convivientes fue clave para otorgarles la propiedad en su momento.

Analicemos hasta qué punto la cuestión que hoy comentamos tiene sus antecedentes en la legislación revolucionaria sobre la vivienda.

3. Los convivientes en la legislación revolucionaria

La historia de la legislación revolucionaria en materia inmobiliaria, que arranca con la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, es, en buena medida, muy favorable a los ocupantes de la vivienda, en detrimento de los propietarios e, incluso de los arrendatarios que subarrendaban. Los artículos 8 y 9 de aquella primera Ley, legitimaban para comprar el inmueble a quienes lo ocuparan, fuera en calidad de arrendatarios, subarrendatarios, o en general, cualquier otro concepto, siempre que la ocupación no fuera ilícita o delictiva, como regulaba el Artículo 10. Tanto era el derecho que la ocupación reportaba, que fue necesario que el entonces Consejo Superior de la Reforma Urbana aclarara, en un acuerdo, concretamente el No. 47 de 27 de diciembre de 1960, que los garages formaban “parte integrante e inseparable” de los inmuebles a los que pertenecían, porque más de una persona pretendió, al amparo de la Ley dictada, tener derecho a comprar los garages en los que tenía lugar “la guarda, parqueo o depósito” de sus automóviles, previo contrato con el dueño del local.

El exceso trajo consecuencias, como se puede apreciar en el acuerdo No. 113 de 24 de julio de 1962, del Consejo Superior de la Reforma Urbana, en donde se plantean textualmente las *“situaciones conflictivas planteadas por los ocupantes de un mismo inmueble”*, por lo que el propio Consejo observaba que la actitud de los convivientes se producía por las normas que consagraban por primera vez sus derechos, a diferencia de la legislación anterior. En aquel acuerdo se podía leer que *“es antisocial y representa una vulneración del empeño revolucionario la conducta asumida por aquellos convivientes que con posterioridad a la consagración de sus derechos y con el propósito de obtener beneficios más allá de los límites consagrados por la legislación y las disposiciones revolucionarias hacen insostenible la convivencia, perturbando el legítimo derecho de otros convivientes y haciendo impracticable la realización de la primera etapa de la Reforma Urbana”*. Contra aquellos convivientes conflictivos, el propio acuerdo decidió la pérdida del derecho a la vivienda que ocupaban, previa sustanciación de un expediente por la Oficina Municipal de la Reforma Urbana, sin perjuicio de las responsabilidades criminales que se derivaran de los hechos.

Ya en el Acuerdo No. 149 del 20 de marzo de 1966, del Consejo Superior de la Reforma Urbana, en su regla decimotercera, sobre la compraventa entre particulares, rezaba: *“las transmisiones de inmuebles destinados a vivienda solo serán aprobadas cuando los ocupantes del inmueble transmitido se reubiquen en condiciones adecuadas a sus necesidades...”*. Por cierto, el Acuerdo 149 mencionado, que trataba de solucionar el tema de la transmisión de la propiedad de inmuebles que todavía no habían sido pagados a la Reforma Urbana, complicó tanto los trámites, que fue menester dictar la Instrucción 7 de 22 de diciembre de 1966, con el propósito de *“flexibilizar las referidas medidas, a los fines de que las operaciones de permuta y de traspaso puedan realizarse con las mayores facilidades”*. Parece que el signo del Derecho inmobiliario patrio es aquel que vaticinó el Generalísimo Máximo Gómez: un constante ciclo que fluctúa entre el no llegar y el pasarse.²

Volviendo a los convivientes, en 1973, concretamente el 25 de junio, se hizo necesario dictar una Resolución, la RU-15, del Ministro de Justicia, reconociendo que una insuficiente delimitación de los diversos conceptos de disfrute de una vivienda han permitido, en ocasiones, que simples autorizaciones para permanecer en ella, fueran reconocidas como títulos idóneos de residencia permanente, a expensas de los propietarios. Como advierte la propia Resolución, esto tuvo un efecto social (casi nunca nos detenemos en esto, en los efectos sociales que tiene la norma, en la manera en que moldea la conducta de los individuos, y ¿cuál fue el efecto social en este caso?): *“que muchos ocupantes legales de viviendas, por temor a verse envueltos en conflictos y a perder en definitiva sus derechos, se abstengan de autorizar a permanecer en ellas a familiares o amigos, aun en las situaciones más apremiantes, lo que los ha hecho parecer egoístas y faltos de sentido solidario, en contradicción con la idiosincrasia de generosidad y desprendimiento de la generalidad de nuestro pueblo”*. Ello obligó a disponer, expresamente, que la autorización a título de liberalidad para permanecer en una vivienda no genera derecho alguno a su beneficiario, el cual tenía que abandonar el local cuando fuera requerido por el propietario con ese fin. En caso de negarse, el propietario podía acudir a las entonces Oficinas Regionales del Ministerio de Justicia, donde se sustanciaba un expediente, se oía a las partes, se presentaban pruebas y se dictaba una resolución. Nacían así, los ceses de convivencia, acotados enseguida por la Resolución RU-16, de la

2 El insigne dominicano Generalísimo Máximo Gómez Báez, conoció y amó profundamente a Cuba y a los cubanos, al punto de dedicar su vida a la causa de nuestra independencia. Caló con agudeza al pueblo que lo acogió en su seno, y se le atribuye la tan citada frase de “los cubanos, o no llegan, o se pasan”.

misma fecha que la anterior, que restringía el derecho a cesar en la convivencia a los ascendientes, descendientes, cónyuge, esté o no formalizado o reconocido judicialmente el matrimonio, ni a su ex cónyuge, cuando tenga también la condición de ocupante principal (propietario o usufructuario con ciertas condiciones, definidos en el apartado primero de la propia RU-16).

Bajo la Ley General de la Vivienda, en la forma en que rigió hasta noviembre de 2011, el hecho de habitar, de ocupar físicamente el inmueble, era un factor determinante en muchos casos, para su transmisión por causa de muerte (tanto en la sucesión testada como en la intestada), o por abandono definitivo del país del propietario. La protección de los convivientes, hasta hace muy poco, se producía en dos dimensiones: una dimensión que podríamos llamar activa, que contemplaba la posibilidad preferente de adquisición de la vivienda en los casos mencionados; y otra dimensión pasiva, que consistía en la imposibilidad de que el propietario pusiera fin a la convivencia de determinadas personas en su inmueble, como excepción a su facultad de determinar qué personas habitaban con él. La primera dimensión ha cambiado dramática y afortunadamente con el Decreto Ley 288, y los convivientes tienen derecho al inmueble solo en ausencia de herederos en caso de fallecimiento, y de un amplio grupo de parientes, en caso de salida definitiva del país del propietario. Es la última dimensión, la de la imposibilidad del propietario de cesar la convivencia de un grupo más o menos definido de personas en su inmueble, la que más nos interesa, porque perdura aún, y ha adquirido nuevas aristas, a saber, que las personas que se integran en este elenco merecedor de protección pueden, no siendo propietarios, demandar la nulidad de los actos de disposición entre vivos (compraventa, permuta y donación), que hubieran realizado los propietarios, y que traigan como consecuencia la desprotección de los primeros. El elenco de personas protegidas, que no coincide, como veremos enseguida, con el de legitimados para accionar a fin de que se declare la nulidad de los negocios dispositivos, se relaciona en el Artículo 65 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Vivienda.

Finalmente, algún antecedente de esta posibilidad se puede encontrar, dentro de la profusa legislación en materia administrativa que rige el tema en el país, en el Artículo 21 de la Resolución No. 12/2006 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, “Reglamento para las Permutas”, que ha sido recientemente modificado, reduciéndose considerablemente el alcance de sus normas y su ámbito de aplicación, para ponerlo a tono con la revolucionaria modificación que de la Ley General de la Vivienda realizó el mencionado Decreto Ley 288/2011. En el citado Artículo 21, inciso c), se regulaba que no era posible autorizar por el órgano administrativo las per-

mutas “que originen perjuicios a los convivientes a que se refiere el Artículo 65 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Vivienda”.

4. Retos para la actuación notarial

Pero nos parezca acertada, o no, la norma existe y genera retos y disyuntivas a la actuación notarial. Casi huelga decir que el notario es un profesional altamente calificado del que las partes esperan una asesoría completa para la consecución de sus fines, siempre que estos sean ajustados a Derecho. De ello se deriva la necesidad absoluta de una conducta diligente de acuerdo con la *lexartis*, so pena de incurrir en la responsabilidad civil y administrativa correspondiente, y cuando sea el caso (*ultima ratio*, que no *prima*), incluso, en la penal. En lo que hace a los actos traslativos del derecho de propiedad inmobiliaria, advertir la posible ineficacia del contrato por desprotección de convivientes es sin dudas un componente importante de dicha *lexartis*. Creo que en todos los instrumentos notariales contentivos de un acto de disposición sobre inmuebles existe una advertencia del género, y siendo coherentes con las reglas de redacción de dichos instrumentos no se puede aspirar a una formulación más amplia y detallada. No obstante, aunque sea de forma verbal, es bueno explicar, de forma sencilla, a los comparecientes tres cosas: a) la enumeración del elenco de convivientes protegidos (al menos los de las cuatro primeras plecas del Artículo 65), b) que la nulidad implica que no se producen efectos y c) las posibles formas para evitarla, explicaciones que son de todo menos pacíficas, como veremos enseguida.

4.1 ¿Quiénes son las personas cuya desprotección causa la nulidad del negocio?

Siempre es aconsejable que el vendedor declare, entre sus manifestaciones que quedan plasmadas en la escritura contentiva del contrato de venta, donación o permuta, que con el acto que realiza no afecta a sus convivientes protegidos (porque el resto puede verse afectado con la venta sin ninguna consecuencia jurídica). También se incluye de forma casi unánime el hecho de que dicha afectación acarrea la nulidad en la parte correspondiente a las advertencias. Pero, sin duda, hay que informar a las partes quiénes son estas personas tan relevantes que pueden interesar la ineficacia del negocio.

A priori, y aplicando la lógica, podría pensarse que la nulidad del negocio traslativo del dominio puede pedirse cuando se vean afectados todos los que están protegidos por la norma, a los que el propietario no puede cesar en la convivencia. En virtud de lo planteado en la Ley General de la Vivienda, el elenco de convivientes protegidos se encuentra en el Artículo 65³ y la Disposición Transitoria Tercera.⁴

Sin embargo, la nueva redacción del Artículo 70.5 de la Ley General de la Vivienda no deja lugar a duda: la desprotección que ocasiona la nulidad del negocio está referida a los convivientes mencionados en el Artículo 65, dejando fuera expresamente a los recogidos en la Disposición Transitoria Tercera. Aunque puede considerarse positivo que la relación de personas protegidas con la nulidad del negocio no sea demasiado amplia, como lo sería, de hecho, si se incluyera a los que menciona la Disposición Transitoria mencionada, no hay demasiados motivos para alegrarnos. Como conocemos bien los operadores jurídicos, el elenco que regula el Artículo 65 resulta

- 3 **ARTÍCULO 65.** *“La facultad que concede al propietario el artículo precedente, no podrá ejercerse contra:*
 - *ascendientes y descendientes del propietario;*
 - *madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuviere otro lugar de residencia;*
 - *madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;*
 - *ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia;*
 - *cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano”.*
- 4 **TERCERA:** *“La facultad que concede al propietario el artículo 64 de la presente Ley no podrá ejercerse contra las personas que al momento de su promulgación se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:*
 - *Que conviven en el inmueble antes del 14 de octubre de 1960 (fecha de la Ley de Reforma Urbana);*
 - *convivientes que lo fueron del propietario anterior y que por fallecimiento o salida del país la titularidad le fue transmitida a otra persona;*
 - *personas que han construido ampliaciones en la vivienda con autorización de su propietario;*
 - *los que han contribuido en forma efectiva a la adquisición de la vivienda; como los casos de permutas o entregas de dos casas por una, personas que pagaron el precio de la vivienda por ser el adquirente menor o insolvente y otros análogos que decida el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda;*
 - *los que han contribuido en forma efectiva a la reconstrucción de la vivienda, como los casos de viviendas en mal estado, de propiedad personal que son reconstruidas por los convivientes del titular, o a cargo de la comunidad matrimonial de bienes y otros casos análogos que decida el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda”.*

un variopinto y colorido grupo de individuos incluidos en una diversa gama de situaciones que en ocasiones desvirtúan las intenciones humanitarias del legislador y en el que de antaño se acusan ausencias, omisiones e inclusiones indebidas, como las que se relacionan con los discapacitados. Veamos, a guisa de ejemplo, algunas situaciones peculiares tomadas de las numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la materia:

- Los propietarios no pueden cesar en la convivencia a sus descendientes, aunque quede probado que estos últimos tienen una vivienda en propiedad, o al menos eso fue lo que en su día expresó la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia 752 de 31 de julio de 2000 (Ponente Hernández Pérez). Es decir, llegamos al absurdo de que un descendiente del propietario, propietario a su vez de una vivienda, en su carácter de conviviente protegido, puede accionar pidiendo la nulidad de una compraventa que realice el primero, porque esta lo desprotege.
- En varias sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, entre las que se incluye por ejemplo la 1540 de 28 de diciembre de 2001 (Ponente Acosta Ricart), se dispone acertadamente que en situaciones de copropiedad, uno de los condómines no puede imponer al otro la convivencia de una persona, así conste en el elenco de convivientes protegidos que el Artículo 65 dispone. Sin embargo, pensemos en el supuesto en que exista un descendiente de uno de los copropietarios que haya sido admitido por ambos a la convivencia, o la madre de los hijos de uno de los mencionados copropietarios, que tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tenga otro lugar de residencia. Antes de noviembre de 2011 estas personas no podían ser cesados en la convivencia, ahora pueden impugnar la compraventa que realicen los condómines de conjunto, a pesar de resultar protegidos respecto de uno solo de ellos.
- Según la Sentencia 779 de 23 de agosto de 2000, de la referida Sala del Tribunal Supremo (Ponente Acosta Ricart), para aplicar la pleca tercera del Artículo 65 es necesaria la “[...] *conurrencia simultánea de las tres condiciones que la conforman, a saber, ser madre con hijos menores, llevar tres años o más ocupando, y por último no tener otro lugar de residencia, significándose que la sola ausencia de una de esas tres condiciones imposibilitan la aplicación del precepto*”. Esto lleva a la contradictoria conclusión de que la madre cuyos hijos hayan nacido en el inmueble, siempre que esto no haya sucedido constante matrimonio o en el período de la unión matrimonial no formalizada con el propietario, puede ser cesada en la convivencia junto con sus hijos mientras estos no hayan cumplido los tres años (nótese que la forma verbal compuesta “llevan ocupando”

es plural, y se refiere a la madre de conjunto con los hijos). Por cierto, que la pleca segunda se refiere a la madre con hijos habidos constante matrimonio o durante la unión matrimonial no formalizada con el propietario. Además del evidente error técnico que a la luz del Derecho de familia patrio representa la frase “matrimonio, formalizado o no”, es de señalar que resulta irrelevante a los fines de la protección que el hijo, que se presume del padre a tenor de lo preceptuado en el Código de familia, finalmente se demuestre que no lo es. Es decir, el propietario no puede cesar en la convivencia a una persona con la cual ha terminado su relación conyugal (lo que se infiere del requisito de que la guarda y cuidado se le haya deferido a la madre), que le ha engañado y procreado un hijo que no es suyo, y ahora además, puede anular la compraventa, permuta o donación del inmueble. Creo que si Bocaccio resucitara, hallaría material aquí para escribir la segunda parte de su cuento “Cornudo y apaleado”, incluido en el famoso *Decamerón*.

- Queda, finalmente, hacer alguna referencia a la siempre conflictiva pleca quinta del Artículo 65. Creo que muchos de los juristas formados en la tradición del llamado Derecho continental o *civil law*, nos sentimos incómodos con las fórmulas legales demasiado amplias, que conceden un gran margen de maniobra a la administración pública e, incluso a los tribunales como órganos colegiados, cuando se trata de normas sancionadoras o restrictivas de derechos de los particulares. Este es un buen ejemplo. Existe una opinión generalizada de que los casos que constituyen injusticias manifiestas o actos inhumanos son aquellos en los que el conviviente, no estando en ninguno de los supuestos anteriores del artículo, no tiene otro lugar donde residir, es decir, se encuentra en situación de “desamparo habitacional”, para utilizar una frase recurrente en el lenguaje de los tribunales. Sin embargo, al que crea que este criterio es uniforme, lo invito a leer, a guisa de ejemplo, la Sentencia 1067, de 29 de octubre de 1999, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en la que, al amparo de la pleca quinta del Artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, se negó al propietario, que había recibido la vivienda en donación, la posibilidad de cesar en la convivencia a la esposa del donatario, ya fallecido, con el que contrajo nupcias después de haberse producido la donación, y que para más señas, había sido condenada por un delito de amenaza contra el mencionado propietario. Ahora, esta señora puede, además, interesar la nulidad de la compraventa, permuta o donación que realice el propietario, si considera que con ello queda desprotegida en su condición de conviviente. Queda claro que la pleca quinta del Artículo 65 puede ser, si no se restringe su aplicación

de manera conveniente y uniforme, una puerta a la ampliación indeseada del elenco de convivientes protegidos, cuyo desamparo puede dar lugar a la nulidad de los actos de disposición que realice el propietario, contribuyendo, no poco, a un clima de inseguridad jurídica en materia de tráfico inmobiliario.

Los problemas relacionados con los sujetos de este supuesto no quedan aquí, porque el Decreto Ley 288/2011 ha introducido dos derechos más de convivencia:

Los ocupantes de una vivienda que no son herederos del propietario, pero que hayan convivido con éste al menos cinco años antes de su fallecimiento, tienen derecho a mantener la ocupación del inmueble (*cfr.* Artículo 76.4). Lo mismo sucede con los ocupantes que hayan residido en el inmueble con el consentimiento del propietario durante cinco años antes de su salida definitiva del país. Queda claro que estas personas no pueden ser cesados en la convivencia, pero ¿puede su desprotección dar lugar a la nulidad del acto traslativo del dominio del inmueble *ex* Artículo 70.5? Creo que no, por varias razones. En primer lugar, porque el elenco de convivientes protegidos, cuyo desamparo da lugar a nulidad se limita expresamente a los mencionados en el Artículo 65, aunque pueden imaginarse algunos casos en los que el conviviente esté incluido en ambos supuestos (conviviente protegido por el Artículo 65 y por el 77.4 o el 81.5). En segundo lugar, porque el supuesto de protección que deriva del hecho de ser conviviente del anterior titular fallecido o que abandona el país, ya estaba contemplado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley, en su pleca segunda, aunque sin especificar los años de la convivencia. Dichas situaciones, y las otras que la referida Disposición Transitoria contempla fueron excluidas tácitamente de la posibilidad de anular el negocio que las desprotege. Todo esto se apoya en la idea de que en Derecho civil (y no se olvide que estamos en el campo del Derecho civil, de la autonomía de la voluntad, que poco a poco se sacude el yugo del Derecho administrativo que le fue impuesto durante años), las normas sancionadoras, como lo son sin duda las relativas a la nulidad, deben interpretarse de manera restrictiva.

Con ello, el amparo de estos convivientes del anterior propietario es limitado, porque aunque le son impuestos al nuevo titular (algunos queridos amigos han acuñado la frase “heredar los convivientes”), ahora estos pueden vender el inmueble y librarse así de la convivencia indeseada. Quedan, sin embargo, algunas preguntas: ¿puede considerarse esta venta como un intento de defraudar una convivencia que viene impuesta por ley y, por lo tanto, declararse nula?, ¿puede el órgano jurisdiccional amparar a estos

convivientes en el amplio sentido de la pleca quinta del Artículo 65, haciendo entrar por la ventana lo que presumiblemente el legislador hizo salir por la puerta?, ¿puede interpretarse que estos convivientes tienen derecho a habitar el nuevo inmueble que ha adquirido el propietario por permuta o compraventa?

Queda claro que la pleca quinta del Artículo 65, y en general la regulación del tema de los sujetos puede ser, si no se restringe su aplicación de manera conveniente y uniforme, una puerta a la ampliación indeseada del elenco de convivientes protegidos, cuyo desamparo puede dar lugar a la nulidad de los actos de disposición que realice el propietario, contribuyendo, no poco, a un clima de inseguridad jurídica en materia de tráfico inmobiliario. Mientras esa restricción no se produzca sobre bases claras y reiteradas por los tribunales, la labor de asesoramiento notarial se torna en extremo difícil, pues se trata, en algunos casos, de advertir contra una futura acción de nulidad ejercitada por personas que pueden no haber sido declarados aún convivientes protegidos. En todo caso, las posiciones endogámicas deben ser evitadas y el notario deberá estar atento a por dónde discurren las, no siempre claras, líneas de las decisiones judiciales sobre la materia.

4.2 ¿Es adecuada la solución de la nulidad? Posibles paliativos al rigor de la norma

Como dije anteriormente, en el antiguo sistema, que requería una autorización administrativa previa para disponer del inmueble mediante permuta o donación, la solución del presente problema podría llegar también *a priori*: si se detectaba, con las consabidas investigaciones por parte de la administración, que el acto de disposición afectaba a los convivientes protegidos, no se autorizaba su realización. Es obvio que no defiendo este sistema, que tan nefastas consecuencias trajo al tráfico inmobiliario y a la sociedad en general durante décadas. Sin embargo, la solución actual, la nulidad, opera lógicamente *ex post*, cuando ya el negocio se ha realizado, con los consiguientes problemas para hacer ejecutar sus efectos. El Artículo 75 del Código civil manda, inequívocamente, a restituir lo prestado, y de no ser posible, al abono de su valor. Sin embargo, la retroacción de las prestaciones, que ya era complicada en el caso de la permuta, en la que se trataba de hacer volver a las partes a sus inmuebles de origen, se torna complicada en el caso de la compraventa, cuando el vendedor pretenda recuperar el dinero que entregó al comprador. Y es, precisamente, en esta línea de razonamiento, que el notario debe tener presente que, con el debido respeto al principio

de imparcialidad que informa su actuar o, precisamente, en una aplicación balanceada del mismo, la persona más susceptible de quedar desprotegida por la nulidad es el comprador; por ello, este debe ser informado con especial cuidado de todos los extremos que vengo comentando, amén de que si se produce la nulidad, solo tendrá derecho a recuperar el precio declarado con independencia de que coincida con el real.⁵

En la misma línea de razonamiento anterior, ¿cómo puede un comprador diligente cerciorarse de que efectivamente el vendedor no tiene convivientes protegidos? Difícil, porque la convivencia es una cuestión de hecho, con lo cual el acceso al Libro Registro de Direcciones puede proporcionar datos útiles pero no definitivos. Puede, incluso, tratarse de una persona que tenga derecho a la convivencia por una sentencia o una resolución administrativa, cuestión que en la mayoría de los casos el comprador no tiene cómo comprobar. Algunos dirán que no hace falta que el comprador se convierta en una especie de Sherlock Holmes tropical, porque con la retroacción de las prestaciones, la nulidad tiene como efecto que se devuelva su dinero, pero dadas las dificultades de la ejecución de la sentencia, es probable que no sea así. La acción de nulidad no prescribe (*cf.* Artículo 68 del Código civil) y puede ser ejercitada habiendo transcurrido un tiempo suficiente como para que el dinero obtenido de la venta sea gastado, y el único bien que tenga el vendedor, ahora insolvente, sea la casa que recupera con la nulidad, la cual no puede ser ejecutada, incluso, en el supuesto de que en el futuro se permita su embargo, dado que esto traería como consecuencia la desprotección de los convivientes que ejercitan la acción. La protección legal a los convivientes puede convertirse, de común acuerdo entre estos y el propietario, en un mecanismo para defraudar al comprador.

5 Puede contarse esta como una razón más para declarar el precio real de la venta, en un contexto, sin duda, difícil para ello. La existencia de un mercado inmobiliario subterráneo desafiando la prohibición de disponer durante muchos años impuso una dinámica de ventas (ilícitas) consensuales en donde todo se subordinaba a la palabra empeñada, con los altísimos riesgos que le eran inherentes. Comparado con esto, la posibilidad de comprar lícitamente, aun declarando un precio considerablemente menor que el real, es un escenario realmente ventajoso. Las referencias de precios reales del tráfico inmobiliario que se manejan de forma extraoficial, se encuentran muy por encima del salario promedio, y el comprador casi siempre está dispuesto a correr el riesgo de perder el dinero real de la venta, ante el riesgo mayor de tener que explicar la procedencia lícita del mismo, con las posibles implicaciones penales, entre las que puede estar sin duda también, el decomiso de los bienes, al amparo, no solo, de la legislación penal, sino del casi nunca recordado apartado segundo del Artículo 75 del Código civil. Visto lo anterior, y aunque el Notario, como celoso velador de la legalidad debe asumir la orientación y las advertencias a las partes en este sentido, sus esfuerzos deben ser complemento de una política penal que sancione de manera efectiva y disuasoria, los delitos de falso testimonio y evasión fiscal.

En general, si bien la norma del Artículo 70.5 y el supuesto que regula, participan claramente de la naturaleza de orden público e imperatividad que le son características a la nulidad, la posibilidad de su ejercicio en todo tiempo y por cualquiera que pruebe un interés legítimo, incluidas las partes e, incluso, el fiscal y el causante de la nulidad en algunos casos, y su apreciabilidad de oficio por el Juez, abren un margen exagerado a la inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Como afirma Delgado Echevarría,⁶ en la doctrina de la ineficacia, la bipartición clásica entre nulidad y anulabilidad debe ser revisada, y en ella caben un grupo de supuestos intermedios, como lo que llama “anulabilidad absoluta”, en la que se unan la legitimación ampliada de la nulidad y el señalamiento de un plazo para el ejercicio de la acción, o por el contrario, mantener la imprescriptibilidad y la imposibilidad de convalidación, y reducir el elenco de legitimados.

Otra cuestión importante es que el supuesto, de hecho, de la norma es demasiado amplio: “dejar desprotegido a algunos de los convivientes a que se refiere el Artículo 65”. ¿A qué tiene derecho un conviviente protegido? ¿Se podría considerar desprotegido a un conviviente que antes vivía en una casa con piscina, que el propietario permutó por otra que no la tenía?, ¿o el que vivía en una casa en Miramar, que el propietario cambió por una en el Cotorro?, ¿o el que dormía en un cuarto de 16 metros cuadrados y ahora lo hace en uno de nueve, o si antes tenía un baño propio y ahora tiene que compartirlo? Es fácil determinar la desprotección en la venta y la donación, porque ya no hay donde vivir, pero en la permuta es muy complicado y queda a decisión del órgano jurisdiccional, que deberá apelar, sobre todo, al sentido común, que como dijo Horace Greeley, es el menos común de los sentidos. Creo que lo que necesita un conviviente protegido, a lo que la Ley le da derecho, es a un lugar donde vivir. La protección al conviviente tiene una esencia tuitiva que lo emparenta con alguna institución del Derecho de familia como los alimentos, guardando las necesarias diferencias. Si analizamos el Artículo 65, algunos casos de protección están fundados en el parentesco, otros en cuestiones humanitarias. Dicho de otra forma, el titular está obligado por ley a cobijar a determinados convivientes, a prestarles habitación en condiciones adecuadas a la dignidad humana, dentro de sus posibilidades. Y esto es importante: dentro de sus posibilidades. No creo que el propietario esté obligado a garantizar al conviviente protegido condiciones extraordinarias de vida (y por tanto creo que su pérdida no acarrea desprotección, excepto que alguna enfermedad o padecimiento especial im-

6 Jesús Delgado Echevarría y Ma. Ángeles Parra Lucán: *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005.

pongan dichas condiciones), y tampoco creo que esté obligado a prestarles habitación a los convivientes necesariamente en la casa de su propiedad, lo que trae como consecuencia, que no le debe estar prohibido transmitirla. Creo que en ambos casos estaríamos ante un abuso de su derecho por parte del conviviente, argumento que puede ser sin duda usado en su contra en sede jurisdiccional.

En dos razones se sustenta la afirmación anterior: la primera es que según reiterada práctica de los tribunales, si una persona tiene una vivienda de origen, no importan sus condiciones constructivas, el lugar donde esté enclavada o la cantidad de personas que convivan en ella, es muy probable que se le cese en la convivencia de su actual vivienda y se declare el deber de los habitantes de aquel lugar de acogerla. La segunda razón es que es un proceder relativamente común que los propietarios dividan físicamente el inmueble o lo permuten por dos viviendas para deshacerse de la convivencia con alguna de las personas incluidas en el Artículo 65 de la Ley, tantas veces mencionado. Creo, en suma, que lo que busca la Ley es que estas personas no se queden sin un lugar donde residir, no que se queden a residir en una vivienda en específico, o en compañía de determinado propietario.

No creo, en fin, que la nulidad sea el remedio adecuado en este caso, dada la rigidez que le es propia, derivada de su carácter sancionador e imperativo. Pienso, incluso, que como veremos más adelante, la solución correcta es una acción que participe de la naturaleza de la indemnización o la rescisión.

5. Las posibles soluciones en la vía notarial

Por último, y más importante, abordaré las soluciones para proteger a las partes, en especial al vendedor, y garantizar la máxima eficacia del negocio. Nos ocuparemos, sobre todo, de los remedios *ex ante*, conectados a la función preventiva de la actividad notarial.

- a) La renuncia: Sin duda es la primera solución que viene a la mente, compareciendo los convivientes protegidos a una escritura pública específica para renunciar. La cuestión no es pacífica, y en la respuesta debe analizarse si se trata como una simple renuncia a un derecho subjetivo, o una renuncia al ejercicio de la acción (en sentido concreto) de nulidad conectada a este derecho. En el primer caso, la renuncia a los derechos subjetivos debe suceder dentro de los límites que el Artículo 5 del Código civil le plantea: "(l)os derechos concedidos por este Código son renuncia-

bles, a no ser que la renuncia redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero”. No sería raro que algún Juez reputara nula la renuncia, conocido el interés social de que estos convivientes especialmente protegidos no resulten desamparados, que es definitiva la *ratio* de la disposición que comentamos. En la segunda variante, la cuestión gira acerca de la admisibilidad de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, lo que no parece de recibo, dada su naturaleza de normas de orden público y su función de control de legalidad de los actos de los particulares, lo que la sustrae del juego de la autonomía de la voluntad.

- b) Un segundo grupo de soluciones puede ser encontrado bajo la premisa, no siempre cierta, de que un comprador diligente se cerciora de que no existen convivientes protegidos del comprador, y genera pruebas *ex ante* (preconstituidas) para ponerse a cubierto de una posible demanda. En este sentido, pudiera ser interesante un testimonio por exhibición de la o las páginas correspondientes al inmueble en el Libro Registro de Direcciones. También pueden ser útiles las actas de manifestaciones de testigos con razón de conocimiento sobre la situación de los habitantes de la vivienda. ¿Cómo puede, en fin, si es que puede, un comprador diligente cerciorarse de que efectivamente el vendedor no tiene convivientes protegidos? Difícil, porque la convivencia, como tiene dicho de forma reiterada la judicatura, es una cuestión de hecho, con lo cual el acceso al Libro Registro de Direcciones y las declaraciones de testigos pueden proporcionar datos útiles pero no definitivos, de acuerdo con el valor probatorio que la Ley de Procedimiento otorga en estos casos. Puede, incluso tratarse de una persona que tenga derecho a la convivencia por una sentencia o una resolución administrativa y no conviva en el inmueble, cuestión que en la mayoría de los casos el comprador no tiene cómo comprobar.
- c) Creo que teniendo en cuenta todo lo anterior, la solución más segura es un acta de manifestaciones (declaración jurada) en la que el propio conviviente declare, bajo el efecto de las advertencias correspondientes, dos cosas: la primera, que conoce de la venta, la permuta o la donación, y la segunda, que no convive en el inmueble. Como la convivencia es una cuestión de hecho, se remueve así la base fáctica de la legitimación, bordeando el peligro de la no aceptación judicial de la renuncia e, imposibilitando, al amparo de la ya no tan de moda doctrina de los propios actos, y del principio de buena fe, que el declarante intente considerarse legitimado para demandar la nulidad del acto dispositivo del que conoció su celebración oportunamente.
- d) Existe otro grupo de soluciones que está dirigido a intentar la solución del problema evitando *ex ante* la desprotección del conviviente. Como

dije arriba, esto parte de una concepción que juzgo acertada, aunque todavía es muy pronto para que se valide en el ámbito judicial, de que lo que tiene el conviviente es un derecho de habitación, un lugar donde vivir. Creo que lo que busca la Ley es que estas personas no se queden sin un lugar donde residir, no que se queden a residir en una vivienda en específico, o en compañía de determinado propietario. Siguiendo esta idea, hay una solución para el propietario que encuentra en el conviviente protegido una barrera aparentemente infranqueable para transmitir la propiedad de su inmueble. ¿Queda desprotegido el conviviente cuando el vendedor (o el comprador de común acuerdo con este, o un tercero) acude a un notario para donarle una vivienda o una parte del precio de la venta, suficiente para que aquel adquiera una por sí mismo? ¿En qué se diferencia esto de la vieja y aceptada división física del inmueble, o de la permuta para separar convivientes? El efecto es, incluso, más beneficioso: el conviviente protegido no solo tiene un lugar donde vivir, sino que se convierte en propietario del mismo. Debe quedar claro que las características de este inmueble, si bien no pueden ser, por lógica, las mismas del inmueble original que se vende, tienen que ser adecuadas en cuanto a su construcción y ubicación, de nuevo apelando al sentido común. De ser aceptada esta idea, y viendo los precios del mercado inmobiliario, no es difícil imaginar casos en los que, para evitar la nulidad de la venta de una casa de 60 000, se compre un apartamento de 5 000 que se done al conviviente protegido. Admito que la entrega de dinero es un poco más complicada, pues a tenor del Artículo 376 del Código civil, no se puede someter a la condición de que la persona compre con él una vivienda adecuada y, por otra parte, dada la discordancia entre el precio legal y el real de la vivienda, e, incluso, entre el precio usualmente pactado y el consignado en los contratos, sería difícil (aunque no imposible) fijar judicialmente el monto de una compensación adecuada, que permitiera al conviviente adquirir una vivienda acorde con sus necesidades. Queda por ver si, como parece justo, el tribunal entenderá en estos casos que la entrega del dinero constituye por sí misma una protección, con independencia de en qué se gaste finalmente el dinero, pues no hay manera de obligar al conviviente a que compre con él una vivienda, y no lo gaste alegremente en Varadero.

En suma, más allá de la nulidad, o mejor, como consecuencia de la posibilidad de que esta tenga lugar, lo que propongo es que el conviviente protegido pueda negociar, si se le permite la expresión, su estatus con el titular del inmueble, obteniendo a cambio otro inmueble o un porcentaje de

la venta que le permita la adquisición del mismo. Más de uno dirá que lo que propongo es equiparar de facto al conviviente protegido con un copropietario; sin embargo, debe tenerse presente que esto ya lo hizo el legislador, y que yo solo busco una solución para viabilizar el tráfico inmobiliario. El efecto es el mismo que en la permuta o la división, en las que el propietario original vende la parte que le quedó, o el inmueble que adquirió, solo que la venta abrevia y simplifica las operaciones.

¿Cuándo deberá producirse esta especie de “indemnización”, antes, después o simultáneamente con la venta del inmueble? La clásica figura de la nulidad se revela aquí una vez más como una atadura inflexible, que parece obligar a que la entrega del inmueble o del dinero para adquirirlo se produzca con anterioridad o de manera coetánea con la venta. Como ha quedado claro, lo que se persigue en este caso es evitar o poner fin a un perjuicio o una lesión que se le genera al conviviente como resultado del contrato, y en este sentido, debo decir que la acción que se podría ejercitar participa más de la naturaleza de una acción indemnizatoria, o mejor, rescisoria, que de una de nulidad. Creo, por lo tanto, que los demandados en este caso deberían poder simplemente indemnizar el perjuicio al demandante⁷ o, incluso, a semejanza de lo que sucede en la rescisión, que el comprador o el vendedor puedan enervar el ejercicio de la acción pagando la cuantía en que ha sido lesionado el derecho del accionante. Creo, en fin, que el contenido de la acción se debería limitar a los daños que efectivamente la celebración del contrato le hubieran podido causar a los accionantes. Podemos pensar que en este caso estamos ante un supuesto de contrato en daño de terceros, como lo describe Díez-Picazo, siguiendo a Gullón: “[...] al celebrar un contrato, y precisamente a causa de la celebración del contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, es decir, si existe coincidencia de ambos contratantes con tal finalidad, como si es sólo uno de ellos quien desea la producción del daño”.⁸ La solución aquí pasa por una acción de responsabilidad extracontractual derivada de la violación del derecho subjetivo de habitación que la Ley le concede al conviviente. Debe tenerse presente que en estos casos de contrato en daño de tercero, determina la intención de uno o de los dos contratantes de dañar, y podría pensarse que en algún caso el vendedor actúe de forma culposa. Aquí cobra especial trascenden-

7 Sobre la posibilidad de enervar la acción de rescisión, Luis Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. 1. “Introducción”, “Teoría del Contrato”, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 509.

8 L. Díez-Picazo: *Fundamentos... I*, *op. cit.*, p. 446.

cia la labor del notario, que deberá advertir a las partes sobre la cuestión que venimos analizando, explicando cuidadosamente quiénes se cuentan en los supuestos de especial protección, de forma que el actuar, por lo menos del vendedor que a sabiendas desprotege a un conviviente, pueda ser siempre calificado de doloso.

Dicho todo lo anterior, sinceramente no me parece probable que los tribunales acepten ninguna de estas soluciones, decretando en general la nulidad, y decantándose por la imposibilidad de sanar o convalidar el contrato nulo que establece el Artículo 68.1 del Código civil.

¿Qué pasaría si, ofrecida la vivienda o el dinero, el conviviente protegido no acepta? Pueden existir dos soluciones: la primera, aplicar, *mutatis mutandi*, las disposiciones de los artículos 50 y siguientes de la Resolución 12/2006, del Instituto Nacional de la Vivienda, relativos a las permutas obligatorias en las que el propietario o arrendatario de una vivienda decida independizarse de convivientes que no ostentan igual condición legal. De no aplicarse estas normas, creo que si probado el contenido del ofrecimiento ante el tribunal, o consignado el bien o el dinero, este lo estima justo, el rechazo injustificado constituye abuso de derecho y debe impedir el éxito de la acción de nulidad.

En resumen, las soluciones propuestas son meramente interpretativas. Tienen como limitación que sirven solo cuando las características del inmueble y el número de convivientes protegidos permita la referida negociación, y cuando el comprador conozca y pueda pactar con los convivientes protegidos. Pero tienen como ventaja que para aplicarlas no se requiere ninguna modificación al muy reciente Decreto Ley 288/2011, pues como hemos visto, este regula que para que la nulidad tenga lugar se debe “*dejar desprotegido a alguno de los convivientes*”, supuesto que, como vimos, no concurre si se le asienta, incluso con carácter de propietario, en otra vivienda, o si él mismo declara que no convive físicamente en el inmueble del que se dispone. De esta forma, queda resuelto el problema que la norma quiere evitar: por un lado, la situación individual de desamparo de los sujetos; por el otro, la situación social que dicho desamparo crea.

6. Consideraciones finales. Posibles consecuencias de la norma en la dinámica familiar en Cuba

La crítica situación habitacional impone que las personas, muchas veces, permanezcan en una convivencia que lacera sus relaciones interpersonales, sin tener en cuenta la desaparición de lazos familiares y afectivos. En

esos lugares no existe el hogar como concepto: la Ley logra proteger a los convivientes desde el punto de vista físico, asegurándoles un techo bajo el cual vivir, pero no puede garantizar el bienestar psicológico no solo de ellos, sino del resto de las personas que cohabitan. El hecho de que ahora, además de ocupar el inmueble en contra de la anuencia del titular puedan impedir su venta, sin duda tensará más estas relaciones ya problemáticas. Ya en 1973, la Resolución del Ministro de Justicia RU-18, advertía sobre las personas que, disuelto el vínculo matrimonial, continuaban residiendo en la misma vivienda en contra de la voluntad de uno o de ambos miembros de la antigua pareja y advertía que “[...] *esta normal convivencia, al prolongarse en el tiempo, ahonda invariablemente las desavenencias que provocaron la desunión y llega a engendrar tales estados de violencia que no es raro que desemboquen en la comisión de graves delitos*”. En el hogar, como espacio fundamental en donde se desarrolla la dinámica familiar, debe reinar la paz y la armonía, como premisas fundamentales para la formación de las nuevas generaciones y el bienestar común. La imposición a ultranza de situaciones de convivencia no deseadas es un ingrediente seguro para dar al traste con dichas premisas, aunque de ninguna manera esta idea debe impedir que el propietario asuma las obligaciones que la legislación y en muchas ocasiones sus deberes morales y de solidaridad humana le imponen. Es tarea de los legisladores y de los operadores jurídicos hallar el justo equilibrio entre estos valores, y con él, la solución más justa para los intereses individuales y sociales.

Bibliografía

- ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil II*, 8ª. ed., Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- DELGADO ECHEVARRÍA, JESÚS Y MA. ÁNGELES PARRALUCÁN: *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen primero, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 8ª. ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- GALGANO, FRANCESCO: *El negocio jurídico*, trad. por Federico Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- GHERSI, CARLOSA. (COORDINADOR): *Derecho civil. Parte general*, 2ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

- LARENZ, KARL: *Derecho civil. Parte general* (s. ed.), Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid 1978.
- LÓPEZBELTRÁNDEHEREDIA, CARMEN: *La nulidad contractual. Consecuencias* (s. ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- OJEDARODRÍGUEZ, NANCY (COORDINADORA) ET AL.: *Derecho de contratos*, t. I, "Teoría general del contrato", Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- PÉREZGALLARDO, LEONARDO B. (COORDINADOR): *Comentarios al Código civil cubano*, t. I, *Disposiciones preliminares. Libro I, Relación jurídica* (en edición).
- VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C. (COORDINADORA) ET AL.: *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

LA SUBROGACIÓN POR PAGO EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO A LA LUZ DEL DERECHO CUBANO

Pedro Luis Landestoy Méndez
Notario de La Habana, Cuba

Sumario

Presentación del tema. La subrogación por pago en el Derecho cubano. La subrogación por pago en el crédito hipotecario y el requisito subjetivo del Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011. *Post scriptum*. Bibliografía

Presentación del tema

El crédito hipotecario siempre ha sido motivo de interés de la doctrina. Las características tan peculiares de una figura donde convergen un derecho personal y un derecho real, retroalimentándose mutuamente, suscitan tantas interrogantes que las posturas teóricas sobre ella han navegado más de una vez por las aguas caudalosas de su naturaleza, régimen y efectos contradiciéndose, disputándose y aliándose.

La realidad del crédito hipotecario en España y en Cuba es tan diametralmente opuesta que parecería que no hablamos de la misma figura. Es así que los problemas que presenta para nosotros la comprensión de los postulados doctrinales básicos de la institución, para cualquier estudiante español podría parecer un asunto dilucidado y sentido hace ya mucho tiempo; mientras que el análisis exegético y la solución práctica de los postulados legislativos referentes a la hipoteca por la legislación cubana podrían acarrear un quebradero de cabeza a catedráticos y magistrados españoles.

Esto se debe, en un principio, a que la recepción de la hipoteca en nuestro ordenamiento jurídico ha sido muy fluctuante. Durante mucho tiempo, casi un siglo, tuvimos vigente la legislación *iusprivatista* española¹ y por lo tanto

1 El Código civil, promulgado el 11 de mayo de 1888, se hizo extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889; estuvo vigente a partir de noviembre de 1889 hasta abril de 1988. El Código de comercio, promulgado en 1885, se hizo extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero de 1886 y está vigente desde mayo de 1886 con algunas reformas. La Ley de Enjuiciamiento Civil fue promulgada en 1881 y estuvo vigente desde enero de 1886 hasta el 4 de enero de 1974. La Ley Hipotecaria, promulgada en julio de 1893, está vigente en Cuba desde el 6 de octubre de 1894, con reformas.

nuestra doctrina teorizó sobre los mismos derroteros que la ibérica.² Luego, con los cambios producidos por la Ley de Reforma Urbana y la introducción de la inembargabilidad como nota característica de la propiedad personal, la hipoteca fue desterrada de nuestro Derecho,³ siendo no solo omisa su presencia en la legislación, sino también en el ámbito jurisprudencial y doctrinal. Hace algo más de un año la figura regresó a nuestra realidad nacional producto del Decreto Ley No. 289 de 2011, el que dedica cuatro artículos a regular la garantía real en cuestión, pero si bien puede parecer una regulación en extremo breve, estos cuatro artículos introducen tales novedades en materia hipotecaria que se infiere que nuestra hipoteca es diferente a la concebida por la doctrina y la legislación desde el *Code de Napoléon*.⁴

Es por eso, que para nuestra doctrina civilista e hipotecarista el tema del crédito hipotecario devela sombras profundas, tal vez tan profundas como para la doctrina ibérica pero de otra índole. Mientras aquellas están enfocadas en “[...] la falta de unidad en la regulación de esta materia, que aparece tratada en diferentes lugares (del) ordenamiento jurídico, principalmente entre las normas del Código civil, del Código de comercio, de la legislación hipotecaria y de la Ley de enjuiciamiento civil”,⁵ para nosotros provienen del destierro de la institución de nuestros libros y normas por cerca de 50 años y por su parca y *sui generis* recepción legislativa en la actualidad.

Sentadas estas premisas, nos enfocaremos ahora en la subrogación por pago del crédito hipotecario. Esta figura es un fiel reflejo de lo apuntado anteriormente, pues si bien la reflexión sobre el tema ha girado, en España,

- 2 En este sentido resulta muy llamativo que Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, “Las relaciones obligatorias”, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 833, cite a Antonio Díaz Pairó como uno de los comentaristas del Código civil, precisamente, en alusión al polémico y harto aludido Artículo 1.211 del Código civil español.
- 3 El articulado referente del Código de comercio y de la Ley Hipotecaria fue fácticamente derogado y el parco artículo del Código civil cubano que se refería a la hipoteca naval y aérea (*cf.* Artículo 288) era inutilizable por remitir a una disposición especial que nunca se legisló.
- 4 En la regulación apuntada se restringen los bienes hipotecables a las viviendas de veraneo y los solares yermos (*cf.* Artículo 13.2), que por demás, según la opinión generalizada en el gremio jurídico, no así explícita en la legislación, no pueden transmitirse libremente por compraventa. Esto crea, a mi entender, una antinomia dentro de la legislación especial en materia inmobiliaria, pues las viviendas de residencia permanente pueden venderse pero no hipotecarse, mientras que los inmuebles en régimen de viviendas de veraneo pueden hipotecarse pero no venderse. Por demás, también, está restringida la hipoteca en el ámbito subjetivo, ya que los únicos acreedores hipotecarios pueden ser las instituciones financieras.
- 5 Enrique Lalaguna: “Los Créditos Hipotecarios”, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1974, p. 113.

en torno a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, cuyo tenor es “las posibilidades que ofrecía el artículo 1.211 del Código civil para propiciar la repercusión del descenso de los tipos de interés en los préstamos con garantía hipotecaria por la vía de la subrogación”,⁶ el nuestro se centra en la posibilidad de una subrogación por pago, ya sea esta legal o convencional, en el crédito hipotecario producto de la restricción subjetiva activa impuesta por el citado Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011.

La subrogación por pago en el Derecho cubano

La subrogación por pago es una institución que no ofrece muchas dudas a la doctrina. Su definición suele ser sencilla, comporta un cambio del sujeto activo en la relación jurídica obligatoria que tiene por causa la satisfacción del crédito del acreedor primitivo por parte de un tercero que ocupa su lugar en igual condición y grado.

Las definiciones de la subrogación por pago en el Derecho cubano, muy influidas por la legislación española (incluso las más contemporáneas), coinciden en estas notas conceptuales apuntando otras más precisas.

Blanco dice que “[...] el tercero que paga por el deudor, puede ejercitar también (las acciones) que correspondan al acreedor de la obligación pagada, subrogándose en su lugar para reclamar al deudor lo que ha pagado por él”.⁷

Para Díaz Pairó: “[...] el tercero que pagó puede obtener su reintegro mediante la subrogación en los derechos del acreedor, esto es, colocándose en el mismo lugar y grado que el titular del derecho de crédito que ha pagado [...]”.⁸

Delgado Vergara, ya a la luz del Código civil cubano, señala que “Constituye una subentrada o subingreso, en virtud del cual un sujeto se ubica en la posición jurídica de otro y cuyo fundamento se encuentra precisamente en asegurar al subrogado el reintegro de lo que ha pagado, confiriéndole al efecto el ejercicio del derecho con las ventajas a él inherentes”.⁹

6 Discurso del Senador Ibarz i Casadevall en la Sesión del Pleno del Senado celebrado el miércoles 9 de marzo de 1994. *Cit. pos* Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés: “Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)”, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 1994, p. 57.

7 Alberto Blanco: “Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español”, t. I, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Cultural, La Habana, 1930, p. 272.

8 Antonio Díaz Pairó: *Teoría general de las obligaciones*, v. I, Librería Temis, La Habana, 1945, p. 85.

9 Teresa Delgado Vergara: “Modificación convencional de la obligación. Transmisión de créditos y deudas”, en *Teoría general de las obligaciones: Comentarios al Código civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 195.

Empero, todas estas concepciones y análisis parecen ajenos a nuestra ley sustantiva. El Código civil cubano, al recepcionar la subrogación por pago en su Artículo 258.2, establece: *Cuando sin la aprobación del deudor, el acreedor acepta el pago por tercera persona interesada en el cumplimiento de la obligación, se producen los mismos efectos de la cesión de créditos. La persona que realiza el pago se subroga en lugar y grado del acreedor original.*

Este artículo arroja muchas dudas sobre la figura en cuestión, las cuales me hacen afirmar que el legislador cubano desconoció las teorías más avanzadas, que ya por el año 1987 esbozaba con claridad las diferencias de la cesión de créditos con la subrogación por pago y las modalidades de esta última.

En la primera de estas imprecisiones no me detendré pues es prolija la doctrina en el análisis de las diferencias entre ambas instituciones. Prefiero comenzar haciendo alusión a la hipótesis de la norma.

El precepto permite sistematizar los requisitos fácticos en que se produce, de acuerdo con su formulación, la subrogación en tres características que debe tener el pago:

1. El desacuerdo del deudor con el pago realizado por el *solvens*;
2. la aceptación de ese pago por parte del acreedor; y
3. que el *solvens* que se subroga tenga interés en el pago.

Desde mi punto de vista, todos estos presupuestos no solamente limitan sin fundamento el ámbito de la subrogación sino que, incluso, entran en contradicción entre sí.

El desacuerdo del deudor con el pago del solvens me parece fruto de una mala técnica de redacción del precepto. Queda claro que lo que se quería esbozar era la irrelevancia de la voluntad del deudor para que operase la subrogación.

Al deudor en nada perjudica la subrogación, pues sigue debiendo lo mismo, solo que a distinta persona e, incluso, puede resultarle beneficiosa si el acreedor primitivo estaba a punto de ejecutarlo.¹⁰ Por esa razón, la doctrina es conteste en que el deudor no puede oponerse a la subrogación porque

10 De hecho, la citada Ley española 2/1994, concibió a la subrogación por pago como beneficio de los deudores hipotecarios ante la fuerte comisión de amortización anticipada imputada por las entidades crediticias y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito y la constitución de otro nuevo. Así se establece en la Exposición de Motivos de dicha Ley: [...] *el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso.*

nada pierde si le paga un tercero, aun cuando su interés fuera mantener el crédito en manos del acreedor original por las ventajas de tipo personal.

Pero esta irrelevancia del consentimiento del deudor es cosa bien distinta de la expresión utilizada por el precepto cuando alude al pago hecho por el tercero que se realiza “*sin la aprobación del deudor*”. La imprecisión técnica es aún mayor cuando hay consenso generalizado en que cuando el *solvens* paga sin el consentimiento del deudor este gozará únicamente de la *actio in rem verso* a fin de que el deudor le restituya lo que pagó.¹¹ Ambas acciones son muy diferentes entre sí, principalmente porque en la subrogatoria se cobra la misma deuda anterior, con sus mismos privilegios y garantías, mientras que la de repetición es una acción propia del enriquecimiento sin causa y no goza de ninguna de las ventajas y prerrogativas del crédito antiguo.

La aceptación del pago por el acreedor encaja también en la errada técnica de redacción. El requisito que, al parecer, quiso establecer el legislador fue el concurso de voluntades del acreedor y el *solvens* propio de la subrogación convencional. Pero el error del legislador radica en que el consentimiento ha de ser en relación con la subrogación no con el pago.

El acuerdo de voluntades entre el acreedor y el *solvens* es lo que caracteriza la subrogación convencional y la distingue de la legal: se requiere la voluntad del acreedor, mientras esta última opera aun en contra de ella.

Pero resulta un grave error hablar de aceptación del pago por parte del acreedor, este puede hacerse, incluso, contra su voluntad mediante el procedimiento del pago por consignación. Lo que ocurre es que junto al deber de pagar, el deudor tiene el derecho de liberarse, y la voluntad del acreedor, si se ha negado, se suple con la declaración judicial o notarial de suficiencia del pago. Hablar de aceptación del pago por el acreedor supone darle una naturaleza convencional o contractual a la solución, teoría superada por la doctrina y la legislación.

Que el solvens que se subroga tenga interés en el pago no constituye un error de redacción, ni siquiera un error técnico *per se*, pero sí limita sobremanera el ámbito de la subrogación.

Por tercero con interés en el pago se entiende a aquella persona que no tiene la calidad de deudor directo, pero si este no paga, puede ser perseguida por el acreedor y obligada a pagar; por eso tiene un manifiesto interés en extinguir la deuda y si paga para evitar dicha presión del acreedor, es doctrina sentada, que se subroga en los derechos de este para cobrar al verdadero deudor.

11 Vid. T. Delgado Vergara: “El cumplimiento o pago de las obligaciones”, en *Teoría General...*, ob. cit., p. 202.

Es precisamente por esto que creo atinado vincular al tercero con interés en el pago con la subrogación, pero hubiese sido más atinado hacerlo como uno de los supuestos de subrogación legal y no como un requisito.

Es aquí donde noto la contradicción entre los supuestos fácticos que configuran la hipótesis de la norma analizada, fundamentalmente entre este último y el segundo, ya que aquel (desentrañando lo que quiere decir y no lo que dice) se refiere a la subrogación convencional, mientras este alude a un clásico supuesto de subrogación legal.

Al confundir el legislador los caracteres y las formas de la subrogación por pago, acorta hasta, prácticamente, extinguir los supuestos en que deben darse. Si existe aceptación por parte del acreedor de la subrogación, entonces la subrogación se producirá tenga o no el *solvens* interés en el pago que efectúa (subrogación convencional), mientras que si el *solvens* que pretende subrogarse tenía interés en el pago, esta opera *ope legis* sin necesidad de aceptación por parte del acreedor original (subrogación legal).

Analizados críticamente los presupuestos establecidos en la norma, es hora de introducir la pregunta: ¿en qué supuestos puede darse la subrogación por pago en el Derecho cubano?

Como vimos, el Artículo 258.2 mezcla en los presupuestos de la subrogación por pago elementos de la subrogación legal y de la convencional. No obstante, algunos artículos, tanto del Código civil como de otras normas nacionales, y el carácter dispositivo del precepto en cuestión, permiten decir que el Derecho cubano acoge diversos supuestos de las dos principales formas de la subrogación por pago.

En sede de subrogación legal se denotan dos supuestos, dejando fuera figuras tradicionales como son: los codeudores solidarios y subsidiarios y de terceros con interés en el pago como el acreedor que paga a un acreedor con crédito privilegiado o el del tercero poseedor del bien hipotecado. Esta omisión es penosa pero no hay forma de solucionarla, al menos por la vía de la subrogación legal, ya que no pueden crearse casos de subrogación por analogía, sino que se requiere un texto legal que expresamente la establezca.

En conclusión, solamente opera subrogación legal en el caso del pago realizado por un fiador (*cf.* Artículo 284 del Código civil) o por una aseguradora (*cf.* artículos 26.8; 71-73 y 84 del Decreto Ley No. 223 de 2008).

En cuanto a la subrogación convencional no caben supuestos *numerus clausus*, ni siquiera vale la pena enunciar casos paradigmáticos, pues si la voluntad del acreedor y el *solvens* coinciden en la subrogación esta operará en cualquier circunstancia. Por lo que la pregunta que debería hacerse es ¿si tiene cabida en el Derecho cubano la subrogación convencional?

De conformidad con el Artículo 258.2 no habría posibilidad de subrogación si no se dan todos los requisitos establecidos en él. Sin embargo, este precepto no constituye una norma de *ius cogens*, su naturaleza es eminentemente dispositiva, por lo que puede perfectamente acogerse a la subrogación convencional. Su esencia está en el principio de autonomía de la voluntad, mediante el cual las personas pueden disponer de sus derechos subjetivos, siempre en concordancia con la buena fe y la observancia de la legalidad.

Obviamente, nuestra legislación carece de un precepto análogo al 1.211 del Código civil español, prohibiendo así la posibilidad de que por la sola voluntad del deudor se produzca una subrogación.¹² Al contrario del acreedor, el deudor no tiene la facultad de modificar la relación obligatoria, no ya la parte activa sino ni siquiera la pasiva, por lo que es necesario, en mi opinión, una autorización expresa de la ley para poder hacerlo.

La subrogación por pago en el crédito hipotecario y el requisito subjetivo del Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011

Como los demás derechos reales de garantía, la hipoteca tiene carácter accesorio de un crédito. No siendo un derecho independiente, no es concebible que la hipoteca tenga como titular a una persona distinta del acreedor.

12 Se ha discutido por la doctrina si la subrogación por la sola voluntad del deudor es un supuesto de subrogación legal A. Díaz Pairó: *Ob. cit.*, p. 140; José Puig Brutau: "Compendio de Derecho civil", II, *Derecho de obligación. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, 3ª. ed., Bosh, Barcelona, 2006, pp. 127 y ss., o convencional L. Díez-Picazo: *Ob. cit.*, pp. 833-834; Guillermo A Borda: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, §1115/803. En mi opinión nos encontramos ante una figura intermedia que no puede encajarse absolutamente como modalidad de ninguna de las dos formas típicas de subrogación. Como bien apuntan los partidarios de la naturaleza convencional, la subrogación por voluntad del deudor no opera *ope legis*, independientemente de la voluntad de las partes, sino cuando es invocada por el deudor, pero tampoco encaja en el modelo general de la convencional que tiene como sustento la autonomía de la voluntad y puede operar, como ya expresé, incluso, si la ley no lo regula en virtud de la disponibilidad del crédito por parte del acreedor. La subrogación por voluntad del deudor es una facultad que la ley le otorga al sujeto pasivo de la relación obligatoria, el que no posee una disponibilidad del crédito como para, por su exclusiva voluntad, poder subrogar a nadie en la posición de su acreedor, es por eso que está prohibida en los ordenamientos donde no se regula la figura (v. gr. Artículo 1609 del Código civil chileno) y tiene que interpretarse restrictivamente en los que la amparan (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de junio de 1987). Es por eso que considero este supuesto como una subrogación facultativa, en virtud de la cual el deudor podrá subrogar a un tercero en la posición de su acreedor solamente cuando se den las circunstancias excepcionales en que la ley lo faculta para hacerlo.

Esta nota de accesoriedad es el fundamento de la subrogación por pago en el crédito hipotecario, es por eso que si bien la hipoteca no puede ser cedida independientemente del crédito, el crédito no puede ser cedido o subrogado independientemente de la hipoteca.¹³

La doctrina patria vuelve a ser conteste con este axioma. Blanco apunta que “[...] esa tercera persona al subrogarse en el lugar y grado del acreedor, podrá ejercitar los derechos de este con todas las garantías de que estuviesen acompañados [...]”,¹⁴ mientras que Díaz Pairó señala que el tercero subrogado goza “[...] de todos los derechos accesorios y de garantía que acompañaban tal derecho de crédito, pero quedando sometido, a su vez, a todas las excepciones y vicios que lo afectaban”.¹⁵

Es precisamente por esta razón que a nivel global, en los créditos garantizados con hipoteca, se presenta frecuentemente la subrogación. Desde luego, porque ella traspasa la hipoteca al nuevo acreedor y por lo tanto es un incentivo para el tercero que paga y que se hace así de un crédito con la garantía predilecta.

Empero, como fue apuntado al inicio, el Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011, contentivo de los requisitos que afectan a los elementos esenciales de la relación jurídica hipotecaria, establece que *Las hipotecas [...] solo pueden constituirse a favor de las instituciones financieras [...]*. Esta restricción subjetiva, impuesta por el precepto para el crédito hipotecario, trae consecuencias importantes para la subrogación por pago.

Pensemos qué sucedería si el fiador (persona natural) que garantiza el crédito hipotecario paga la deuda; este, en virtud del Artículo 284 del Código civil cubano, tendría derecho a subrogarse en el crédito que garantizaba, sin embargo, el citado Artículo 13.2 prohíbe la constitución de hipotecas a personas naturales.

Todo esto exige un análisis de la hipoteca regulada en el Derecho cubano, y cuestionarse el alcance de los requisitos que establece, los que traspasan en infranqueables prohibiciones.

Lo primero que salta a la vista es el marco en que está regulada la materia hipotecaria en el Derecho cubano, esos cuatro lacónicos artículos, como se ha reiterado en varios puntos de este ensayo, se encuentran en el Decreto Ley No. 289 de 2011 que norma [...] *los principios y procedimientos gene-*

13 En palabras de Rivas Martínez: *Hipoteca*, documento electrónico facilitado por su autor, el crédito y el derecho real de hipoteca “[...] están íntimamente unidos desde su origen, formando una especie de «matrimonio indisoluble».”

14 A. Blanco: *Curso...*, I, ob. cit., p. 272.

15 A. Díaz Pairó: *Teoría...*, I, ob. cit., p. 85.

rales que regulan los créditos y otros servicios bancarios para las personas naturales [...] y otras garantías, además de las previstas en la legislación vigente, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.¹⁶ De ahí las características que informan la institución.

Como punto de partida es necesario un crédito al que la hipoteca sirva de garantía, mas si la doctrina considera indiferente la naturaleza de la obligación en que aquel se origina,¹⁷ para nuestra legislación dicho crédito solamente puede tener por causa un contrato o servicio bancario

El Decreto Ley no precisa, sin embargo, que el desembolso del dinero preceda a la constitución de la hipoteca. Por lo que puede deducirse que la hipoteca produce efecto desde el momento de su inscripción registral, aunque se trate de un contrato de préstamo en el que la entrega del dinero se efectuó posteriormente. No precisando la norma que el crédito sea actual, puede que sea futuro con tal que exista actualmente el vínculo obligatorio sobre cuya base pueda aquel surgir en determinado momento.

Pero este crédito comporta, además, requisitos subjetivos muy precisos que, también, se transportan a la hipoteca que lo garantiza.

Según la letra de la norma, solamente se pueden constituir hipotecas a favor de entidades financieras, requisito que hay que complementar con las demás regulaciones del propio Decreto Ley y con las normas complementarias de este.

El Artículo 2 de la normativa analizada acota, como característica de las instituciones financieras referidas, que deben estar autorizadas por el Banco Central de Cuba, lo cual *per se* no da margen por motivo de naturaleza ni de nacionalidad. Siendo así, nada impide que estas instituciones sean de capital privado, público o mixto o que ostenten nacionalidad cubana o extranjera, basta con que posea la referida autorización.

No obstante, el Resuelvo Primero de la Resolución No. 99/2011 del Ministro Presidente del Banco Central de Cuba, ofrece una lista ilustrativa, para nada un catálogo *númerus clausus*, de las instituciones financieras a las que se refiere el Decreto Ley, a saber, el Banco de Crédito y Comercio, el Banco Popular de Ahorro y el Banco Metropolitano S.A. dejando abierta la posibilidad a [...] *cualquier otra institución financiera que se autorice expresamente por el Banco Central de Cuba.*

16 Incisos a) y b) del artículo 1 del Decreto Ley en cuestión.

17 *Vid.* de Roberto Ruggiero: *Instituciones de Derecho civil*, v. I, "Introducción y Parte General", "Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión", traducción de la 4ª. ed. italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1929, p. 762.

Adpero, todo esto es pura hojarasca si no se determina el alcance y el motivo de esta reducción subjetiva. Si tomáramos como referencia la Ley española 2/1994, también esta consigna que tanto el subrogante como el subrogado sean entidades financieras, restringiéndolo incluso a las referidas en el Artículo 2 de la Ley del Mercado hipotecario de 25 de marzo de 1981.¹⁸

Al analizar el fundamento de esta restricción subjetiva, Hernández Antolín apunta que “[...] el admitirse la subrogación sin el consentimiento del acreedor primitivo, y el permitirse hacer incluso la liquidación de la deuda por cuenta y a riesgo de la subrogada, aconseja que sólo sea accesible a entidades financieras sometidas a la inspección de los poderes públicos, a las que hay que presumir la seriedad, o en términos de la Exposición de Motivos, «la necesaria lealtad comercial recíproca». Admitirse a todo prestamista hubiera sido excesivamente arriesgado y perturbador”.¹⁹

No tengo dudas de que esta es la *ratio legislatoris* del Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289. Si bien la constitución de una hipoteca no es un hecho excepcional ni extraordinario como sí lo es la posibilidad de subrogación por la sola voluntad del deudor, el legislador cubano todavía ve la institución con algo de recelo y es precisamente por eso que lo restringe a entidades que puedan ser controladas por el Estado.

La hipoteca, como contrato entre particulares, no encaja muy bien en la mente proteccionista del legislador que intenta salvaguardar a los propietarios frente a los intereses privados de realizar el crédito a toda costa. Aunque también, hay que decirlo todo, se manifiesta en la regulación la voluntad política de controlar por parte del Estado el tráfico inmobiliario que poco a poco se le ha ido de las manos.²⁰

En cuanto al deudor, tampoco la norma en cuestión es abiertamente permisiva. Al establecer que las hipotecas se constituirán solamente para garantizar

18 La diferencia sustancial con nuestra regulación es que, como apunta Díez-Picazo: *Fundamentos...*, II, *ob. cit.*, p. 842, en el Derecho español “[...] esta limitación no impide que puedan producirse subrogaciones amparadas en el Artículo 1.211 CC (*sic*) exclusivamente” que no establece restricción subjetiva alguna, mientras en el Derecho cubano no existe posibilidad de constituir una hipoteca fuera del ámbito del Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011.

19 Manuel Hernández Antolín: “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, Año No. 70, No. 622, p. 1216.

20 Con el Decreto Ley No. 288 de 2011, se permite la compraventa, donación, permuta y transmisión *mortis causa* de la vivienda de residencia permanente entre particulares sin necesidad de una autorización ni derecho de tanteo por parte del Estado.

los créditos que otorguen las instituciones financieras (*cf.* Artículo 13.1) está remitiendo necesariamente al Artículo 8 de ese cuerpo normativo, restringiendo de esta forma a los sujetos pasivos y a la causa fin de la relación obligatoria.

En virtud del artículo referido solamente podrán garantizarse con hipotecas los créditos concedidos a las personas naturales para los fines siguientes:

- a) A las personas naturales autorizadas a ejercer el trabajo por cuenta propia y a otras formas de gestión no estatal, para financiar la compra de bienes, insumos y equipos, y para cualquier otro fin que contribuya al adecuado funcionamiento de la actividad;
- b) a los agricultores pequeños que acrediten legalmente la tenencia de la tierra, para la compra y reparación de equipos y medios de trabajo; el fomento, renovación o rehabilitación de plantaciones, y para cualquier otro fin que contribuya a incrementar la producción agropecuaria;
- c) a las personas naturales que pretendan comprar materiales de construcción o pagar el servicio de mano de obra para acciones constructivas; y
- d) a las personas naturales que procuren adquirir bienes para su propiedad personal o satisfacer otras necesidades.

De la misma forma, cabe preguntarse la *ratio* de dicho requisito exigido *ex lege*. Pero a diferencia de la restricción subjetiva activa, esta no encuentra cabida en motivos éticos ni políticos sino en razones estrictamente jurídicas, concretadas en la naturaleza de los bienes hipotecables.

Resulta lógico que las personas jurídicas no puedan constituir hipotecas a la luz del Decreto Ley, no solo porque esté destinado desde su título y objetivos a los créditos otorgados a las personas naturales, sino porque la institución no encaja con la realidad de estas en el Derecho cubano.

La mayoría absoluta de empresas y sociedades anónimas que existen en nuestro país son de origen estatal aunque su régimen sea privado,²¹ esto conlleva a que sus propiedades no puedan ser enajenables ni ejecutables (*cf.* artículos 138 del Código civil). Esto también procede para las organizaciones políticas, sociales y de masas (*cf.* Artículo 144.1 del Código civil) y para algunas asociaciones y fundaciones.

En cuanto a las cooperativas y las sociedades de capital 100% privado, su régimen crediticio es otro y no encajan con las características del crédito hipotecario establecido por el Decreto Ley (*v. gr.* artículos 2 y 15).

21 Al respecto dice Padilla Dieste: *Nuevas empresas y empresarios en Cuba*, Fundación Friedrich Ebert/FESCARIBE, México, 1997, p. 40, "En este sentido, cuando se habla en de empresa estatal o de empresa privada en Cuba se está hablando de lo mismo, en tanto que ambas modalidades es el Estado el único y real propietario de ellas".

Finalmente, los solares yermos y viviendas de descanso, únicos bienes hipotecables, se poseen en régimen de propiedad personal (cfr. Artículo 157 b) del Código civil) destinado preferentemente a las personas naturales.²²

Este análisis de los requisitos subjetivos, impuesto por el legislador para la hipoteca inmobiliaria, tributa también a la pregunta que encauza el problema a resolver: ¿puede subrogarse el crédito hipotecario a la luz del Derecho cubano?

Esta respuesta es, sin duda afirmativa, obviamente, una institución financiera autorizada por el Banco Central puede subrogarse en un crédito hipotecario ostentado por otra si paga a título de fiador de la persona natural que funge como deudor hipotecante. *Ergo*, fuera de este supuesto sumamente casuístico, ¿puede darse la subrogación en el crédito hipotecario?

Creo que la respuesta debe buscarse en el alcance de los requisitos analizados, pues el Decreto Ley los exige para la constitución de la hipoteca y no para la subrogación del crédito que garantiza.

En pura técnica jurídica y lingüística, la constitución y la subrogación son fenómenos diferentes. Constituir, significa establecer o fundar algo nuevo, dar nacimiento;²³ en relación con la hipoteca, Roca Sastre dice que “[...] se constituye en virtud de *negocio jurídico de disposición inscrito*”.²⁴ Mientras subrogar alude a sustitución,²⁵ así la subrogación en el crédito hipotecario no significa constituir una nueva hipoteca sino modificar subjetivamente la ya constituida.

Empero, existen características de esta subrogación que hacen dudar de esta diferencia. Por ejemplo, derivándose la subrogación del hecho del pago debería revestir la forma de Acta, de carta de pago o, incluso, de cualquier documento privado, pero nunca de Escritura. Sin embargo teniendo en cuenta que lo que se documenta es la modificación de una hipoteca, tal subrogación exige forma de Escritura, igualmente deberá constar en el Registro de la Propiedad si desea surtir efectos contra terceros.²⁶ Por lo que

22 Aunque es perfectamente posible que su dominio lo ejerza una persona jurídica no es ese el supuesto más común.

23 Así se deduce de la cuarta definición que el Diccionario Larousse da a la voz “Constituir”

24 Ramón María Roca Sastre, Luis Roca-Sastre Muncunill y Pedro A. Romero Candau: “Derecho Hipotecario”, t. VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, 8ª. ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, p. 525.

25 Así lo consigna Guillermo Borda: *Tratado...*, I, ob. cit., §1115/789.

26 Así se deduce de la Ley Hipotecaria (vigente en Cuba) que en su Artículo 152, párrafo 1, establece que “[...] *el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse a un tercero en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro*. Aunque el precepto alude a la cesión de créditos puede aplicarse *ex analogía legis* a la subrogación, sustentados incluso en el gazapo aludido del Artículo 258.2 del Código civil. Este precepto es concordante con el artículo 149 de la Ley Hipotecaria vigente en España (de 8 de febrero de 1946).

es dable deducir si se requerirán los mismos requisitos para subrogar activamente la hipoteca que para constituirla.

La *Escritura de subrogación por pago del crédito hipotecario*²⁷ no tiene el mismo contenido que la de constitución de la hipoteca. Esta se centra en el pago, y la subrogación activa en la relación obligatoria, estipulando la subrogación activa en la hipoteca como un efecto de la subrogación en el crédito.

La legislación notarial patria es, como era de esperarse, omisa en relación con la hipoteca, por lo que las diferencias de instrumentación entre la constitución y la subrogación han de elaborarse doctrinalmente con un muy buen aliado histórico: el Código notarial de 1929.²⁸

Según el referido Código, en su Artículo 176, el contenido de la escritura de constitución de hipoteca es: la obligación garantizada “procurando expresarla tan claramente que no pueda dudarse de su naturaleza y de su cuantía”; la duración, plazos y condiciones de la obligación garantizada, especialmente su vencimiento; las cantidades “de que por todos los conceptos” deba responder la finca que se hipoteque, los intereses estipulados o la declaración de no devengarlos el capital asegurado y la tasación de común acuerdo de la finca hipotecada. Como puede apreciarse el artículo solamente hace referencia a las llamadas cláusulas financieras, acentuando la principalidad del crédito sobre la accesoriedad de la hipoteca, pero definitivamente no bastan, son necesarias, además de la exhaustiva descripción de la finca hipotecada a efectos registrales, las llamadas cláusulas hipotecarias que contengan los elementos esenciales del contrato de hipoteca: su extensión, la referencia a las acciones hipotecarias y disposiciones previsibles de la transmisión de la finca hipotecada y la ejecución.

27 Es válido decir que la Escritura en cuestión difiere en su contenido y hasta en su misma calificación si se trata de una subrogación legal o una convencional. Esta última es propiamente la Escritura sobre subrogación por pago en el crédito hipotecario, pues contiene el negocio jurídico de subrogación en el crédito y la hipoteca celebrado entre el acreedor y el *solvens*. Mientras que la subrogación legal no es un acto jurídico sino un mero efecto derivado de una disposición legal, por tanto, lo que contiene la escritura es el negocio jurídico unilateral mediante el que el *solvens*, al que la ley le concede la subrogación, manifiesta su voluntad de que la modificación subjetiva de la hipoteca conste en el Registro de la Propiedad, por lo que su *nomen* debe ser Escritura sobre modificación subjetiva de la hipoteca por subrogación.

Como ambas Escrituras tienen notables diferencias, y su análisis comparativo merece un artículo aparte, esta sección se restringirá a exponer las características comunes de estas (como si se tratara de una) y compararlas con la Escritura sobre constitución de hipoteca.

28 Ley de 20 de febrero de 1929. La referencia a los artículos citados es tomada de Mariano Sánchez Roca: *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, v. III, Editorial Lex, La Habana, 1954, pp. 953 y 956.

El Código notarial de 1929 no regula la escritura sobre subrogación por pago del crédito hipotecario, pero sí la cesión de créditos hipotecarios, en esta sede el Artículo 190 disponía que las escrituras debían contener las generales de los comparecientes (cedente, cesionario y cedido), la especie y las condiciones del título cedido, el importe de la cantidad cedida, la circunstancia de haberse de dar conocimiento al deudor de este contrato y la circunstancia de dar fe el Notario de haber tenido a la vista la copia autorizada de la escritura constitución de la hipoteca cedida

Mutatis mutandis la escritura de subrogación debe contener los siguientes aspectos:

- a) Los comparecientes: aquí es necesario retomar la diferenciación entre la subrogación voluntaria y la legal. En la primera será imprescindible la comparecencia del acreedor hipotecario y el *solvens*, mientras que en la subrogación legal es necesaria solamente la comparecencia del *solvens* subrogado.
- b) Referencia a la Escritura de constitución: en este sentido estamos ante un instrumento de naturaleza relacionada. Su interconexión con la Escritura de constitución deriva de que, al ser esta una modificación en el aspecto subjetivo de los caracteres de la hipoteca, debe remitir a la fuente de constitución donde se encuentran reflejados sus elementos esenciales y accidentales, así como las estipulaciones y cláusulas sobre sus efectos, ejecución y transmisibilidad.
- c) El pago: la subrogación ha de realizarse simultáneamente con la solución. No hay otra oportunidad para efectuarla, porque ella es imposible antes del pago, en ese momento solo podría tener lugar una cesión de créditos o una novación por cambio de acreedor. Ni tampoco podría hacerse la subrogación después de la cancelación, porque el acreedor no tendría derecho alguno en qué efectuarla, ya que el que tenía se extinguió por el pago.
- 7) La subrogación: el traspaso definitivo al nuevo acreedor de todos los derechos, acciones y privilegios derivados de la hipoteca que garantiza al crédito, tanto contra el deudor principal como contra cualesquiera de los terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda o poseedor del bien hipotecado.
- 8) La extensión de la subrogación: la subrogación supone un pago, y por ello limita sus efectos a lo efectivamente cumplido. En consecuencia, si el pago es parcial se debe consignar la concurrencia del acreedor original, quien conserva su crédito por la parte insoluta, y del subrogado, quien adquiere únicamente la porción pagada por él. En relación con la hipoteca esta subsistirá para ambos acreedores pues su nota de indivisibilidad²⁹

29 R. M. Roca Sastre *et al.*: *Derecho...*, VII, *ob. cit.*, p. 188.

exige que aunque se reduzca la obligación garantizada, la hipoteca subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca objeto gravado. Así extinguido parcialmente el crédito, el acreedor no está obligado a extinguir proporcionalmente la hipoteca, pues solo lo estará cuando la extinción de la deuda sea total.

Estas diferencias sustanciales apuntan a que, aunque ambas tienen por requisito la formalización mediante Escritura, la constitución y la subrogación del crédito hipotecario responden, desde la labor notarial, a parámetros diferentes si bien no inconexos.

La inscripción en el Registro de la Propiedad, no es materia tan pacífica pues las diferencias entre ambas instituciones se ven más atenuadas en sede registral.

En principio hay que analizar si la subrogación ha de consignarse en el registro como un asiento de inscripción o como nota marginal de la inscripción original de la hipoteca constituida. El tema se torna complejo a la luz del Artículo 144 de la Ley Hipotecaria que refiere que *Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior [...] no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*. Debiendo analizar cuál es el asiento correcto para el caso de la subrogación.

Si nos remitimos a la Ley española 2/94, en su Artículo 5 establece a la nota marginal como el asiento registral apropiado para la subrogación del crédito hipotecario. Siendo respaldada esta decisión en la doctrina por Hernández Antolín.³⁰

Sin embargo, no comparto esta postura sustentado en tres elementos fundamentales: la naturaleza de las notas marginales, lo regulado para casos análogos y la trascendencia de la modificación subjetiva de la hipoteca.

Para un sector de la doctrina, opinión con la que coincido, las notas marginales deben corresponderse con los casos que la legislación prevea. Según Lacruz Berdejo “hay un *numerus clausus* de notas marginales; no se pueden practicar sino las expresamente previstas por la ley, la cual no da regla general alguna, y ordena la extensión de tales notas en casos particulares y específicos”.³¹ Esto no quiere decir que la ley sea taxativa ni casuística sino que prevé supuestos generales, a los que deben adecuarse los casos particulares, fuera de los cuales no cabe creación alguna.

30 Manuel Hernández Antolín: *Ob. cit.*, p. 1236.

31 *Cit. pos.* R. M. Roca Sastre *et al.*: *Derecho...*, IV, *ob. cit.*, p. 344.

No obstante, según lo planteado, pudiese inscribirse la subrogación en el crédito hipotecario como una nota marginal de modificación jurídica, pero es aquí donde los otros fundamentos dan respuesta negativa.

Si bien, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento prevén cauce registral para el supuesto de subrogación por pago del crédito hipotecario, sí lo hacen para casos análogos como pueden serlo la cesión y, en la Ley Hipotecaria española, la compraventa del bien hipotecado con asunción del comprador del débito personal hipotecario.

El primer caso corresponde a la remisión realizada *supra* al Artículo 152 de la Ley Hipotecaria, este es desarrollado por el Artículo 187 del Reglamento Hipotecario,³² que establece que la cesión *se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario*. Por su parte el cambio de deudor por asunción de la deuda garantizada también ha de inscribirse en un asiento principal según la legislación ibérica.³³

Finalmente, un cambio subjetivo en el crédito hipotecario comporta un efecto de suficiente envergadura jurídica para provocar una inscripción, pues está cambiando el titular de la hipoteca, modificando de esta forma toda la dinámica del derecho real. Es esta envergadura, precisamente, la que impide que su inscripción se realice mediante nota marginal de modificación jurídica y es este, precisamente, el argumento que enarbola la doctrina española en contra de lo regulado en el citado Artículo 5 de la Ley 2/94.

Así, Roca Sastre apunta que “existe parte de razón de los autores que en su mayoría estiman más adecuado un asiento de inscripción por ser la subrogación un negocio jurídico que contiene un convenio de sustitución entre el deudor y la nueva entidad acreedora”.³⁴

Incluso, Hernández Antolín, citando a Lacruz Berdejo, apunta que “nos encontramos ante una nota marginal sucedánea de asiento principal, con verdaderos efectos de inscripción, y con iguales efectos que ésta”.³⁵

Todo lo expuesto apunta a que desde el prisma registral, no existen las diferencias tan sustanciales que entre la constitución de la hipoteca y la subrogación por pago en el crédito hipotecario veíamos en el plano notarial. Pero la diferencia determinante entre la inscripción de la constitución y la de la subrogación está en su naturaleza, pues aquella es constitutiva del derecho real, mientras esta solamente opera para que la subrogación de un crédito hipotecario pueda surtir efectos contra terceros.

32 Concordante con el artículo 244 del Reglamento vigente en España.

33 Así se entiende del Artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

34 R. M. Roca Sastre *et al.*: *Derecho...*, VIII, *ob. cit.*, p. 556.

35 *Cit. pos.* Manuel Hernández Antolín: *Ob. cit.*, p. 1236. Coincide con esta postura Díez-Picazo: *Fundamentos...*, II, *ob. cit.*, p. 846.

La doctrina³⁶ es conteste en que la inscripción de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva, es decir, que sin inscripción no hay derecho real de hipoteca. La hipoteca aparece con ella, convirtiéndose dicha inscripción en requisito esencial para el nacimiento del derecho, es parte integrante y requisito *sine qua non* de su constitución. La inscripción de la hipoteca es forma de ser o de existencia del negocio, o lo que es lo mismo, la hipoteca nace con la inscripción de la Escritura en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, la inscripción de la subrogación es declarativa, ya que la modificación jurídico-real se produce con anterioridad y fuera del Registro de la Propiedad, como efecto del pago hecho por el tercero. En consecuencia, no es necesario que se produzca su inscripción para que la subrogación hipotecaria exista, solamente para que sea eficaz. En relación con el Artículo 149, concordante con nuestro 147, Roca Sastre indica que “[...] la ley sigue, pues, el criterio general de nuestro sistema hipotecario: la inscripción es declarativa y sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, aparte de los derivados del principio de legitimación”.³⁷ Por lo que en el plano registral puede concluirse de igual modo que en relación con el requisito formal de Escritura. Aun cuando la constitución y la subrogación del crédito hipotecario tengan los mismos requisitos formales, estos no constituyen realidades idénticas, sino que comportan caracteres muy particulares. En consecuencia, la constitución de la hipoteca no requiere los mismos requisitos que la subrogación por pago del crédito hipotecario, lo que puede trasladarse *mutatis mutandis* a los requisitos subjetivos, no así a los objetivos que deben ser los mismos por naturaleza al constituir estos precisamente su punto de conexión.

Eso permite que, haciendo una interpretación estrictamente literal, sea posible una subrogación por pago de una persona natural en el crédito hipotecario a pesar de la restricción subjetiva impuesta por el Artículo 13.2 del Decreto Ley No. 289 de 2011. Aunque es cierto que esta no es la intención del legislador y que la negativa aflorará si se utilizan otros métodos de hermenéutica legislativa.

Post scriptum

Muy a pesar de todo lo analizado en el desarrollo de este artículo, y más específicamente en el segundo acápite, es factible decir que para el Derecho cubano las posibilidades reales de que ocurra una subrogación por

36 R. M. Roca Sastre *et al.*: *Ob. cit.*, p. 527.

37 *Ibidem*, p. 566.

pago en un crédito hipotecario se quedan en meros casos de laboratorio, porque como se apuntó, en nuestros predios la figura de la subrogación descansa, casi de manera exclusiva, en su forma convencional, estando previstos solamente dos casos de subrogación legal.

Así, si los titulares de la hipoteca son entidades financieras, que en nuestra realidad nacional responden a directrices emanadas de políticas de gobierno, no creo posible un convenio de subrogación en el crédito hipotecario con una persona natural, descansando esta posibilidad únicamente en el mencionado caso del fiador.³⁸

De *lege ferenda*, sería muy favorable la ampliación de los supuestos de subrogación legal, sobre todo en materia del crédito hipotecario. También sería oportuno analizar la posibilidad de la subrogación en la hipoteca a las otras personas jurídicas a las que hace alusión el propio Decreto Ley No. 289 de 2011.

En este último punto se encuentran las cooperativas de créditos y servicios, las que en virtud del Artículo 11 pueden constituir fondos de garantía en beneficio de los miembros que soliciten créditos y las entidades estatales que arrienden inmuebles, las que por el Artículo 12 pueden conceder garantías para el cumplimiento de las obligaciones en los créditos que soliciten los arrendatarios para la reparación del inmueble. En ambos casos, las personas jurídicas actúan como verdaderos avales bancarios o si se quiere en una especie de fiadores, por lo que brindarles la posibilidad de subrogarse en la hipoteca cuando paguen en lugar del deudor, constituye una forma efectiva de incentivar esta garantía prevista en la ley.

El crédito hipotecario ya no es, en nuestro país, una figura de *iure condendo*, pero su regulación más que luces ha sembrado sombras en la mente del gremio jurídico cubano, sombras que no serán de fácil solución mientras no abandonemos nuestras concepciones anquilosadas en un Derecho privado altamente vulnerado por los matices administrativistas.

38 El otro supuesto de subrogación legal en el Derecho cubano, la aseguradora, solo procede en obligaciones indemnizatorias que tienen por causa un ilícito civil (*cf.* artículos 71 y 84 del Decreto Ley No. 263 de 2008) por lo que no tiene lugar en un crédito de origen contractual.

Bibliografía

Fuentes Doctrinales

- BLANCO, ALBERTO: "Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español", t. I, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Cultural, La Habana, 1930.
- BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- DELGADO VERGARA, TERESA: "El cumplimiento o pago de las obligaciones"; "Modificación convencional de la obligación. Transmisión de créditos y deudas", ambos en *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- DÍAZ PAIRÓ, ANTONIO: *Teoría general de las obligaciones*, v. I, Librería Temis, La Habana, 1945.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", v. II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, MANUEL: "Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, Año 70, No. 622.
- LALAGUNA, ENRIQUE: "Los créditos hipotecarios", en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1974.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, EDUARDO: "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)", en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 1994.
- PADILLA DIESTE, CRISTINA: *Nuevas empresas y empresarios en Cuba*, Fundación Friedrich Ebert/FESCARIBE, México, 1997.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Compendio de Derecho civil, II, Derecho de obligación. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, 3ª. ed., Bosh, Barcelona, 2006.
- RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ: *Hipoteca*, documento electrónico facilitado por su autor.
- ROCASASTRE, RAMÓN MARÍA Y LUIS ROCA-SASTRE Y MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, t. IV, 8ª. ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998.
- ROCASASTRE, RAMÓN MARÍA; LUIS ROCA-SASTRE Y MUNCUNILL Y PEDRO A. ROMERO CANDAU: *Derecho Hipotecario*, t. VII, *Ley del Suelo. Hipotecas* y t. VIII, *Hipotecas*, 8ª. ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998.

DE RUGGIERO, ROBERTO: *Instituciones de Derecho civil*, v. I, "Introducción y Parte General", "Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión", traducción de la 4ª. ed. italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1929.

Fuentes Legales

Código civil de la República de Cuba, anotado y concordado, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, edición a cargo de Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1889, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

Código notarial, Ley de 20 de febrero de 1929, en *Leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, v. III, edición a cargo de Mariano Sánchez Roca, Editorial Lex, La Habana, 1954.

Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar y su Reglamento, de 14 de julio de 1893, Editora del Ministerio de Justicia, 1999.

Ley 2/1994, de 30 de marzo, en *Boletín Oficial del Estado* de 4 de abril de 1994.

Decreto Ley No. 289 de 2011, "De los créditos a las personas naturales y otros servicios bancarios", en *Gaceta Oficial de la república de Cuba*, No. 40, Extraordinaria, de 21 de noviembre de 2011.

Decreto Ley No. 263 de 2008, "Del contrato de Seguro", en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 5, Extraordinaria, de 26 de enero de 2009.

Decreto Ley No. 214 de 2000, sobre la "Constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles", en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 9, Extraordinaria, de 29 de noviembre de 2000.

Resolución No. 99 de 2011, del Banco Central de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 40, Extraordinaria, de 21 de noviembre de 2011.

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN EL MARCO DE LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO SOCIOECONÓMICO EN CUBA

*Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez**

*Yuri Pérez Martínez***

Sumario

I. Del contrato de arrendamiento. I.1. Características del contrato de arrendamiento. I.2. Naturaleza Jurídica del contrato de arrendamiento. I.3. Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario. I.4. Elementos constitutivos del contrato de arrendamiento. I.5. Obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento. I.6. Extinción del contrato de arrendamiento. II. La figura de la tácita reconducción III. Especial referencia al Artículo 391 del Código civil (CC) de 1987. IV. Cesibilidad de la parte contractual de la que el arrendatario es titular. Posibilidad en el ordenamiento jurídico cubano. V. Arrendamiento de bienes inmuebles urbanos. VI. La intervención notarial en la formalización del contrato de arrendamiento de viviendas.

Del contrato de arrendamiento

Los contratos traslativos del derecho de uso y disfrute de un bien, entre los que se encuentra el negocio jurídico de arrendamiento, son aquellos, en virtud de los cuales, se trasmite el derecho a usar y, en su caso, disfrutar del bien que se entrega; son contratos de tracto sucesivo y sus efectos son temporales, pues al expirar el término pactado por los contratantes, las facultades transmitidas vuelven a gravitar sobre la esfera jurídica del transmitente. Se diferencian de los contratos traslativos del derecho de propiedad, en que estos son contratos de tracto inmediato y definitivos después de ejecutados

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Profesora titular de Derecho de obligaciones y contratos. Presidenta del capítulo provincial de La Habana de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia. Notaria.

** Máster en Derecho constitucional y administrativo por la Universidad de La Habana. Profesor Asistente de Derecho Constitucional. Presidente del capítulo provincial de La Habana de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.

sus efectos traslativos.¹ En el arrendamiento se transmiten determinadas facultades del propietario —en el caso de que coincidan titular y arrendador—; lo que se traduce en un gravamen sobre el bien y en una autolimitación de su derecho.

Por contrato de arrendamiento, se ha entendido históricamente,² aquel contrato por el cual una de las partes se obliga con otra a proporcionarle el goce o uso de una cosa —o ambas—, o a ejecutarle una obra, o a prestarle determinados servicios a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente; sin embargo, estas figuras que han recibido igual denominación son perfectamente diversas entre sí; por ello, en la actualidad constituyen tres tipos contractuales que tienen regímenes jurídicos propios,³ aun cuando en algunas legislaciones los regulan en un Título, tal pretendida unificación es puramente nominal, pues a continuación se establecen regulaciones separadas para cada clase de arrendamiento, *cfr.* Título VI del Código civil español.

En la actualidad, la doctrina científica⁴ exige la separación de todas las relaciones que han venido conformando el conjunto jurídico del contrato de arrendamiento heredado del Derecho Romano, de manera que los códigos modernos siguen en su técnica legislativa esta posición científica. En consecuencia, cuando nos referimos al contrato de arrendamiento estamos aludiendo solo al arrendamiento de bienes, excluyéndose así de este tipo contractual lo que los romanos denominaron arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios.⁵

- 1 Salvo excepciones, como por ejemplo en el contrato de compraventa en el que se incorporen pactos de: retroventa, preferencia, o reserva de dominio; en la permuta cuando se ejercita la facultad resolutoria por la pérdida por evicción, *cfr.* Artículo 369; en la donación por ser ésta inoficiosa, *cfr.* Artículo 376 todos del CC cubano. *Vid.* Vicente Rapa Álvarez: *Manual de obligaciones y contratos*, 2ª. parte, La Habana, 1991, p. 241.
- 2 Esta figura jurídica nos viene del Derecho Romano con la denominación de *locatio conditio*, que en dependencia de la prestación que realizará el arrendador se dividía en: *locatio conditio rerum* (arrendamiento de bienes), *locatio conditio operis* (arrendamiento de obras) y *locatio conditio operarum* (arrendamiento de servicios) por lo que para un sector de la doctrina en este sistema jurídico se tenía un concepto unitario del arrendamiento.
- 3 *Cfr.* Título VI, “Del Arrendamiento”; y Título X, “Del contrato de prestación de servicios”, del Libro Cuarto, Segunda Parte, del CC Federal de México; y Título II, capítulos IV, “Del Arrendamiento”, y V, “Del contrato de obra”, del Libro Tercero, Segunda Parte del CC boliviano.
- 4 *Vid.* Rapa Álvarez: *Ob. cit.*, pp. 249-250.
- 5 Contratos que hoy tienen otra denominación para evitar confusiones con el primero y porque, ante todo, son contratos que tienen objeto propio, diferente al objeto del arrendamiento, así las legislaciones modernas al regularlos los han denominado: contrato de obra o ejecución de obra y contrato de prestación de servicios.

En Cuba, donde rigió el Código civil español hasta la promulgación, en 1987 de nuestro Código civil, el arrendamiento estaba sometido al régimen establecido por el primer cuerpo normativo, con las modificaciones que fueron introducidas con posterioridad al gobierno de Gerardo Machado en 1933, año a partir del cual se promulgaron una serie de normas jurídicas que cambiaron el contenido del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, fundamentalmente lo relacionado con el tiempo de duración que permitió que se prorrogara el derecho del arrendatario para el uso y disfrute del bien arrendado;⁶ lo que se conoce como tácita reconducción.

El Código civil cubano al regular el contrato de arrendamiento,⁷ solo reconoce por tal el arrendamiento de bienes, tanto muebles como inmuebles, quedando suprimidos los denominados arrendamientos de obra y de servicios.⁸ Para el caso de los bienes inmuebles urbanos, son de aplicación, además, el Artículo 74⁹ de la Ley General de la Vivienda en relación con los preceptos del Decreto Ley No. 171 de 15 de mayo de 1997,¹⁰ el Decreto Ley No. 275 del 30 de septiembre de 2010 y su reglamento, la Resolución No. 283/2011 del Instituto Nacional de la Vivienda.

El contrato de arrendamiento de bienes o, simplemente, arrendamiento es aquel por el que una persona (arrendador) se obliga a proporcionar a otra (arrendatario) durante un cierto tiempo el uso o goce de un bien a cambio del pago de un precio en dinero. *Cfr.* Artículo 389 del CC cubano.

Mediante el contrato de arrendamiento se puede conferir al arrendatario el derecho única y exclusivamente, a usar el bien (*v. gr.* uso de un vehículo motor a los efectos de traslado de personal); además, puede transmitirle la facultad de disfrute que implica beneficiarse jurídicamente del uso del bien (*v. gr.* el mismo vehículo motor que se utiliza para la realización del servicio

6 *Vid.* Rapa Álvarez: *Ob. cit.*, pp. 250-252.

7 *Cfr.*, artículos 389-395 del Código civil cubano.

8 El contrato de obra o ejecución de obra conserva vigencia como contrato principal en la contratación económica, materia que está excluida del Código civil y los denominados por la doctrina contratos de servicios, que se consideran el antecedente histórico del actual contrato laboral. La contemporaneidad exhibe contratos de servicios con fisonomía propia, como los contratos de prestación de servicio regulados en el Código civil cubano, *v. gr. contrato de transporte, de hospedaje, entre otros.*

9 Ley No. 65 de fecha 23 de diciembre de 1988, respecto al arrendamiento de viviendas la ley reconoció el derecho de los propietarios a arrendar hasta dos habitaciones de la vivienda de su propiedad, al amparo de lo establecido en la legislación común.

10 El Decreto Ley No. 171 modificó el Artículo 74 de la Ley No. 65, *cfr.*, Artículo 1, autorizando a los propietarios de viviendas a arrendar la vivienda y asimismo se establece el régimen administrativo aplicable a este contrato, modificado por el Decreto Ley No. 233 de 2 de julio de 2003 y la Resolución No. 270/03 del Presidente del INV, de 5 de junio de 2003, contentiva del Reglamento sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios.

de transporte fuera del traslado de personal). Generalmente las legislaciones no hacen distinción entre uno y otro al no regularlos separadamente.¹¹

I.1. Características del contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento tiene por características las siguientes:

a) El arrendador no solo se obliga a entregar el bien y conferir su uso y disfrute, sino que además se obliga a garantizar los derechos del arrendatario en este sentido.

El arrendador garantiza el derecho de goce del bien al arrendatario, *cfr.* Artículo 393, inciso c, defendiéndolo ante cualquier perturbación en el ejercicio del derecho contra tercero,¹² pues el arrendatario no tendrá acción contra estos, de ahí que se diferencie del usufructo en que el usufructuario sí tiene acción contra terceros por sí mismo ante cualquier perturbación, ya sea de hecho o de derecho, sin tener que acudir al propietario, por otorgar el usufructo un derecho real a su titular.

b) El contrato se realiza por un tiempo determinado, por lo que es temporal, sin perjuicio de la voluntaria renovación o prórroga por tiempo determinado también.

Esta característica diferencia al contrato de arrendamiento de otras figuras jurídicas,¹³ ya que de no ser expresado el tiempo de duración del contrato no estaremos en presencia de un arrendamiento; lo cual no quiere decir que las obligaciones de las partes sean a término, el contrato, necesariamente, debe tener un período de vigencia, pero esto no afecta directamente las obligaciones de las partes por tratarse de un contrato que no se consuma inmediatamente sino de manera progresiva.

En cuanto al pago del precio como contraprestación, se requiere la fijación del momento en que se va a pagar este.

11 El arrendamiento de disfrute no depende solo de que el bien produzca frutos naturales, sino de la voluntad de las partes de ceder y adquirir el disfrute o solo el uso, así, por ejemplo, se pueden arrendar animales solo para utilizarlos en el trabajo sin conceder al arrendatario el derecho a sus crías o arrendar una finca rústica para habitarla y usar su terreno, pero no para explotarla. De manera que si las partes no dicen nada para decidir si el arrendamiento es de uso o de uso y disfrute (con derecho a ciertos frutos o a todos) hay que atender a la opinión común que frecuentemente se forma sobre la base de que sea fructífero el bien arrendado, o no.

12 *Cfr.* Artículos 693 y 694 del CC boliviano; artículos 1559 y 1560 del CC español.

13 Como el censo enfiteútico, derecho real de aprovechamiento, no reconocido en el derecho patrio.

La determinación del tiempo de duración del contrato no es absoluta, pues puede pactarse con duración indefinida, en cuanto dependa del cumplimiento de una condición resolutoria o de la voluntad de una de las partes, siempre que se pacte expresamente en el negocio jurídico que el contrato estará vigente hasta que una de las partes lo desee; sin que ello signifique, bajo ningún concepto, perpetuidad, porque desnaturalizaría al arrendamiento. El arrendador conserva la integridad de su derecho de poder recobrar, en su día, el bien arrendado, por cuanto la indeterminación del tiempo ha de entenderse con el límite de que las partes no les quepa ligarse a un arrendamiento eterno. *Cfr.* artículos 687 y 688 del CC boliviano.

c) Media pago de un precio cierto y determinado que se fija en relación con el período de duración del contrato.

En tal sentido, requiere que se precisen las fechas o plazos en que debe ser abonado el precio. Esta característica lo distingue del contrato de aparcería en que el precio no es fijo sino que es proporcional a los frutos percibidos por el bien dado en uso y disfrute. El precio siempre es en dinero o signo que lo represente, y debe estar en correspondencia con el tiempo de duración del arrendamiento, la naturaleza y el estado del bien.

d) Recae sobre bienes determinados no fungibles, ni consumibles¹⁴ para su uso y disfrute temporal.

I.2. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento

El arrendamiento es, ante todo, un negocio jurídico bilateral,¹⁵ específicamente, un contrato típico y nominado, por estar expresamente regulado en la ley y tener denominación propia; consensual, por ser suficiente el consentimiento para su perfección, aun cuando en determinados supuestos requiere la forma escrita, *cfr.* Artículo 51, inciso b del CC cubano; es bilateral, por generar obligaciones para ambas partes; oneroso conmutativo,¹⁶ ya que

14 La doctrina reconoce excepciones para el caso de los bienes consumibles. Albaladejo pone de ejemplo el caso de frutas exóticas para que sean exhibidas en un banquete. Estamos contestes con el ejemplo, siempre que el tiempo de duración del contrato sea menor que el lapso de conservación de los bienes sobre los que recae la prestación y siempre que el objeto del contrato sea el uso, nunca el uso y disfrute. *Vid.* Manuel Albaladejo García: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, v. II, 8ª. ed., Editorial Boch, Barcelona, España, 1989, p. 174.

15 Porque requiere para su perfección la manifestación de voluntad de dos o más personas.

16 En ocasiones el contrato de arrendamiento puede hacerse aleatorio, introduciendo un riesgo por voluntad de las partes, *v. gr.* Cuando se cede el uso de un barco durante la

ambas partes persiguen obtener con la ejecución del contrato un beneficio o ventaja, la que además está perfectamente determinada desde la perfección del contrato; es un contrato principal, al no depender de ningún otro contrato para su existencia por tener un fin propio y es un contrato de consumación sucesiva o de tracto duradero, por tratarse de un contrato cuyos efectos se prolongan en el tiempo.

Por último, es preciso señalar que el arrendamiento constituye un acto de administración¹⁷ del bien que se arrienda, al ser quizás una de las maneras más características de obtener rendimiento del mismo sin desprenderse total y definitivamente del bien.

I.3. Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario

Sobre la naturaleza jurídica del derecho que surge a favor del arrendatario sobre el bien dado en arrendamiento, existen diversos criterios en cuanto a si da origen a un derecho real o personal,¹⁸ cuando se trata de un bien inmueble. Un sector de la doctrina considera que el derecho que tiene el arrendatario es un derecho personal por cuanto este no tiene los elementos típicos que configuran los derechos reales;¹⁹ otro sector plantea que este

campana pesquera a cambio de que el arrendatario entregue la pesca de la primera semana que puede ser mucha, poca o ninguna.

- 17 En la doctrina no se da un criterio uniforme de los conceptos de actos de administración y actos de disposición y de su correspondiente diferenciación, con frecuencia, permeadas de un pensamiento economicista. Varias son las nociones que se ofrecen por actos de administración: en un caso como los actos tendentes a la conservación, utilización y progreso del patrimonio; otros consideran por tales actos que tiene por objeto conservar, mejorar o hacer que rindan los bienes. Coincidimos en considerar por acto de administración aquel acto jurídico destinado a la conservación o acrecentamiento de un patrimonio, o a la obtención de los beneficios o utilidades de que es susceptible, realizado por su propietario o por quien, sin serlo, obra legalmente autorizado, en cualquier forma de representación, *cfr.* Alonso Martínez de Navarrete: *Diccionario jurídico básico*, en soporte digital, Ed. Heliasa S.R:L, Valencia, 1991; Manuel Ossorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 1ª. ed. electrónica, Datascan, S.A. Guatemala y Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara: *Diccionario de Derecho*, 16ª. ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1989, p. 51.
- 18 Al respecto *vid.* Derrupe: *La nature juridique du droit de preneur a bail et distinction des droits reels et des droits de creance*, 1952; Franz: *Natura del diritto del locatorio*, 1949; Moreno Mocholi: Sobre la naturaleza del derecho del arrendatario, en *RGLJ*, 1948; Manuel Albaladejo García: *Derecho civil II, Derecho de las Obligaciones*, vol. II, 8ª. ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1989, pp. 1998-200.
- 19 La reipersecutoriedad absoluta y la oposición *erga omnes* entre otras características, *vid.* Orlando Rivero Valdés: *Temas de Derechos reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp.19-22 y Rapa Álvarez: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, MES, La Habana, pp. 12-14.

derecho a favor del arrendatario surge como un verdadero derecho real, ya que el propietario al ceder el uso y disfrute del bien se desprende de él, lo pierde para sí y lo entrega al arrendatario;²⁰ y otro sector doctrinal mantiene un criterio intermedio, pues distingue el arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, del arrendamiento no inscrito en tal Registro, estimando que el primero produce un propio derecho real y el segundo un derecho personal.²¹

El derecho a usar el bien que del arrendamiento nace para el arrendatario es un derecho de crédito a que el arrendador le entregue el bien, *cfr.* Artículo 393 inciso a del CC cubano y durante el contrato le proporcione el uso o disfrute del mismo, *cfr.* Artículo 389 del CC cubano, el arrendatario entonces se convierte en poseedor del bien, *cfr.* Artículo 196 del CC cubano y como tal le corresponde la protección otorgada para todo poseedor, *cfr.* Artículo 203-205 del CC cubano. El arrendatario no adquiere derecho real alguno sino que usa y disfruta del bien a través de la conducta permisiva del arrendador, que consiste en proporcionarle el uso y disfrute y que constituye la prestación de la obligación que el arrendador asume, *cfr.* Artículo 393, incisos c) y ch) del CC cubano.

Se ha insistido constantemente en el carácter de derecho de crédito y no real de la figura en estudio,²² pues ya se ha superado la posición intermedia, al considerarse inadmisibile que el hecho de la inscripción registral no puede

20 Posición que no compartimos porque no tiene en cuenta que el arrendamiento puede recaer solo sobre el uso y no siempre confluyen titular y arrendador; por tanto, ante la perturbación en el ejercicio de un derecho del arrendatario siempre debe acudir para su defensa al arrendador facultado para transmitir el uso y disfrute. El derecho del arrendatario no es real, pues esta clase de derecho implica un poder directo e inmediato sobre el bien, lo cual no se da en virtud del derecho que tiene el arrendatario, el vigor y efectividad de su derecho no son como los de un derecho real, como se demuestra cuando siendo desposeído el arrendatario del bien y habiendo transcurrido un año, *cfr.* Artículo 116, inciso a), sin ejercitar la acción para recuperar la posesión mediante acción interdictal, no tiene en lo adelante acción alguna como poseedor para recuperarla él del que tenga el bien sino que ha de recurrir al arrendador para recobra dicha posesión y que le proporcione el uso del mismo.

21 Los que asumen tal posición, parten de considerar que en la concreción práctica tal derecho presenta características de derecho real, pues se usa y disfruta del bien en virtud de un poder directo e inmediato que se tiene sobre el bien y prácticamente tal derecho parece tan potente como uno real en cuanto que presenta gran solidez y duración prolongada siendo oponible a terceros si está inscrito en el Registro de la propiedad en el caso de los arrendamientos de inmuebles. Nos alejamos de tales consideraciones, a nuestro juicio, también se configura como derecho personal, solo que con efectos reales, pues la inscripción en el Registro lo que concede es mayor protección al arrendatario.

22 *Vid.* Manuel Albaladejo García: *Ob. cit.*, pp.198-200.

variar la naturaleza del derecho arrendaticio. Los efectos que frente a terceros produce el arrendamiento inscrito, procede no por ser este un derecho real sino por estar inscrito un derecho de crédito porque así lo establece y reconoce el legislador, por tanto queda claro que:

- a) El arrendatario tiene siempre un derecho de crédito;
- b) el hecho de la inscripción del contrato en el registro no modifica esa naturaleza;
- c) aunque la inscripción confiere eficacia frente a terceros, ello no autoriza a decir que tal inscripción le otorga efectos de derecho real porque dicha eficacia no es exclusiva de los derechos reales, pues, aunque excepcionalmente, como es el caso, la inscripción registral de un derecho de crédito produce eficacia frente a terceros;
- d) si para otorgar arrendamientos inscribibles hace falta capacidad dispositiva, esto no se debe a que tal arrendamiento sea constitutivo de un derecho real sino porque aun sin serlo, lo exige la especial trascendencia que tiene para el bien inmueble sobre el que recae.

I.4. Elementos constitutivos del contrato de arrendamiento

Como acto jurídico que es, el contrato de arrendamiento tiene elementos subjetivos, objetivos y formales.

Los elementos subjetivos o personales están dados por las partes, o sea, las personas que en este acto intervienen y los que con sus manifestaciones de voluntad conforman el consentimiento contractual, las partes se denominan arrendador, que es el que cede el derecho a usar y disfrutar del bien y el arrendatario que es el sujeto que ejerce dicho derecho y está obligado a restituir el bien una vez que expira el término del contrato y a pagar el precio del arrendamiento.

Ambos deben tener la capacidad general para contratar, por lo que se les aplican las normas generales establecidas sobre el ejercicio de la capacidad en el CC cubano, *cfr.* artículos 29-32. El arrendamiento de bienes propiedad de menores de edad o incapacitados son válidos cuando se realizan por medio de sus representantes, los que no tendrán necesidad de pedir autorización al tribunal, conforme establecen los artículos 87 y 155 del Código de familia, por cuanto dicha autorización solo se requiere para los actos de disposición y como se expresó *supra* el contrato de arrendamiento es expresión de un acto de administración. Asimismo, tampoco es necesario que el arrendador sea propietario del bien, pudiendo ser cualquier persona que tenga facultades de administración sobre el bien, aunque en el caso de los

que poseen el bien en concepto de arrendatario o comodatario no lo pueden transmitir en arrendamiento sin autorización del arrendador o comodante, *cfr.* Artículo 395 y Artículo 386, inciso c) del CC cubano, además en el caso del arrendamiento de vivienda solo el propietario puede realizar dicho contrato, *cfr.* Artículo 74 de la Ley No. 65/1988.

Los elementos objetivos o reales del contrato son el bien, mueble o inmueble, que se cede, que no son consumibles ni fungibles, o sea, son bienes determinados o determinables, y el precio que ha de consistir en dinero y ser cierto, veraz y determinado.

En cuanto a la forma, por ser el contrato consensual, no requiere para su perfección forma especial alguna, aun cuando le es aplicable lo establecido en el Artículo 51, inciso b) del CC cubano y lo establecido en el Artículo 36 de la Resolución 283/2011 de 5 de septiembre del presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, en relación con el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios.²³

I.5. Obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento es bilateral, en consecuencia, ambas partes están obligadas recíprocamente una respecto a la otra, cuyas obligaciones principales son para el arrendador ceder el uso y disfrute del bien y para el arrendatario pagar el precio en el tiempo establecido, obligaciones que son derechos para la parte contraria; junto a tales obligaciones esenciales existen otras que las complementan y aseguran, el CC cubano las establece en sus artículos 393; 394 y 395.

OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

1. Entregar al arrendatario el bien objeto del arrendamiento, *cfr.* Artículo 393, inciso a).
2. Hacer por su cuenta las reparaciones mayores y urgentes que el bien requiera, sin que ello implique modificaciones esenciales en su forma o destino, *cfr.* Artículo 393, inciso b).
3. Mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien, *cfr.* Artículo 393, inciso c).
4. Sanear, por evicción o por vicios ocultos el bien arrendado, conforme lo establecido para el contrato de compraventa, *cfr.* Artículo 393, inciso ch).

23 Resolución No. 283 de 5 de septiembre de 2011, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. Edición Extraordinaria, Año CIX, No. 29, La Habana, 7 de septiembre de 2011.

OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

1. Pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos, *cfr.* Artículo 394, inciso a).
2. Usar el bien con la diligencia debida, destinando el bien al uso pactado o al que se infiera de su naturaleza, *cfr.* Artículo 394, inciso b).
3. Comunicar al arrendador la necesidad de cualquier reparación mayor o urgente que requiera el bien, *cfr.* Artículo 394, inciso c).
4. Realizar las reparaciones menores o corrientes para el uso normal del bien, *cfr.* Artículo 394, inciso ch).
5. Devolver el bien al concluir el término del contrato en el mismo estado en que lo recibió, *cfr.* Artículo 394, inciso d).
6. El arrendatario no puede transmitir por título alguno el bien dado en arrendamiento a tercera persona sin estar autorizado expresamente por el arrendador, *cfr.* Artículo 395.

I.6. Extinción del contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento se extingue:

1. Por transcurrir el tiempo previsto en el contrato para su vigencia, *cfr.* artículos 389; 390 y 394, inciso d) del CC cubano
2. Por cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el contrato, *cfr.* Artículo 53.4 del CC cubano.
3. Por mutuo disenso.
4. Por desistimiento unilateral cuando la ley lo establece o las partes lo hayan pactado en el contrato.
5. Por resolución por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, *cfr.* Artículo 306 del CC cubano.
6. Por cualquier causa que produzca la extinción de las obligaciones de las partes, *v. gr.* Confusión, *cfr.* Artículo 300 del CC cubano.

El contrato de arrendamiento no se extingue por la muerte del arrendatario, pues el derecho que nace del arrendamiento a favor de este es transmisible por no ser un derecho personalísimo, *cfr.* Artículo 390; tampoco se extingue si se transfiere el derecho de propiedad del arrendador sobre el bien dado en arrendamiento a otra persona, en cuyo caso el nuevo dueño debe mantener al arrendatario en el uso y disfrute del bien hasta su vencimiento, *cfr.* Artículo 391 del CC cubano.

II. La figura de la tácita reconducción

El arrendamiento se extingue por el vencimiento del plazo para el que se concertó sin que haga falta requerimiento, sin embargo, es susceptible de prórroga o de renovación.²⁴ En el primer caso subsiste el mismo contrato, por tanto, con las mismas condiciones y de duración igual a la del anterior, si no se pacta cosa distinta al respecto; en el segundo caso, se continúa usando el bien pero sobre la base de otro contrato nuevo que puede otorgarse expresamente, o no.

Al supuesto de continuación de los efectos del contrato, aun cuando ha expirado el plazo de vigencia del mismo se denomina tácita reconducción, considerándose que por voluntad presunta de las partes si al vencer el término del contrato el arrendatario continúa en el uso y disfrute del bien sin que el arrendador le reclame su devolución, se prorroga el contrato por un término igual al original, o sea, el contrato no se extingue, *cf.* Artículo 392 del CC cubano. Opinión especial merece este precepto en su apartado 1, pues deja en estado de indefensión al arrendador o al nuevo propietario, al no establecer el período de tiempo para oponerse a la prórroga, o sea, a la tácita reconducción. En la actualidad, son múltiples los ejemplos que pueden impedir al arrendador o al nuevo propietario ejercer su derecho de dar por terminado el contrato, lo que puede generar incertidumbre e inseguridad jurídica para el transmitente. Sin embargo, consideramos que el error está precisamente en concebir la oposición, pues una vez expirado el término del contrato, fenece la relación contractual y, en consecuencia, cesan sus efectos, lo que se traduce en la devolución del bien al arrendador, elemento consecuente con una de las obligaciones del arrendatario (Artículo 394, inciso d). Por ello, es más preciso considerar la tácita reconducción, si, al expirar el contrato, el transmitente no requiere del arrendatario su entrega. Para ello es necesario establecer un término en función de brindar seguridad jurídica y protección a las partes.

En el segundo apartado el legislador no deja claro el tiempo del que dispone el arrendatario para devolver el bien objeto de la prestación, si interpretamos que de la notificación producida con antelación a la mitad del término por el cual se prorroga el contrato no dilucida el momento de la entrega o devolución del bien.

24 Existe discusión en la doctrina en relación con la naturaleza jurídica de la figura que se origina por la no extinción del contrato al expirar el término de duración del mismo, cuestión de suma trascendencia porque en dependencia de ello, serán los efectos que se produzcan; la renovación es un nuevo contrato, mientras que la prórroga es el mismo contrato que no se extingue sino que se mantienen sus efectos.

III. Especial referencia al Artículo 391 del Código civil de 1987

La transmisión o cesión de contrato podía manifestarse en la ley o ser fruto de la voluntad consciente de sus partes (creadores del acto jurídico) encaminada a surtir determinados efectos lícitos previstos por ellos, sin que exista prohibición expresa en las normas legales,²⁵ de ahí, que tanto la doctrina patria²⁶ como la extranjera²⁷ estén contestes en admitir la existencia de la cesión legal y la cesión voluntaria²⁸ de contratos.

La expresión legal de la figura en examen, tiene lugar cuando por disposición de la ley se autoriza el traspaso de la íntegra posición de parte en un contrato a otra persona que ocupa el lugar del contratante saliente, asumiendo los derechos y obligaciones como su anterior titular (de la parte), o sea, determinados supuestos fijados en las normativas civil general y especial que permiten la concreta transferencia de pieza contractual.

El Código civil cubano de 1987,²⁹ en su Libro III, Título IX, Capítulo I, Artículo 391 recoge la figura de la transmisión legal de arrendamiento al estable-

25 Consideramos oportuno recordar que la autonomía de la voluntad entendida en sede contractual como libertad de contratar o de no contratar, libertad de elegir con quién se contrata, libertad de discutir el contenido del contrato, libertad de elegir la forma cuando preceptivamente esta no se impone para la validez del acto, libertad de establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o modificarlo e, incluso, libertad para determinar la ley aplicable, no puede verse al margen del ordenamiento jurídico; pues, como acertadamente sostiene Teresa Vergara Delgado, en “El Negocio Jurídico contractual”, en *Derecho de Contratos*, t. I, Editorial Félix Varela, 2003, pp. 26-28, “su existencia emana de él en definitiva, pues el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la ley, es presupuesto para su ejercicio. Pero también la norma impone ciertas limitaciones que impiden el arbitrario ejercicio del poder individual en detrimento de la propia ley y del orden jurídico en general” —y continúa expresando la autora— “Pero todo ello no conlleva al ejercicio ilimitado de la autonomía. Las normas que rigen los contratos y en general el Derecho Civil son de carácter dispositivo, por consiguiente, disponibles para las partes, quienes pueden, por su voluntad, excluirlas y/o sustituirlas por aquellas más convenientes a sus intereses. Pero también encontramos en materia contractual preceptos de *ius cogens* a los cuales la voluntad privada tiene que subordinarse. Naturalmente, la determinación de cuándo una norma es imperativa, y en consecuencia, irrenunciable, es una cuestión de hermenéutica. En términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones o dictan conductas obligatorias a seguir so pena de ser sancionada con la nulidad su inobservancia”.

26 Nancy Ojeda Rodríguez: *Ob. cit.*, p. 202.

27 M. Andreoli: *Ob. cit.*, p. 59.

28 En el caso de la cesión convencional se regula en el Decreto Ley 304 de 1 de noviembre de 2012 en los artículos del 67 al 75, a tenor de las disposiciones finales primera, lo estipulado en esta disposición jurídica es supletorio en relación con los contratos que estipula el CC.

29 La norma que en este acápite se estudia, expresada en el Artículo 391 del código vigente, estuvo presente en algunas de las versiones de los anteproyectos del Código civil cubano, lo que demuestra la existencia de un tracto normativo del indicado precepto; así, por

cer *Si se trasmite a otra persona o entidad el derecho de propiedad del arrendador sobre los bienes arrendados, el contrato se mantiene en vigor hasta su término respecto del nuevo dueño.* De una simple lectura del citado precepto, se colige la construcción legal de una cesión, prevista por el legislador antillano tras disponer, referido en este caso concreto a la enajenación, cesión o transmisión del bien arrendado; que el nuevo adquirente debe continuar con las prestaciones debidas que emanan del contrato de arrendamiento.

De esta forma, la ley brinda la posibilidad, utilizando para ello una de las manifestaciones de la facultad de disposición: la enajenación plena³⁰ y mediante un negocio de cesión que puede adoptar las formas clásicas traslativas del dominio; de la realización de una modificación subjetiva en el contrato base o contrato originario. Similar posición es la mantenida por los códigos civiles de Bolivia,³¹ Perú,³² Nicaragua,³³

ejemplo, en la versión de febrero de 1982 se establece en su Artículo 323: “Al transferirse a otra persona o entidad el derecho de propiedad del arrendador sobre los bienes arrendados, el contrato se mantiene en vigor hasta su término respecto del nuevo dueño”; la versión de febrero de 1985 preceptuó en el Artículo 377: “Al transferirse la propiedad a otra persona o entidad el derecho de propiedad del arrendador sobre los bienes arrendados, el contrato se mantiene en vigor hasta su término respecto del nuevo dueño”.; de igual forma en las versiones de septiembre de 1985 (*cf.* Artículo 373) y mayo de 1986 (*cf.* Artículo 396).

30 *Vid.* en este sentido Orlando Rivero Valdés: “La relación jurídica de derechos reales. Contenido y protección de los derechos reales. La copropiedad”, en *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 24, teoriza sobre la enajenación como una de las variantes de la facultad de disposición que tiene el propietario, distinguiendo entre la enajenación menos plena y la enajenación plena, de esta última, refiere que tiene ocurrencia cuando el dueño, de modo voluntario, realiza algún acto jurídico con la finalidad de transmitir el dominio a otra persona.

31 Artículo 711.

“I. Si el contrato de arrendamiento tiene fecha cierta y el arrendador enajena la cosa, el nuevo adquirente debe respetar el arrendamiento en curso”.

Artículo 712.

“El tercer adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, y sustituye al arrendador en los derechos y obligaciones que derivan del contrato”.

32 Artículo 1708. “Enajenación del bien arrendado”.

“En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:

1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.

2.- Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación”.

33 Artículo 2948.

“Extinguiéndose el derecho del arrendador por hechos o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del

Argentina,³⁴ Honduras,³⁵ El Salvador,³⁶ Costa Rica,³⁷ Chile,³⁸ Paraguay,³⁹ Venezuela,⁴⁰ México,⁴¹ entre otros.

El citado artículo faculta al nuevo arrendador, adquirente de esta condición en virtud de la enajenación del bien objeto de arrendamiento, a exigir el pago de las cantidades acordadas en virtud del contrato originario, pues los derechos y obligaciones que antes pesaban en cabeza del antiguo titular del bien; ahora gravitan en la esfera jurídica del actual propietario, teniendo los efectos jurídicos que dimanen de una cesión de contratos. Para ello,

usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho no esté obligada a respetar el arriendo”.

“Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de es dueño [...]”.

34 Artículo 1.498.

“Enajenada la finca arrendada, por cualquier acto jurídico que sea, la locación subsiste durante el tiempo convenido”.

35 Artículo 1727.

36 Artículo 1749.

“Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño [...]”.

37 Artículo 1153.

“Fuera del caso de que el arrendamiento se halle inscrito, el que sucede al arrendador, a título oneroso, en la propiedad de la cosa arrendada, no está obligado a respetar más de un año, contado desde que desahucie al arrendatario, el contrato de arrendamiento pendiente; pero no producirá ningún efecto contra el nuevo propietario el arrendamiento que no conste en documento público o privado, de fecha cierta”.

38 Artículo 1961.

“Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño [...]”.

39 Artículo 810.

“En caso de ser enajenado el bien arrendado, la locación subsistirá por el tiempo convenido siempre que el contrato hubiere sido inscrito en el Registro respectivo”.

40 Artículo 1.604.

“Aunque se enajene la finca, subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por instrumento público o por instrumento privado que tenga fecha cierta, a no ser que se hubiese estipulado lo contrario...”

41 Artículo 2409.

“Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se verificare la transmisión de la propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato. Respecto al pago de las rentas, el arrendatario tendrá obligación de pagar al nuevo propietario la renta estipulada en el contrato, desde la fecha en que se le notifique judicialmente o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos haberse otorgado el correspondiente título de propiedad, aun cuando alegue haber pagado al primer propietario; a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el mismo contrato de arrendamiento”.

debe ponerse en conocimiento del arrendatario⁴² la enajenación realizada por el arrendador, para evitar pagos indebidos a la persona que desde ese momento es extraña a la relación contractual, salvo pacto en contrario o que la ley así lo establezca.

Rapa Álvarez⁴³ al examinar las causas de extinción del contrato de arrendamiento sostiene que: “la extinción del arrendamiento no se produce al transferirse a otra persona el derecho de propiedad del arrendador sobre el bien arrendado, ya que en este caso el contrato se mantiene en vigor hasta su término con respecto a su nuevo dueño; aunque debe entenderse que este último puede también consentir la prórroga del contrato por tácita reconducción” –y continúa reflexionando el ilustre jurista– “de las prescripciones anteriores que permiten el cambio de sujetos en la relación jurídica arrendaticia se deriva la conclusión de que ya ésta no tiene las características de personal e intransferible que le había reconocido un importante sector de la doctrina [...]”, pues en la misma es posible producto de la ley, transferir en bloque la totalidad de los efectos, o, si se prefiere, la totalidad de la relación obligatoria.⁴⁴

A nuestro juicio, la inclusión en el Código civil cubano de la cesión de contrato, derivada de la enajenación de la cosa arrendada, resulta sin dudas precisa, y de acertada regulación, ya que viene a salvaguardar la seguridad jurídica que debe caracterizar el trato entre los hombres, no dejando desamparado al contratante que de buena fe convino la entrega de una cantidad de dinero determinada a cambio de obtener el uso y disfrute del bien estipulado.

42 Así la sentencia del SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, dictada en proceso de Amparo directo 342/73. Felipe Hernández Romero, 30 de julio de 1973, significó que: “Aunque el artículo 2409 del Código civil dispone que para los efectos del pago de las rentas debe notificarse al arrendatario la transmisión de la propiedad del predio arrendado, ya sea judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos, no es verdad que dicho aviso deba ser hecho precisamente en esa forma, pues lo fundamental es que el arrendatario tenga pleno conocimiento de ese hecho para así establecer su diversa obligación frente al nuevo propietario, lo cual, por tanto, puede satisfacerse por cualquier otro medio suficiente de prueba”. *Vid.*, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 55, Sexta Parte, p. 21.

43 Vicente Rapa Álvarez: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 91-92.

44 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho civil*, v. I/2, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 212-213.

IV. Cesibilidad de la parte contractual de la que el arrendatario es titular. Posibilidad en el ordenamiento jurídico cubano

Obligado resulta el comentario respecto a la cesibilidad de la parte contractual de la que el arrendatario es titular, pues si en principio sostenemos que la transmisión del contrato puede llevarse a cabo tanto por uno como por el otro de los contratantes, pues al ser el contrato base un contrato sinalagmático, no existen posiciones privilegiadas para una parte en específico, sino que ambas partes están en iguales condiciones jurídicas; es posible que no sea de esa forma cuando en las disposiciones normativas así se establezcan o se infieran de las mismas. En este sentido, a nuestro criterio, no le es permitido en el ordenamiento jurídico cubano, al arrendatario de bienes inmuebles (vivienda, habitaciones o espacios) ceder su posición de parte contractual ni subarrendar por las características que en nuestro país, después del triunfo revolucionario de enero de 1959,⁴⁵ han adquirido los bienes inmuebles de reseña; juicio de peso a tener en cuenta para cualquier análisis que de la problemática concreta surja, pues es la voluntad política plasmada en ley la que impide, por razones de justicia y equidad social, al contratante referido llegar a materializar cualquier acto de cesión.

Sin embargo, el Artículo 395 del Código civil cubano, de naturaleza dispositiva, si bien en principio se pronuncia por no permitirlo, deja al arbitrio del arrendador, que el arrendatario pueda subarrendar o ceder por otro título a tercero el bien arrendado, o sea, siempre que medie autorización expresa, el arrendatario puede subarrendar o concertar una cesión de arren-

45 Pérez Gallardo alude que a partir del 1 de enero de 1959 el Código civil –se refiere el autor al Código civil español hecho extensivo a la isla de Cuba mediante Real Decreto de 31 de julio de 1889– sufre importantes modificaciones a los efectos de atemperar el Derecho al nuevo orden económico y social que la Revolución había impuesto. En este sentido y a modo de ejemplo, expresa: “en sede de arrendamiento se proscriben los arrendamientos sobre fincas rústicas y urbanas, por las Leyes de Reforma Agraria y de Reforma Urbana (cfr. artículos 5; 11; 34 y 2ª. Disposición Transitoria de la 1ª Ley de Reforma Agraria y artículos 2 y 6 de la Ley de Reforma Urbana). Consecuente con lo anterior se declararon nulos los contratos de arrendamiento y subarrendamiento de fincas urbanas que existieran a la fecha de la publicación de la Ley, salvo los casos contemplados en los incisos b) y c) del Artículo 4 de la Ley de Reforma Agraria”. *Vid.*, Pérez Gallardo: “De la Codificación Civil”, en *Derecho civil. Parte general*, bajo la coordinación de Caridad del Carmen Valdés Díaz, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 41-44.

Desde ese instante, se introducen concepciones nuevas en materia de Derecho inmobiliario, imprimiéndole a la propiedad personal de la vivienda una marcada función social, lo que se refleja en la Ley General de la Vivienda (1988) y particularmente en el régimen de arrendamiento, que una vez permitido, refrendó la misma.

damiento.⁴⁶ Entonces pudiera parecer carente de sentido que nos hayamos pronunciado por la imposibilidad en el ordenamiento jurídico patrio de que al contratante a quien le ceden un bien inmueble, de los ya mencionados, para su uso y disfrute temporal, pueda con la anuencia de la parte que cede dichos bienes, pactar o convenir la transmisión del arrendamiento a un tercero ajeno a la relación contractual originaria.

Para la claridad de la cuestión, estimo de vital importancia retomar la Disposición Final Primera del máximo texto legal en materia civil de la República, en la que se establece que: “sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a [...] la vivienda urbana y rural [...]”,⁴⁷ norma que nos remite a la Legislación Especial en la que se regulen todas estas relaciones con trascendencia para el Derecho y en especial para el Derecho civil; así, de tal forma, todo lo concerniente a los bienes inmuebles, objeto de este punto (vivienda, habitaciones o espacios) se rigen por las disposiciones legales de la Ley No. 65 de 23 de diciembre 1988 “Ley General de la Vivienda” y además por su normativa complementaria. En este sentido la referida ley, en su Artículo 74, después de la modificación que sufriera en virtud del Decreto Ley No. 171 de 15 de mayo de 1997 “*SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS, HABITACIONES O ESPACIOS*”, preceptúa: “[...] *Queda prohibido, asimismo, el Subarrendamiento y la cesión de uso de viviendas, habitaciones o espacios [...]*”,⁴⁸ por su parte, el Decreto Ley No. 275/2010, disposición que modifica la anterior, en su artículo primero mantiene la imposibilidad de cualquier tipo de transmisión de los derechos del arrendatario.

En este caso, son oportunas las palabras de Traviesas⁴⁹ cuando al referirse a la posibilidad de la figura de la cesión de arrendamiento en el Código civil español sustenta que “la prohibición de subarrendar encierra, sin duda, la de ceder, porque entonces el arriendo se concede *intuitu personae*”.

46 En el orden del Derecho comparado esta posición de regular la cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario la comparten los códigos civiles de Bolivia, *cfr.* Artículo 707; Argentina, *cfr.* Artículo 1584; Honduras, *cfr.* Artículo 1712; Chile, *cfr.* Artículo 1946; Perú, *cfr.* Artículo 1696; entre otros.

47 *Vid. Código civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (Anotado y concordado) por Leonardo Pérez Gallardo: La Habana, 2005, p. 226 (soporte digital).

48 Para conocer el contenido completo de la norma, *vid.*, Pérez Gallardo; Fernández Martínez y Rodríguez Reina, en *Ley General de la Vivienda*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2004. p. 82.

49 Traviesas: “Contrato de Arrendamiento”, en la *Revista de Derecho Privado*, 1919, p. 13, *cit.*, *pos.*, José Castán Tobeñas, en *Derecho civil español, común y foral*, 6ª. ed., revisada, t. 3, *Derecho de obligaciones (Doctrina especial de Contratos) Derecho de Familia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, p. 132.

Por todo lo antes expuesto, creemos poder afirmar que conforme con el Derecho en Cuba no se permite la cesión del arrendamiento de bienes inmuebles (viviendas, habitaciones o espacios) al arrendatario.

Ahora bien, supuestos diferentes serían los casos de arrendamientos de bienes muebles en el que, a nuestra consideración, no existen razones para no permitirlo, siempre que no se obre en contra de lo previsto en las leyes y normas que regulan dichos bienes, y sin obviar la autorización por el arrendador,⁵⁰ que para todo caso, establece el Código civil cubano.

V. Arrendamiento de bienes inmuebles urbanos

El arrendamiento de vivienda en las sociedades contemporáneas presenta un alto significado social, pues contribuye a solucionar los problemas habitacionales de las personas, por ello es un negocio de indudable transcendencia en el tráfico jurídico. En el caso cubano, la historia demuestra que ha sido un contrato de amplia utilización en la práctica.

Antes del triunfo revolucionario fue un medio de especulación que permitió el enriquecimiento de un sector de la burguesía cubana. Ello fue denunciado por Fidel en su alegato de autodefensa conocido como la *Historia me Absolverá*.

A un año del triunfo de la Revolución cubana de 1959 se aprueba la Ley de Reforma Urbana la que reguló en el Artículo 2 la proscripción del arrendamiento de bienes urbanos o cualquier otro negocio o contrato que implique la cesión de uso total o parcial de un inmueble urbano.⁵¹

En la Ley No. 48 de 27 de diciembre de 1984, “Ley General de la Vivienda”, se regulaba el arrendamiento de habitaciones con o sin servicios sanitarios propios, mediante precio libremente concertado y sin someterse a aprobación previa alguna.⁵² Por su parte, la Ley No. 65 de 23 de diciembre de 1988 en el Artículo 74 –bajo otra fórmula normativa y limitando la cantidad de habitaciones a dos– estableció el arrendamiento. Al igual que su antecesora,

50 Así lo ha ratificado la jurisprudencia española en algunos de sus fallos, *v. gr.*, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927 admite, en principio, la posibilidad de la cesión, si bien reconoce que esa cesión puede no ser obligatoria para el propietario, si se opone a la misma. Por su parte, por las sentencias de 7, de junio de 1929 y de 4 de enero de 1930, se declara en esta última que la cesión, para librar de responsabilidad al arrendatario, ha de aprobarla el arrendador, eliminando a aquel de sus obligaciones y aceptando las del tercero. *Vid.*, José Castán Tobeñas: *Op. cit.*, pp. 133-134.

51 *Seis leyes de la Revolución*, La Habana, 1960, pp. 67-85.

52 *Cfr.*, Artículo 94, Ley No. 48 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 22, de 31 de diciembre de 1984, p. 101.

esta disposición no exigía autorización administrativa para arrendar. La propia norma remitía a las estipulaciones del Código civil. Posteriormente, el Decreto Ley No. 171/1997,⁵³ legitimando formalmente la práctica social de arrendamiento de viviendas en Cuba que se desarrolló motivado por disímiles causas, en su mayoría atribuibles al período especial, amplía el derecho a arrendar viviendas y espacios e, introduce la autorización de la Dirección Municipal de la Vivienda para habilitar al arrendador-propietario concertar el contrato.

La disposición de referencia fue modificada por el Decreto Ley 233/2003 que modifica el Artículo 74 de la Ley No. 65 y el Artículo 1 del Decreto Ley No. 171/1997 en el sentido de atribuir como fin del arrendamiento el servicio de hospedaje y limita hasta dos habitaciones el arrendamiento y, de forma excepcional permite el arrendamiento de viviendas a ciudadanos cubanos residentes en territorio nacional.⁵⁴

Debemos realizar una aclaración de carácter técnico, pues bajo la sombra de la citada disposición del Consejo de Estado, a través del tipo contractual arrendamiento, se dio cobertura legal a dos fenómenos sociales diferentes.⁵⁵ Mediante dicha normativa determinados propietarios pudieron⁵⁶

53 Vale realizar un comentario en torno a lo estipulado en el primer artículo del Decreto Ley de referencia, en el sentido de que los arrendamientos “*no podrán concertarse para efectuar actividades lucrativas de carácter comercial, industrial o de servicios*”. Es incuestionable los beneficios económicos que genera el arrendamiento y el hospedaje para las partes contratantes. Ambos negocios contractuales son de tipo onerosos conmutativos, clasificación que le es propia por la utilidad que el acto representa para las partes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Para profundizar en la clasificación de los contratos, *vid.*, Nancy Ojeda Rodríguez, en “La Clasificación de los Contratos”, en *Derecho de Contratos. Teoría General del contrato*, t. I, Editorial Félix Varela, 2003, pp. 96 y ss.

54 Para profundizar en la legislación complementaria hasta el 2009, ver Melquiades M. Espinosa Jiménez y Rebeca Hernández Martínez: *Ley General de la Vivienda*, concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica, Editorial ONBC, La Habana, 2009, pp. 127-130.

55 Nancy Ojeda Rodríguez: Vale realizar un comentario en torno a lo estipulado en el primer artículo del Decreto Ley de referencia, en el sentido de que los arrendamientos “*no podrán concertarse para efectuar actividades lucrativas de carácter comercial, industrial o de servicios*”. Es incuestionable los beneficios económicos que genera el arrendamiento y el hospedaje para las partes contratantes. Ambos negocios contractuales son de tipo onerosos conmutativos, clasificación que le es propia por la utilidad que el acto representa para las partes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Para profundizar en la clasificación de los contratos, *vid.* en “La Clasificación de los Contratos”, en *Derecho de Contratos. Teoría General del contrato*, t. I, Editorial Félix Varela, 2003, pp. 96 y ss.

56 Se debe significar que anterior a esta disposición jurídica, al amparo de lo establecido en la legislación civil común y sin requerir autorización administrativa expresa, se podía arrendar

arrendar sus inmuebles⁵⁷ o parte de ellos, o sea, el arrendador se obliga a ceder al arrendatario un bien específico –vivienda-habitación-espacio–, para su uso y disfrute temporal, por el pago de una cantidad de dinero determinada.⁵⁸ La cuestión estriba en que, utilizando la propia figura jurídica, erróneamente, se subsumieron obligaciones cuyas prestaciones no son propias del contrato de referencia, sino del negocio contractual de hospedaje.

Cómo confundir dos actos jurídicos completamente divergentes,⁵⁹ máxime cuando en la legislación patria el contrato de hospedaje goza de tipicidad legal. Aunque, sobre la base de los preceptos del Título XV del Código civil, podría sostenerse que dichas normas son de aplicación a entidades operadoras de hoteles, casas de descanso u otras similares, donde destaque el rasgo de la profesionalidad del servicio, su mercantilización o la estatalización del mismo; nada obsta para que a tenor de lo establecido en el apartado segundo del Artículo 438 del propio cuerpo legal, puedan existir regímenes especiales de hospedaje a los cuales se aplicarían las disposiciones que al efecto dicten los organismos competentes.⁶⁰

En este punto, es ineludible mencionar el Artículo 1 del Decreto Ley No. 275 de 30 de septiembre de 2010, modificativo del “*Régimen de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios*”, en el cual se consagra que el arrendamiento de viviendas y habitaciones tiene como *fin el hospedaje*, y pueden ser arrendados a personas para la realización de actividades por

la vivienda de propiedad personal o parte integrante de la misma. *Cfr.*, Artículo 74 –sin reformar– de la Ley No. 65, “Ley General de la Vivienda”, de 23 de diciembre de 1988.

57 Nos referimos a los que se autorizaron expresamente en el Decreto Ley de referencia.

58 *Cfr.*, artículos 389 y siguientes del Código civil cubano.

59 Amén de la ideología e intereses predominantes, incongruente con nuestro actual sistema, desde fecha temprana (1959), la Asociación Nacional de Hoteles Familiares (Casas de Huéspedes) insistió en la diferencia entre ambos negocios jurídicos. Como resultado de la Junta General Extraordinaria de dicha asociación, se hicieron consideraciones sobre la Ley de Alquileres, con la observación que dicha disposición “*no beneficia a los arrendatarios dedicados al comercio o la industria, en cuyo caso no beneficia a los operadores de Casas de Huéspedes, pero puede afectar y perjudicar a los operadores de este giro si en vez de facilitar habitación con muebles, ropa, luz, limpieza, otros servicios y/o comida, sólo se dedican a alquilar habitaciones con o sin muebles, porque en este caso no está prestando un servicio, un trabajo o una labor a favor del huésped, sino que están entregándole sencillamente una habitación amueblada o no, para que el huésped la habite sin prestarle realmente ningún servicio y, en tal caso, no existe un contrato de hospedaje sino un contrato de sub-arriendo o arriendo*”. *Vid.*, Acta No. 65, folios 245 al 250 del Libro de Actas de la asociación Nacional de Hoteles Familiares (Casas de Huéspedes) Junta General Extraordinaria 30 de abril de 1959.

60 En relación con estos organismos con competencia para regular los diferentes regímenes de hospedaje, daremos algunas opiniones más adelante.

cuenta propia, conforme con la legislación vigente.⁶¹ En dicho precepto, el legislador desconoce tanto la autonomía y fisonomía del contrato de hospedaje como el objeto del contrato de arrendamiento, que en ninguna circunstancia puede ser asimilado a otro negocio jurídico. Se trata de elementos de la teoría general del contrato que no pueden soslayarse.

No debe confundirse la calificación del establecimiento que presta el servicio o la razón social de este, con la tipología de los contratos que sirven de columna jurídica al alojamiento.

La naturaleza del hospedaje, en tales supuestos, permite rechazar que el contrato celebrado entre el propietario de la vivienda y el cliente pueda ser considerado como arrendamiento, siendo lo característico el conjunto de prestaciones⁶² que el huésped recibe desde el mismo momento de ocupación de la unidad alojativa y que constituyen el objeto inmediato de las relaciones obligatorias que se generan con la perfección del acto. Incluso, si atendemos al propósito que persiguen los sujetos al realizar el contrato –objeto del negocio– a todas luces, la intención de las partes contratantes consiste en brindar alojamiento para el hospedero y gozar del servicio para el huésped.

La disposición reglamentaria⁶³ apuntada establece en su Artículo 2 que el arrendamiento de viviendas y habitaciones se *autoriza “para” hospedaje*. A tenor de lo anterior, valdría preguntarse: *¿Para qué se requiere autorización administrativa? ¿Para arrendar? ¿Para hospedar? ¿Para ambas?* Las respuestas a tales interrogaciones debían estar en dependencia del negocio jurídico que las partes quieran celebrar y el interés público que se tutela con la intervención del Estado en la actividad. No obstante, la confusión legal incide en la contestación de tales incógnitas, pues un error conlleva a otro: para concertar un contrato de hospedaje –conforme con la legislación cubana actual– se debe tener autorización para arrendar y aunque el propósito perseguido por los contratantes sea propio del hospedaje, se pacta un arrendamiento por exigencia de la ley. Somos del criterio que tales incoherencias que repercuten en los derechos de los ciudadanos deben ser eliminadas. Cuba está en condiciones de regular, para el ámbito no estatal un régimen especial de hospedaje, que sin abandonar los preceptos generales del Código civil,⁶⁴ sirva de sustento jurídico para el alojamiento privado.

61 *Cfr.*, Artículo 1 del Decreto Ley No. 275 del 30 de septiembre de 2010, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria especial, La Habana, 1 de octubre de 2010, Año CVIII, No. 11.

62 Mínimos de mantenimiento-arreglo diario de la habitación, cama o instalación sanitaria utilizadas por los huéspedes, custodia de los bienes introducidos en la habitación, entre otros.

63 *Cfr.*, Artículo 2 de la Resolución No. 283/2011 del Instituto Nacional de la Vivienda.

64 Debe tenerse en cuenta lo previsto en nuestro Código civil, Artículo 8 y en la Disposición Final Primera que confieran carácter supletorio a las normas jurídicas contenidas en di-

VI. La intervención notarial en la formalización del contrato de arrendamiento de viviendas

La Ley No. 65, en el Artículo 74, no obliga a la formalización del contrato de arrendamiento de vivienda, habitaciones o espacios en escritura pública; pero si tenemos en cuenta lo establecido en el citado Artículo 74 de la Ley en relación con el Artículo 36 de la Resolución No. 283 de 2011 determinando que el contrato debe ser concertado por escrito cuando excede de 30 días⁶⁵ y que la fe pública notarial es auténtica por dotar de garantía y seguridad a los actos jurídicos que se someten a la competencia del notario, no cabe duda que el fedatario además de estar legitimado para actuar, deviene en garante de los intereses de las partes en el contrato al ser instrumentado por él en el documento público notarial. El notario actúa en el ejercicio de sus funciones bajo obediencia a la ley y tiene funciones eminentemente técnicas que lo distinguen del resto de los funcionarios públicos.⁶⁶

La redacción y autorización de los instrumentos públicos obedecen a una estructura técnico-normativa regulada en la ley, definiéndose el contenido de cada parte del instrumento. No se trata de una creación arbitraria o caprichosa del notario, quien aun siendo el autor del instrumento tiene que ajustarse a los requisitos que la propia ley regula, *cfr.* Artículo 1 de la Ley No. 50, en consecuencia y teniendo en consideración lo dispuesto en el Dictamen No. 7 de 29 de noviembre de 2010 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia, el Notario puede redactar y autorizará el contrato de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios, sobre la base de lo preceptuado en la legislación especial y civil común, *cfr.* Ordinal cuarto⁶⁷ del precitado Dictamen.

cho texto legal respecto a otras materias, ya civiles o de otra índole, reguladas en leyes especiales, entre cuyas normas, lógicamente, se encuentran las reguladoras de las Obligaciones y Contratos.

- 65 Cuando el término del contrato es menor a 30 días, puede hacerse de forma verbal y en consecuencia no requiere la forma escrita, *cfr.* Artículo 37 de la Resolución No. 283 de 2011.
- 66 Siendo el funcionario público facultado por el Estado para dotar de fe a los actos jurídicos extrajudiciales, *cfr.* Artículo 1 de la Ley No. 50 en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 3, de 1 de marzo de 1985; bien porque la ley exija para la formalización de determinados actos jurídicos la intervención del mismo o bien porque las partes soliciten bajo el principio de rogación su intervención.
- 67 ORDINAL CUARTO: El Notario redactará y autorizará el contrato de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios, sobre la base de lo preceptuado en la legislación especial y civil común, y en concordancia con los elementos que lo tipifican: subjetivo, objetivo, causal, formal y temporalidad, sin obviarse como antecedente obligatorio del

El notario actúa siempre a instancia de parte, nunca de oficio, evidenciándose el principio de rogación e intermediación, *cfr.* Artículo 10 inciso a) y Artículo 25,⁶⁸ por lo que las personas interesadas en formalizar ante él un contrato de arrendamiento podrán solicitar su intervención, y el notario califica la legalidad del acto, *cfr.* Artículo 1.10 ch) y d), y 14 todos de la Ley No. 50 en relación con los artículos 39; 44 y 66 del Reglamento⁶⁹ de la Ley No. 50.

Al solicitar las partes la formalización del contrato ante notario, este en la redacción de la escritura está llamado a emitir y reflejar juicios sobre determinados particulares, entre ellos el de identidad, conocimiento, capacidad y legitimación de las partes para la realización del contrato, en cuanto a este particular ha de tener en cuenta que:

- El arrendador ha de ser propietario⁷⁰ de la vivienda, por lo que debe presentar documento que acredite tal titularidad con la correspondiente certificación de la inscripción en el Registro de la Propiedad y estar autorizado para la realización de esta actividad,⁷¹ la cual se acredita con el documento –Inscripción para el arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios–⁷² que autoriza el ejercicio de la actividad de arrendamiento, expedido por la Dirección Municipal de la Vivienda en que se encuentra enclavado el inmueble, *cfr.* Artículo 74 de la Ley No. 65 en relación con el Artículo 11 de la Resolución No. 283⁷³ del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.

acto, la autorización que deberá emitir el Director Municipal de la Vivienda de donde se encuentre enclavado el inmueble objeto de arrendamiento; razón por la cual y a falta de disposición expresa, el Notario autorizante del contrato será el que tenga su sede en el territorio donde esté ubicado el inmueble o el que preste servicios por extensión.

68 De la Ley No. 50 en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 3, de 1 de marzo de 1985.

69 Resolución No. 70, Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de 9 de junio de 1992, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 4.

70 Si la vivienda es un bien sobre el que está constituida un copropiedad deben concurrir ambos cotitulares y el documento autorizante para el ejercicio de la actividad también debe haber sido expedido a nombre de ambos cotitulares, *cfr.* Artículo 3, inciso f.

71 El arrendador es un trabajador por cuenta propia, a partir de la derogada resolución No. 305 de 7 de octubre de 2010 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento sobre el arrendamiento de vivienda, habitaciones y espacios que ajustó la actividad de arrendamientos a los nuevos enfoques de la política impositiva y a la flexibilización del ejercicio por cuenta propia, enfoque que se mantiene en la Resolución No. 283 del 2011, *cfr.* Artículo 1.

72 Anexo No. 3 de la Resolución No. 283 de 2011.

73 Contentiva del Reglamento sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 29 de 7 de septiembre de 2011.

Tal autorización se revisa de oficio cada cinco años, *cfr.* Artículo 13 de la Resolución No. 283, por lo que el notario no debe exigir que este documento tenga fecha del año en curso de autorización.⁷⁴ Por lo que es conveniente tener presente que cuando se produce la cancelación⁷⁵ de la autorización queda inhabilitado el propietario para concertar el contrato,⁷⁶ igual situación se produce cuando el arrendador solicita la suspensión temporal de la autorización, plazo durante el cual también está inhabilitado para contratar, *cfr.* artículos 15 y 16 de la Resolución No. 283.

- Si el arrendamiento se concierta para que el arrendatario desarrolle una actividad por cuenta propia, este ha de presentar la correspondiente autorización para desarrollar dicha actividad.⁷⁷ Asimismo, el notario ha de tener en cuenta que no pueden ser arrendatarios a) representantes de organizaciones, firmas, entidades o países extranjeros acreditados en el territorio nacional, ni b) personas jurídicas, *cfr.* Artículo 74 de la Ley No. 65 en relación con Artículo 7 de la Resolución No. 283.
- Las partes pueden concurrir a través de representantes, *cfr.* Artículo 2, segundo párrafo de la Resolución No. 283, en cuyo caso el o los representantes de las partes han de presentar la copia autorizada de la Escritura Pública y el Poder acreditativo de tal representación.

74 ARTÍCULO 13.- Las autorizaciones otorgadas se revisan de oficio cada cinco años por la Dirección Municipal de la Vivienda.

En la revisión se comprueba que los titulares de la Inscripción para arrendar mantienen el *status* de propietario de la vivienda, y se deja constancia de la diligencia efectuada en el Expediente del Arrendador.

75 Cancelación que puede ser de oficio, *cfr.* Artículo 22 de la Resolución No. 283 o voluntaria, o sea, a instancia del arrendador, *cfr.* Artículo 21 de la propia Resolución.

76 *Cfr.* ARTÍCULO 21 en su segundo párrafo: “La solicitud de cancelación debe ser acompañada con el Libro Registro de Arrendatarios, la pegatina y el documento original acreditativo de la autorización. En el propio acto se cancelan los tres documentos y se consigna nota de la cancelación con expresión de la fecha en el documento acreditativo, que se devuelve al propietario, a los efectos de su constancia y del cumplimiento de sus obligaciones fiscales”, y ARTÍCULO 30.- Cuando la cancelación de la inscripción se dispone por el Director Municipal de la Vivienda, los propietarios vienen obligados a entregar la pegatina y la Inscripción para el Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones y Espacios. En el original de este último documento se consigna nota de la cancelación dispuesta, documento que se le devuelve, a los efectos de su constancia y del cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

77 Esta posibilidad, que en virtud del Artículo 74 en el último párrafo, tal como quedó redactado por el Decreto Ley No. 171 era una prohibición para el arrendado, constituye una de las flexibilizaciones introducidas por el Decreto Ley No. 275 para el desarrollo del trabajo por cuenta propia, *cfr.* Artículo 74, “El arrendamiento de viviendas y habitaciones tiene como fin el hospedaje, y pueden ser arrendados a personas para la realización de actividades por cuenta propia, conforme con la legislación vigente” de la Ley No. 65.

El notario, en tal caso, debe realizar el bastanteo en cuanto a la suficiencia y subsistencia del documento presentado, al emitir un juicio asertorio o de calificación; determinando así la suficiencia de las facultades otorgadas en dicho Poder para realizar el contrato y, al mismo tiempo, hacer constar lo relativo a la manifestación del representante en cuanto a la vigencia del Poder, haciendo hincapié en que no le ha sido limitado, suspendido ni revocado en todo o en parte; que el representado cuenta con plena capacidad; no ha fallecido y que se mantiene vigente porque no ha operado ninguna de las causas de extinción previstas en el CC cubano, *cfr.* Artículo 59, segundo párrafo de la Resolución No. 70.

En este particular, se pone de manifiesto la función asesora del notario, *cfr.* Artículo 10, inciso II), de la Ley No. 50, ya que para que el representante pueda declarar los particulares antes señalados referidos a la subsistencia del Poder debe haber sido aconsejado sobre estas cuestiones y las consecuencias jurídicas que se producirían si faltare a la verdad, además, porque si el representado no cuenta con plena capacidad, ha fallecido o el Poder no está vigente por haber operado algunas de las causas de extinción previstas en el CC cubano no se puede autorizar la escritura del contrato de arrendamiento.

En caso de que sea un menor⁷⁸ el arrendador, por ser este el propietario de la vivienda, ambos padres o el tutor deben acreditar su carácter de representantes legales, haciéndolo constar el notario en el documento, *cfr.* Artículo 59, primer párrafo.

El carácter profesional del Derecho convierte al notario en un asesor por excelencia, al extremo de que aun cuando la pretensión solicitada no sea resuelta por él, debe instruir a las partes sobre sus derechos y los medios jurídicos para lograr sus pretensiones.

En atención a lo anterior, cuando las partes acuden ante notario, este informa a los comparecientes sobre lo dispuesto en el CC cubano en relación con el contrato de arrendamiento, teniendo en cuenta que a este se le aplica la legislación civil, *cfr.* Artículo 74 de la Ley No. 65, a los efectos de adecuar sus voluntades a la legislación, *cfr.* Artículo 10, inciso ch) y Artículo 14 de la Ley No. 50.

En la redacción del contrato debe constar:

- El objeto del arrendamiento: vivienda; habitación o habitaciones; espacios que se arriendan, en correspondencia con lo autorizado, perfectamente identificados.

⁷⁸ Como se señaló supra conforme los artículos 87 y 155 del Código de Familia, es posible la concertación del contrato siempre que se cumplan los requisitos de habilitación dispuestos en la Resolución No. 283 de 2011.

- Moneda en que se realizará el pago por el arrendamiento, también debe coincidir con el documento autorizante, solo es en CUC, cuando el arrendamiento se concierta con personas residentes permanentes en Cuba, *cfr.* Artículo 2, segundo párrafo de la Resolución No. 283 de 2011. Y la forma y momento de pago.
- El término de duración del contrato, cláusula esencial al ser una de las características fundamentales de este contrato que la distinguen de otras figuras.
- En cuanto a las obligaciones⁷⁹ y derechos de las partes, estas pueden establecer las que consideren que han de asumir para el mejor desarrollo de su relación contractual, siempre que no sean contrarias a la ley, *cfr.* Artículo 312 del CC cubano. Pudiendo aumentar, disminuir e, incluso, acordar sobre aspectos no previstos en las disposiciones del modelo legal establecido en la ley civil común, por ser normas de carácter dispositivo;
- pueden las partes establecer cláusulas relativas a la forma de solucionar los conflictos surgidos por la ejecución del contrato, nombrando, incluso, la persona, que en su caso, actuaría como mediador entre ellas, para llegar a una solución amigable, antes de acudir al tribunal competente.

Aunque discutidas, el notario debe advertir en el momento de la autorización y firma del instrumento notarial, la trascendencia o alcance de las manifestaciones contenidas en el documento en cuestión, función, que aunque para algunos se trata de un simple formalismo devenido en práctica cotidiana, las advertencias verbales no tienen el mismo alcance que aquellas que expresamente quedan en el texto, aunque en ocasiones por ser demasiado extensas, las advertencias que hay que realizar a las partes, es necesario hacerlas de forma verbal, en el caso que nos ocupa no pueden dejarse de hacer, a nuestro juicio, las siguientes advertencias:⁸⁰

79 Las denominadas obligaciones del arrendador establecidas en el Artículo 38 de la Resolución No. 283 de 2011, hay que señalar que técnicamente no son obligaciones, sino que constituyen deberes jurídicos de carácter administrativo que por consiguiente no deben ser incorporadas al contrato como obligaciones de esta parte contractual, aunque la señalada en el inciso c): no permitir que los arrendatarios perturben el orden, las normas de convivencia y la tranquilidad ciudadana, sí pudiera ser establecida como una obligación de no hacer del arrendatario para de esta forma garantizar el arrendador el cumplimiento de su deber y poder exigir indemnización al arrendatario en el supuesto que a él se le exija responsabilidad por esta causa.

80 Las advertencias legales relativas al pago del impuesto fiscal a las partes contratantes han de realizarse conforme con lo dispuesto en el Artículo 212 de la Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

- El pago del impuesto a realizar por el arrendador, que son de dos tipos:⁸¹ por ingresos personales, *cfr.* Artículo 37, inciso e), de la Ley No. 113 de 31 de octubre de 2012 en relación con el Artículo 9 de la Resolución No. 298⁸² de 2011 del Ministro de Finanzas y Precios y por considerarse el arrendamiento como servicio, *cfr.* Artículo 146 de la Ley No. 113 de 2012 en relación con el Artículo 31 de la Resolución No. 298 de 2011.
- Al arrendador sobre los deberes jurídicos que tiene por el desarrollo de la actividad de arrendamiento, establecidos en el Artículo 38 de la Resolución No. 283 de 2011 y de las contravenciones en las que puede incurrir, establecidas en el Artículo 0 del Decreto Ley No. 171 de 1997.
- Si el arrendatario es cuentapropista hay que, también, advertir sobre la obligación que tiene de pagar el impuesto que le corresponde por el desarrollo de dicha actividad conforme con la legislación tributaria vigente.
- El arrendatario no puede ceder el uso de la vivienda, habitación o espacio por ningún título, *cfr.* Artículo 74, *in fine*.
- Las partes están obligadas al cumplimiento de lo establecido por ellas en el contrato concertado.

81 El arrendador está obligado al pago de impuesto por ingresos personales y por desarrollar una actividad considerada servicio público, *cfr.* Artículo 8 del Decreto Ley No. 275 de 2010.

82 En *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 29, de 7 de septiembre de 2011.

LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL. ALGUNAS REFLEXIONES

*Teresa Delgado Vergara**

*Ivonne Pérez Gutiérrez**

Sumario

1. De la función notarial. 2. De la distinción entre la nulidad instrumental y la nulidad sustantiva. 3. Del Notario como parte demandada en el proceso civil. 4. La excepción perentoria de falta de legitimación pasiva. 5. Necesaria interrelación a partir de un análisis de caso. 6. A modo de conclusión.

1. De la función notarial

La función del notario puede resumirse en dos grandes vertientes que abarcan toda la amplia gama de su labor profesional, que exige de él un alto comportamiento moral. Ellas son: la vertiente autenticadora y la vertiente conformadora.¹

La vertiente autenticadora es aquella mediante la cual el notario otorga fe pública al documento autorizado por él. La fe pública fortalece el instrumento dotándolo de características de prueba documental pública, indubitable mientras no se pruebe lo contrario, y en algunos aspectos, le confiere la norma procesal cubana la valía de prueba plena² que distingue a dicho

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Notaria en ejercicio.

** Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Abogada en ejercicio.

1 Criterio seguido por Vallet de Goytisolo: *La función del Notario y la seguridad jurídica*, en *Deontología Notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, p. 581.

2 Nos referimos al Artículo 294 de la Ley No. 7 de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241 de 2006, "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico" que le reconoce este signo entre las partes que en ellas hayan figurado en lo atinente a sus declaraciones o a las que de ellas inmediatamente se deriven e incluso frente a terceros en lo referido a la fecha y el motivo de otorgamiento del documento con la intervención de funcionario público. Apréciase que el legislador no hace especial distinción entre escritura, acta y demás instrumentos notariales.

instrumento con una suficiencia probatoria tal que le convierten en el documento que, por excelencia, prefieren las personas para la constatación de disímiles actos jurídicos, con independencia de su exigencia normativa como elemento formal.

La fe pública notarial no constituye una ficción jurídica, sino una realidad que se identifica en el mayor grado posible con la verdad. Por ello, se exige del notario moralidad, para que sobre su testimonio se puedan apoyar el Estado y la sociedad como fundamento de certeza, teniendo en cuenta que la fe pública implica la “exactitud de lo que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos”.³ (*Sic*)

La vertiente conformadora se refiere a dar forma jurídica. El notario es el modelador de los actos y negocios jurídicos de sus clientes, siempre que en ocasión de los mismos no se plantee litigio alguno y sea un acto lícito, pues el notario se considera un juez de paz.

Así, la función notarial consiste en escuchar, interpretar, aconsejar, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir; funciones todas que demandan de dicho funcionario el cumplimiento de determinados deberes que tributan a garantizar la confianza y el prestigio depositados por la sociedad en su labor y en su persona.

El notario *escucha* a las partes y trata de conocer de ellas, brindándoles seguridad, y todas aquellas condiciones que puedan influir en el acto o hecho que pretendan realizar, para así analizar las consecuencias que se deriven de ello. Una vez que conozca lo deseado por las partes, el notario *interpreta* esa voluntad de forma tal que pueda calificar el acto dentro del ámbito jurídico, en el marco de la legalidad. Así se manifiesta, además, que el notario actúa por impulso o rogación de parte, es decir, no por su propia voluntad, sino por el deseo manifiesto del cliente que acude a él porque requiere de sus servicios, ya sea en aras de conferirle forma jurídica a su voluntad o porque obligado viene a ello para que tenga plenos efectos dicho acto.

No obstante, en ocasiones, el notario encuentra que el deseo de las partes se puede encauzar por varias vías y, por tanto, deviene su actuación en la de *consejero* de las partes en relación con la forma más adecuada para ejecutar su voluntad. Ello requiere que el profesional esté dotado de una capacidad y preparación jurídica amplia, de manera tal que pueda encontrar la solución técnica más adecuada a los hechos presentados ante él y en concordancia con los deseos y aspiraciones de los comparecientes. Pasada esta fase, el notario *prepara* y *redacta* el instrumento público notarial.

3 Saúl Guzmán Farfán: “¿Qué es la Fe Pública?”, en *Revista del Notariado Boliviano*, No. 2, primer trimestre, 1998, p. 20.

La dinámica de la vida moderna impone mayor complejidad a los actos y negocios jurídicos en que interviene el notario. Por ello, la sociedad demanda la prestación de servicios encaminados a dotar a los actos instrumentados de una mayor seguridad jurídica, para lo que no basta el asesoramiento y la autorización del documento notarial sobre la base de los datos aportados por los interesados, sino que hay que desarrollar una actividad previa de comprobación de la realidad de los datos y requisitos, lo que constituye la base de la actuación del notario.

Así, en pos de preparar el instrumento, el notario se ve obligado a recabar del compareciente buena cantidad de documentos que le permitan tener certeza de que se está actuando conforme con lo establecido por la ley y, de esta forma, reduce el espacio para el engaño o fraude; lo que, por demás, le permite redactar un documento con certeza de fe pública elaborado, con un lenguaje técnico jurídico. De tal manera, cuando el notario, en su calidad de fedatario público, realiza el procedimiento de *certificar*, formula un juicio de certeza no atinente solo a las partes, sino también frente a terceros y a la sociedad, del acto realizado ante él y, consecuentemente, por él autorizado.

Según Pérez Fernández Del Castillo “[...] la autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento público en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite en el caso del hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba”.⁴ Se trata de que, precisamente, en ello radica la fuerza o suficiencia probatoria del instrumento notarial que, incluso, extraprocésalmente, se le reconoce bajo el rubro de “prueba preconstituida”,⁵ a tal punto que se erige como un principio de funcionamiento del Notariado.

4 Pérez Fernández del Castillo: *Ética Notaria*, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 17.

5 Al respecto, la doctrina, tanto la foránea como la nacional, reconocen así el valor intrínseco del instrumento notarial que, dada su autenticidad, no resulta cuestionable por el tribunal, ni precisa de momento procesal para su examen, pues, al decir de Mantecón Ramos: “El itinerario crítico de la prueba de documentos, al ser ella de índole preconstituida, se agota en lo esencial con la aportación”. Vid. Ariel Mantecón Ramos: *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, ediciones ONBC, La Habana, 2010, p. 175. En lo referente al criterio de valoración legal de que es objeto este medio de prueba resultan esclarecedoras las aseveraciones de Ortells Ramos quien precisa que “[...] el proceso intelectual de valoración histórico-crítica no se desarrolla en la mente del juez, sino que ha sido previamente elaborado por el legislador convirtiéndolo en norma, de modo que la actividad del juez en la valoración consiste en estimar una vez comprobada y reconocida la correspondencia entre el supuesto de hecho concreto probatorio y la previsión legal abstracta [...], sin más, como ciertos, los hechos demostrados por tales medios, prescindiendo de su criterio personal y sujetándose a la voluntad imperativa del Derecho objetivo”. Vid. Manuel Ortells Ramos: “Los principios del proceso en particular”, en Manuel Ortells Ramos; Juan Cámara Ruiz y Ricardo Juan Sánchez: *Derecho Procesal. Introducción*, 2ª. ed., Ediciones Nomos, Valencia, 2003, p. 297.

Como colofón de toda la actividad notarial, el notario conserva y reproduce los instrumentos jurídicos, en pos de satisfacer el supremo valor social de seguridad jurídica.

2. De la distinción entre la nulidad sustantiva y la nulidad instrumental

El negocio jurídico nace para producir efectos. Sin embargo, puede ser susceptible de invalidez o ineficacia cuando concurren determinadas circunstancias. La nulidad y anulabilidad son las categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de lo que se ha denominado ineficacia estructural, por cuanto su ineficacia deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la llamada ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado pero que no contribuye a obtener un resultado conforme con el Derecho.

Desde esta óptica se distingue la invalidez de la ineficacia *strictu sensu*, entendiéndose que la primera se da por la falta de algún elemento esencial, de un presupuesto del tipo negocial, o por la existencia de algún vicio. El negocio no vale como tal.

La ineficacia implica, como indica su nombre, la no producción de efectos jurídicos como consecuencia de una circunstancia extrínseca y normalmente sobrevinida que impide que el negocio despliegue los efectos que les son propios.

López Beltrán de Heredia refiere que cabe un tercer grado de invalidez: la inexistencia, la cual está más allá de la misma nulidad. El contrato inexistente no es identificable como contrato pues carece del mínimo esencial, contraviene más que a la ley, al orden natural de las cosas.

Esta construcción parte de la solución que la doctrina francesa intenta buscar a la aplicación de la regla *pas de nullité sans texte*, ante casos no previstos. Se consideró que el acto inexistente es el que carece de algún elemento indispensable o tiene un defecto de forma. Se amplió tanto el campo de la inexistencia que se dificultó su diferenciación con la nulidad.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria es partidaria de que la distinción entre nulidad radical o absoluta y la inexistencia no es útil ni necesaria. La inexistencia propiamente dicha es ontológica y no jurídica. Esta categoría carece de utilidad porque la inexistencia no produce mayores consecuencias que aquellas a las que conduce la nulidad absoluta. Tampoco resulta necesaria porque no es preciso que la nulidad venga taxativamente determinada por la ley; basta que se exija por el significado y la *ratio* que deba atribuirse a la misma ley o por obra de los principios generales del Derecho.

La invalidez conlleva la ineficacia del negocio. Pudiera hablarse de una categoría género denominada ineficacia que engloba la invalidez y la ineficacia *strictu sensu*.

La nulidad deviene, entonces, en la más grave consecuencia que en el orden civil puede sufrir un acto, ya que este no solo será ineficaz sino también inválido.

En clave puramente dogmática, la ineficacia del negocio jurídico nulo deviene en definitiva e insubsanable, intrínseca, no precisa declaración judicial, opera *ipso iure y erga omnes*. Por ello se afirma *quod nullum est nullum effectum producit*. Pero este axioma no expresa una experiencia real sino un mandato jurídico, ya que en la práctica será necesario solicitar la intervención judicial si ha surgido cierta apariencia negocial.

Por otra parte, aunque el negocio nulo no es idóneo para dar vida a la nueva situación jurídica, eso no significa que carezca totalmente de consecuencias jurídicas. Cuando el acto nulo ha provocado efectos antijurídicos, paradójicamente produce efectos típicos encaminados a destruir lo que no debió acontecer. Estos efectos anti-efectos, según López Beltrán De Heredia, son: la obligación de restitución, la nulidad documental y la cancelación de los asientos registrales en ciertos casos, y la indemnización de daños y perjuicios.

Aunque tanto la nulidad como la anulabilidad son causas de ineficacia por disconformidad con la ley (no así la resolución que lo es por voluntad de las partes), es importante distinguirlas, pues producen consecuencias esencialmente diversas. La invalidación del negocio anulable depende de la impugnación; no así en el negocio nulo, el cual no puede ser convalidado.

El Artículo 67 de nuestro Código civil establece las causales por las cuales debe reputarse como nulo un acto jurídico. Algunas de las causas de nulidad aquí reguladas, no tienen precedentes en el Código civil español vigente, o han recibido en la nueva ley sustantiva un tratamiento diferente.

Pero acto y documento son cosas distintas. Los derechos nacen del acto y el documento constituye la acreditación fehaciente del nacimiento de estos derechos.

La nulidad formal afecta al documento como ente palpable en el cual se contiene el negocio, que sí es intangible. Bien afirma Pérez Gallardo,⁶ que la nulidad formal implica la vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del documento y, en tal sentido, está estrechamente vinculada a la figura del notario. La nulidad sustantiva es endosable a las partes, y la formal al fedatario quien podrá ser objeto desde una corrección técnica hasta una querrela por responsabilidad civil y/o penal. En esta cuer-

6 Vid., Leonardo B. Pérez Gallardo: *Derecho notarial*, Editorial Félix Varela 2007, pp. 116-156.

da, resulta obvio aseverar que mientras la primera se regula por normas sustantivas, la segunda encuentra ordenación en las normas adjetivas contenidas en las leyes notariales.⁷

Una podrá repercutir en la otra, en dependencia de que la forma tenga un valor *ad solemnitatem* o *ad probationem*, pero ello no es objeto de estudio aquí. Lo que ha de quedar claro es que se trata de dos ámbitos distintos de ineficacia: uno, el ámbito negocial, y otro, el ámbito documental, debiendo entenderse que el segundo contiene al primero, pero no se funden necesariamente el uno en el otro.

3. Del notario como parte demandada en el proceso civil

Aquí debemos iniciar con la definición de qué se entiende por parte en el proceso civil para dejar sentado que nos referimos a aquellos sujetos que con signo protagónico o principal integran la relación jurídico-procesal, pues sin ellos no quedaría técnicamente establecida dicha relación.

Al ser el notario el arquitecto del instrumento, nadie mejor que él para defender el resultado de su labor en caso de ser esta impugnada, por lo que, indubitadamente, habrá de ser demandado en proceso civil de nulidad de documento para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida.

Pero ello, no implica que ante la sola mención de la palabra nulidad, quepa demandar al notario, cual si fuera un “ábrete sésamo” de su intervención en el proceso.

Es desafortunadamente habitual que se demande al notario en cada proceso encaminado a obtener la nulidad de un acto contenido en documento público notarial, amén de la infeliz invocación de la nulidad instrumental cuando en buena técnica se trata de una sustantiva. A esta mala praxis contribuye por una parte, el desconocimiento de las instituciones por parte

7 Artículo 16 de la Ley No. 50, Ley de Notarías estatales.

- a) Los documentos autorizados por el notario en las circunstancias a que se refiere el inciso a), del artículo 11 de la Ley, o sea, los autorizados fuera de los límites de su competencia territorial, excepto en los casos del inciso c) de este artículo, cuando la intervención notarial sea requerida fuera del horario laboral, si el requirente o interesado se halla en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales;
- b) Los documentos notariales en que no conste la identidad y firma del notario o la identidad, el juicio sobre el conocimiento o la capacidad y firma de los comparecientes y de los testigos, en su caso;
- c) Los documentos notariales en los que el juicio que emite el notario se basa en declaraciones de testigos obligatorios, y éstos sean inhábiles;
- ch) Los casos en que judicialmente se declare la nulidad;
- d) Cuando concurren otras causales previstas en la ley.

del actor, y por otra, en no pocas ocasiones, el temor a que el demandado invoque una excepción de falta de estado al no haber sido demandado el notario, en cuyo caso la mentada ignorancia también está presente ahora del lado del emplazado y de la judicatura si así lo considera. Téngase en cuenta que se trata de una excepción que si resulta apreciada por el tribunal, conduce inexorablemente a la terminación del proceso.⁸ Uno de los ejemplos más lamentables es el de la impugnación del contrato por la existencia de vicios o defectos ocultos; situación fáctica material que solo es dable imputar a las partes negociales, nunca al fedatario.

4. La excepción perentoria de falta de legitimación pasiva

La capacidad, en su doble acepción —jurídica y de hecho—, permite figurar y actuar como parte en cualquier asunto; pero, ello implica su delimitación al específico proceso de que se trate. Ahí entra en juego la controvertida legitimación, como esa especial aptitud para figurar y actuar como parte en un proceso determinado en pos de defender el derecho subjetivo del que se estima asistido o de la imputación de incumplimiento que le atribuyen.

Al decir de Montero Aroca se trata “[...] de resolver la cuestión de quién debe interponer la pretensión y contra quién debe interponerse para que el juez pueda dictar una sentencia en la que resuelva el tema de fondo [...]”.⁹

De manera que pudiéramos afirmar que la legitimación es una categoría de naturaleza procesal relativa al fondo de la cuestión controvertida, que se determina por el vínculo de la persona con la relación jurídica material que sirve de fundamento a la litis, de tal suerte que solo pueden ser partes en un proceso y, por consiguiente, responder materialmente, los que están vinculados de forma directa con la esencia de la cuestión controvertida.¹⁰

En consecuencia, para que la relación procesal quede válidamente constituida deben intervenir y participar en el proceso todos los directamente

8 Cfr. Artículo 237, tercer párrafo, en relación con el 233.6, ambos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo adelante LPCALE.

9 Juan Montero Aroca: “Las partes, Lección 29^a”, en Juan Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 7^a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 47.

10 Claro, nos referimos a aquellos supuestos de legitimación ordinaria en los que la norma sustantiva otorga la titulación para actuar en el proceso y no a aquellos casos en que extraordinariamente, como resulta la intervención de la Fiscalía, la ley procesal confiere la posibilidad de actuar en defensa de un interés ajeno. Para mayor claridad sobre el tema: Vid. Carlos M. Díaz Tenreiro: “Consideraciones sobre el concepto de legitimación”, en Juan Mendoza Díaz (Coord.): *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 101-134.

implicados en la o las relaciones jurídicas materiales que subyacen; cuestión que cuando es vulnerada por la parte actora, al no demandar a quien corresponde y así soslayar la necesaria intervención en el proceso de quien debe participar, procede su subsanación por la vía de la excepción dilatoria de falta de estado.

Por el contrario, cuando se conmina a intervenir en el proceso a quien no guarda relación directa con lo que se discute, se configura la excepción perentoria de falta de legitimación, en este caso pasiva, en el entendido de que constituye “[...] la especial vinculación que debe tener un individuo con el objeto de la relación jurídica material para que pueda admitirse su presencia en el proceso que de aquella se deriva”.¹¹

Sin embargo, la relación procesal no siempre reproduce la relación material en el ámbito jurisdiccional, pues pueden existir interesados en participar en el proceso porque el pronunciamiento judicial les perjudique o tengan algún vínculo con el fondo del asunto.¹² Pareciere entonces que es dable demandar al notario cuando el proceso gire en torno al contenido de la escritura por él autorizada, pero idéntico fundamento serviría para hacerlo con los registradores, en tanto lo discutido verse sobre el asiento registral. Habría que atender a lo expresado por Mendoza Díaz, quien puntualiza que “[...] estarán legitimados y tendrán derecho a exigir una sentencia aquellos que forman parte de la relación material y también los que están vinculados a ella de manera directa, de forma tal que se derivan derechos subjetivos a su favor, los que deducirán en el proceso sus pretensiones”.¹³

En definitiva, se trata de demandar a todos los que deben intervenir en el proceso, pero solo a ellos. Impetrar la actuación judicial contra quien no ha lesionado el derecho subjetivo de alguien, ni resultará beneficiado o perjudicado con el pronunciamiento definitivo del tribunal, ha de tener como consecuencia técnica un fallo sancionador de su actuar.

11 *Vid.* Juan Mendoza Díaz: “Posiciones que puede adoptar el demandado en el proceso ordinario”, en Juan Mendoza Díaz (Coord.): *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 62-063. Significa el autor lo controvertido de la categoría “legitimación” y cita a Montero Aroca quien expresó que se trata de “un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él”.

12 Recoge nuestro ordenamiento la posible intervención de terceros en los artículos del 92 al 97 de la LPCALE y, más recientemente, la Instrucción No. 216, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, reconoce en sus apartados cuarto y quinto la posibilidad de invitar a participar en la comparecencia a los abuelos y otros familiares que tengan estrecha cercanía a lo controvertido y, con carácter excepcional, a otras personas por similar razón, considerándolos como terceros cuando su participación en el proceso sea imprescindible.

13 *Ídem*, p. 94.

5. Necesaria interrelación a partir de un análisis de caso

Se trata de un asunto en el que se pretende la modificación de un acta de notoriedad en la cual se fijaron medidas y linderos de un inmueble urbano. Fundamenta su pretensión la actora en que parte de esas medidas le habían sido reconocidas, por un acto administrativo anterior a la autorización del acta en cuestión. Acta que se había basado, para contener la declaración de notoriedad y, en consecuencia, completar el título, también, en una resolución administrativa.

Más allá de las cuestiones sustantivas intrínsecas y de prueba en este proceso, de lo que se trata es de determinar la procedencia, o no, de que se incluya como demandado al notario actuante; cual si su actuación procesal fuere trascendente para la modificación de las medidas o de la resolución administrativa que les contiene.

El notario público de corte latino, en el cual se inscriben los notarios cubanos, deviene en depositario de la fe pública, que le permite cubrir con su juicio, en cuanto a las formalidades, los actos jurídicos que ante dicho fedatario se realizan; pero no es responsable del contenido del acto en cuestión, lo cual resulta atribución absoluta de los comparecientes.

Solo cuando un notario vulnera las normas legales y reglamentarias, coloca en el instrumento manifestaciones que son falsas, con pleno conocimiento de su falsedad, y, en definitiva se afecta la estructura del instrumento, en magnitud tal que pueda provocarse una nulidad documental, es que podría formar parte de la relación material que sirve de fundamento a la litis y, en tal sentido, estaría legitimado pasivamente para responder ante los tribunales.

Con la marcada excepción de estos supuestos, en los restantes casos el notario no debe ser demandado, pues no pasa de ser un testigo privilegiado del acto, pues en su presencia se realizó, verificando con su juicio que los comparecientes tienen la capacidad requerida y que su identidad es la adecuada, lo que se conoce como juicios de identidad y capacidad, así como sobre la legalidad del acto en cuestión, pero no sobre su contenido. Razón por la cual quien comparece carece de legitimación pasiva para formar parte de la relación jurídica procesal sobre la que se sustenta este proceso.

Lo que se pretende en el proceso afecta el contenido del documento público notarial y no a este en sí, en su manifestación formal, razón única que constituiría justificación para ser demandada toda vez que, como autor del documento, el notario deviene en responsable de los defectos formales que afecten al instrumento, pero no de la verdad intrínseca de lo contenido en él.

El Tribunal Provincial de La Habana acogió, en Sentencia 108 de 30 de septiembre de 2013, siendo ponente Insua Gamboa, la excepción perento-

ria alegada por el notario actuante de falta de legitimación pasiva y expresa en su primer considerando: Que contestada la demanda por la Notario demandada, interpone en el presente la excepción perentoria de falta de legitimación pasiva que se debe estimar, habida cuenta que al encontrarse vinculada esta categoría con el fondo del asunto, ventilado en la especial relación que ha de existir entre los sujetos y la titularidad del derecho reclamado, obvio resulta que la fedataria actuante no tiene vinculación alguna con el acto realizado, en tanto la veracidad de las medidas de los terrenos de las partes que en definitiva es el objeto de la controversia planteada, es imputable a los litigantes en exclusiva y por consiguiente debe excluirse a esta de toda responsabilidad en su determinación.

Sabio razonamiento del juzgador que no requiere más comentarios.

6. A modo de conclusión

En caso de que se disponga judicialmente la nulidad del instrumento sí deberá determinarse si la causa de tal ineficacia se halla en un incumplimiento de las funciones, prohibiciones, deberes o principios de funcionamiento propios de la actuación notarial y, consecuentemente, imputables al fedatario. De tal suerte, corresponderá aplicar la normativa vigente en cuanto a la disciplina de los funcionarios administrativos, sin perjuicio de que deba responder también civil e, incluso, penalmente en caso de falsedad documental o ideológica.¹⁴

Como sostiene Pérez Gallardo: “El notario es responsable de la impecable construcción técnica del documento, del cual es su verdadero artífice, solo una actuación conforme a las normas deontológicas y jurídicas harán mérito a la excelencia profesional y a la confianza de que ha sido depositario *per omnia saecula saeculorum*”.¹⁵

Cabría agregar que justamente por ello, también está comprometido éticamente con la pulcritud de su nombre, con el prestigio del que debe gozar y por el que debe velar. Es recomendable, entonces, contestar de manera calificada si resulta demandado en un proceso, máxime si con ello puede contribuir al perfeccionamiento de la aplicación justa del Derecho, con apego a la ciencia y a la conciencia; pilares de la formación deontológica de todo jurista.

14 Código civil, Artículo 81 y ss, y Código penal, Artículo 250.

15 Pérez Gallardo Leonardo: *Op. cit.*, p. 156.

Fuentes bibliográficas

Doctrinales

- DÍAZ TENREIRO, CARLOS M.: “Consideraciones sobre el concepto de legitimación”, en Mendoza Díaz, Juan (Coord.): *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- MANTECÓN RAMOS, ARIEL: *Tutela ordinaria del Derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.
- GUZMÁN FARFÁN, SAÚL: “¿Qué es la Fe Pública?”, en *Revista del Notariado Boliviano*, No. 2, primer trimestre, 1998.
- MENDOZA DÍAZ, JUAN: “Posiciones que puede adoptar el demandado en el proceso ordinario”, en Mendoza Díaz, Juan (Coord.): *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- MONTERO AROCA, JUAN: “Las partes, Lección 29ª”, en Montero Aroca, Juan et al.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 7ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL: “Los principios del proceso en particular”, en Ortells Ramos, Manuel; Juan Cámara Ruiz y Ricardo Juan Sánchez: *Derecho procesal. Introducción*, 2ª. ed., Ediciones Nomos, Valencia, 2003.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: *Ética Notarial*, Ediciones Porrúa, México, 1990.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: *Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, 2007.
- VALLET DE GOYTISOLO: *La función del Notario y la seguridad jurídica*, en *Deontología Notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

Legales

- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977.
- Ley de las Notarías estatales y su Reglamento.
- Decreto Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 33, edición extraordinaria, de 27 de septiembre de 2006.
- Instrucción No. 216 de 17 de mayo de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria, No. 21, de 22 de junio de 2012.

¿CABE LA “PRETERICIÓN” EN LOS TÍTULOS SUCESORIOS AB INTESTATO?

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor titular y principal de Derecho Notarial.
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

Sumario

1. El recurso a la figura de la “preterición” en las sentencias de nuestros tribunales. 2. Causas que provocan la indebida exclusión de los llamados a la herencia en los títulos sucesorios *ab intestato*. 3. En todo caso indebida exclusión, más que “preterición” propiamente dicha. 3.1. La más reciente toma de posición de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. 4. Las posibles soluciones ante el fenómeno de la exclusión del llamado: el acta notarial de “modificación” o “adición” y el acta de rectificación del juicio de notoriedad. Una tesis inconclusa, que no deja de ser interesante

1. El recurso a la figura de la “preterición” en las sentencias de nuestros tribunales

En los últimos años, el término preterición ha sido muy recurrido en las sentencias del Tribunal Supremo y, por supuesto, también en las de los tribunales de instancia.¹ La preterición, situación jurídica de carácter excepcional, que es típica de la sucesión testamentaria, por causas siempre imputa-

1 Tomo como ejemplo algunas sentencias de la Sala Segunda, de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana: Sentencia No. 126 de 26 de diciembre del 2006, primer y segundo Considerandos (ponente Alfaro Guillén): “[...] *poniéndose de manifiesto en este caso, un supuesto de preterición en el título sucesorio ab intestato, de los descendientes del fallecido [...]*”; Sentencia No. 36 de 30 de abril de 2007, único Considerando (ponente Alfaro Guillén): “[...] *incurriéndose por tanto con la autorización de dicho instrumento público notarial, en la preterición de un descendiente de primer grado del causante de la sucesión y por tanto titular del primer llamado de la sucesión intestada según lo regulado en el artículo quinientos catorce apartado primero del Código Civil cubano, cuya existencia impide que cobre vida el llamamiento de titulares de llamados sucesorios más remotos, como es el caso de los hermanos a quienes corresponde el quinto llamamiento, todo lo cual lastra la eficacia del título sucesorio que se impugna [...]*”.

bles al testador al no respetar la restricción o freno que el sistema legitimario supone para la libertad de testar, se ha traspolado por los operadores del Derecho a una situación con cierto parecido, que opera en la sucesión ab intestato, pero a decir verdad, con una ratio o fundamento disímil, motivo por el cual, no resultan aplicables, ni tan siquiera con un argumento a simili, las normas reguladoras de la antológica preterición a esta “de reciente facturación nacional”.

La “preterición” de creación jurisprudencial, cuyo nomen, quizás despojado del prístino sentido que esta figura tuvo desde Roma, no deja de evocar la existencia de un olvido, abandono, omisión, descuido, respecto de uno de los llamados a la sucesión, no obstante, en un plano estrictamente técnico-jurídico y en aras de ubicar las instituciones jurídicas en el lugar que le corresponde, resulta difícil de articular en el mecanismo generado por la sucesión ab intestato.

En definitiva, ¿a qué se le denomina preterición en la sucesión ab intestato? ¿Cuáles son sus principales causas? Ha sido la labor de los tribunales la que ha traspolado, por excelencia, la preterición a la sucesión ab intestato, considerando que esta opera cuando un título demostrativo sucesorio legal resulta incompleto, por no resultar llamados todos los que tienen derecho a ello en el acta notarial de declaración de herederos, o inoperante, por existir llamados de órdenes preferentes cuya delación a su favor, operada automáticamente por ley, no se ha corporificado instrumentalmente en la mencionada acta notarial de declaración de herederos. O sea, el término se utiliza indistintamente para denunciar una situación de olvido o exclusión en el acta notarial, por tener igual derecho el “preterido”, o por tener un derecho preferente, razón por la cual, el llamamiento contenido en el acta, sería en todo caso un llamamiento putativo.

2. Causas que provocan la indebida exclusión de los llamados a la herencia en los títulos sucesorios ab intestato

Si hiciéramos un estudio socio-jurídico de las causas que provocan esta anomalía o irregularidad, expresión de una disfuncionalidad o asimetría del tráfico jurídico, pudiéramos encontrar algunas de ellas, que empíricamente hablando me atrevo a denunciar:

1º. La regulación en el ordenamiento jurídico familiar cubano (artículos 2 y 18 del Código de familia) de la controvertida figura del reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado, con especial atención cuando ello opera con efectos post mortem, a lo cual me he referido en este estudio.

La posibilidad franqueada por ley de que el supérstite interese ante el tribunal municipal competente el reconocimiento de efectos jurídicos de la unión matrimonial pretérita existente entre él o la promovente y la o el fallecido a los fines de poder concurrir a la herencia en calidad de cónyuge supérstite, amén de suponer pasar por alto en el orden ético y moral el compromiso que la pareja asumiera de hacer una vida en común sin darle forma de matrimonio legalmente constituido, es un verdadero dédalo jurídico que genera, entre otros tantos efectos, el sobrevenir derechos como los sucesorios, pues una vez obtenida la condición de cónyuge supérstite, alcanzar la de heredero ab intestato es solo un paso más en este complicado algoritmo jurídico. Y ello es muy sencillo de explicar, autorizada por notario el acta de declaración de heredero en un momento en que no ha tenido éxito aún la demanda interpuesta por quien compartía la vida con el fallecido, interesando el reconocimiento judicial de matrimonio, no se le llama a la sucesión. Empero, tras el éxito de la demanda, el título sucesorio se convierte en un título incompleto, ello en el mejor de los casos, pues, en el hipotético caso de que los llamados fueren los hijos, o en su defecto, los descendientes, el cónyuge supérstite también ha de ser llamado en calidad de concurrente, igual sucedería si los llamados fueren los padres del causante, pues el éxito del proceso judicial de reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, conlleva a un cambio post mortem del estado civil conyugal del fallecido, que de soltero, viudo o divorciado, pasaría a casado, lo cual motiva que de haberse contenido en el título formal el llamado a favor de los padres, tal mutación en el estado conyugal del causante, convierte en incompleto el título sucesorio al haberse “preterido” al cónyuge, quien acudiría en calidad de concurrente. Ni qué decir del supuesto, nada extraordinario por cierto, de llamamiento a favor de los hermanos y sobrinos (relegados al quinto orden ex Artículo 521 del Código civil) en un caso en que deviniera después con éxito la demanda de reconocimiento judicial de la unión matrimonial, lo cual provocaría una “preterición” del sobrevenido cónyuge quien intentaría luego el reconocimiento en un título formal de su condición de llamado a la herencia en la totalidad, esfumando toda posibilidad de los colaterales privilegiados, convertidos luego en herederos putativos.²

2 Es dable apuntar que esa “preterición” sobreviniente es consecuencia de los efectos que irradia el reconocimiento *post mortem* de una unión matrimonial que la muerte extinguió, pues no cabe duda que al momento de autorizarse el acta, la cónyuge o el cónyuge *supérstite* no existía como tal, luego, en ese momento no fue excluido, o “preterido”, como se dice por los operadores del Derecho en Cuba. Esa consecuencia sobreviene al éxito de la demanda interpuesta y, a diferencia de la debida exclusión de hijos o nietos o hermanos que existían ya al momento de autorizarse el acta de declaración de herederos, pero

2°. Ciertos puntos débiles o frágiles que operan en la tramitación de la declaración de herederos ab intestato vía notarial, entre ellos:

- a) El no delimitar la norma, reglas de competencia por razón del territorio para conocer de la tramitación del título sucesorio, lo cual circunscribiría al notario para la autorización de actas de declaración de herederos de causantes, v. gr., cuyo último domicilio estaba situado dentro de sus límites de competencia, incluso sería más aconsejable, dado que la mayoría de los notarios tienen competencia provincial, que para las citadas actas esta se confine al municipio donde estaba domiciliado el causante, ello evitaría v. gr., que se evada, como sucede hoy día, la regla contenida en el Artículo 534 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) que permite al promovente del proceso de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada a interesar una prórroga de los 90 días concedidos por ley para la tramitación de la declaración de heredero, cuando respecto del causante se hayan sustanciado diligencias preventivas del proceso sucesorio, pues quien tramita el proceso en sede judicial, en la mayoría de las ocasiones desconoce quién es el notario ante el cual se tramita la declaración de herederos, que puede ser el que tiene su sede notarial, tan solo a una calle del tribunal que conoce del proceso de reconocimiento, o aquel que la tiene a 900 kilómetros de ese mismo tribunal. Y, en vista de que no se publican edictos, ni se publica en los periódicos de circulación local, nadie se entera de la tramitación del título sucesorio.
- b) El hecho de que el notario se limita a recepcionar el escrito promocional que aporta el abogado y las certificaciones correspondientes, pero los hechos negativos prácticamente no se prueban, ¿cómo probar la inexistencia de parientes más propinuos al causante y, por ende, con preferencia en los primeros órdenes sucesorios?, ¿cómo acreditar que los hijos procreados por el causante son aquellos que se mencionan en el escrito promocional y cuyas certificaciones de nacimiento se aportan junto con él, y que no existen otros, si no existe un libro de familia, y en el registro del estado civil no se acredita en un mismo folio todos los hijos que ha tenido una persona?, ¿cómo saber que el causante, incluso, no

por no haberse aportado los documentos que acreditaban su propia existencia al notario, no se enuncia a su favor, en el título formal, la delación sucesoria, en el supuesto del cónyuge de matrimonio reconocido judicialmente *post mortem*, su exclusión es resultado del juego de la retroactividad al entenderse, que era cónyuge desde el momento de la unión, *ergo*, aunque ahora, y no antes, debió haberse incluido en el título sucesorio, que como resultado, deviene incompleto o inoperante.

contrajo un segundo o ulterior matrimonio si lamentablemente los asientos de inscripción en el registro del estado civil no están actualizados y, en consecuencia, puede que en el asiento del nacimiento obren el primer y el segundo matrimonios, pero no la disolución de este último y la formalización de un tercero? Desdichadamente obramos muchas veces a ciegas, y ello tiene un alto costo para la seguridad jurídica. La práctica de la prueba testifical la desechamos y ello motivado en gran medida porque los testigos llegan preparados ante notario, se convierte en una ritualidad que muchas veces no aporta lo que se busca con este tipo de pruebas. En ello, tenemos buena parte de culpa los notarios, porque nos dejamos invadir por la desidia y no actuamos con todo el rigor que exige nuestra investidura.

- c) Muy relacionada con lo anterior está la forma en que se resquebrajan determinados valores éticos que el jurista debe aprehender. Resulta inconcebible que los títulos sucesorios se manejen de tal manera, que estos se lleguen a esculpir según el idilio del promovente, es decir, como a este le convenga, dejando a un lado los incólumes principios de la actuación de un jurista. Sencillamente, es inconcebible, además de la responsabilidad en que se incurre, falsear datos ante notario, de modo que al tramitarse un título sucesorio hay que actuar con plena objetividad, con la misma con la cual se ha practicado, cuando se considere conveniente la prueba testifical, en la que los testigos han de estar perfectamente claros del valor de su testimonio y de los efectos que causarían si falsearan la verdad. Adpero, las estadísticas judiciales demuestran que la radicación de causas por perjurio o falso testimonio son más que un espejismo en el desierto ¿y es que acaso eso significa que nunca se distorsiona la verdad cuando se acude a sede notarial?
- d) Por último, y dentro de este acápite, la manera en que se concibe la promoción del acta de declaración de herederos en el Derecho cubano; primero, porque cualquiera de los llamados a la sucesión puede tramitar el título, eso sí, bajo representación de un abogado, ya que carecen de postulación al efecto (vid. Artículo 106, segundo párrafo, del Reglamento notarial), lo cual facilita al promovente incluir o “preterir” en el escrito de promoción que su abogado presentará al notario, a aquellos concurrentes al llamado que estimen convenientes, ya que en la dinámica en que se desenvuelve la tramitación y conforme con lo apuntado con anterioridad, difícilmente se llega a saber antes de la autorización notarial qué otros parientes distintos a los nombrados en el escrito promocional también deben ser incluidos en la declaración de herederos. Otra dimensión tuviera el asunto si al acta debieran comparecer todos los llamados a la

sucesión, supuesto en el cual, solo una confabulación de todos los presentes viabilizaría la indebida exclusión o “preterición” de los que no son mencionados. De este modo, la vía se hace hoy día más expedita para la autorización de un título sucesorio incompleto.

3º. Las disfuncionalidades familiares también contribuyen –quizás en menos medida–, pero no dejan de tener efectos en la autorización de estos títulos incompletos. No resulta anómalo en la actualidad la procreación de hijos fuera del matrimonio: las familias ensambladas, las familias reconstituidas, los hijos habidos en uniones putativas. Todos ellos hijos del causante y, en consecuencia, hermanos entre sí, que muchas veces ni se conocen, por lo cual cabe, si bien en menor proporción “pretericiones erróneas” en el título sucesorio ab intestato. Empero, lo más común hoy día es la “preterición intencional”, sobre todo, entre los hijos y la madrastra, entre hijos de distintos matrimonios, pero también se da –y tampoco de manera tan excepcional–, entre hijos del mismo matrimonio, o sea, entre hermanos de doble vínculo o hermanos germanos. Se pretende llevar al Derecho el viejo refrán popular de que “el que da primero, da dos veces”. En este sentido, promover el acta de declaración de herederos ab intestato y luego otorgar escritura de aceptación y adjudicación de la herencia e inscribir en el Registro de la Propiedad y, todo ello, a sabiendas que se están afectando los derechos de terceros, concurrentes o herederos con mejor derecho, se convierte en un fenómeno que motiva, no pocas veces, pronunciamientos del más Alto Foro cubano.

3. En todo caso indebida exclusión, más que “preterición” propiamente dicha

Ahora bien, ¿en realidad hay preterición? El uso de las comillas no ha sido casual. En el lenguaje jurídico se ha traspolado a la sucesión ab intestato una figura que resulta, por su naturaleza, incompatible, pues no es posible hablar de olvido voluntario o involuntario de los llamados por ley. El legislador lleva a un cuadro dispositivo supletorio o complementario de las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento otorgado a los más propincuos parientes del difunto y a su cónyuge, pero ello lo formula en un planteamiento abstracto innominatim. Solo hay que probar la pertenencia al cuadro familiar del causante, ya como pariente consanguíneo en la línea y grado que establece el testador, o en la condición de cónyuge.

Por ello, cuando se acude ante notario, se interesa de este declare por acta la notoriedad del hecho del fallecimiento *ab intestato* de una persona. De ahí, que el juicio que emite el notario es sólo un juicio de calificación

sobre la legalidad de la documentación aportada y el carácter de heredero *ab intestato* (*rectius* de llamado a la sucesión) de los sujetos invocados en el escrito promocional: es decir, que ha quedado suficientemente acreditado el parentesco o la relación conyugal de quienes han alegado estos extremos, y, por tanto, que a estos corresponde el derecho hereditario invocado. Como sostiene Chikoc Barreda: “La finalidad del acta de declaración de herederos radica en la obtención de un título para el ejercicio de los derechos hereditarios. Se trata de una investidura jurídica o de la atribución de una titularidad, como consecuencia del enjuiciamiento sobre la notoriedad del hecho”,³ o sea, “es la concesión de equivalencia entre una situación de hecho preexistente, y una situación de derecho. Esto quiere decir que el Notario deberá valorar si se cumplen los presupuestos de hecho exigidos por la norma para la producción del efecto jurídico: el llamamiento hereditario”.⁴ En la declaración de herederos, la declaración del derecho es el fin principal. El requirente necesita una atribución expresa de la consecuencia jurídica. La misión esencial del notario es verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos por el Código civil para el llamamiento hereditario intestado, mediante la constatación o acreditación de determinados hechos.

El notario, del mismo modo que en el campo de los actos jurídicos extrae la norma jurídica, la interpreta y moldea la voluntad individual a su espíritu, puede con total legitimidad consignar los preceptos aplicables a la situación jurídica creada, sin que sea ociosa su actuación por considerar que basta la prueba del supuesto de hecho para “derivar” la consecuencia jurídica; pues en materia de jurisdicción voluntaria, la configuración del elemento formal es el fin del proceso mismo, sin el cual el promovente no podrá obtener los efectos jurídicos pretendidos. Lo que se busca con la declaración del derecho por vía notarial es exactamente lo mismo que cuando la decisión es de tipo judicial; en el caso de la declaración de herederos *ab intestato*, la legitimación para actuar en el tráfico jurídico y la conformación de la prueba del llamamiento hereditario legal. Por esas razones es utópico afirmar en sentido herméticamente jurídico que existe “preterición” en el título sucesorio *ab intestato*, lo que acontece en que se forma un título sucesorio incompleto, pues las pruebas que le han sido aportadas durante la tramitación del acta de declaración de herederos no justifican la existencia de todos los llamados a la sucesión; se ha ocultado al notario la existencia de parientes o del cónyuge del causante, con igual o mejor derecho que el promovente

3 Navi Chikoc Barreda: “La actuación notarial en el acta de declaratoria de herederos”, *Tesis de especialidad en Derecho Notarial*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, p. 56.

4 *Idem*, p. 21.

y las demás personas nombradas por él en el escrito promocional.⁵ No se trata de que hayan sido “preteridos”, sino en buena medida, de que han sido indebidamente silenciados en el título sucesorio, apartados, si se quiere, aunque; el término tampoco es el más adecuado: “excluidos”, y lo digo pues puede confundirse con la exclusión voluntaria de herederos *ab intestato* en el testamento, mediante la figura del testamento negativo.⁶

3.1. La más reciente toma de posición de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular

Por esa razón la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en la Sentencia No. 35 de 31 de enero de 2008, único Considerando (ponente Acosta Ricart) puntualiza la distinción de términos, incli-nándose a favor de exclusión para hacer referencia a los títulos sucesorios *ab intestato* incompletos. Sin embargo, han sido los tribunales quienes han empleado el término preterición en innumerables sentencias, incluida la propia Sala del Alto Foro,⁷ lo cual reconoce críticamente la ponente, para quien

- 5 Por fortuna, esta posición ha sido desarrollada en la Sentencia No. 52 de 20 julio de 2009 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Roselló Manzano) cuando en su tercer Considerando expresa: “[...] es claro que este último (el notario) tampoco está en capacidad de preterir, puesto que a lo que se limita es a examinar los documentos que le aportan, y sobre la base de las relaciones de parentesco o el matrimonio que dichos documentos acrediten, y en ausencia de testamento, ubicarlos dentro del llamado sucesorio que por ley les concierne, y en consecuencia declararlos herederos y expedir el título sucesorio correspondiente”.
- 6 Sobre el tema *vid.* Sergio Cámara Lapuente: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Cívitas, Madrid, 2000, *passim* y en la doctrina patria lo que retomo en “Sucesión *ab intestato*”, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 309-312.
- 7 Así, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en la Sentencia No. 828 de 23 de noviembre de 2004, único Considerando (ponente Díaz Tenreiro) en un asunto en que se viene litigando sobre la eficacia de un acta de declaración de herederos por la indebida omisión de una de las personas con derecho a la herencia, al hacer alusión al tribunal competente para rectificar el juicio de notoriedad notarial (hoy llamado modificación del acta de declaración de herederos) deja explicitado que: “*el supuesto de preterición de un heredero –en el entendido que se refiere a la mera omisión de uno de ellos–, al extenderse el acta notarial constitutiva de una institución de esa naturaleza, es ante el Tribunal Municipal correspondiente donde debe ventilarse el proceso para obtener su modificación*”. Más tarde, la Sentencia No. 218 de 30 de marzo de 2006, primer Considerando (ponente Arredondo Suárez), haciéndose eco de lo alegado por el recurrente, la Sala acepta la procedencia del término preterición para un supuesto de sucesión *intestada*. Igual posición se adopta en la Sentencia No. 398 de 20 de julio de 2007, primer Considerando (ponente Hernández Pérez).

“[...] el término preterición, en su concepción teórica básica o más elemental, equivale a la omisión de un heredero en el testamento, o sea que la exclusión ya sea por olvido, o intencional es imputable al testador, por ello y aun cuando se reconoce que en no pocas ocasiones el citado término jurídico se utiliza indistintamente para cualquiera de las formas en que se hubiere determinado la sucesión, o sea tanto para la testamentaria como para la intestada, incluso ha sido mal utilizada en la denominación de algunos procesos que se han seguido ante nuestros tribunales, su mal uso, por más o menos generalizado que sea no convalida el defecto, razón que ha obligado a esta Sala desde hace algún tiempo a pronunciarse en diversas sentencias dejando establecida su posición en cuanto a que, sólo puede estimarse preterición cuando se trate de herencia testada [...]”. Criterio que luego ratifica la Sala en la Sentencia No. 84 de 11 de marzo de 2008, primer Considerando, bajo la ponencia de su Presidente Díaz Tenreiro: “[...] de tratarse de modificación de un acta de declaratoria de herederos –no preterición como indebidamente se utiliza y cuyo concepto se refiere únicamente a la herencia testada [...]”.

4. Las posibles soluciones ante el fenómeno de la exclusión del llamado: el acta notarial de “modificación” o “adición” y el acta de rectificación del juicio de notoriedad. Una tesis inconclusa, que no deja de ser interesante

Por último, quiero hacer una simple acotación. Es indiscutible que estamos ante un tema que necesita más orfebrería jurídica, pues la pieza aún no está terminada, pero aunque en un momento compartí la tesis de que ante la alteración del llamamiento sucesorio, de modo que en el título formal en que se contiene la delación sucesoria a favor de parientes o del cónyuge, se haya llamado a parientes situados en órdenes posteriores de la prelación sucesoria, conviene y fuera procedente la nulidad del acta para destruir ese título sucesorio putativo, con el cual se podría provocar confusión y oscuridad en el tráfico jurídico,⁸ hoy soy del criterio que lo que procede en todo

8 *Vid.* “Sucesión *ab intestato*”, en *Derecho de...* II, *cit.*, concretamente en el epígrafe 10.1.3. Así se ha pronunciado la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana en la Sentencia No. 42 de 25 de mayo de 2007, único Considerando (ponente Alfaro Guillén): “[...] *acreditada quedó su preterición en el llamamiento a la sucesión de su fallecida madre, en el título sucesorio ab intestato autorizado al efecto, en virtud del cual fue llamado a la sucesión de la progenitora del actor, al hermano de aquella, titular del quinto llamado sucesorio, incurriéndose con ello en la*

caso, más que de anular el título, se trata de rectificar el juicio de notoriedad que da el notario en este tipo de actas, en el sentido de que probado el fallecimiento *ab intestato* de una persona, y probado, además, que los parientes llamados a la sucesión, tras aplicar el notario las normas jurídicas reguladoras de la sucesión *ab intestato* en el Código civil, no son únicamente los que se han identificado en el instrumento notarial o, incluso, no son los que allí se mencionan por existir otros con mejor derecho que aquellos que están incluidos en dicho título de legitimación, entonces competiría rectificar dicho juicio, que contenido en un instrumento público notarial carece de fuerza de cosa juzgada, en el primer caso, a través de la inclusión del omitido, o en el segundo, rectificando la aplicación de las normas jurídicas sucesorias, al probarse que son otros los llamados a la sucesión, lo cual luego se inscribiría en el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos, que sellaría de seguridad este actuar.

Ahora bien, en el primero de los casos, que judicialmente se le ha dado el nombre de modificación del acta, no tengo la menor duda que podría ser el notario el competente para autorizar un acta modificativa o de adición, como se le suele llamar, en la que se significara en su contenido la existencia de la primera acta notarial, a la cual esta segunda “modifica” o “completa”. Más polémico sería la segunda situación, es decir, cuando quienes resultan llamados a la sucesión pertenecen a un orden preferente, que como se aduce entre los operadores del Derecho en Cuba ha sido íntegramente “preterido”. Aquí prevalece el criterio de que la vía judicial es la única que ofrece garantías, y que previamente hay que destruir el título sucesorio, “valladar a supe-

exclusión del llamamiento a quien acciona, titular del primer llamado sucesorio al amparo de lo que regula el artículo quinientos catorce apartado primero del Código Civil cubano, lo que trasciende a la eficacia del instrumento autorizado y que se impugna en este proceso, sin que sea posible su modificación por tratarse de la preterición de un llamado sucesorio completo que trae como consecuencia ineludible la ineficacia del título [...]”. Y que se reitera en la Sentencia No. 100 de 28 de diciembre de 2007, único Considerando (ponente Alfaro Guillén): “[...] lo pretendido por quien promueve en ambas demandas debe prosperar toda vez que interesa la nulidad del Acta de Declaratoria de Herederos [...] habida cuenta la duplicidad de títulos sucesorios ab intestato del mismo causante [...], de contenido diferente, habiéndose incurrido con la autorización de la impugnada en la preterición del promovente, único titular del primer llamado sucesorio al amparo del artículo quinientos catorce del Código Civil cubano, por tratarse de un descendiente de primer grado [...] precepto que infringido nos obliga a estimar la nulidad que se insta, teniendo en cuenta el carácter imperativo de las normas que regulan la prelación de los llamamientos sucesorios en la principal ley sustantiva civil y lo que establece el artículo veintisiete del Reglamento del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos [...] disposición legal que presupone la necesidad de un pronunciamiento judicial relativo a la nulidad del título sucesorio que corresponda [...]”.

rar” para la posterior promoción del acta en que se contendría la rectificación del juicio de notoriedad.

Como notario, no creo desacertado que se pueda rectificar en la misma sede notarial el juicio de notoriedad ofrecido, cuando se aporten las pruebas que justifican la existencia de parientes más propincuos del causante.⁹ Es función del notario, y a él va encomendada dar seguridad o certeza, y si la ofrecida en un acta de declaración de herederos queda desvanecida por pruebas ulteriores, nada le priva de rectificar el juicio de notoriedad. Como apuntara Giménez Arnau: “la notoriedad no se hace en el acta, sino que se destaca, se comprueba y, en definitiva, se perpetúa por la intervención notarial”.¹⁰

Según de la Cámara: “lo que es objeto de comprobación en un acta de notoriedad, y lo que el Notario da, en su caso, por justificado, no es el hecho

9 No obstante, si ya se ha promovido en sede judicial el proceso, nada priva al tribunal, en aras de la celeridad jurídica y la tuición del justiciable, que sea él mismo el que rectifique el juicio de notoriedad. Por fortuna esta ha sido la posición de la Sentencia No. 52, de 20 de julio de 2009 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Roselló Manzano), que, por cierto, ha sido la primera que ha asumido esta tesis que defiende, a saber: la rectificación del juicio de notoriedad, si bien, no rompe con todas las ataduras que la tesis clásica que favorece a la nulidad del título sucesorio notarial supone, al dejar abierta la posibilidad de una nulidad del acta de declaración de herederos *ab intestato* “cuando los que en la vía judicial reclaman tienen mejor derecho y por lo tanto, basados en el orden de prelación que taxativamente establece el Código civil, y en aplicación de la regla de que el llamado más próximo excluye al más remoto, la rectificación sería total y no justificaría la pervivencia del acta, o cuando existiendo dos o más actas de declaratoria de herederos con diferente contenido inscritas en el correspondiente Registro, y visto que en ese caso el registrador no expide copias de ninguna de ellas [...]” (sexto Considerando). No obstante, vale la pena significar el giro importante que esta sentencia hace en la valoración del juicio de notoriedad de notario en este tipo de actas. En este sentido en el Considerando precedente se dispone que: “[...] visto que lo que realiza el notario en estas circunstancias es un juicio sobre la notoriedad de los hechos que el o los promoventes exponen, los que constituyen o no el basamento fáctico del que se deriva la concreta consecuencia jurídica de ser llamados a la herencia, debiéndose notar que de los pronunciamientos que el notario realiza en el acta no se infiere, como no se puede inferir, que dicho funcionario da fe de que las personas que declara herederos son los únicos que tienen condición de tales, limitándose a consignar que según la parte concreta de la realidad que el o los promoventes le han develado y según los documentos que ha tenido a su vista, las personas que declara herederos son tales, estando abierta la posibilidad de que los que tengan igual o mejor derecho que aquellos, promuevan procesos como el presente a fin de que, previa probanza de los hechos que justifican su derecho o extinguen los de los incluidos por el notario, se produzcan modificaciones en el elenco de llamados a la herencia”.

10 Enrique Giménez Arnau: *Derecho notarial*, Ediciones Universidad de Pamplona, Navarra, 1976, p. 774.

(notorio), sino su notoriedad, aunque luego esta, patentizada por el acta, sirva para acreditar aquél. Es la notoriedad pretendida lo que, si procede, estimará comprobada suficientemente el Notario”.¹¹ En estas actas –sigue el autor– el notario expresa su convicción sobre un hecho (la notoriedad como hecho distinto del hecho notorio) que no presencia ni comprueba por sus propios sentidos, ya que la notoriedad, como hecho en sí, no es susceptible de constatación sensorial.¹² Y a él se limita a aplicarle las normas jurídicas, consecuencia de la notoriedad declarada. Por ese motivo, puede el notario rectificar a instancia de parte, la notoriedad declarada y, entonces, sobre la base de las nuevas pruebas aportadas, aplicar las normas jurídicas reguladoras de los llamamientos sucesorios. Como expone Chikoc Barreda “al fedatario, como agente principal del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, corresponde declarar formalmente la norma aplicable a la situación jurídica, cuando este pronunciamiento sea consecuencia lógica de la notoriedad comprobada y fin del requerimiento que se le ha hecho”.¹³

11 Manuel de la Cámara Álvarez: “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español”, *II Congreso Internacional del Notariado Latino*, Madrid, octubre de 1950, p. 8.

12 *Ídem*, p. 11.

13 N. Chikoc Barreda: “La actuación notarial en el acta...”, *ob. cit.*, p. 31.

LA DEONTOLOGÍA, SOPORTE JURÍDICO DEL NOTARIADO LATINO

Lic. Dayron Lugo Denis

Lic. Luis Nicor Barrera Quesada

Esp. Arlene María Pérez Alemán.

Sumario

1. Notas introductorias. 2. Aproximación conceptual a la deontología notarial. Valoración de sus componentes esenciales. 3. Acercamiento técnico-jurídico al Código de Ética Notarial cubano. 4. El Sistema Notarial Latino, asidero de la deontología notarial. Su distinción con el sistema anglosajón. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Notas introductorias

Frente a los nuevos desafíos y retos por los que atraviesa la sociedad moderna, el notario, como es de suponer, hace eco de las profundas manifestaciones e intervenciones en las que por su actuar se ve inmerso. Es conocido que es un funcionario público que desempeña un importante papel en el tráfico jurídico dada su función de juez de paz al servicio de los ciudadanos y la sociedad, atemperados a los criterios de igualdad, equidad e imparcialidad, anteponiendo siempre en todas sus actuaciones la ética y el sentido de justeza que bordan cada una de sus actuaciones.

El objetivo de este trabajo es: demostrar que la deontología jurídica constituye la base de la función notarial, en atención a sus elementos conformadores, según el cuerpo jurídico-normativo competente a esta materia.

Este tema ofrece una gran utilidad para el mejor funcionamiento del notariado cubano, de ahí, que tratemos estos particulares como la premisa fundamental sobre las que el notario edifica sus propias manifestaciones. El sentido y la razón que el fedatario público le imprima a su propio quehacer profesional, es en sí la vía de acceder a un servicio más completo y garantista, permeado de la calidad y eficiencia requeridas. El ejercicio de sus funciones debe estar regido por los más nobles principios, deberes y derechos del notariado latino, coadyuvantes a la primordial tarea que le asisten en la preservación de la legalidad, la prevención de futuras litis, y la seguridad en

el tráfico jurídico que los tiempos actuales –tan convulsos y difíciles– necesitan.

Se aboga por la máxima seguridad jurídica en la actividad notarial, garantía que exige de una exquisita preparación técnica profesional, verdaderamente identificada con la bella función fedataria, autenticadora y antilitigiosa que realiza. Profesión que obligatoriamente ha de estar permeada de los pilares éticos-morales y profesionales que se destacan en este trabajo. Su actividad está encaminada a la protección de los intereses del Estado y sus clientes desde el cumplimiento de la legislación vigente.

Aporta valiosos elementos que en el plano teórico y técnico-jurídico ofrecen lecturas diferentes sobre la concepción de la Deontología en el ámbito notarial. Se logra integrar sus componentes esenciales, en atención a los aciertos y falencias del Código de Ética y su cumplimiento.

2. Aproximación conceptual a la deontología notarial. Valoración de sus componentes esenciales

En la práctica jurídica existe desconocimiento en la concepción de la Deontología como pilar fundamental en la actuación del jurista. Término que fuera introducido por Jeremías Bentham en su obra *Deontología o ciencia de la moral*, donde ofrece una panorámica, que no ha alcanzado consenso por todos los estudiosos del tema.¹

La Deontología cobra una significación jurídica indubitada. La nomenclatura del término Deontología, proveniente del griego *to deon* (lo conveniente, lo debido) y *logía* (conocimiento, estudio...), lo que significa, en términos generales, el estudio o la ciencia de lo debido.

Para Bentham, la deontología se aplica fundamentalmente al ámbito de la moral, es decir, a aquellas conductas del hombre que no forman parte de las hipótesis normativas del derecho vigente. Trata, pues, del espacio de la libertad del hombre solo sujeto a la responsabilidad que le impone su conciencia. Este autor considera a la Deontología desligada de las normas jurídicas. Su concepción alude a los fines alcanzados con los actos buenos o malos del hombre, en atención a la felicidad o bienestar que puedan proporcionar.

En este sentido, es significativo valorar la posición de Kant, que asume a la deontología en sí misma como una ciencia de los deberes o imperativos

1 Véase Jeremías Bentham, en *Ensayo de Deontología Jurídica* (2010), párrafo 96. Disponible en www.notariapublica.com. Consulta: 10 de junio de 2013.

categoricos en la que no importan los fines, sino la intencionalidad del acto, independientemente de las consecuencias.²

A pesar de haber sido Bentham el creador del término deontología, la lectura de Kant ofrece una perspectiva más amplia, al identificarla como la ciencia de los deberes, siendo su regla de conducta aplicada por todos aquellos que se encuentren en una situación similar, interesando para él el actuar sin importar las consecuencias. Sin lugar a equívocos, su posición revela mayor amplitud en la concepción de la Deontología, asociada tanto a la moral como al Derecho.

La deontología jurídica ha cobrado un auge significativo en este último quinquenio con la vigencia de nuevas disposiciones normativas, anteriormente enmarcada como una cuestión restringida a la ética, sin atender a sus restantes elementos conformadores. Al respecto, Pérez Fernández del Castillo la observa en su carácter más integrador “[...] la deontología integrada por los deberes o códigos de conductas profesionales se halla estrechamente ligada, por un lado, al derecho, ya que la ley positiva regula algunos aspectos, aunque mínimos, de la actuación de ciertas profesiones, y por otro a la moral”.³ En su posición descansa la importancia que este autor le concede a la codificación de estas normas, otorgándole al Derecho un carácter más directo en las cuestiones deontológicas que deben sustentarse en patrones morales y conducta a seguir.

Partiendo de la concepción de Delgado de Miguel la Deontología es vista en su dimensión aplicada al aproximarnos al concepto de deontología notarial. Le reconoce tres momentos fundamentales: los momentos previos, los simultáneos a la autorización y la autorización propiamente dicha. Sin llegar a ser un análisis exhaustivo de cada uno de estos momentos se puede apreciar su pertinencia práctica jurídica al insistir en principios del notariado latino como: la profesionalidad, la legalidad, el asesoramiento, la calificación, la autoría y redacción, entre otros principios que media el instante en que el notario interactúa con el cliente por primera vez, hasta la instrumentación documental del mismo una vez autorizado por el fedatario público.⁴

Partiendo de las definiciones antes aludidas y del análisis de los asumidos por Delgado Vergara y Fernández Martínez, que lo asocian a los deberes que tiene el fedatario público en el ejercicio de su función notarial en relación con sus clientes, colegas y la sociedad; los autores de este trabajo

2 *Ídem*, párrafo 99.

3 B. Pérez Fernández del Castillo: *Deontología jurídica. Ética del abogado y del servidor público*, 2007, p. 7.

4 Juan F. Delgado de Miguel. Coordinadores: Leonardo B. Pérez Gallardo e I. Lora-Tamayo Rodríguez: *Ob. cit.*, t. II, 2007, p. 85.

identifican a la Deontología como “la ciencia del deber ser, que se devela como un proceso de integración jurídica que constituye la base de la función notarial”.⁵

La interpretación jurídica del concepto anterior obedece a que se realice una distinción e interrelación de sus componentes esenciales, los que deben ser observados desde una visión holista para una mejor comprensión de la deontología jurídica notarial. Desde esta perspectiva la ética jurídica, como parte del objeto de estudio de esta categoría jurídica, es una disciplina que forma parte de la filosofía, acentuando la libertad absoluta de decisión para actuar de acuerdo con lo que nuestra conciencia profesional asume como correcto. Identifica como una de sus tareas el estudio de la moral que enmarca los patrones o cánones signados por la sociedad, marcada por el conjunto de normas creadas por el hombre como el medio para la realización del bien.⁶

Se destaca desde esta mirada el carácter subjetivo que posee la ética al estar determinada por la conciencia individual de los sujetos y aunque se sustente en el estudio de la moral, esta última posee su propia naturaleza jurídica al incidir de forma directa en el comportamiento individual de los sujetos, que indudablemente en cierta medida es el resultado de la sociedad donde convive.

Otra concepción que aflora desde esta orientación epistémica e interrelacionada con la ética y la moral es la axiología, que aunque constituye una ciencia independiente, complementa el contenido tanto de la deontología como de la ética jurídica notarial. Se entiende como la ciencia específica dirigida al estudio de los valores, que dada la trascendencia pública de la función fedante del notario que en voz autorizada de Pérez Fernández del Castillo, no pueden desligarse de su quehacer profesional, citando la justicia, la honestidad, la imparcialidad, la responsabilidad, el bien común y otros que cualifican su alcance jurídico formativo.

Los valores constituyen resortes sociales que son defendidos, estimados (o apreciados), deseados, buscados, estos son considerados como importantes por toda la sociedad, una parte de esta, o grupos de individuos. Son una especie de credencial de presentación con la que nos mostramos ante los demás. Los valores nos permiten distinguir lo principal de lo secundario, lo atractivo de lo que rechazamos, lo bueno de lo malo, lo correcto de lo

5 Es el conjunto de principios, valores, normas, deberes, comportamientos éticos y morales, competencias profesionales que singularizan la actuación del notario y su personal auxiliar con los clientes, juristas y demás profesionales que dinamizan la praxis jurídica notarial.

6 Marta Moreno Luce: *La Deontología Jurídica*. Disponible en www.monografias.com/. Consulta: 10 de junio de 2013.

incorrecto, así como alejarnos de lo contrario, esforzarnos, tolerar la frustración si lo que queremos es defender o preservar un valor.⁷

Un componente novedoso en su aplicación resulta la capacidad técnica profesionalizante, que de modo poco relevante fue enunciado en el Código de Ética Notarial cubano vigente desde el año 2000.⁸ Es tiempo de que su observancia en el quehacer jurídico notarial trascienda al plano praxiológico. Su función no será del todo deontológica, si sus basamentos no se corresponden con un alto sentido de profesionalidad y compromiso, en atención a la repercusión que en el orden práctico pueda representar su intervención.

Pérez Gallardo la concibe como uno de los deberes básicos propios del notario, donde su preparación profesional y suficiencia técnica deben erigirse en el dominio del conocimiento de la ciencia notarial y es su obligación mantenerse actualizado con las normas legales y reglamentarias vigentes, así como con los adelantos tecnológicos [...].⁹

Se entiende desde este enfoque, como el conjunto de competencias profesionales que deben materializarse en la función pública notarial, destacándose en este orden: el nivel de interpretación jurídica,¹⁰ la independencia de actuación, el lenguaje técnico-jurídico, entre otras habilidades que deben sistematizarse en su actuación fedante en pos de la preservación de la legalidad y la prevención de futuras litis, situación sobrevenida como consecuencia de una mala praxis jurídica.

Uno de los momentos más complejos es cuando el notario, haciendo uso del principio de la forma, adecua la voluntad declarada por las partes a la instrumentación documental, compleja situación jurídica donde el notario debe utilizar todo su conocimiento teórico-práctico para dotar al documento notarial de las garantías debidas.

Las visiones referidas son consistentes con la lógica formativa profesionalizante que debe distinguir la deontología notarial desde la integración de todos y cada uno de sus componentes esenciales, sin los cuales su función fedataria perdería su naturaleza jurídica.

7 Lianet Goy Yanes: *La Deontología, pilar fundamental de la actuación notarial*, Ciego de Ávila, 3013.

8 El Artículo 4 de este cuerpo legal prevé como principios profesionales y éticos del notario público desempeñar su función con elevado rigor técnico y profesionalidad, de modo que el acto por él autorizado constituya “un negocio perfecto en un documento perfecto”.

9 Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: *Derecho Notarial*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 115.

10 Resolución 70 de 1992, Reglamento de la ley de las notarías estatales, en el Artículo 3 establece que cuando el notario tuviere dudas sobre la correcta interpretación de la legislación, se dirigirá mediante escrito, en consulta, al Ministerio de Justicia por conducto de las direcciones provinciales de Justicia.

3. Acercamiento técnico-jurídico al Código de Ética Notarial cubano

Para que la deontología jurídica notarial cobre su significación práctica deben ser codificados aquellos elementos constitutivos que se consideren verdaderas violaciones a los pilares deontológicos.

En nuestro país, desde el año 2000, en el Encuentro Nacional del Notariado Cubano, fue aprobado el Código de Ética, estructurado en 20 artículos divididos en cuatro secciones, tres disposiciones especiales, una disposición transitoria única y una disposición final. En su primera sección se destacan principios como: la imparcialidad, la honradez, decencia, vocación, veracidad, honestidad, integridad moral, prestigio social, probidad, entre otros valores y principios generales, que deben caracterizar al notario cubano, como coadyuvante del cumplimiento y preservación de la legalidad socialista en aras de garantizar la seguridad jurídica, los derechos ciudadanos, el interés público y la prevención de litigios.

Su vigencia marcó un paso de avance para el gremio notarial, máxime si se conoce que la Ley de las Notarías se promulgó en el año 1984, el Reglamento en 1992. Su segunda sección alude a su relación con el Estado, la sociedad y el orden jurídico. Postula en su sección tercera el actuar con los clientes, y la última queda dedicada a plasmar el comportamiento que debe mediar con sus colegas, jueces, fiscales y demás funcionarios y profesionales.

En su articulado se recogen los deberes profesionales relacionados con el ejercicio de la función fedataria y autenticadora. El resultado preventivo y la seguridad en el tráfico jurídico que la sociedad espera de la intervención del notario, es suma y resultado del buen actuar del notario, de la toma de sus deberes deontológicos como valores ciertos, efectivos en su realización; relacionado con los actos y comportamientos del notario, de ahí depende la confianza que puedan depositar en él el resto de los individuos en la sociedad y el Estado. El notario debe ser poseedor de una gama de condiciones que lo enaltezcan como: la moral, la buena fe, la discreción, la seguridad en sí mismo, la forma de conducir sus actos y su trato debe estar en todo momento sustentado en el respeto a los demás.

Según Goy Yanes Lianet, hay un cúmulo de obligaciones morales que no tienen otra sanción que la de la propia conciencia. El Derecho positivo deja un amplio margen librado a la conciencia del profesional. Es dentro de ese margen donde tiene que actuar el contenido moral de este y donde tienen cabida aquellos deberes que se imponen a su conducta profesional.

Cuando un notario infringe normas profesionales, éticas y deontológicas, faltando a los deberes que atañen a su función, no solo lesiona derechos de

particulares, sino también los de la institución a la que pertenece, obstaculizando la consecución de sus objetivos y dañando su imagen.

Aunque en la práctica jurídica notarial cubana prevalezca el Código de Ética, en varios países –latinoamericanos y europeos–, citando a México y Ecuador se aplican Códigos Deontológicos con un alcance práctico-jurídico superior, lo que se constata desde la existencia de un procedimiento a seguir ante cualquier situación violatoria del deber notarial. Razón que fundamenta la importancia de codificar la deontología jurídica notarial como vía para adquirir su significación práctica.

Desde esta línea de pensamiento, el Código Deontológico Notarial constituye el cuerpo normativo que regula el conjunto de principios éticos y científico-técnicos, los deberes y violaciones de su actuación fedataria, así como el procedimiento y la responsabilidad correspondiente que soporta la actividad del notario.

En este tenor, resulta pertinente hacer un análisis crítico-valorativo de los preceptos estipulados en nuestro Código de Ética Notarial. Su articulado regula normas comportamentales que el notario deberá atender en su trato con los clientes, juristas y demás profesionales, lo que constituye un paso de avance para el gremio notarial.

Su significación se maximiza, toda vez que la práctica notarial exige muchas veces de la actuación de otros profesionales, lo cual debe condicionarse por el respeto que debe mediar entre los mismos. El notario debe ser muy cuidadoso a la hora de vertir, frente a los clientes, algún criterio relativo a la calificación de un documento que no haya sido autorizado por él, ya sea un documento notarial, registral o de otra naturaleza.

Establece, además, la uniformidad en el ejercicio de la función notarial al tomar como asideros algunos principios y caracteres refrendados en el sistema del notariado latino, lo cual encuentra consenso en la Unión Internacional del Notariado, al adecuarse al contexto jurídico internacional, teniendo como premisa las características de nuestro sistema socialista.

Amén de sus aspectos positivos, subyacen en sus basamentos algunas falencias que atentan contra el adecuado ejercicio de la función notarial. Se resalta, en este sentido, la ausencia de normas y deberes comportamentales de los cartularios y demás trabajadores en su relación con el notario, clientes y demás profesionales.

Desde esta óptica, es preciso señalar que muchas veces dadas las características técnico-normativas de la notaría en que se trate el cliente, es asesorado primeramente por el cartulario, personal auxiliar que desempeña un papel directo en la actividad notarial. Las condiciones que deben caracterizar al notario deben presidir en gran medida a su cartulario, quien también

está capacitado para asesorar al cliente en dependencia de la complejidad del asunto, lo cual se le facilitaría si fuera un profesional del Derecho.

Su práctica jurídica debe ser conjunta, siendo el cartulario piedra angular para la obtención de mejores resultados en la actividad notarial, cada quien con su propio contenido de funciones, no se habla de delegación de funciones, sino de que cada uno basado en la preparación técnica exigible a su quehacer profesional logre prestigiar la eficiencia de la actividad notarial de nuestros tiempos.

Su actuar, incluso, trasciende la materialización del instrumento público notarial, porque muchas veces colabora con el notario en la redacción de este. Vale resaltar en este sentido que el notario, aunque es auxiliado por su cartulario, nunca delega su función fedataria, la cual le es inherente por ley en razón de su capacidad deontológica.

En este orden de ideas, no se internaliza que la preparación técnica profesionalizante atraviesa toda su actividad, siendo un elemento ineludible sin el cual la actividad no se puede desarrollar. La propia naturaleza del notariado cubano lo exige, al ser un profesional del Derecho que representa al Estado y responde a los intereses de los particulares, sustentado en los baluartes deontológicos. El notario, claro está, debe edificar su función desde la honradez, decencia, vocación, veracidad, honestidad, integridad moral, prestigio social, probidad entre otros valores y principios generales, pero, sobre todo, deberá integrarlas a su capacidad cognoscitiva analítica, su pericia, así como todo el conocimiento jurídico notarial acumulado para desarrollar su función fedataria.

Su articulado refrenda normas comportamentales de carácter general, sin identificarse específicamente cuáles son las conductas violatorias de los notarios en su práctica jurídica notarial. En correspondencia con esta posición, el Código de Ética no establece una responsabilidad específica para solucionar las situaciones deontológicas que pudieran derivarse de su actividad fedataria, siendo resuelto hasta el momento mediante un tratamiento administrativo o penal que está alejado de sus verdaderos fines.

La desregulación de las medidas correccionales disciplinarias correspondientes y su debido procedimiento, obedece al incumplimiento en la creación de las Comisiones de Ética, quienes quedarían facultadas para establecer dicho procedimiento y las comisiones en la base para conocer de las conductas violatorias según establece el Código de Ética cubano del año 2000 en su Disposición Especial Tercera y la Disposición Transitoria Única.¹¹

11 Tercera: "El incumplimiento de las normas contenidas en el presente Código motivará la aplicación de medida de corrección disciplinaria por parte de las Comisiones de Éticas".

Única: "La Comisión de Ética elaborará el procedimiento y creará las comisiones en la base para conocer de las conductas violatorias de este Código".

Cuestión que puede resolverse con la promulgación de un Código Deontológico Notarial, propuesto por la Dirección Nacional de Registros y Notarías, aprobado y ratificado por sus miembros, donde se incluyan las violaciones, medidas, procedimiento para conocer de las conductas violatorias y su correspondiente responsabilidad deontológica. Como nota distintiva debe insertar, además, al personal auxiliar de las notarías estatales, los cuales, con su trabajo, apoyan y fortalecen dicha institución, por lo que deben poseer una norma que regule su actuar en las notarías.

4. El Sistema Notarial Latino, asidero de la deontología notarial. Su distinción con el sistema anglosajón

La sociedad del notariado cubano sienta sus bases y fundamentos en el Sistema Notarial Latino, considerado como garante en la aplicación de este Derecho, que presenta notables diferencias con el sistema anglosajón, el cual parte de la base de que, para facilitar el movimiento de bienes y derechos, es necesario evitar toda limitación, todos pueden hacer aquello que no está expresamente prohibido por la ley.

Este sistema es utilizado principalmente por países como Gran Bretaña; Suecia y la mayoría de los estados que componen a Estados Unidos de Norteamérica, con la excepción de los Notariados de Londres (Reino Unido) y de Luisiana (Estados Unidos), los que se encuentran asociados a la Unión Internacional del notariado latino.

El modelo anglosajón se caracteriza por no tener documentos públicos y la función notarial no necesariamente es realizada por un profesional del derecho, en ocasiones la simultanean personas que realizan cualquier otra actividad privada, a las que solo se les exige honradez y buenas costumbres, función que puede desempeñarse por una secretaria, una asistente, un comerciante, etc. Se les conoce como *solicitors* (asesores), *comissioners of oaths* (comisarios de juramentos) y *public notaries* (testigos de actos).

Este modelo se caracteriza por un alto número de notarios, dadas las endebles exigencias para ejercer dicha actividad. Su función carece de la labor de construcción jurídica, de asesoramiento a los particulares que van a realizar un contrato; no es autor del documento ya que no lo redacta, tampoco realiza una calificación de legalidad del acto, se limita a legalizar o certificar las firmas puestas en su presencia en documentos elaborados por los propios interesados o por otros profesionales del Derecho, por lo que no puede asegurarse de la eficacia del acto realizado, ya que las formalidades del instrumento quedan confiadas a la costumbre jurídica, mejor decir, carecen de formalidades legales.

El notario no conserva los originales de los documentos que devolverá a los interesados, por lo que en caso de pérdida o extravío tendrá que hacerse otro documento nuevo, y las firmas deben legalizarse nuevamente con nuevos costos y una libre y elevada retribución. Se percibe de esta posición el irrespeto a la actividad que realizan desde la inobservancia de los derechos más elementales de los clientes como lo es recibir un servicio ágil y de calidad.

Por estas características, el notario en este sistema no es considerado un funcionario público, ya que carece de esa fe pública que le impide dotar al documento notarial de legitimidad y autenticidad en el tráfico jurídico actual.

El fracaso de este sistema, tal como afirma el profesor Pérez Montero,¹² reiteradamente expuesto y demostrado en varios congresos y jornadas notariales, radica en que dedicaron mucho tiempo y estudio a la comparación entre el notariado del sistema latino y el notariado anglosajón, se traduce en la proliferación de conflictos sometidos a la decisión de los jueces, y a la aparición de un “Seguro de título de propiedad” destinado a cubrir los riesgos que puedan sufrir los compradores de inmuebles bajo este sistema mediante una reparación económica contratada por el comprador, pero que no le evita tener que soportar todas las instancias judiciales, y la consiguiente incertidumbre, hasta llegar a la decisión final de su situación.

El seguro, de ninguna manera evita que el daño se produzca, como planteó Vallet de Goytisolo:¹³ “[...] es como si en medicina reemplazáramos las vacunas y medidas higiénicas y profilácticas por un seguro dinerario que indemnizará las invalideces y defunciones producidas por las enfermedades que hubiesen dejado de ser prevenidas”.

El sistema del notariado latino, en cambio, es el adoptado en todos los países de Europa occidental, Canadá, Japón, China, numerosos países africanos y América Latina. En la actualidad 73 naciones de los cinco continentes se acogen a este sistema notarial.

Nada más preciso que la propia definición del carácter y alcance de la función notarial, aprobada por la Unión Internacional del notariado latino en su Primer Congreso celebrado en la ciudad de Buenos Aires en 1948: “El

12 Hugo Pérez Montero: “La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos”, en *Trabajos del Notariado Uruguayo*, XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas 2001, Mastregraf srl, Montevideo, 2001, p. 129.

13 Juan Vallet de Goytisolo: XI Jornada Notarial Iberoamericana (Buenos Aires, Argentina, del 10 al 13 de marzo de 2004), Tema III: “Responsabilidad del Notario. El Seguro Llamado de Mala Praxis. Sus diferencias con el Seguro de Título”, en *Revista Internacional del Notariado*, No. 108, 2004, p. 31.

notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.

Con independencia a que se sigue identificando por las siglas UINL; a propuesta de varios de los países miembros, se acordó que en lo sucesivo se le denomine como Unión Internacional del Notariado, en lugar de Unión Internacional del notariado latino, lo cual es acertado, porque se evita cualquier confusión de circunscribir esta organización con un área geográfica específica, cuando en realidad tiene entre su membresía notariados de diferentes latitudes.

En este sistema existe un limitado número de notarios en el ejercicio de la fe pública, consecuencia del rigor ético y técnico-jurídico exigible en el orden teórico-práctico de la ciencia jurídica para realizar dichas funciones. Su competencia, otorgada en el nombramiento por las direcciones provinciales de Justicia o el Ministro en su caso, viene asignada por razón del territorio y, en algunos casos, limitada por razón de la materia. Ejemplo de esta última lo constituye la regulación del Decreto Ley 288 del 2011, que restringe la autorización de compraventas, donación o permutas de viviendas entre particulares a notarios que tengan la sede donde se encuentra enclavada la vivienda objeto del acto.

Los aranceles están previamente fijados de acuerdo con el acto que se realice, brindándoles a los clientes la confiabilidad y claridad en el servicio recibido. Comporta, además, un gran compromiso en su actuación, toda vez que el notario conserva en su protocolo los documentos matrices que autoriza, así como los agregados, quedando facultado por ley para la expedición de copias, total o parcial del documento, a los sujetos que verdaderamente posean o acrediten un interés legítimo.

En este sistema, el actuar del notario queda sujeto en todo momento a la responsabilidad personal, la que puede ser impuesta de acuerdo con la magnitud del acto en que incurra, de tipo penal, civil, administrativa y disciplinaria. Siendo esta última responsabilidad parte del objeto de esta investigación, que no encuentra una solución eficiente en el actual Código de Ética notarial cubano, al no regular de forma específica las posibles infracciones de los notarios y su personal auxiliar, así como tampoco el procedimiento a seguir.

Características que denotan las indudables garantías que ofrece la intervención del notario latino en todos los momentos por el que atraviesa la pretensión de los clientes, dígame desde el contacto por vez primera con el

fedatario público hasta la circulación pacífica del instrumento público notarial en el tráfico jurídico. Su actuar intenciona prevenir conflictos entre las partes, desplegando, de forma eficaz, una labor de asesoramiento, configuración de la voluntad, redacción, dación de fe y conservación del protocolo.

Autores de la talla de Castán Tobeñas,¹⁴ refiriéndose a la importancia de la función del notariado, alegó: “El Notariado, como Magistratura de la Paz, todavía tutela el orden jurídico con recursos más eficaces que la Magistratura Judicial, ya que aplica las leyes y administra la justicia en la vida normal del Derecho, al tiempo de quedar constituidas las relaciones jurídicas, y no cuando estas han sido desconocidas o perturbadas. El Notario, para realizar su cometido de órgano de la justicia, cuenta con los medios persuasivos, como consejero de las partes y *árbitro libremente elegido*. Por el contrario, el Legislador y el Juez, como observa Carnelutti, solo cuentan para realizar su función al servicio de la ética con los medios coactivos, que son los más imperfectos, quizá porque la regla ética pierde su carácter cuando se formula y se impone”.

Interesante resulta aludir a lo planteado por el eminente procesalista italiano Carnelutti,¹⁵ en conferencia impartida en el Colegio Notarial de Madrid, el 17 de mayo de 1950, donde destacó el carácter preventivo de la función notarial latina, es así que refiriéndose a la figura jurídica del Notario expresó: “El consejo del Notario que buscan las partes, es un consejo directamente encaminado a evitar un proceso (judicial). Por eso se busca, y en él se basa su misión específica. En lo que pudiéramos denominar mecánica de ese consejo, el notario se sirve de todos los medios a su alcance, entre otros el de dar forma a las declaraciones de voluntad, hacerlo de modo que no sea posible acudir al litigio para solventar las diferencias que por él se plantearon. Y en ese sentido nos place decir que a los notarios les cuadra la expresión de escultores del derecho. Porque la función del notario –que formalmente es, como en el caso del juez de juzgar– se encamina directamente a que la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales, evitando toda posibilidad de litigio. Los romanos, a ese respecto, han dejado esculpidas en tres palabras maravillosas la actividad del jurista. Para ellos el jurista debía *cavere, postulare* y *respondere*. *Postulare* es la actividad específica del abogado defensor. *Respondere* es la actividad común del notario y el abogado defensor. *Cavere* es precaver, la actividad específica del notario y sin duda la más hermosa, porque obliga al notario a hablar claro, con sabiduría y honestidad”.

14 José Castán Tobeñas: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1946, p. 141.

15 Francesco Carnelutti: “La figura jurídica del notario”, en *Revista Internacional del Notariado*, No. 6, 1950, p. 129.

5. Conclusiones

La Deontología es el elemento esencial sin cuya observancia se imposibilita el correcto ejercicio de la función notarial.

No pueden seguir igualándose los términos Deontología, ética, moral, axiología, donde amén de su relación dialéctica cada una goza de autonomía propia. Se exige de una mirada extensiva a la proyección de la deontología notarial, que trasciende a la ética y a la moral e incluya el basamento técnico-jurídico de la profesión y atañe al personal auxiliar de las notarías estatales.

Los pilares deontológicos deben corresponderse con los principios postulados en el sistema latino, toda vez que le imprimen a la función notarial vestigio de legalidad, profesionalidad e imparcialidad que redundan en beneficio de la seguridad jurídica.

Es más conveniente denominarle Código Deontológico en lugar de Código de Ética, el cual debe incluir las posibles infracciones de la función notarial de forma específica y, en consecuencia, regular el procedimiento a seguir, toda vez que la deontología alcance su visión práctica, elemento insoslayable de la misma.

Bibliografía

Fuentes Doctrinales

BENTHAM, JEREMÍAS: *Ensayo de deontología jurídica*. Consulta: 10 de junio de 2013, en <http://www.notariapublica.com>.

CARNELUTTI, FRANCESCO: "La figura jurídica del notario". *Revista Internacional del Notariado*. No. 6, 1950, p. 129.

CASADO, MIGUEL: *Tratado de Notaría*, t. I, Madrid, 1895, p. 654.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, Madrid, 1946, p. 141.

DÁRDANO, ARNALDO A. Y HORST H. HELLGE: Ponencias de la delegación argentina. XXIII Congreso Internacional del notariado latino, Editado por el Consejo Federal del Notariado Argentino, Atenas, 2001.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOAQUÍN: "Función notarial y protocolo", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXIX, 1990, p. 214.

FERNÁNDEZ, L. Y LUIS R. LÓPEZ BOMBINO: *El saber ético de ayer y hoy*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- FERNÁNDEZ GIMÉNEZ-ARNAU, ENRIQUE: *Instituciones de Derecho notarial*, t. II, Reus, Madrid.
- GONZÁLEZ, CARLOS EMÉRITO: *Teoría general del instrumento público*, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- GOY YANES, LIANET: *La Deontología, pilar fundamental de la actuación notarial*, Ciego de Ávila, 2013.
- MORA MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, MARÍA DEL PILAR: *El ejercicio privado de la fe pública notarial*.
- MORENO LUCE, MARTA S: *La deontología jurídica*. Consulta: 10 de junio de 2013. www.monografias.com/.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. E ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: *Derecho Notarial*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- PÉREZ MONTERO, HUGO: “La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos”, en *Trabajos del Notariado Uruguayo*, XXIII Congreso Internacional del notariado latino, Atenas, 2001, p. 129.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: “Visión panorámica de los protocolos notariales”, *Revista Jurídica del Notariado*, No. 26, abril-junio de 1998, p. 383.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: “Responsabilidad del Notario. El Seguro Llamado de Mala Praxis. Sus diferencias con el Seguro de Título”. *Revista Internacional del Notariado*. Argentina, No. 108, 2004, p. 31.
- VERDEJO REYES, PEDRO C.: *Derecho Notarial*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1990.
- Pons Marcial, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003. www.slideshare.net/. *Deontología*. Consulta: 10 de junio de 2013.

Fuentes Legales

- “Ley de las Notarías Estatales”, Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1984, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, No. 3, 1 de marzo de 1985.
- “Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales”, 9 de Junio de 1992, contenido en la Resolución No. 70 del Ministerio de Justicia, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 4, 9 de junio de 1992.
- Código de Ética del Notariado cubano* de 28 de noviembre de 2000.
- “Ley del Notariado para el Distrito Federal de México”, 30 de diciembre de 1999, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 28 de marzo de 2000.
- Código de Ética del Notariado del Distrito Federal de México*.

LA RELACIÓN JURÍDICA CIVIL. SU OBJETO

Tomado de: Tirso Clemente. Capítulo VII del libro de texto Derecho Civil. Parte General. Tomo II (Primera Parte)

1. El objeto de la relación jurídica civil: los bienes, concepto y alcance de los mismos

Ya estudiamos en los capítulos del 3 al 6 el sujeto de la relación jurídica. Nos corresponde el tratamiento del objeto. Para ello hemos de analizar primeramente el concepto del objeto y distinguirlo de otros similares que originan confusión.

Luego trataremos de las cosas y bienes y de la clasificación de estos, precisando sus conceptos y rasgos diferenciales, e indicando cuáles son las instituciones jurídicas en que han de aplicarse estas clasificaciones, sin profundizar en estas, ya que serán objeto de análisis en las respectivas asignaturas, tanto en materia civil como en ramas jurídicas.

Concluiremos con el tratamiento del patrimonio. En cada aspecto del capítulo presentaremos la institución en su evolución histórica en la parte que a nosotros nos concierne, es decir, el Derecho romano, el histórico español, comprendiendo su formulación en el Código burgués que aún nos rige, aunque sus días estén contados y la consideración que merece en la legislación de los países socialistas y la que está recogida en algunas disposiciones legales de la Revolución o en los Anteproyectos formulados que han de ser, con una relación definitiva, la base del nuevo Código Civil de que tan urgida está nuestra sociedad para la consagración de los principios socialistas en cuerpo legal tan importante.

1.1 Objeto de la Relación Jurídica Civil

Pasemos, pues, al desarrollo del primer epígrafe.

Antes de tratar lo que juristas tan destacados como el rumano Ionascu y el soviético Alexandrov formulan, veamos el tratamiento que los juristas burgueses dan a este problema.

Francisco Carnelutti en su sustanciosa *Teoría General del Derecho*, trata del objeto jurídico y expresa:

“Al lado de las personas que denominamos sujetos, la manifestación estética del fenómeno jurídico registra algo más. No hay fotografía jurídica sobre la cual no aparezca señalado, además de las personas, un «quid»

(esencia o motivo de una cosa) el que lógicamente corresponda frente a aquellas, la denominación de objeto. El análisis funcional del Derecho explica que así suceda, ya que, según se dijo, fue sólo creado para arreglar conflictos de intereses. Ahora bien, el interés, como se ha indicado, es una relación entre una persona y un «quid» que se halla fuera de ella”.

“Como el interés es una relación económica que tiene su origen en las necesidades del hombre, tal «quid» se define como un bien. Y como para satisfacer su necesidad actúan o tienden a actuar sobre él los sujetos, se defina también, desde otro punto de vista, como objeto”.

“Desde el punto de vista terminológico es preciso, ante todo, llamar aquí la atención sobre la doble significación de la palabra objeto, según se le emplee en la frase objeto jurídico u objeto de la relación jurídica. En el primer caso, realmente objeto, como he intentado explicar, designa el resultado de la manifestación de la realidad jurídica, de ahí que comprenda, según la manifestación sea estática o dinámica por un lado, la situación entera y por consiguiente, la relación; por otro, el hecho jurídico”.

“En el segundo, objeto es un elemento de la situación jurídica, y, por consiguiente, un concepto exclusivamente estático. El peligro radica en que como la expresión sujeto de la relación jurídica se contrae en sujeto jurídico, sucede lo mismo con el objeto, queriendo significar, al decir objeto jurídico, el «quid» apto para ser objeto de la relación jurídica; esta advertencia tiende precisamente a evitarlo”.

Consideramos que la cita transcrita de Carnelutti permite dejar precisado que nos vamos a referir en lo adelante limitadamente al objeto de la relación jurídica y no al objeto jurídico de más amplio significado.

Veamos el tratamiento que los profesores Castán (español) y Guerra López (cubano), hacen en torno a este aspecto del problema.

Castán habla del objeto del Derecho y de su concepto, expresando que el Derecho subjetivo supone la existencia de un objeto, es decir, de una entidad sometida al señorío o poder del titular del Derecho y que sirva de medio para sus fines. Así, Sánchez Román considera que objeto del Derecho es “todo lo que es susceptible de ser sometido al poder de las personas, como medio para un fin jurídico; cuantas existencias son materia apta para la realización del Derecho en el referido concepto de medio”.

Se ha pretendido encontrar casos de derechos sin objeto, lo que no es posible, pues la existencia del objeto es una exigencia lógica del concepto del Derecho subjetivo, paralela a la del sujeto.

El profesor Guerra López completa la idea de Castán y señala que el segundo elemento generador del Derecho o segundo elemento de la relación jurídica, es el objeto.

La idea de la utilidad que el Derecho produce dirige la atención hacia lo que puede ser su objeto, según Sánchez Román, a todo aquello que el sujeto está contrapuesto de un modo objetivo y pasivo, según Oertmann.

Concepto del objeto

No es fácil formular un concepto preciso del objeto del Derecho por la multiplicidad de aspectos en que puede ser considerado.

Para Valverde, el sujeto debe desenvolver su actividad sobre algo que es lo que recibe el nombre de objeto del Derecho.

En general, es objeto de Derecho todo aquello que se opone al sujeto y se ofrece como término de su actividad. Se dice que es aquello que por virtud de las normas está sometido a denominación jurídica. En la materia sobre la cual recae el Derecho subjetivo, que representa el campo de acción o esfera, en el cual se desenvuelve la actividad jurídica del sujeto activo y del sujeto pasivo del Derecho.

Esto trae confusión con el contenido del Derecho, por lo que Clemente de Diego precisa el concepto afirmando que “es objeto del Derecho aquello a que el Derecho se refiere, lo que puede hacer y exigir al sujeto activo o lo que tiene que prestar el sujeto pasivo”.

Esta confusión entre objetivo y contenido del Derecho es precisada por Federico de Castro cuando señala que constituye objeto del Derecho subjetivo “la realidad social, acotada como base de la situación del poder concreto que se ha confiado a su titular”.

El término objeto del Derecho ha sido causa continua de confusiones doctrinales con el contenido del Derecho subjetivo. Son naturales y casi inevitables, ya que, si bien el objeto es la unidad pasiva de referencia, vincula en cierto sentido, confiada y sometida al poder del sujeto, es solo que objeto en una determinada magnitud en cuanto forma la materia del contenido del Derecho subjetivo; en este respecto, el alcance de objeto y contenido del Derecho subjetivo coinciden. Interesa, sin embargo, mantener clara la distinción, porque mientras que el contenido del Derecho subjetivo puede cambiar, es la permanencia de su base objetiva la que le da estabilidad a través de sus diferentes vicisitudes.

Las unidades objetivas son las que determinan, en último término, la individualidad de los derechos; por ello, es un postulado de la moderna técnica jurídica que no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor primario sobre el mismo objetivo”.

Oertmann considera objeto del Derecho todo lo que puede ser materia de regulación, de cualquier clase que estas sea, y no solamente, como pretende Sohm, lo que puede ser objeto de un acto de disposición.

Se entiende por objeto del Derecho, por antonomasia, el inmediato, lo que puede corresponder y pertenecer a un sujeto determinado, individualizado, de tal manera que sobre él ejerce el imperio de su voluntad, garantizada por las normas; y no el objeto mediato o utilidad que el Derecho, desde el punto de vista general, reporte a todo el conglomerado social.

1.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL OBJETO

Guerra López resume señalando que el objeto de Derecho, como elemento generador del mismo y como elemento de la relación jurídica, se caracteriza porque es particular, individual, unipersonal, y tiene carácter pasivo, porque sobre él se ejerce el imperio de la voluntad individual, y el objeto del Derecho, como contenido u objeto mediato se caracteriza por su generalidad, porque es utilidad que el Derecho aporta a todos en general para obtener la coexistencia social, el orden público, la justicia y otras finalidades e intereses.

El objeto del Derecho tiene, y lo recoge Guerra López, las características de la pasividad y la sumisión. El fin del objeto es prestar utilidad al sujeto de la relación; utilidad que consiste en la satisfacción de necesidades y apetencias físicas, espirituales, morales, sociales, políticas. En consecuencia, tiene que estar sometido pasivamente a la voluntad del titular o sujeto a que pertenece. El Derecho no va contra el objeto, pero sí sobre el objeto, al que doma y somete pasivamente a la voluntad individual. Y que es activo, el que ordene, dispone y manda del objeto, que es el titular o sujeto del Derecho.

Pero, además, son características del objeto el ser sustantivo e independiente. Sustantivo, en cuanto tenga sustancia, contenido, que sea algo que reporte utilidad sensible. E independiente, en cuanto sea susceptible de disfrute o apropiación individual.

Antes de continuar con el tratamiento de cuáles entidades pueden constituir el objeto del Derecho, veamos el enfoque que al concepto que estamos analizando han dado los juristas de ideología marxista, criterio conforme con el cual debemos considerar el problema, aunque tengamos en cuenta, para la apreciación técnica, consideraciones de los juristas burgueses, siempre que no se presenten divergencias entre ambos enfoques o análisis.

Traian Ionascu, el gran jurista rumano, considera que en la viva controversia que se sostiene en la literatura jurídica socialista sobre el objeto de la relación jurídica civil, este solo puede consistir en una acción o una abstención que el

sujeto activo puede reclamar del sujeto pasivo, y en el caso de los derechos reales la cosa constituye un objeto derivado. La explicación que da Alexandrov distingue entre el objeto de los derechos y las obligaciones jurídicas, y el objeto de la regulación jurídica, es decir, el comportamiento de las personas.

El Estado actúa sobre la voluntad de los participantes en las relaciones sociales, mediante las normas jurídicas, conociéndoles derechos subjetivos e imponiéndoles obligaciones jurídicas. El comportamiento volitivo de las personas como participantes de las relaciones sociales, es objeto de la acción de las normas jurídicas.

Mientras el comportamiento volitivo de las personas en general, como participantes en una relación de un tipo determinado, es objeto de la acción que ejercen las normas jurídicas, que no tienen en cuenta individualmente un contingente determinado de participantes en estas relaciones, la relación jurídica concreta, en cambio, sí que reglamenta el comportamiento real de sujetos concretos.

Pero, en ambos casos, expresa Alexandrov, el objeto de la acción jurídica, el comportamiento de las personas no se debe confundir con el objeto que es causa del comportamiento en sí, el cual da contenido a las atribuciones y obligaciones de los sujetos de las relaciones jurídicas de propiedad.

El Código civil de la RSFSR emplea el término “objetos de Derecho”, no en el sentido de objetos de la acción jurídica (regulación jurídica) sino en el de objeto externo del comportamiento, que da contenido a las atribuciones u obligaciones de propiedad, es el rasgo fundamental que delimita las relaciones jurídicas de propiedad las que no lo son.

Las relaciones jurídicas surgen y existen siempre solo entre personas. Pero las relaciones jurídicas de propiedad surgen y existen entre personas, justamente a causa de la utilización de los objetos de propiedad, en las relaciones jurídicas de propiedad. En las relaciones jurídicas de propiedad, el comportamiento del sujeto obligado respecto del sujeto obligante se expresa en determinada acción (o bien abstención) sobre cierto objeto de propiedad o producto objetivado de la creación intelectual. Por otra parte, en este tipo de relaciones jurídicas, lo que el sujeto obligante exige al obligado se relaciona también, precisamente, con un determinado objeto de propiedad.

En las relaciones que no son de propiedad, los intereses que el Derecho subjetivo protege son satisfechos directamente mediante el comportamiento de la persona obligada como tal. Por el contrario, en las relaciones jurídicas de propiedad, los intereses que defiende el Derecho subjetivo se satisfacen con el comportamiento de la persona obligada, lo que se expresa mediante una acción determinada (o abstención) sobre el objeto exterior, sobre las cosas o sobre los frutos objetivados de la creación espiritual.

1.1.3 ENTIDADES SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DEL DERECHO

Una vez precisado lo que concierne al objeto de la relación jurídica, debemos conocer cuáles son las entidades que pueden constituir el objeto del Derecho.

Se ha expresado que el objeto de los derechos subjetivos pueden ser las más variadas realizadas. En los Derechos primitivos solo se conciben el hombre, los animales y las cosas utilizables.

Castán, siguiendo a otros autores, considera que sólo son tres los posibles objetos del Derecho, pues el poder jurídico de una persona no puede tener por objeto sino la propia persona, las demás personas y las cosas del mundo exterior. Se discute sobre si la propia persona en sí puede ser objeto no puede ser el mismo tiempo, objeto. Pero esto no excluye que existan derechos que garanticen determinadas manifestaciones de la personalidad o bienes personales (derechos de la personalidad), muy controvertidos.

Respecto a la persona ajena, no es objeto de Derecho, pues reconociéndosele valor de fin no puede quedar sometida al poder jurídico de otro como simple medio. La esclavitud es una institución del pasado. Pero sino la persona en sí, los actos singulares o prestaciones pueden constituir objeto del Derecho, lo que se realiza en una categoría especial de derechos, los derechos de obligación, como también pueden ser objeto del Derecho no actos aislados, sino determinados sectores, manifestaciones o direcciones de la actividad humana, como los derechos de familia y los derechos públicos.

Son pues, objetos del Derecho, como apunta Castán:

- I. Los actos de los seres libres: la conducta de los hombres y las agrupaciones humanas.
- II. Las cosas, de la naturaleza no libre, sobre los que recaen los derechos reales.

Y además de estas dos categorías, tradicionalmente la doctrina científica moderna agrega los productos del espíritu humano, objeto de los llamados derechos sobre bienes inmateriales.

No entraremos en el tema que ha movido contiendas entre los juristas burgueses, sobre si los derechos sobre derechos tienen existencia como una realidad lógica y jurídica o son solo meras expresiones lingüísticas. El propio Castán lo considera de escaso interés práctico y sujeto a fórmulas conciliadoras de los criterios contrapuestos. Se le concede el Derecho sobre derechos de la misma naturaleza de aquel sobre el que recae.

Guerra López recoge esta distinción sobre la utilidad del objeto que se encuentra en la naturaleza no libre y en la libre.

Junto a la naturaleza no libre, que recibe el nombre genérico de cosas (materias físicas corpóreas e incorpóreas), se encuentra la naturaleza libre,

o sea, el ser racional, el hombre que, sin sacrificar su libertad, puede ser compelido a prestaciones, a servicios, a ejecución de hechos en beneficio de los fines jurídicos de otros (cosas jurídicas).

En estos casos el hombre afecta una parcela de su libertad, para que puedan constreñirle al cumplimiento, sin que pueda entenderse que enajena su libertad, aunque la persona a cuyo favor se obliga puede exigirle el cumplimiento de la prestación o servicios, o la ejecución de los hechos que constituyen su obligación (cosa u objeto para acreedor de la relación).

Las cosas jurídicas, integradas por las actividades humanas, constituyen un objeto voluntario, inteligente y libre, en consecuencia, en la realidad material de los hechos no llegan a tener pasividad y sumisión absolutas.

La naturaleza libre, el ser racional, puede ser objeto de Derecho, pero sin someterse a esclavitud, pues como decía Paulo, la obligación no consiste en someter nuestro cuerpo a servidumbre, sino en dar, hacer o no hacer algo, en realizar una prestación.

Los civilistas, al referir la doctrina del objeto a las cosas, que es una de las especies del objeto de Derecho, la restringen, aunque sea las más importante.

1.1.4 CONCLUSIONES MARXISTAS SOBRE EL OBJETO

Los redactores de la obra *Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho* se pronuncian sobre el objeto de las relaciones jurídicas y de los derechos subjetivos y, al efecto, expresan: Las relaciones concretas son objeto de las normas jurídicas y de su influencia, al tiempo que las acciones jurídicamente importantes de los sujetos de estas relaciones jurídicas, si no son idénticas, en cualquier caso, son categorías de un mismo orden.

Y para aclararlo pone un ejemplo respecto al Derecho electoral, expresando que “objeto del Derecho electoral son las relaciones políticas, surgidas en el proceso de organización y celebración de las elecciones a los órganos del poder estatal, al mismo tiempo que las acciones de los sujetos de estas relaciones que ejercen sus facultades y obligaciones constituyen el contenido de las relaciones jurídicas surgidas”.

Por eso, las búsquedas del objeto específico de las relaciones jurídicas, en el sentido de un objeto externo de influencia jurídica en relación con ellas, no pueden ser fructíferas. Hay que enfocar el problema del objeto del Derecho subjetivo de otra forma.

Los derechos subjetivos, cualquiera de sus variantes, incluyendo las facultades, son en esencia una medida de la conducta posible de la persona que caracteriza su situación jurídica. Por eso, podemos hablar del objeto

del Derecho subjetivo en el sentido de objeto de su influencia. Pero, en este caso, no se puede ir más allá del contenido directo de la relación jurídica, porque se trata de la conducta de sus sujetos. De aquí, los intentos de determinar varios objetos de las relaciones jurídicas, los cuales introducen una nota disonante en toda la estructura lógica de la teoría del objeto único.

Sin embargo, por objeto no siempre hay que entender el objeto de influencia del Derecho. El objeto es, en todos los casos, lo externo en relación con el sujeto, pero no es siempre sobre él que se ejerce alguna influencia, como sostiene el jurista soviético Alexandrov.

He aquí –continúan expresando los redactores de la obra de la que transcribimos estos párrafos–, porque cuando se trata de los derechos subjetivos no solo es poco constructivo sino también teóricamente injustificado, considerar que el objeto es la conducta de las personas facultadas y obligadas, porque esta no puede enfocarse en relación con el status jurídico del sujeto como un “objeto externo”.

Teóricamente está más fundamentado y es prácticamente indiscutible, en este caso, entender por objeto, a los objetos del mundo exterior, con los cuales el legislador relaciona unos u otros derechos, con los que está ligado el estado jurídico del sujeto.

El objeto de Derecho subjetivo no es la conducta de los sujetos que realizan sus derechos y sus obligaciones, sino los objetos externos con los cuales esta conducta está relacionada y a los cuales está dirigida.

En este sentido, el objeto del Derecho subjetivo son los distintos bienes de orden político, patrimonial y espiritual; la libertad política, la propiedad, la inviolabilidad de la persona, la autoridad, etcétera.

El objeto de Derecho subjetivo en las distintas ramas del Derecho es extraordinariamente múltiple, y su investigación y determinación es imposible de realizar en detalle en el plano teórico general. Esta es una tarea que cumplen las disciplinas jurídicas especiales.

1.2. Las cosas

Podemos pasar a la determinación del concepto de cosas, que comprendo como ya se dijo, el más importante, aunque no el único aspecto del objeto de la relación jurídica civil.

1.2.1. SENTIDO EN QUE SE EMPLEA

Nos corresponde tratar de las cosas y de los bienes y aun de los derechos, palabras que al decir de Planas, en la práctica y hasta por los habitua-

dos al tecnicismo jurídico, con frecuencia se confunden, pero no son sinónimas, existiendo entre ellas una especie de graduación de género o especie que permite diferenciarlas entre sí.

Comencemos por la más general, cosa, que proviene del latín, *causa*.

Como expresa Castán y completa Guerra López, tiene diversos significados que hacen confuso e impreciso su concepto. Veámoslo en el sentido vulgar, el filosófico y el jurídico o legal.

En sentido vulgar, cosa es todo objeto material exterior al hombre. Concepto inaprovechable para nosotros, porque hay cosas del mundo exterior, como los astros, que no pueden ser objeto de Derecho.

Guerra López, considera en sentido vulgar, todo lo que existe, lo que tiene vida, lo que se percibe por los sentidos, se encuentra en algún lugar u ocupa un lugar en el espacio, o está fuera del hombre, en una palabra, todo lo que no es hombre se entiende por cosa. Se entiende vulgarmente por cosa tanto lo que se encuentra en lo sensible y terreno, como lo que puede tener una existencia netamente psicológica, exclusivamente pensada. Es concepto más amplio y genérico, todo cuanto tiene vida, todo cuanto concibe la mente y hasta lo que crea la fantasía, que en alguna manera pueda satisfacer la apetencia humana.

En sentido filosófico y amplísimo, equivale a ser o ente, es decir, a todo ser actual o posible, aun al de mera razón. Pero este sentido no tiene interés para el jurista. Como dice Coviello, dada la índole del Derecho, “cosa no puede ser cualquier ente imaginable, sino sólo aquello que puede prestar utilidad al hombre, esto es, un bien”.

Ruggiero define la cosa en sentido filosófico como “toda entidad pensable, real o irreal, perteneciente a la naturaleza racional o a la irracional.

En sentido jurídico y, en contraposición a las personas que son sujetos del Derecho, las cosas son las entidades susceptibles de ser objeto o materia del Derecho. Según Planiol, es todo aquello que puede ser apreciado en dinero y, según Certmann, puede ser perceptible por cualquiera de los sentidos. Se le define como “toda realidad corpórea o incorpórea susceptible de constituir la materia sobre la que recaiga una relación jurídica”. Sánchez Román la conceptúa como “toda existencia física y real o jurídica y legal, susceptible de ser materia de derechos y obligaciones o término objetivo en relaciones jurídicas”.

Castán expone que ni siquiera en el sentido técnico-jurídico es pacífico y claro el concepto de cosa, pues son grandes las divergencias con la que la acogen los autores y las legislaciones. Hay, en primer lugar, discrepancia en cuanto a considerar las cosas como propio y directo objeto de la relación jurídica o simplemente como objeto mediato o substrato de ella. Y la hay,

sobre todo, por lo que se refiere al ámbito o extensión del concepto de cosa.

Un sector doctrinal habla de cosas en sentido jurídico amplio, como toda realidad, corpórea o incorpórea, que puede ser materia de una relación jurídica cualquiera. Así se expresa en la definición de Sánchez Román, ya expuesta. Comprende las cosas naturales o del mundo exterior y también los actos humanos (servicios, prestaciones).

Frente a esta posición está la de los que restringen el concepto de cosa a los objetos materiales o de la naturaleza exterior limitada en el tiempo y en el espacio, los que puedan ser materia de los derechos reales, excluyendo todo otro objeto del Derecho. A este sector corresponde la doctrina alemana, de acuerdo con el Código civil (BGB), que dice que “en el sentido legal sólo son cosas (sachen) los objetos corporales”.

Ambas posiciones son defectuosas; la primera, por su demasiada extensión, que la hace estéril; y la segunda, por su excesiva estrechez, que la hace excluir aquellos bienes inmateriales que proporcionan una utilidad económica al hombre y hay que considerarlos como objetos del Derecho.

Por eso Castán acepta la posición intermedia de los civilistas italianos que, si bien admiten la categoría de las cosas incorporales, incluyendo en ellas las creaciones del ingenio, no le dan una extensión desmesurada. Define la cosa como “toda entidad, material o inmaterial, que tenga una existencia autónoma y puede ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica. La cosa no puede identificarse con el objeto del Derecho, que según la doctrina dominante es en el Derecho de Familia, las personas; en el Derecho de Obligaciones, la prestación y en los Derechos Reales, la cosa. La relación entre objeto y cosa es la misma que existe entre género y especie; la cosa es solo objeto del Derecho Real. Según esta concepción de la doctrina alemana se llama *gegenstand*, el objeto del Derecho en general y *sachen* a los objetos del mundo exterior. (Como expresa Quintano Ripollés, *gegenstand* es objeto, el elemento objetivo de algo, mientras que *sachen*, significa cosas comprendiendo solo las corporales, excluyendo al ser humano).

1.2.2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

El término cosa que se empleó en Roma con el nombre latino de res. El término res, de res, rei, cosa, en latín, denominaba en el Derecho romano al objeto del Derecho subjetivo o, como dice Sohm, a todo bien patrimonial de que los hombres se servían. Fue un término amplísimo, de gran flexibilidad, en el Derecho Romano, como lo sigue siendo en el Derecho Moderno.

En su concepto primitivo, se entendió por res, solo el objeto material, la realidad física. Todos los objetos corporales que servían o ayudaban al hombre se denominaban res, los esclavos, los animales y las cosas animadas o inanimadas.

Más tarde abarcó su concepto ampliado a las cosas incorpóreas o derechos, que podían también servir a las necesidades del hombre, aplicándose esta palabra res a ellas. La definición de Ulpiano se incorporó en el Digesto, Libro 50, Título 16, ley 23, donde dice: *Rei appellations et causse et iura continentur*, es decir, cosa es tanto la causa como el Derecho.

En las XII Tablas la propiedad quiritaria se ejercía solo sobre las cosas corporales. Es en las Instituciones o Institutas de Gayo cuando aparecen incluidos entre las cosas los derechos.

1.2.3. EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

Castán analiza el Código civil español, que es aún el nuestro, y formula que en él no hay un concepto preciso y delimitado de la cosa.

Hay huellas de una concepción amplísima, en la que están comprendidas las cosas incorpóreas en su más alta significación abarcando los derechos en general. Así, en el Artículo 334, inciso 10: “Son bienes inmuebles:... 10.- ... y demás derechos sobre bienes inmuebles”. y 336: en aspecto derogado tácitamente al referirse en la consideración de cosas muebles a “las rentas o pensiones... que no graven con carga real una cosa inmueble”. Pero presenta el sentido más restringido y técnico de cosa, en el artículo 333 al referirse a “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”.

Y en los artículos 1271 y 1272 contraponen cosas a servicios, al tratar del objeto de los contratos con lo cual –expresa Castán– demuestra que entiende por cosas propiamente dichas las que son objeto inmediato de las relaciones de señorío, y solo objeto mediato de las relaciones de obligación.

Antes de analizar las condiciones o causas que se requieren para que las cosas sean susceptibles de tener esa consideración en sentido jurídico, estudiemos otro término, el de bien, que tiene estrecha relación con el de cosa, al extremo que se le utiliza como un sinónimo suyo, aunque entre ambos existen, como veremos, diferencias que precisa destacar.

LAS ACTAS NOTARIALES*

Dra. Gloria Lecaro de Crespo

Concepto y políticas de cumplimiento

En nuestro país el Acta Notarial puede ser definida, por exclusión, como todo instrumento público notarial, emanado de notario competente y que no tiene carácter de escritura pública.

El Acta Notarial aparece expresamente definida en el diccionario de la Academia de la Lengua Española como “relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza”.

Son documentos redactados y autorizados por el notario en que se consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan de propio y personal conocimiento y, que por su propia naturaleza, no constituyen un contrato o negocio jurídico.

En este concepto, y más aplicable a otros países, es posible incluir las denominadas “actas protocolares” y las “extraprotocolares”, según se encuentren incorporadas, o no, al Protocolo o Registro Público del notario otorgante y que, en esencia, ambos tienen el mismo valor probatorio.

En nuestro país, de acuerdo con el Artículo 22 de la legislación notarial, se entiende por protocolo al que se forma anualmente con escrituras y documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la ley o por orden de autoridad competente, o a petición de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado, los notarios deben conservarlos en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad. Los protocolos se forman anualmente y se dividen en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, considerando los siguientes requisitos:

- Las fojas deberán estar numeradas a máquina o manualmente;
- su archivo deberá guardar un orden cronológico de modo que una escritura de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior, a continuación de una escritura seguirá la que le corresponde de acuerdo con el respectivo orden numérico que debe tener cada escritura;
- todo el texto de una escritura deberá tener el mismo tipo de letra, las fojas de una escritura serán rubricadas por el notario en el anverso y el

* Tomado de Revista Jurídica on line, Universidad Católica de Guayaquil, Facultad de Derecho, Azuay, Guayaquil, Ecuador.

reverso; y las minutas presentadas para ser elevadas a escritura pública deberán ser parte de un archivo especial que el notario conservará hasta por dos años.

De lo anteriormente señalado cabe indicar que para la Ley Notarial las actas no forman parte del protocolo, es más, deben incorporarse al libro de diligencia (extraprotocolares) salvo, lógicamente, que sean protocolizadas mediante una solicitud. Su naturaleza e importancia es tan grande que debe reformarse este artículo para que por mandato legal sí formen parte del protocolo del notario.

El acta notarial en el Ecuador

Contrariamente a lo que acontece en el derecho comparado, no existe en Ecuador un régimen jurídico de las “actas notariales”, situación que origina en la práctica una gran cantidad de problemas que es preciso subsanar.

Nuestro ordenamiento jurídico no se preocupa de una manera genérica de normar la materia relativa a las actas notariales, y es así, como no se consagran disposiciones que establezcan las formalidades y las solemnidades que deben cumplirse en su otorgamiento, quedando además su valor probatorio sujeto a las reglas generales. La ley no contempla un tratamiento sistemático de esta materia, por lo que gran parte de ella queda sujeta a los usos y costumbres de los notarios, especialmente en lo que se refiere al cumplimiento de las solemnidades que se aplican de manera uniforme y con el mejor saber y entender.

Por el contrario, en el Derecho comparado hay legislaciones que abundan en el tema y que le dedican profusas normas, cual es el caso –a manera de ejemplo– del Reglamento Notarial Español de 2 de junio de 1944, que en sus artículos 197 a 220 contempla diversos tipos de actas, o el caso de la Ley del Notariado, para el Distrito Federal de México, que en la sección tercera del Capítulo Cuarto (artículos 82 y ss), se refieren al tema.

No existe en la legislación ecuatoriana, como sí ocurre en otros países, un tratamiento sistemático de la normativa jurídica relativa a las actas que puede dar origen a la constatación o configuración de hechos o circunstancias por parte del notario, lo que se traduce, en la práctica, en que la actuación notarial queda sujeta a los usos y costumbres imperantes, basados generalmente en la aplicación por extensión de principios generales, relativos a otros actos del ministro de fe y que normalmente se refieren a la interpretación por adecuación de las normas que sobre escrituras públicas contempla la Ley Notarial. Esta forma inorgánica, asistemática, de actuar es lamentable toda vez que impide claridad y homogeneidad en una actividad

tan importante como la relativa a la realización de actas y que, de suyo, ocupa parte importante del quehacer de todo notario y que implica, a su vez, la necesidad de contar con normas claras que rijan la materia.

La problemática gira, pues, en torno a la necesidad de contar con una adecuada legislación que contemple las actuaciones notariales en materia de actas en general, consideradas estas en su conjunto y como un todo coherente y sistemático que permita, por una parte, el conocimiento estructural y formal de su existencia en sí mismas y, por otra, parte las cuestiones técnicas a que dan lugar. Su valor probatorio podrá o no contemplarse en la ley de fondo –ante cuya falta será posible recurrir a las reglas generales sobre la prueba– pero lo que no puede ser más soslayado es la falta de legislación formal a su respecto.

Por tanto, propongo los principios generales siguientes:

1. El notario debe siempre intervenir a petición de parte con interés legítimo.
2. Los testigos solamente serán necesarios en los casos expresamente previstos.
3. Las certificaciones de capacidad de los otorgantes son menos estrictas que en los casos de escrituras y con frecuencia innecesaria.
4. Las actas no exigen ni la unidad de actos ni de contexto.
5. El notario debe darse a conocer, sin lugar a duda, su carácter de fedatario y, en caso necesario, exhibir su credencial de identificación e, incluso, su tarjeta de presentación con su nombre completo, dirección y teléfonos de la notaría.
6. Debe hacer conocer al notificado el motivo expreso de la visita.
7. Debe hacerse conocer, asimismo, a la persona preguntada:
 - a) Que tiene derecho a permanecer callada, a consultar un abogado, o a manifestar, lo que a su derecho convenga.
 - b) Que tiene derecho a firmar el “recibido” en la copia que se le está entregando o de rehusarse a hacerlo si así lo creyere conveniente.
 - c) Que tiene derecho a disponer de un segundo testimonio del documento que al efecto se levante.

Otras legislaciones –en el campo del derecho comparado– dedican párrafos completos a su estudio, determinación y clasificación. Así es el caso de España, México, Cuba, Argentina, etc., en los que se puede encontrar gran riqueza ordenativa de estas materias; a veces, en la legislación de estos países, se establece la existencia de párrafos completos dedicados al tratamiento del levantamiento notarial de actas. Como no constituye materia de este trabajo profundizar en los citados casos y varios otros existentes en el derecho comparado, me limitaré, por el momento, a enfatizar su importancia teórico-normativa y su índole eminentemente práctica, ya que generalmente

se comienza por definir qué debemos entender por Acta Notarial, para luego poner énfasis en sus características, los diferentes tipos contemplados por cada ordenamiento y el establecimiento, en detalle, de los requisitos sustantivos y formales que la confección de cada una de ellas requiere, todo lo cual otorga certeza y seguridad al sistema, así como tranquilidad al Notario y a los interesados que recurren a este especial modo probatorio, generalmente preventivo.

CONCEPTO MÍO.- Las actas notariales son los documentos originales, que deben, por seguridad, incorporarse al protocolo en que el notario, a instancia de parte, consigna los hechos y circunstancias que presencia o le constan y que, por su naturaleza, no sean materia de contratos.

El Acta Notarial, al igual que la Escritura Pública, es documento, instrumento especializado que debe ser realizado por notario para que adquiera relevancia pública; es un instrumento par, a la vez que igualitario en importancia, a la escritura pública y, sin embargo, recibe por parte del legislador no solo un menosprecio, sino que se la ignora y muchas veces se hace silencio respecto de ella –mutatis mutandi– mientras la Escritura es objeto de grandes atenciones y rigores normativos, las primeras, en cambio, no son tratadas ni siquiera en los códigos formales, leyes especiales e, incluso, por la Ley Notarial que debiera regular numerosos aspectos técnicos de ambas.

Ante ello y la realidad de una necesidad social y jurídica que las requiere, que no puede prescindir de ellas, la praxis ha debido abrir un camino que permita su existencia y, que de una manera u otra, regule y limite el campo de la actividad notarial en esta materia. No es, por lo demás, el único caso en que los usos notariales cobran plena aplicación, los que son, en ocasiones, bastante importantes y útiles, en el diario quehacer de una notaría. En otros países algunas diligencias son elaboradas sobre la base de actas, en nuestro país dichas diligencias constan en una corta redacción, que en muchos casos, se encuentra prevista en sellos de caucho que se estampan para el efecto. Estas diligencias forman parte de los libros respectivos que guardan los notarios.

Más modernamente pueden citarse los archivos digitales en discos de las escrituras realizadas en notaría; asimismo deben tener presentes los libros protocolos llevados en microfilm. En estos dos últimos casos, aún su naturaleza jurídica no se encuentra plenamente dilucidada. Pues bien, ninguna de tales materias ha recibido consagración por parte del legislador, pese a que su uso es absoluto y públicamente conocido.

Todo ello, y también la materia relativa a la elaboración de las actas, forma parte de la costumbre notarial, la que es imprescindible y que responde a una necesidad social, económica y jurídica de vasta relevancia. Y si no,

piénsese cómo podría prescindirse de todas estas actuaciones y cuánto entrambamiento significaría la negativa notarial basada en la inexistencia legal de ellas, negativa que tampoco es posible a la luz del literal Artículo 18, No. 7 en concordancia con el literal c) del Artículo 19 de la Ley Notarial, que otorga competencia al notario al respecto.

Con todo, se conduce entonces al notario a un camino sin salida: si se apega estrictamente a la legalidad vigente, debiera desconocer la posibilidad de realización de determinados tipos de actas ya que la ley en ningún caso se refiere a ellas, y sabido es que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella” (Artículo 2 del Código civil) y que “en ningún caso la función notarial se regirá por la costumbre ni por leyes análogas” siendo entonces lícita su negativa, Artículo 2 de la Ley Notarial.

De otra parte, si realiza la actuación, podría correr el peligro cierto de estar actuando, no solo *extra legem* sino y en virtud del artículo recién citado, *contra legem* y más específicamente aún, haciéndose ciertamente responsable de los daños que el acta así realizada –basada en conceptos, requisitos y calidades inexistentes y solo sostenida en la costumbre– pudiese causar. El notario entra en un campo oscuro y para el cual no hay forma que evalúe y determine cualitativamente su obrar. ¡Curiosa situación!

Con este panorama introductorio pretendo situar en su exacta posición la problemática que me preocupa y que procuraré esbozar en el resto de la presente tesis. Los realizaré tomando en consideración dos aspectos: la realidad jurídica nacional y, especialmente, los usos y la práctica imperante y evaluaré, al tenor de la doctrina comparada, para forjar una síntesis que, creo, es la que cabe observar precisamente en materia de actas notariales.

Las actas notariales son parte de la jurisdicción voluntaria. El notario es competente para realizar asuntos extrajudiciales, por ejemplo:

1. Para todos aquellos actos en los que haya controversia judicial, o no, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate.
2. Todos aquellos en que, exista controversia judicial, o no, lleguen los intereses voluntariamente a un acuerdo sobre un punto o vario puntos del asunto, o sobre su totalidad y se encuentren conformes con que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.

En nuestro país, al respecto está todo por hacer y, por ello, no me limitaré a los aspectos netamente doctrinales, sino que me dirigiré, por igual, al examen de la técnica que debe imperar para esclarecer el campo de una actividad de gran importancia notarial.

Las cuestiones que se plantean rebasan, en efecto, el mero plan teórico y se apegan, en la mayoría de las ocasiones, a la casuística que debe regir los distintos tipos existentes de actas. Así, no basta con formular principios generales –como el de rogatoria, el de documentación, el de identificación o el de autorización– sino que resulta preciso, además, examinar sus diferentes clases, para regular, en cada caso, los requisitos formales y sustantivos a que cada una de ellas obedece. Es este uno de los casos en que teoría y praxis se unen en un solo todo para dar solución a cuestiones en que, cada caso, resultan ser diferentes.

Percepción y documentación constituyen, en esta especie, una cuestión esencial y de las cuales dependerá de modo substancial el éxito en la preconstitución probatoria, de modo tal que, sin la acabada observancia el notario, corre el gran riesgo de dejar en la indefensión a los interesados, sea –y lo repito una vez más– por una inadecuada o inacabada, en una palabra inexacta, observación de los hechos o circunstancias, sea por una inobservancia de las formalidades –que si existen en doctrinas– que enmarcan y deben siempre determinar, precisamente, el actuar notarial respecto de las actas que entienda.

Los ilícitos –no solo civiles, sino también penales– que pueden en tales actuaciones conforman igualmente un capítulo a tener en consideración; pues, muchas veces, para constituir prueba sobre un derecho del interesado, se arriesga invadir la esfera de derechos de terceros, riesgo que debe estar siempre presente en el ánimo del Notario, pues este no podrá so pretexto de levantar un acta, violentar el dominio privado de otra persona o de alguna manera menoscabar los derechos –de cualquier clase– de ella, y así, por ejemplo, deberá abstenerse de realizarla cuando el objeto del acta se encuentre, o los hechos se hayan producido en una propiedad y no se cuente con la expresa autorización del dueño, o se pretenda actuar dentro de un recinto público sin la previa o expresa anuencia de la autoridad encargada. Su inobservancia trae aparejada, como es natural, no solo la nulidad del acta, sino que hace responsable al notario civil y penalmente por su actuación.

De todos estos casos es posible visualizar, con precisión, cuán necesario resulta establecer una acabada doctrina jurídica y, a la vez, una regulación que posibilite la extensión de actas a la luz de una definida normativa.

Tipos de actas notariales

Las actas notariales no son las únicas existentes y ni tampoco los únicos actos que realiza el notario.

Siendo así, en este numeral describiré primero a los diferentes tipos de actas existentes y, en segundo término, a las diferentes actuaciones que el notario o escribano realiza en el ejercicio de sus funciones.

- Actas de distinta naturaleza.

Las actas pueden abarcar diferentes actividades del quehacer jurídico de una nación y, por ende, su aplicación es tan vasta como las posibilidades de su realización; es en el campo de las funciones administrativas, así como en el de las judiciales y notariales, donde mayor desarrollo han tenido y en las cuales mayormente revelan su utilidad. Por ejemplo, en actos tan trascendentes en la vida de las personas, como el matrimonio, regulado por la Ley de Registro civil, identificación y cedulación la manifestación verbal de contraer matrimonio, es objeto de un acta administrativa por parte del Oficial del Registro Civil, debidamente firmada por los interesados y por él, y autorizada por dos testigos, pudiendo, incluso, dejar constancia de la declaración de los contrayentes en orden a legitimar los hijos comunes habidos con anterioridad y, aún más, pactar separación total de bienes. Igualmente, en el plano judicial téngase en cuenta las disposiciones constantes en lo relativo al Juicio Ordinario (Artículo 410 del Código de procedimiento civil) según la cual el juez señalará día y hora para que las partes se reúnan para la conciliación que de término al litigio, y si concurrieren las partes en el día y hora señalados, se levantará acta que consignará solo las concesiones que ofrezcan para llegar a la conciliación o el acuerdo. Si las partes no se pusieren de acuerdo se levantará un acta en la que se expongan las razones de cada una, que serán suscritas por el tribunal y las partes que lo desearan, por otro lado, en el mismo cuerpo legal relativo a la inspección personal del tribunal se establece la obligación de levantar acta de las circunstancias o hechos materiales que el tribunal observe, o de los que las partes pidan por considerarlos pertinentes.

Originalmente, las diferencias entre las funciones del Estado derivan de la doctrina de Montesquieu sobre separación de poderes de este, enunciado en el siglo XVIII, aun cuando sus conceptos es posible remontarlos a Aristóteles, quien distinguió la función deliberante, la de justicia y la de mando; Montesquieu ha sido quien teorizó –moderadamente– la moderna concepción de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De esta forma, las funciones administrativa y judicial son en su génesis y actos absolutamente diferentes.

Mención aparte merece hacer respecto a la función notarial, la cual, si bien tradicionalmente se la ha querido ver, o como una misión semejante al servicio público, como parte de la administración para colaborar en la realización pacífica del derecho, o bien como una función jurisdiccional; lo

cierto es que no desempeña tales funciones, sino que ella es “legitimadora de justicia reguladora, por la cual el Notario magistrado de la paz jurídica, tiene encargada la representación externa de los negocios jurídicos para garantizar su prueba y constar en el pleito”.

La función notarial

De conformidad con el Artículo 18 de la Ley Notarial, son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados, y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
- protocolizar instrumentos públicos o privados, por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
- autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas;
- dar fe de la exactitud y conformidad de fotocopias, de documentos que se le hubiesen exhibido, conservando una de ellas, con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;
- levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden, particularizando el acto pertinente conforme con las disposiciones legales aplicables;
- incorporar al Libro de Diligencias, actas de remate, de sorteo y de otros actos, en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieren de las solemnidades de escritura pública;
- conferir extractos en los casos previstos por la Ley; y
- practicar reconocimientos de firmas; con las últimas reformas a la Ley Notarial promulgadas en el Registro Oficial No. 64 se incorporaron, además de las ya mencionadas, las siguientes atribuciones:
 - ◆ Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo con las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, sobre la base de lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente;
 - ◆ en los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá, adicionalmente, contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

- ◆ receptor la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del decujus y la de nacimiento y otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente, si lo hubiere. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;
- ◆ tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados, ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;
- ◆ autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;
- ◆ receptor información sumaria y de nudo hecho;
- ◆ sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;
- ◆ protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,
- ◆ practicar, mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de la cosa debida y de la ejecución de la obligación.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio,

dentro del término de tres días, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito, o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito.

En el Artículo 18, numeral 7, de nuestra Ley Notarial se enumeran casuísticamente algunos tipos de actas que los notarios pueden realizar y que naturalmente, no son las únicas, a saber: levantar actas de remate, actas de sorteo, actas de protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles, pues al decir este artículo “acta de otros actos en que haya intervenido a rogación de parte y que no requieren de las solemnidades de escritura pública” (Artículo 18, No. 7) supone el legislador que el actuar del notario en materia de actas no tiene límite en el principio de legalidad y juridicidad y en los parámetros del buen criterio que más adelante se explicaran. Aquí debemos aplicar la norma siguiente: “cuando el legislador no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir”.

Lo anteriormente expresado se refiere, a no dudar, en la confección de actas en general, con lo cual se elimina la necesidad de toda enumeración, y permite, además, que sean de competencia notarial la elaboración de todo otro tipo de actas no previstas previamente y ni tan siquiera en leyes especiales. Estas palabras “acta de otros actos” es, en esencia, de una mayor amplitud en materia de actas.

Por lo tanto, una de las funciones esenciales del escribano es la de extender diferentes clases de actas, de las cuales, como se ha dicho, las enumeradas en el Artículo 18, numerales 6; 7; 10; 11; 12; 13, entre otras, no lo son sino un ejemplo de las que se pueden elaborar.

Escrituras públicas y actas notariales

Básicamente, el quehacer del notario se estructura en torno a dos clases de actos, que son los que copan su esfera de actividades desde un punto de vista funcional. Función Notarial equivale, en efecto, al hacer –al quehacer– del notario; y su quehacer consiste, precisamente, en realizar, por una parte, Escrituras Públicas y, por otra, actas destinadas a dejar constancia de hechos o circunstancias que sean apreciadas por el Ministro de Fe “*De visu et auditu, suis sensibus*”, a través de sus sentidos. Ellos forman parte de la esencia del notariado, mientras que otras funciones –como la legitimación de firmas– le han venido agregadas al Oficial Público a través del tiempo, pero son intrínsecamente extrañas a la esencia misma de su ejercicio profesional. Otras funciones, como el otorgamiento de testimonios o copias y la

guarda y conservación de protocolos, a mi entender, no son sino consecuencias, efectos, de la existencia de su actividad protocolar, toda vez que –por una parte– los instrumentos matrices solo pueden estar en poder del Notario y así los interesados solo podrán obtener copias de ellos.

El primero de estos actos, la escritura pública, lo realiza el notario en su protocolo, extendiéndola de acuerdo con la voluntad de las partes, interpretándola y transformándola luego en un instrumento jurídicamente válido que permitirá a los contratantes obtener un título suficiente en derecho en relación con el acto o convención que pretenden.

En la escritura pública el rol principal lo desempeña la voluntad que las partes expresan a través de todo su contenido; en general, puede observarse que toda ella se encuentra plena de la expresión de la voluntad de los comparecientes, limitándose el Notario a hacer constar de la manera más simple y jurídica, esa expresión.

Si bien desde el punto de vista del asesoramiento, el escribano desempeña un notable papel: escucha a los interesados quienes les expondrán el acto que desean realizar, elaborando luego jurídicamente el documento, para posteriormente cotejarlo con la expresión de deseos, no cabe duda que la función fedante de aquel es eminentemente pasiva, toda vez que las declaraciones contenidas en la escritura pública provienen de las partes y no del notario; este solamente se limita a dejar constancia jurídicamente válida de los deseos de aquellas sin que pueda introducir elementos subjetivos propios que pudiesen alterar o modificar lo dicho por los comparecientes.

Desde este punto de vista, escritura pública es sinónimo de “actividad pasiva” del notario, por oposición, precisamente a la intensa actividad que este desarrolla en materia de actas.

Estas, en efecto, están básicamente referidas a hechos que el notario percibe a través de sus sentidos, o bien a situaciones respecto de las cuales está facultado para comprobar, calificar o dar cuenta de ello ante el correspondiente requerimiento. En el caso de las actas de percepción de hechos, deberá hacer constar lo que es capaz de apreciar por sus sentidos, y en las de control y percepción (como es el caso, por ejemplo, de los sorteos o de apertura de casilleros de seguridad de los bancos) deberá, además, fiscalizar la total corrección del acto, ya que pudiese existir una evidente posibilidad de engaño manifiesto por parte de su rogante; o bien, en las actas de producción de hechos, por parte de un notario, este hará constar aquellas circunstancias que él aprecia porque provienen de su propia actuación (como ocurre en las actas de diligencia notarial de requerimiento para que se cumpla con la promesa de un contrato o para la entrega de la cosa debida o a la ejecución de obligaciones).

Todas ellas revelan una “actividad activa” del escribano, muy diferente a la que desempeña en la escritura pública. En verdad, en las actas, el notario debe estar permanentemente alerta, apreciando por sus sentidos y a través de su ciencia, las manifestaciones que, en su presencia, se están desarrollando. Será de este proceso, debidamente percibido, del que dejará constancia en el acta.

Así pues, escritura pública y acta, constituyen las dos clases más relevantes de actuaciones notariales. Las primeras, conforman toda la teoría del instrumento público notarial. Las segundas, en cambio, constituyen la moderna doctrina sobre actas, especialmente desarrollada en España y en nuestro continente, en la República de Argentina.

Algunos doctrinarios españoles de derecho notarial coinciden en señalar la diferencia entre escrituras y actas en la que se basa, a su vez el estudio de los documentos y de la técnica notarial toda.

ESCRITURAS

Contiene una declaración de voluntad metafóricamente hablando; es un negocio jurídico que mueve su esfera entre los hechos y el derecho. El notario acomoda la voluntad y actividad de las partes al fondo del negocio. Es compleja, hay presencia de partes, hay actividad, hay entrega de cosas, hay declaración de voluntad, hay consentimiento después de la lectura; el notario tiene el deber legal de redactar de acuerdo con la ley, a la forma, a la voluntad de las partes, a las disposiciones registrales, al derecho tributario, al derecho notarial; este documento se viste con el consentimiento u otorgamiento que es la función final de las partes y queda exteriorizado con la firma, que hace vivir simultáneamente documento y contrato. El negocio que contiene la escritura, con el consentimiento dado por las partes a la lectura hecha por el escribano, queda asumido en paternidad por estas, aunque se trate de un negocio que reconozca antecedentes fuera de la escritura.

ACTA

En las actas el notario solo tiene actividad de ver y oír; no entra al fondo del asunto, lo adapta al derecho solamente en la forma; narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera; es copia del natural, queda al desnudo, el notario no lo viste; la firma de las partes no es otorgamiento ni consentimiento, es conformidad con lo narrado y leído por el notario, que es narración de lo sucedido en ese momento. Es solo medio de prueba, su eficacia es reflejo del orden jurídico; no es de creación autónoma, este hecho

comprobado por el acta tendrá valor si existe un contrato preexistente donde las partes o la ley le exigen ahora al requerido o al notificado una determinada actividad. No se cae en mora por el requerimiento, sino por el hecho del requerimiento unido a la previsión del contrato o de la ley.

En toda actividad notarial hay una etapa primaria, inmediata, de ver, oír, narrar. La escritura es complicación legal, el acta es simplicidad empírica. En la escritura hay hechos y derechos, en las actas generalmente hay hechos; esta distinción doctrinaria es fundamental a los efectos de la aplicación técnica de las actas.

Bajo el rótulo de acta no puede esconderse un negocio. Si en un acta hay declaración de voluntad relativa a la concreción de un negocio, aunque lo rotulemos acta, a los fines de fondo, así como registrales y aun fiscales, estaremos frente a un documento que es escritura y no acta.

Estructura

ESCRITURA PÚBLICA

- Escuchar
- Interpretar
- Aconsejar a las partes
- Certificar
- Redactar
- Autorizar

ACTA NOTARIAL

- Identificar
- Solicitar la actuación notarial con expresión de los términos en que el solicitante o requirente desea que aquella se desenvuelva.
- Narrar el hecho que recibe o produce.
- Aprobar por parte del requirente los términos si la naturaleza del acta lo amerita y de los demás presentes en el hecho que se narra.
- Incorporar determinados documentos dependiendo del tipo de acta.
- Autorizar.
- Conservar.
- Reproducir

ESCRITURA

Presentación de la minuta y presencia del declarante en su despacho.

ACTA

Son la mayor parte los comunes a los demás instrumentos, sin embargo dos que son privativos:

- La rogación.
- El interés legítimo de la parte requirente.

Función del acta notarial. Requisitos

Toda acta notarial debe cumplir las siguientes funciones:

1. Ser un instrumento público.

Según el Artículo 168 del Código de Procedimiento Civil el documento o instrumento público es el “autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”, en este caso el notario, en su calidad de Ministro de Fe.

Se trata, en efecto, de una especie de instrumento público notarial diferente de la escritura pública por cuanto esta última es un instrumento público matriz y de características intrínsecas totalmente diferentes en su naturaleza a aquellas que son propias del acta notarial.

2. Ser un instrumento público notarial.

Es un instrumento público que deberá ser otorgado por notario público, por contraposición a aquella acta cuya realización corresponde a otros titulares de función pública, como lo son las que reconocen su origen en una actuación propias del orden judicial o de carácter administrativo.

Como se observa, existe distinta naturaleza jurídica para estos instrumentos, en cuanto al acta notarial es propia del Derecho Privado y encuentra su origen en las diferentes actividades de esta esfera del Derecho. Las actas administrativas y judiciales son propias del Derecho Público en cuanto obedecen, las administrativas a las regulaciones de las necesidades del Estado y las judiciales tienden a lograr un efecto meramente declarativo para constituir un medio probatorio dentro del juicio.

En general, las diferentes clases de actas notariales –de percepción, de control y percepción, de constancias propias del notario, de certificaciones y de manifestaciones– encuentran su fundamento en la necesidad de dejar constancia de hechos o circunstancias cuya rápida desaparición es preciso impedir, o bien cuyo efecto se produce como consecuencia de lo notarialmente expresado, pero, que a diferencia de las administrativas y las judiciales no persiguen un interés público –de la sociedad toda–, que en definitiva las haga exigibles, como ocurre, por ejemplo, con las actas de matrimonio

civil o de nacimiento o de defunción todas ellas propias del campo administrativo y que constituyen función del Oficial del Registro Civil de acuerdo con la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación; o como ocurre en el caso de las actas judiciales, cuyo levantamiento es preciso para lograr efectos procesales.

3. Emanar de notario competente

No basta, sin embargo, que el Acta emane de notario, sino que debe ser otorgada por el Ministro de Fe pública que tenga competencia en razón de su oficio para hacerlo, y lo es, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 7 de la Ley Notarial, aquel que actúa dentro del cantón para el que ha sido nombrado, cualquiera que sea acto o contrato o el lugar del cumplimiento de las obligaciones.

En nuestra legislación la competencia notarial está determinada en cuanto al territorio por la normativa antes citada, no existiendo normas en lo que se refiere a la competencia en razón de la materia. De esta manera, las únicas limitaciones que se les reconocen están dadas en lo que se refiere al territorio.

No obstante lo expresado, no es menos cierto que también existen limitaciones de competencia en razón de la materia en cuanto las actas están referidas a actos que sean exclusivos de la esfera extrajudicial y de la administrativa.

4. No debe tener carácter de escritura pública

Tal requisito, que tal vez pueda a simple vista parecer muy obvio, no lo es tanto; sin embargo, si se consideran las dificultades que muchas veces entraña distinguir entre las características propias de un acta y escritura pública son dos especies distintas de documentos propios del quehacer del notario.

“Los notarios hacemos documentos”, frase tan simple como cierta, y es que, además, hacemos diferentes clases de documentos, producimos escrituras públicas, pero también –y no menos importante– producimos actas. De esta forma, unas y otras son dos especies de un mismo género.

Desde el punto de vista de la actividad notarial se evidencia que mientras la escritura pública resulta esencial captar la voluntad de los comparecientes que queda jurídicamente expresada en el documento, copiando, por así decirlo, todo el plano principal del acto escrutinario, la actividad del escribano se reduce a un rol más pasivo, que consiste en agregar cualidades accesorias, como las declaraciones que son de carácter netamente instrumental, ya que no pueden influir la actividad de los interesados. En las actas, en cambio, el rol pasivo del notario se transforma en activo: son sus declara-

ciones, sus aseveraciones, los hechos por él constatados los que ocupan el papel principal; el acta, en efecto, es plena actividad del Ministro de Fe, sin que ella pueda quedar disminuida por cualquier declaración de algún interesado como el rogante que desee dejar constancia.

Siendo así, los actores principales de la escritura son las partes intervinientes; en cambio, en el acta, el actor —generalmente único— es el notario.

En cuanto a su contenido, las escrituras permiten —y están en esencia destinadas a ellas— las manifestaciones de voluntad de los comparecientes; las actas, por otra parte, solamente persiguen dejar constancia de hechos o circunstancias apreciadas por el notario. Tienen, pues, un fin, un objeto diferente; están dirigidas a diferentes planos del quehacer notarial. Las escrituras públicas pretenden “la modificación o conservación de los estados de derecho”; a decir de Núñez Lagos, las actas conllevan el establecimiento y la fijación de “estados de hecho”.

Desde el punto de vista de la substancia del instrumento, las escrituras se caracterizan por contener declaraciones de las partes, las llamadas “declaraciones de voluntad” —que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil no hacen plena fe, sino contra los declarantes—, expresiones de los comparecientes en orden a constituir, modificar o extinguir un negocio jurídico; las actas, por su parte, contienen una narración in extenso de los hechos percibidos por el notario o de las circunstancias, incluso jurídicas, de las cuales este da cuenta. La voluntad de los comparecientes no existe en ellas, solo la del notario que da cuenta “objetivamente” de lo que debe dejar constancia.

APUNTES MUY BREVES SOBRE LA DONACIÓN INOFICIOSA

Esp. Olga Lidia Pérez Díaz

El principio de autonomía de la voluntad sancionado en el ordenamiento civil cubano, permite a las partes contratantes decidir el tipo de contrato a celebrar y sus efectos, si bien en la donación, normas de derecho sucesorio lo limitan. El contrato de donación implica un acto de liberalidad; regula el Código civil (CC) que en razón de este acto *una persona a expensas de su patrimonio transmite gratuitamente la propiedad de un bien a favor de otra que la acepta*; consiste en un desprendimiento de bienes pertenecientes al patrimonio del donante, quien puede donar lo que quiera, pero está obligado a respetar aquellas porciones obligatorias que, por disposición de la ley, corresponden a sus herederos especialmente protegidos.

El acto de donación, por tanto, no despliega todos sus efectos jurídicos hasta tanto fallezca el donante porque una vez que esto ocurre, es que se determina el caudal hereditario objeto de partición, liquidación y división, deduciéndose la legítima, y se traen a este cálculo las donaciones realizadas en vida del causante, con el fin de cerciorarse si la donación perjudica la parte que corresponde a los herederos especialmente protegidos, o no.

La donación inoficiosa es aquella que lesiona los derechos del legitimario o heredero especialmente protegido, este sufre un perjuicio en la porción que le corresponde y puede ejercitar la *acción de reducción* —que no la tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico cubano— dirigida a disminuir el exceso y equiparar la parte que le corresponda o la *acción de rescisión*¹ (cfr. Artículo 378, CC). Afecta, por otra parte, al donatario porque al morir el donante se siente inseguro del título y sufre los efectos de la acción de rescisión.

¿CUÁLES SON LOS PRESUPUESTOS PARA DECLARAR SU INOFICIOSIDAD?

1. Exceder lo que pudiera darse o recibirse por testamento. (cfr. artículos 492 y 493, CC).
2. Comprometer los medios de sustento o habitación del donante conforme con sus necesidades justificadas o el cumplimiento de sus obligaciones.

1 Rescindir: Dejar sin efecto un contrato, una obligación.

¿CÓMO SE REPARA?

Con la *acción de rescisión*, a través de la cual se reduce el exceso² o se dispone restituir el bien dado en donación.

¿QUIÉN TIENE DERECHO A EJERCITAR DICHA ACCIÓN, CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO Y TÉRMINO PARA SU INTERPOSICIÓN?

La acción se ejercita por el heredero con especial protección del causante, quien debe contratar los servicios de un abogado adscrito a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos para que lo represente en este proceso³ y dispone de un término de cinco años, contados a partir del fallecimiento del donante causante (*cf.* artículos 112 y 114, CC).

La inoficiosidad de la donación se declara a la muerte del donante causante y opera cuando:

- a) El donante causante realizó en vida donaciones excesivas y provocó la pérdida o una disminución considerable en su patrimonio, afectando la parte reservada por la ley al especialmente protegido.
- b) Que existan herederos especialmente protegidos al momento de su fallecimiento y que este haya aceptado la herencia.
- c) Que se accione ante el órgano judicial y promueva el proceso para la reducción de donación inoficiosa.
- d) Que el activo hereditario supere al pasivo, condición lógica.

Declarada la inoficiosidad de la donación y la rescisión del contrato, este se hace ineficaz y se obliga a la devolución del bien que fue objeto de la donación.

De tratarse de un bien inmueble el tribunal competente envía copia certificada de la sentencia firme al Notario y al Registro de la Propiedad, para que practiquen la nota al margen de la matriz de la escritura pública y en los libros a cargo del registro, respectivamente.

Con las modificaciones introducidas a la Ley General de la Vivienda a través del Decreto Ley No. 288/2011 y eliminarse la traba jurídica subjetiva en el contrato de donación de vivienda de residencia permanente —el vínculo de parentesco— entre donante y donatario, posibilita que este bien salga del círculo familiar, lo que condiciona uno de los presupuestos para la declaración de su inoficiosidad.

- 2 Esto crea para el donatario la obligación de conservar el bien o crear fondos o reservas monetarias que debe abonar al heredero del causante o legitimario.
- 3 Se trata de un proceso ordinario que se promueve ante el Tribunal Provincial Popular.

Simular o disfrazar una compraventa a través de una donación genera inseguridad jurídica y coloca al donatario en una situación desventajosa porque el título que ostenta el derecho de propiedad sobre el bien inmueble resulta imperfecto si se declara la inoficiosidad de la donación, es por ello que el notario autorizante debe hacer gala de su ética profesional y conocer, previo asesoramiento, del fondo del asunto y si se percata que se trata de un negocio inmoral o simulado, excusar su intervención.

MINISTERIO DE JUSTICIA DIRECCIÓN DE NOTARÍAS Y REGISTROS CIVILES

VISTO por la Dirección de Notarías y Registros Civiles, la consulta formulada por los departamentos y/o secciones de Notarías y Registros Civiles de las direcciones provinciales de Justicia, sobre la posibilidad de expedir certificaciones de las notas marginales de los asientos principales de hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, que obran en los libros oficiales llevados en el Registro del Estado Civil, y en especial del Departamento de Registros Civiles de la Dirección Provincial de Justicia de La Habana, referido entre otros aspectos a:

1. Dudas en cuanto al por qué se le señala como deficiencia, “la expedición de certificaciones de las notas marginales del estado conyugal consignadas al margen de la inscripción del nacimiento de la persona”;
2. no poseer argumentos jurídicos para no acceder a esa solicitud y poder explicarlo a los interesados; y
3. afirman, que “no hay nada que impida” expedir “la certificación con la nota marginal de subsanación de error en el bloque de observaciones”.

Estudiados y razonados los preceptos de la Ley No. 51, “Del Registro del Estado Civil” y de su reglamento, como ponentes el Lic. Julio Eduardo Fernández Ortiz y la que suscribe, se emite el siguiente:

DICTAMEN No. 8/2013

PRIMERO: El Registro del Estado Civil se integra por un sistema de inscripciones y notas marginales de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas que la ley denomina *asientos*.

SEGUNDO: Los *asientos* pueden ser *principales*, a través de los cuales se apertura folio registral y son independientes de cualquier otro, tal es el caso de los de nacimiento, matrimonio y defunción; o *subordinados* o *margi-*

nales, que son aquellos que tienen carácter accesorio con respecto al asiento principal y contienen declaraciones oficiales del registrador relacionadas con lo inscripto, autorizadas con su media firma y el sello gomígrafo que identifica la oficina registral.

TERCERO: El inciso ch), del artículo 27 de la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985, “Del Registro del Estado Civil”, regula entre los deberes, atribuciones y funciones del Registrador del estado civil, la de expedir certificaciones basadas en los asientos y documentos que obren en las oficinas del Registro a su cargo, las que tienen igual valor y eficacia que los asientos originales, y las negativas que resulten de estos, reputándose como documentos públicos, modo en que opera la publicidad jurídica registral en este contexto, en concordancia con lo establecido en el Artículo 108 del Código civil, lo que permite su constatación oficial y cuyos efectos derivan en la declaración de la existencia del estado civil de la persona natural en la modalidad que se trate, gozando de eficacia probatoria privilegiada, solo destruibles por la vía judicial.

CUARTO: Ni la mentada Ley No. 51 ni su Reglamento clasifican expresamente las certificaciones, no obstante, puede colegirse del estudio de los artículos 34 de la ley en relación con los artículos reglamentarios 140, 148 y 149, que procede su clasificación atendiendo a las siguientes variantes:

- a) Por el tipo de asiento principal:
 - Certificación de nacimiento.
 - Certificación de matrimonio.
 - Certificación de defunción.
 - Certificación de ciudadanía (jura de intención para la obtención de la ciudadanía cubana).
- b) Por su forma:⁴
 - Certificación en extracto.
 - Certificación literal.
- c) Por la nota marginal consignada en el asiento registral si la hubiere⁵ u otros tipos:
 - Certificación de soltería.⁶
 - Certificación de divorcio.
 - Certificación de viudez.

4 Sea manual, mecánica o automatizada.

5 La Disposición Especial Cuarta de la citada Ley No. 51 de 15 de julio de 1985, “Del Registro del Estado Civil”, establece que, a instancia de parte, se podrán expedir certificaciones de soltería, divorcio o viudez, de conformidad con las notas marginales del asiento de nacimiento o matrimonio de la persona a que se refiera.

6 *Cfr.* Resolución No. 104 de 28 de mayo de 2010, de la Ministra de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, No. 17, 31 de mayo de 2010.

- Cualquier otra en correspondencia con la nota practicada con excepción de lo dispuesto en el Artículo 4 de la supracitada Ley No. 51/1985 y en el 53 de su reglamento cuando exista duplicidad de asientos de inscripciones; en este supuesto su denominación en derecho debe ser lo más ajustada posible al contenido del hecho certificado.
- d) Por la ausencia de inscripción o destrucción del asiento o libro de que se trate:
- Certificación negativa de nacimiento.
 - Certificación negativa de matrimonio.
 - Certificación negativa de defunción.
 - Certificación negativa de jura de intención para la obtención de la ciudadanía cubana.
 - Certificación de destrucción del asiento o libro.

QUINTO: El asunto sometido a consulta requiere del dominio de la legislación cubana, tanto registral del Estado Civil, como de otras materias relacionadas con esta función estatal, así como del tecnicismo empleado para que se logre la publicidad de la información registrada mediante las certificaciones. A ello se añade que los principios que rigen la actividad no son simples conceptos aislados, sino que se relacionan y complementan entre sí, y el de legalidad, desempeña un papel preponderante para el cumplimiento de la función registral del Estado Civil de practicar la inscripción, primero, y más tarde, para acreditar lo inscripto.

SEXTO: La certificación, cuando no es una copia fiel y exacta, del documento o inscripción, es una certificación en extracto, de lo contrario sería una certificación literal, de conformidad con lo regulado en el Artículo 144 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, y ambas, deben reunir entre otros, los requisitos establecidos en el Capítulo VIII, denominado “De las Certificaciones”, del citado cuerpo legal. Por consiguiente, las certificaciones en extracto, con excepción de aquellas que tienen definidos por disposiciones cuáles son los datos particulares que la integran (soltería cuando no aparece anotación al margen de nacimiento, capacidad legal, nacimiento, matrimonio y defunción), requieren, además de los datos generales establecidos, de especificaciones en su redacción que garanticen lo que se pretenda acreditar y guarde relación con el título de la certificación, lo cual significa que no necesariamente se traslade con exactitud al instrumento la anotación que aparece en el margen, máxime cuando la nota por sí misma, en ocasiones, no constituye la verdad registral. Por otra parte, la Cuarta de las Disposiciones Especiales de la Ley del Registro del Estado Civil, determina otras certificaciones en extracto sin un formato determinado cuando establece que “[...] se podrán expedir certificaciones de soltería,

divorcio o viudez, de conformidad con las notas marginales del asiento de nacimiento o matrimonio de la persona a que se refiera”.

SÉPTIMO: Todas las certificaciones en extracto, sin excepción, se expiden en correspondencia con el cambio que informa la nota marginal que consta en la inscripción, de conformidad con lo establecido en el Artículo 140 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, lo que significa que el dato nuevo contenido en la anotación marginal se expresa en una certificación en extracto, solamente, sustituyendo el dato que aparece en el cuerpo de la inscripción.

OCTAVO: Se expiden diversas certificaciones en extracto, a tenor de lo preceptuado en el Artículo 149 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, que permite al Registrador el ejercicio de la función que se le confiere en el inciso ch) del Artículo 27 de la Ley, siempre y cuando su actuar cumpla con las disposiciones establecidas, es decir, se observe el principio de legalidad, pues es ingenuo pensar o pretender que se relacionen las certificaciones que se pueden expedir y las que no.

NOVENO: El Registrador del Estado Civil de acuerdo con el citado Capítulo VIII del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, debe expedir una certificación en extracto o una certificación literal en un instrumento, o debe expedir más de una certificación en extracto del asiento o documento, en tantos instrumentos como certificaciones expida, lo cual hace imposible que en un mismo instrumento se acrediten más de dos datos que constituyan, en concordancia con la legislación, más de una certificación en extracto o una certificación en extracto sujeta a una regulación en particular.

De actuarse de forma diferente a como se plantea en el párrafo precedente se violaría lo establecido en las disposiciones tributarias.

DÉCIMO: El Artículo 42 de la Ley del Registro del Estado Civil forma parte de la expresión de un sistema mixto en la legislación registral cubana del Estado Civil, pues en él se prevé la inscripción en la Sección de Nacimientos de los cambios del estado civil de una persona, por lo que hace las veces de un folio único, que coexiste con otros folios destinados a la inscripción del matrimonio, de la defunción, así como para la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana.

Por lo anteriormente expuesto esta Dirección concluye y se pronuncia sobre las consultas objeto del presente Dictamen en los términos siguientes:

1. El principio de publicidad en la actividad registral del Estado Civil tiene restricciones, determinadas tanto por disposiciones jurídicas como por la forma de acreditarse los hechos y actos.
2. En un solo instrumento no se expiden las notas marginales que obren en las inscripciones que autoriza la legislación. Cada nota se acreditará indi-

vidualmente, cuando corresponda, en un instrumento como certificación en extracto con arreglo a las disposiciones establecidas para la expedición del acto o hecho de que se trate.

3. Las notas marginales no se acreditan en el bloque “Observaciones” de las certificaciones en extracto, para tal finalidad, se tiene en cuenta lo regulado en la Cuarta de las Disposiciones Especiales de la Ley, en el Artículo 149 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, salvo las excepciones autorizadas,⁷ y en las demás las disposiciones que también establecen el contenido de dichas certificaciones, como por ejemplo: la Capacidad Legal, la Soltería, etcétera.
4. A tenor de lo previsto en el Artículo 149 en relación con el 144, ya citados, se pueden expedir innumerables certificaciones en extracto, algunas de las cuales se ilustran en los supuestos siguientes:
 - a) En una inscripción de matrimonio aparece una nota de divorcio. Acciones:
Se puede expedir una *Certificación de divorcio o una Certificación de vigencia del matrimonio*, en concordancia con el interés demostrado, pues aunque el matrimonio se disolvió, existe un período en que surgieron derechos y deberes entre las partes, que no desaparecen con su extinción.
 - b) Una persona necesita cobrar el seguro y se le exige acreditar las causas de la muerte. Acción: *Se expide una Certificación de las causas de la muerte*.
 - c) Entre las anotaciones marginales que aparecen en una inscripción de nacimiento, obra una nota de matrimonio, una nota de divorcio de ese mismo matrimonio y otra nota del último matrimonio. Acciones: Los tres actos se acreditan al expedir una *Certificación de divorcio*, para lo cual se fusionan las dos primeras notas y una *Certificación de matrimonio*, de acuerdo con el modelo establecido, de conformidad con el Artículo 146 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, con vista a la inscripción del matrimonio, no de la nota de matrimonio.
 - d) Una persona concurre a la Oficina Registral y solicita una certificación de su matrimonio y una certificación de defunción de su cónyuge para demostrar su estado conyugal de viudo. Acciones: Se actualiza, si no está actualizada, la inscripción del matrimonio expresando en su margen la nota de defunción del cónyuge fallecido y se expide una *Certificación de viudez*. No es correcto expedir una certificación de un matrimonio ya extinguido.

7 Cfr. Dictamen No. 5/2010 de la DNRC.

- e) En las inscripciones de matrimonio y nacimiento se hace constar una nota de defunción y se solicita acreditar este hecho. Acción: Se expide una *Certificación de defunción* de acuerdo con el modelo establecido, de conformidad con el Artículo 147 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, y con vista a la inscripción de la defunción, no de la nota de defunción.
- f) Una persona solicita que se acredite su condición de soltero. Acción: Se expide una *Certificación de soltería*, de conformidad con lo establecido en la Resolución Ministerial 104, de 28 de mayo de 2010.
- g) Una persona necesita acreditar que con anterioridad tenía apellidos diferentes a los que posee ahora y el cambio se produjo por el reconocimiento de la filiación paterna. Acción: Se expide una *Certificación de reconocimiento de la filiación paterna*.
- h) En las inscripciones de nacimiento, matrimonio y defunción se produjeron cambios en algunos de sus datos y se quiere demostrar estas modificaciones. Acción: Se expide una *Certificación de subsanación de errores, o de omisiones, o de omisión y error, etcétera*.
- i) El tribunal de instancia, decide en un proceso practicar una nueva inscripción y después de efectuarse, se consigna nota de mutua referencia, pero más tarde, una persona solicita certificación de la primera inscripción. Acción: No se puede expedir certificación de la primera inscripción que ha sido sustituida, al no ser que la solicitud se haya formulado por autoridad administrativa o judicial.

Dado en el Ministerio de Justicia, Plaza de la Revolución, La Habana, a los 27 días del mes de septiembre de 2013.

Olga Lidia Pérez Díaz
Directora

ANEXO DEL DICTAMEN No. 8/2013 SOBRE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIONES EN EXTRACTO

Las certificaciones en extracto que no se rigen por una disposición jurídica son certificaciones que requieren de una elaboración, que contenga los elementos esenciales que responda al título que se le asigne. Cuando la certificación versa sobre una anotación marginal, es común que se reproduzca la anotación marginal, lo que no necesariamente tiene que ser así.

I y II CERTIFICACIÓN DE DIVORCIO 122 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que Gerardo Alfonso Alfonso es de estado conyugal divorciado, de conformidad con la anotación marginal que aparece en la *inscripción de su matrimonio* formalizado el 6 de junio de 1966, con Mireya Martínez Rodríguez, que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de...),

- según Sentencia No. dictada por el Tribunal de de fecha....., firme el

- según Escritura Notarial No. de fecha....., autorizada por Notario (a) de.....

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

III y IV CERTIFICACIÓN DE DIVORCIO 123 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al margen de la *inscripción del matrimonio* de Gerardo Alfonso Alfonso y Mireya Martínez Rodríguez que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de...), formalizado el....., aparece una nota marginal que es del tenor siguiente: (que copiada literalmente dice así). **EN ESTE CASO ES OBLIGADO COPIAR TEXTUALMENTE LA ANOTACIÓN MARGINAL RELCIONADA CON EL DIVORCIO.**

Nota:.....

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

V y VI CERTIFICACIÓN DE DIVORCIO 124 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que con vistas a las anotaciones marginales consignadas en la *inscripción de nacimiento* que obra al Folio 10 del Tomo 88 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), de Gerardo Alfonso Alfonso, es de estado conyugal divorciado del matrimonio que formalizó el 6 de junio de 1966, con Mireya Martínez Rodríguez, que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....),

- según Sentencia No. dictada por el Tribunal de, de fecha....., firme el

- según Escritura Notarial No. de fecha....., autorizada por, Notario (a) de.....

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

VII y VIII CERTIFICACIÓN DE DIVORCIO 125 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que de conformidad con las anotaciones marginales consignadas en la *inscripción de nacimiento* de Gerardo Alfonso Alfonso que obra al Folio 10 del Tomo 88 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), el matrimonio que formalizó el 6 de junio de 1966, con Mireya Martínez Rodríguez, que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), fue disuelto por

- Sentencia No. dictada por el Tribunal de, de fecha....., firme el
- Escritura Notarial No. de fecha....., autorizada por, Notario (a) de.....

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE VIGENCIA DEL MATRIMONIO 200 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que teniendo en cuenta la anotación marginal, el matrimonio entre Gerardo Alfonso Alfonso y Mireya Martínez Rodríguez, que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), tiene eficacia desde el 6 de junio de 1966, fecha en que se formalizó, hasta el 20 de octubre de 2000, fecha en que se extinguió por

- Sentencia No. dictada por el Tribunal de, de fecha.....,
- Escritura Notarial No. autorizada por, Notario (a) de.....
- el fallecimiento de Gerardo Alfonso Alfonso, que obra al Folio 8 del Tomo 100 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....).
- la declaración de presunción de muerte de Gerardo Alfonso Alfonso que obra al Folio 10 del Tomo 88 de su nacimiento de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....)

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

ESTA CERTIFICACIÓN PUEDE EXPEDIRSE TENIENDO EN CUENTA LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO.

CERTIFICACIÓN DE VIUDEZ 210 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al margen de la *inscripción del matrimonio* de Gerardo Alfonso Alfonso y Mireya Martínez Rodríguez que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), formalizado el....., aparece una nota marginal que es del tenor siguiente: (que copiada literalmente dice así). **EN ESTE CASO ES OBLIGADO COPIAR TEXTUALMENTE LA ANOTACIÓN MARGINAL DE LA DEFUNCIÓN DEL CÓNYUGE FALLECIDO.**

Nota:.....

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE VIUDEZ 211 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que Mireya Martínez Rodríguez es de estado conyugal viuda, de conformidad con la anotación marginal que aparece en la *inscripción de su matrimonio* formalizado con Gerardo Alfonso Alfonso, el 6 de junio de 1966, que obra al Folio 85 del Tomo 106 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....), desde el 20 de octubre de 2000, fecha del fallecimiento de Gerardo Alfonso Alfonso, el que obra al Folio 8 del Tomo 100 de la Oficina Registral a mi cargo (de la Oficina Registral de....).

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE VIUDEZ 213 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al Folio 40 del Tomo 315 de esta Oficina a mi cargo, (de la Oficina Registral de....), se encuentra inscripto el matrimonio formalizado entre... y..., el... y en su margen consta una nota que expresa que: ...falleció el... y su defunción obra inscripta al folio 15 del Tomo 110 de esta Oficina (del Registro del Estado Civil de ...), por lo que el estado conyugal de ... es viudo (a).

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

LOS EJEMPLOS ANTERIORES SON MUESTRA DE FORMAS DE DECIR QUE EQUIVALEN A UNA MISMA CERTIFICACIÓN.

CERTIFICACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN PATERNA 312 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al margen de la inscripción de nacimiento de Juan Luis Gómez Castro, la cual obra al Folio 87 del Tomo 205 esta Oficina a mi cargo (de la Oficina Registral de....), aparece una nota que acredita que Juan Luis Estévez Castro fue reconocido por Raúl Estévez Gómez, natural de... ciudadano ...hijo de... y de ..., por lo que se nombrará en lo sucesivo, Juan Luis Estévez Castro.

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN MATERNA 778 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al margen de la inscripción de nacimiento de Roxana Rodríguez López, que obra al Folio 345 del Tomo 62 de esta Oficina a mi cargo (de la Oficina Registral de....), aparece una nota que es del tenor siguiente: **SE DEBE EXPEDIR EL CONTENIDO DE LA NOTA DE CONFORMIDAD CON LO QUE APARECE EXPRESADO AL MARGEN.**

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE SUBSANACIÓN DE ERROR 745 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que en la inscripción de matrimonio de Juan Carlos Oleaga Pérez y Estrella Estrada Villanueva, que obra al Folio 167 del Tomo 15 de esta Oficina a mi cargo (de la Oficina Registral...), formalizado el ..., aparece en su margen una nota que expresa que por Resolución No. ... de fecha..., dictada por la Registradora de esta Oficina (del Registro del Estado Civil) se subsanó el presente asiento en el sentido de que el segundo nombre de la madre de Estrella Estrada Villanueva es, Francisca.

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE SUBSANACIÓN DE OMISIONES 442 (folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que al margen de la inscripción de nacimiento de María Carla Rodríguez García, la cual obra al Folio 35 del Tomo 120 de esta Oficina (de la Oficina Registral...), consta que por Sentencia No. 137 del Tribunal de Plaza de la Revolución, de fecha 25 de enero de 2010, firme el 17 de febrero de 2010, se autorizó la subsanación de la mencionada inscripción, en el sentido de que la naturalidad y el segundo nombre del padre de María Carla Rodríguez García, son Tenerife, España y Alberto y el segundo y tercer nombre de la abuela paterna es, Idelisa.

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

CERTIFICACIÓN DE SUBSANACIÓN DE ERROR Y OMISIÓN 448(folio)

.....Registrador(a) del Estado Civil.....

CERTIFICO: Que en la inscripción del nacimiento de Orestes Quintana Mejías, que obra al Folio 206 del Tomo 87 de esta Oficina (de la Oficina Registral...), aparece una nota en su margen que copiada literalmente dice así: **EN ESTA OPCIÓN HAY QUE COPIAR TEXTUALMENTE LO QUE EXPRESA LA NOTA.**

El (La) Registrador(a) del Estado Civil de (municipio y provincia y señalar además si es un Palacio u otra Oficina Registral que no responda a la cabecera del municipio).

CERTIFICA: Que los anteriores datos concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en la inscripción a que se hace referencia.

Hecho por:

Confrontado por:

Impuesto sobre documentos

Fecha

Pie de firma

Notas bibliográficas

Decreto No. 531, “Edificios Históricos o artísticos”, de 5 de abril de 1929.

Decreto Ley No. 613, “La Catedral de La Habana, Monumento Nacional...”, de 23 de octubre de 1934.

Decreto Ley No. 207, “Mantua, Monumento Nacional...”, de 3 de septiembre de 1935.

Decreto Ley 483 de 30 de diciembre de 1935. Bayamo, Monumento Nacional...

Todo esto y mucho más, Ud. conocerá si consulta en el Centro de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, la Sección V del siguiente texto: SÁNCHEZ ROCA, MARIANO: *Legislación de contratos de obras y servicios públicos*, Editorial Lex, La Habana, 1942. Contiene: Ley y Reglamento de obras Públicas.- Orgánica del Poder Ejecutivo y su Reglamento.- Pliego de Condiciones para las subastas.- Expropiación forzosa.- Fomento Nacional.- Obras y servicios provinciales y municipales y otras disposiciones complementarias.

Conforme con los textos oficiales. Concordada, puesta al día, anotada con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Popular y detallado sumario alfabético e índice legislativo.

Centro de Información Jurídica

Ministerio de Justicia

Este título fue impreso en la Editorial «My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz»
en el mes de julio de 2015
«Año 57 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 Serias, 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 entrecomillado. 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.