SUMARIO

ESTUDIOS

Unidad de acto y otorgamientos sucesivos 3
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

La calificación registral y su trascendencia jurídica. Especial referencia en sede mercantil (Parte I) 16
Esp. Carmen Alicia Pérez Díaz

La donación de obras de arte a favor de instituciones públicas.....42
Caridad del Carmen Valdés Díaz

El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales 56
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

Apuntes sobre la Unión Internacional del Notariado (UINL) 78
Esp. Olga Lidia Pérez Díaz

CLÁSICOS CUBANOS

El notario y la función notarial. Segunda parte.....85
Dr. Pedro C. Verdejo Reyes

ARTÍCULO EXTRANJERO

La Ley de identidad de género en la República Argentina y su impacto en el ámbito del Derecho Notarial y Registral. Los derechos humanos de las minorías y la seguridad jurídica del tráfico internacional.....96
Cristina N. Amella

PÁGINAS DE JURISPRUDENCIA

Dictamen No. 4/201 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia 121

Estatutos de la Sociedad del Notariado cubano 128

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Recomendamos en este número:
La revocalidad del reconocimiento filiatorio en el testamento notarial. 142
MSc. Julián A. Collado Betancourt
Lic. M. Luisa Pedroso Rodríguez

Normas de publicación de la *Revista Jurídica*.....144

UNIDAD DE ACTO Y OTORGAMIENTOS SUCESIVOS

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor titular y principal de Derecho Notarial
Universidad de La Habana
Notario de La Habana, Cuba

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario de Alcalá de Henares, España
Consejero permanente de la UINL

Sumario

1. Otorgamiento. 2. Unidad de acto. 3. Otorgamientos sucesivos.

1. Otorgamiento

Sostiene Rodríguez Adrados que "Suele hablarse de otorgamiento en un sentido amplio, equivalente a todo el acto notarial o, en la dimensión papel, a la correspondiente parte del documento que lo narra; y en ambos casos con la inclusión inicial, o no, de las reservas y advertencias legales [...]. Pero en un sentido estricto, otorgamiento, conforme a su etimología, consiste en la asunción de la autoría de las declaraciones por aquellos comparecientes que, en su virtud, se conocen por 'otorgantes', lo mismo si sus efectos jurídicos se van a producir en su misma esfera, que si, como pondrá de relieve la Intervención de la escritura, van a originarse en una esfera jurídica ajena; el otorgamiento consiste, pues en la prestación del consentimiento [...]".[1] Es la asunción de la paternidad del negocio o acto instrumentado por los otorgantes.

Exclusivo de las escrituras, de ahí su regulación, únicamente en el artículo 67 del Reglamento notarial, en sede de escrituras públicas. Lógico, solo otorgan quienes prestan consentimiento, y ello es propio de los actos y negocios jurídicos, instrumentados a través de escrituras, no de actas. Los

1. Antonio Rodríguez Adrados: "Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado", en *Escritos Jurídicos,* t. III, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, p. 449.

comparecientes en las actas solamente prestan su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario, expresando, a través de su firma, estar contestes con la declaración de voluntad no negocial imputada o con la narración del hecho o circunstancia con relevancia jurídica interesada.

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 17 *bis*, introducido por la Ley de 27 de diciembre de 2001, entre las daciones de fe que deberá dar el notario se refiere: a "*que el consentimiento ha sido libremente prestado"*. Este juicio, como dice Rodríguez Adrados, podría también considerarse anteriormente incluido en el juicio general de legalidad, aunque tenga su propia autonomía; ahora se le formula expresamente y se añade la exigencia de su constancia documental.[2]

Siguiendo con Rodríguez Adrados, el precepto, incluso en su literalidad, solamente se refiere a dos de los vicios del consentimiento (*vid.* del Código Civil español, artículos 1265 y ss.), la violencia y la intimidación, pues el error y el dolo –engaño doloso– encuentran mejor encaje al tratar de las funciones de información y de asesoramiento del notario; debiendo recordarse aquí cómo el notario también deberá dar fe "de la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes". Y según su mismo tenor literal se limita a contemplar el momento final del *iter* contractual, el de la prestación del consentimiento, sin incluir las maniobras que puedan haber tenido lugar con anterioridad, que no están comprendidas en la presente norma; la imprescindible presencia del notario en este acto impide por sí sola que para arrancar su consentimiento puedan ejercerse durante él, violencia o intimidación sobre los otorgantes o a alguno de ellos, ni por la otra parte ni por terceros, a menos que la misma violencia o intimidación se ejerciera también contra el notario, pues en otro caso este denegaría inmediatamente su actuación. Esta obviedad es la que hacía que la actuación notarial en defensa de la libertad de los otorgantes no se llevara expresamente a los textos legales españoles o extranjeros al tratar de la función del notario.[2]

2. Unidad de acto

Uno de los temas más controvertidos aún en el Derecho Notarial lo constituye, sin temor a equivocarnos, el concerniente a la unidad de acto, catalogada como principio que informa la actuación notarial en los países del

2 A. Rodríguez Adrados: "Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001", en *Escritura Pública,* Consejo General del Notariado español, 2004, p. 61.

3 *Ibídem*, pp. 62-63.

notariado latino. Se ha entendido como la plena audiencia notarial, o sea, la concurrencia simultánea del notario, los comparecientes, testigos y demás concurrentes en el acto notarial del otorgamiento y autorización del documento público, sin interrupción alguna, salvo alguna que puede ser pasajera.

Según Pelosi[4] la unidad de acto alcanza:

A la unidad de tiempo, que establece la continuidad que se desplaza entre el otorgamiento y la autorización.

A la unidad de lugar, que se halla establecida en la oficina del notario dentro de su competencia territorial o el lugar al que fue requerido.

A la unidad de personas, o sujetos que convergen en la audiencia notarial a la realización del acto jurídico, cumpliéndose el principio de la inmediación.

A la unidad de acción, o de contexto por la existencia de intereses comunes, convergentes y coherentes, es decir, un mismo negocio y un mismo documento; además del rito formal que comprende, de un lado el otorgamiento de los comparecientes, que involucra la lectura y la firma; y de otro, la autorización del notario.

Según esta formulación del principio de unidad de acto, el tiempo de la comparecencia, la lectura, el otorgamiento y la autorización deben ser únicos. La audiencia notarial debe empezar y continuar sin interrupción hasta su conclusión con la autorización. Igualmente único tiene que ser el lugar donde comparecen las partes (cuando lo hacen por sí o sus representantes, cuando lo hacen por representación) en presencia del notario. De este modo no es posible que uno comparezca en la sede notarial y el otro, por ejemplo, en su centro de trabajo o en el hospital. Asimismo sucede con las personas, todos los comparecientes al acto notarial deben estar presentes de forma simultánea, al mismo tiempo y en el mismo lugar, lo contrario significaría para ellos, formalmente, la inexistencia del acto notarial.

Esta concepción la ha defendido la doctrina tradicional. Para González Palomino "El concepto de unidad de acto es esencial para comprender el instrumento público".[5] A lo cual se une la voz más que autorizada de Núñez Lagos que junto al principio de inmediación en sede notarial, incorpora el de concentración: "La audiencia como hecho, en el plano del instrumento, es siempre, por su propia naturaleza y función, un hecho unitario y 'concentrado', esto es, regido por el *principio de concentración*". "La audiencia

4 Carlos A. Pelosi: *El Documento Notarial,* 3ª. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 133.

5 *Cit. pos* A. Rodríguez Adrados: "Formación del instrumento público...", *Ob. cit.,* p. 454.

–aclara– es una 'endo-patía', un sentir, los unos delante de los otros –*visu et auditu*–, 'a la vez', cada uno 'con los demás'".[6]

De la unidad de acto puede hablarse en *sentido sustantivo* referido al negocio jurídico y en *sentido instrumental o formal* referido al documento. En *sentido sustantivo,* la unidad de acto supone que el negocio jurídico ha de realizarse en forma seguida, sin que pueda hacerse en momentos separados. El supuesto típico es el del testamento. En *sentido formal* la unidad de acto supone que cada otorgamiento ha de hacerse en un solo acto. "Escuchar y percibir la lectura del instrumento todos a una, co-sentir para consentir; *identitas mentis et voluntatis*".[7] Ocurre que un negocio jurídico puede hacerse mediante otorgamientos sucesivos, no existe entonces una unidad de acto en sentido sustantivo, pero en cada una de las escrituras o diligencias notariales referidas a los distintos otorgamientos deberá cumplirse la unidad de acto formal o instrumental.

Expresamente, ni la Ley Orgánica del Notariado español, ni el Reglamento Notarial actual imponen la unidad de acto en los actos *inter vivos*, sí la recogieron algunos reglamentos anteriores. No obstante, la doctrina considera que es un requisito necesario de las escrituras. El Reglamento notarial cubano tampoco lo reconoce expresamente, si bien se ha entendido reconocido en el artículo 35, que al regular la lectura del documento público notarial lo hace en el presupuesto de existencia de la plena audiencia notarial, otra cosa no implicaría que *"El Notario leerá el documento notarial a todos los comparecientes, testigos, y cualquier otro interviniente"*, sin solución de continuidad alguna, en tanto *"[...] el Notario procederá a su lectura en alta voz lo cual hará de inmediato, salvo en aquellos actos que tengan diligencias sucesivas",* e inmediatamente después de *"Concluida la lectura [...] preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma"*. Es cierto que el precepto no menciona la expresión "unidad de acto", pero exige la plena audiencia notarial, coetaneidad de personas, relación de inmediatez del notario frente a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, unidad de tiempo y de lugar en función de la misma acción, firma de todos los sujetos concurrentes y autorización notarial.

De aquí que debamos distinguir:

- Unidad de acto en las escrituras públicas, supone su cumplimiento en el otorgamiento, es decir, que en un solo acto en presencia del notario, otor-

6 *Ibídem*, p. 454.
7 *Ídem.*

gantes y testigos instrumentales, se haga la lectura, el consentimiento, la firma y la autorización (plena audiencia notarial).

Ciertamente este concepto clásico de la unidad de acto hay que matizarlo, en cuanto a la lectura, como lo hace Rodríguez Adrados, desde el momento en que la reforma del Reglamento español de 1967 ha permitido la lectura del documento por los otorgantes,[8] por lo que puede ser conveniente reforzarla "por la confesión de la lectura" (ello a juicio de García Bernardo es respetar la unidad de acto en su sustancia[9]) y por el deber del notario de controlar que dichos otorgantes tienen conocimiento de la escritura. Nos parece que a estas ideas responde el artículo 17 *bis* de la Ley Orgánica del Notariado en su redacción, dada por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 2002, al establecer que *"el notario deberá dar fe de [...] la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes",* a la que antes nos referíamos.

- Unidad de acto en los testamentos, tal y como lo recoge el artículo 699 del Código Civil español y el artículo 484.4 del Código Civil cubano, es una unidad de acto sustantiva. El Código Civil español se pronuncia de modo expreso al disponer: *"[...] todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por un accidente pasajero"*. En tanto, el Código Civil cubano recoge implícitamente el principio en ocasión de regular las formalidades del testamento notarial: *"El testamento se lee en alta voz y si el testador está conforme con su contenido, lo firma conjuntamente con el notario y los testigos".* Se acoge, sin duda, como también lo hace su homólogo español a un criterio de flexibilización de la rigidez de la unidad de acto, al no exigirse en la fase preparatoria de la redacción del documento a tenor de las instrucciones dadas por el cliente de manera oral o por escrito (a través de minuta, según lo prevé el artículo 42 del Reglamento notarial cubano), sino a partir del momento de la lectura del documento.
- Vemos cómo dentro de esa unidad de acto no se recoge la expresión de la voluntad por el testador al notario, ni la redacción del testamento.
- Unidad de acto en las actas. Conforme al artículo 197.4 del Reglamento Notarial español: *"[...] no requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después. En este caso*

8 *Ibídem*, p. 455.

9 Alfredo García Bernardo: "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1968, pp. 127 y 132.

se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente". En el Reglamento notarial cubano no se exige en todos los casos, pero tampoco se descarta su cumplimiento. A diferencia del artículo 35, el 86 sí alude expresamente a él, aun cuando no lo impone. Pero un estudio detenido del precepto pudiera llevarnos a la conclusión de que la regla es el cumplimiento del principio, y la excepción, aquellas actas como las de notificación, requerimiento y protesto (*vid*. artículos 85, incisos a) y f); 89, incisos c) y d); 90; 91; 93; 94 y 95, todos del Reglamento notarial) que no pueden cumplimentarlo por tener varias diligencias, cada una de las cuales llevará la fecha, hora y lugar en que se redacten, y a continuación serán firmadas por el notario y el compareciente, de modo que cada diligencia cumplirá *per se* con la unidad de acto instrumental.

Como hemos expresado el tema hoy día no es nada pacífico, pues se combate desde distintos puntos de vista el principio de unidad de acto, sobre todo para los instrumentos públicos que contienen actos *inter vivos*.

Señala Pelosi que ya desde el II Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en 1950 en Madrid, se aprobó una declaración estableciendo: "[...] que respecto a los actos entre vivos no es prudente fijar de manera absoluta la excepcional relevancia que a la unidad de acto le asigna la tradición jurídica universal, pues algunos textos legales admiten los otorgamientos sucesivos en el mismo instrumento o no sancionan su nulidad cuando se ha otorgado con inobservancia de tal requisito".[10] A lo cual agrega: "El estricto cumplimiento de esa formalidad [...] que en las prescripciones legislativas argentinas no es exigida como condición de validez para los actos entre vivos, sino como deber disciplinario impuesto por las leyes adjetivas que regulan la función notarial, se traduce a veces en otro inconveniente que aleja a los contratantes de la escritura pública, por la facilidad que les proporciona la firma del instrumento privado en etapas diferentes".[11]

Destaca Ávila que en la práctica se tiende a prescindir de este requisito, y a "[...] sustituirlo por la unidad de fecha: las partes pueden comparecer separadamente, pero en el mismo día, ante el Notario y los mismos testigos, para la lectura del instrumento, la manifestación de conformidad y la firma de aquel".[12] Para Guzmán Farfán: "Hoy día este requisito de la unidad del acto, ha merecido nueva interpretación un poco más flexible, por eso que en atención además a la actividad comercial y otras que han ido en vertiginoso

10 C. Pelosi: *El Documento Notarial,* Editorial Astrea, 3ª. reimpresión, Buenos Aires, 1997, p. 236.

11 *Ibídem*, p. 237.

12 Pedro Ávila Álvarez*: Estudios de Derecho Notarial*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 116.

aumento, es posible cerrar el círculo de la unidad del acto, con la presencia de una de las partes y el Notario, pudiendo ser vendedora, acreedora, donante, etc. y posteriormente con la otra parte, sea compradora, deudora, donataria, etc. en ambos casos siempre en presencia del Notario, quien debe dar lectura a la escritura en ambas ocasiones [...]".[13]

En España voces autorizadas como Giménez-Arnau o Díez-Gómez han defendido una lectura matizada de la unidad de acto. Para el primero se trata de una fórmula de bien hacer, pero no un requisito esencial.[14] El segundo expresa que: "El principio de la unidad de acto, salvo escasísimas excepciones, es decimonónico, el mundo de hoy no puede supeditar la firma de un documento a que todos los intervinientes se reúnan en el mismo lugar y en tiempo simultáneo. No compartimos este principio. Asuma el Notario que la unidad de acto en su configuración actual pertenece a la época de la iluminación por gas, de las calesas y de los manguitos".[15]

Parece ser que sin su destierro del ordenamiento notarial, la unidad de acto tiende aún más a flexibilizarse. La nueva visión de la unidad de acto, al respecto, propone que esta se da, no por la presencia de las partes frente a frente en un acto que ocurre al mismo tiempo, en el mismo lugar y frente a las mismas personas, incluidos notario y testigos si es el caso, sino en la presencia necesaria e ineludible de cada uno de los comparecientes frente al notario, aunque sea en momentos o lugares diferentes. Se prioriza de este modo la dación de fe hecha por el notario, antes que la presencia física simultánea de todos los otorgantes o contrapartes. Con esta concepción se redimensiona el factor de inmediación o autenticidad de fe pública y no la deja supeditada a la opinión confirmatoria de la contraparte otorgante, basta que la manifestación de voluntad y la suscripción o firma –del otorgante– se haya hecho ante el notario autorizante. De modo que la valoración de la inmediación ininterrumpida entre notario y otorgantes, aun sea en audiencias separadas, forma parte de esta nueva perspectiva. La unidad de acto es entendida no como simultánea presencia física de los comparecientes, sino como una unidad de contexto donde convergen las mismas personas, con una misma voluntad y un mismo negocio jurídico, todo refrendado por la dación de fe del notario, que alcanza el otorgamiento (incluida por supues-

13 Saúl Guzmán Farfán: *Derecho Notarial,* vol. II, Editorial Colorgraf, Cochabamba, 2003, p. 115.

14 Enrique Giménez-Arnau: *Instituciones de Derecho Notarial*, t. II, Reus, Madrid, 1954, p. 80.

15 Aurelio Díez-Gómez: "La unidad de acto", separata de la *Revista de Derecho Notarial*, LXXV, enero-marzo, 1972, p. 146.

to la lectura), pero no la autorización notarial.[16] Se aboga por tanto, por la suficiencia de la fe pública notarial y la inmediación de los comparecientes frente al notario, no frente a sí.

Es cierta la argumentación defendida, pero la unidad de acto tiene también sus ventajas, lo leído en presencia de todos los concurrentes, al unísono, realza la solemnidad del acto notarial y permite en esa audiencia plena subsanar lo que resulte necesario por no avenirse al sentir de los comparecientes. Nada más imparcial que la autorización del documento público notarial en presencia de todos. Nunca podemos perder de vista que la celeridad que los tiempos actuales imponen, no puede ir nunca en desmedro de la seguridad jurídica. No se trata de conservadurismo, sino de valorar con justeza la esencia misma de la función notarial. Vale el nuevo sentido que pueda darse a la unidad de acto, pero no perdamos nunca de vista la *ratio* de nuestra función.

3. Otorgamientos sucesivos

Vinculado con la unidad de acto aparecen los llamados otorgamientos sucesivos que operan cuando un negocio jurídico se ha formado *ex intervallo temporis*, propio de los contratos concertados entre ausentes, o por otras circunstancias *ad. ex*. la ratificación del *dominus* del negocio concertado entre el tercero y el gestor. En ellos se utiliza la llamada *adhesión,* en sentido instrumental, formal, entendido como "la integración subjetiva del negocio 'a posteriori', la adquisición de la cualidad de parte en instrumento público distinto y posterior al principal, o en el mismo instrumento principal, pero en acto y contexto sucesivo, posterior y diferenciado.[17]

Para que el mecanismo de la adhesión opere se requiere:

a) Que en el *instrumento principal* se haga constar completo el negocio jurídico, con reseña de los comparecientes y de los ausentes, y la reserva expresa de la parte ausente, con fijación de plazos y requisitos de la futura adhesión, que actúa como una *conditio iuris* del negocio y la advertencia expresa al efecto.

16 Sobre el tema, además de los criterios tomados, consúltese en detalle el trabajo inédito de María Blanca Velásquez Urea, "Nueva visión de la unidad de acto", Tesis de Maestría en Derecho Civil y Notarial dirigida por Leonardo B. Pérez Gallardo, Cochabamba, Bolivia, 2005 (en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

17 Así lo expresa M. Tamayo Clares: *Temas de Derecho Notarial*, 5ª. ed., Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 172.

b) Que en el *instrumento adhesivo* deba concurrir la parte que faltaba por sí o debidamente representada, con determinación precisa y clara del documento principal, y la declaración expresa del compareciente de que lo conoce íntegramente y su consentimiento y firma del instrumento de adhesión.[18]

Este *instrumento adhesivo* lo puede ser, según prescribe el artículo 176 del Reglamento Notarial español: una *diligencia de adhesión*, cuando la parte que se adhiere al instrumento principal lo hace dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha del otorgamiento principal y por comparecencia ante el mismo notario, diligencia[19] que se extenderá en la misma matriz (si hay espacio para ello), otorgada y firmada por el interesado y autorizada por el notario, o una *escritura independiente de adhesión,* de haber transcurrido los citados 60 días, sin sujeción a plazo alguno, ante el mismo u otro notario.[20]

Como ya se ha expresado, los otorgamientos sucesivos no rompen con el principio de unidad de acto formal o instrumental, sino con la unidad de acto negocial. No queda perfeccionado el negocio por un solo documento público notarial, sino con la sumatoria de todos aquellos que tienen las declaraciones negociales de voluntad necesarias para la perfección del negocio. Así, el tercero que ha contratado con el gestor, quien actuando por sí, pero en interés del *dominus,* requiere de la ratificación de este en el plazo concedido, de lo contrario, no quedaría perfeccionado el negocio entre él y el *dominus negotii.* Dicha ratificación, que no es sino la declaración de voluntad del *dominus,* dirigida a convalidar el negocio, concertado por el gestor con el tercero, se instrumenta a través de una escritura pública independiente, o como algunos ordenamientos jurídicos prevén por medio de una diligencia de adhesión. Pero en todo caso resultan instrumentos públicos notariales independientes que cumplimentan la unidad de acto formal o instrumental. Sucede igual con los contratos concertados entre ausentes (*vid*. artículo 317.2 del Código Civil cubano), o en el supuesto de la donación cuando se hace por escrito, aplicado *ex* analogía *legis* a la cesión gratuita de derechos

18 *Ibídem*, p. 173.

19 La diligencia es una verdadera escritura, con todos sus requisitos, pero simplificada, dado que no hay por qué repetir todos los datos de la escritura principal, de la que es continuación. Las copias de estas deben incluir siempre la diligencia de adhesión. Cfr. artículos 178 y 238 del Reglamento Notarial español.

20 Expresa al respecto M. Tamayo Clares: *Temas...,* p. 173, la carencia de fundamento de que la posibilidad de utilizar el mecanismo de la diligencia de adhesión dependa del transcurso del plazo de ley. La diferencia ha de estar –criterio compartido– en que la adhesión se haga, o no, ante el mismo notario autorizante del instrumento principal, y que tenga espacio, o no, suficiente en la matriz para extender la diligencia.

hereditarios, en que tanto la donación (o cesión) pueden instrumentarse por un documento público notarial, distinto del de la aceptación. Se trata de dos documentos públicos que en conjunto conforman la unidad sustancial o negocial quebrantada, para lo cual será necesario el empleo de un acta de notificación (otro sentido no tendría la expresión *"en forma auténtica"* a que se refiere el artículo 374.2 del Código Civil), a los fines de que el donante tenga conocimiento de la aceptación del donatario, cumplimentando así los postulados de la teoría del conocimiento, a la que se afilia el citado artículo 317.2 en sede de perfección de contratos entre ausentes, y ratifica también el apartado 4º. del artículo 374 del mismo cuerpo legal.

En el Derecho español la Ley de Acompañamiento, a la que antes nos referimos, dedica un artículo a la formalización notarial de negocios jurídicos a distancia, disponiendo como *"por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico".* Añade que la materia deberá ser objeto de un desarrollo reglamentario.

Sobre las interesantes aristas introducidas en sede notarial por el desarrollo de la informática Rodríguez Adrados nos dice que este artículo 111 de la Ley de Acompañamiento se refiere, precisamente, a los supuestos en que un negocio único se conforma por una pluralidad de instrumentos públicos.[21] Estos instrumentos, tratándose de formalización a distancia, serán autorizados por dos o más notarios, y mientras no entre en vigor el instrumento público negocial electrónico (Disposición transitoria undécima de la Ley del Notariado) tendrán que estar extendidos necesariamente sobre papel. Ciertamente también sería posible su autorización en tiempos distintos por un mismo notario, pero este supuesto no está comprendido en el artículo 111.

El nuevo precepto se limita a establecer que los notarios se remitirán el contenido de estos documentos bajo su respectiva firma electrónica avanzada. A mi parecer, dice Rodríguez Adrados, las declaraciones de voluntad se integran *ipso facto* en el único negocio jurídico; y este no puede quedar "plasmado", como dice el precepto, en un "único documento público", porque los documentos públicos han sido dos o más, y no pueden dejar de ser dos o más.[22] (Lo que quiere decir Adrados es que existen tantos documentos públicos como otorgamientos ante distintos o ante el mismo notario que en momentos diferentes se hayan hecho, aunque todos integren un único negocio.)

21 A. Rodríguez Adrados: "Incidencias en la seguridad jurídica...", *ob. cit.,* pp. 93 y ss.
22 Ibídem, p. 95.

Lo que las normas reglamentarias han de fijar es el procedimiento para hacer constar en cada documento los otros documentos públicos concurrentes otorgados; pero ni siquiera nos parece preciso esperar a que se dicten tales normas reglamentarias, la aplicación de los artículos 176 y 178 del Reglamento Notarial resulta, de momento, suficiente.

Cuando legalmente sea posible que los instrumentos públicos que recojan declaraciones de voluntad puedan hacerse en soporte electrónico, los otorgamientos sucesivos podrán seguir realizándose sobre soporte papel, o bien mediante soporte electrónico. Pero también en este último supuesto las diversas declaraciones de voluntad y los documentos electrónicos mediante los que se hayan verificado conservarán su individualidad; tampoco el único negocio jurídico podrá quedar "plasmado", como dice el precepto, en un "único documento público", porque también entonces los documentos públicos han sido dos o más, y no pueden dejar de serlo.

En la contratación a distancia, que es donde mayores beneficios podría reportar, no es, pues, posible "una" escritura pública electrónica, porque el negocio único necesariamente habrá de constar en dos (o más) escrituras públicas electrónicas. La escritura pública electrónica solo podrá existir cuando sea otorgada, con unidad de acto o sin ella, ante un mismo notario; pero no veo, dice Rodríguez Adrados, sus ventajas respecto de la escritura en papel con copia sobre soporte electrónico.[23]

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Ávila Alvarez, Pedro: *Estudios de Derecho Notarial*, Montecorvo, Madrid, 1973.

Díez-Gómez, Aurelio: "La unidad de acto", separata de la *Revista de Derecho Notarial*, LXXV, enero-marzo, 1972.

García Bernardo, Alfredo: "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1968.

Giménez-Arnau, Enrique: *Instituciones de Derecho Notarial*, t. II, Reus, Madrid, 1954.

Guzmán Farfán, Saúl: *Derecho Notarial,* vol. II, Editorial Colorgraf, Cochabamba, 2003.

23 *Ibídem,* p. 95.

Pelosi, Carlos A.*: El Documento Notarial,* Editorial Astrea, 3ª. reimpresión, Buenos Aires, 1997.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: *Derecho Notarial*, 7ª. ed., Porrúa, México, 1995.

Rodríguez Adrados, Antonio: "Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado", en *Escritos Jurídicos,* t. III, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996.

_____: "Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001", en *Escritura Pública,* Consejo General del Notariado español, 2004.

_____: "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000.

_____: "Firma electrónica y documento electrónico", en *Escritura Pública*, Consejo General del Notariado español, 2004.

Tamayo Clares, Manuel: *Temas de Derecho Notarial*, 5ª. ed., Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.

Velásquez Urea, María Blanca: "Nueva visión de la unidad de acto", Tesis de Maestría en Derecho Civil y Notarial dirigida por Leonardo B. Pérez Gallardo, Cochabamba, Bolivia, 2005 (en biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987, de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos jurídicos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, Madrid, 2005.

Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 24ª. ed., Tecnos, Madrid, 2005.

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

Ley Orgánica del Notariado español, de 28 de mayo de 1862, *Gaceta de Madrid*, de 29 de mayo, y su *Reglamento*, Decreto de 2 de junio de 1944 en base de datos El Derecho, Editores, Legislación 1, Actualización 2-2004.

Resolución No. 379/2001, de 23 de noviembre, del Ministro de Finanzas y Precios, Reglamento del Impuesto sobre Bienes y Herencias en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria No. 83, de 30 de noviembre de 2001.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (COORDINADOR), JULIETT ALMAGUER MONTERO Y NANCY C. OJEDA RODRÍGUEZ: "Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad", *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Resolución No. 249/2005, de 7 de octubre, del Ministro de Justicia, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria No. 28, de 28 de octubre del 2005.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICA. ESPECIAL REFERENCIA EN SEDE MERCANTIL (PARTE I)

Esp. Carmen Alicia Pérez Díaz
Notaria especialista de la Consultoría Jurídica Internacional

Sumario

1.1. El principio de legalidad. Generalidades. Su proyección registral. 1.2. La calificación registral. 1.2.1. Naturaleza de la función calificadora. 1.3. Caracteres de la función calificadora. 1.4. Medios para calificar. 1.5. Ámbito de la calificación registral. 1.6. Plazo para calificar. 1.6.1 Efectos de la calificación. 1.6.2. Efectos derivados de la calificación registral. 1.7. Faltas subsanables e insubsanables. 1.8. Recursos contra la calificación registral.

1.1. El principio de legalidad. Generalidades. Su proyección registral

El principio de legalidad tiene horizontes muy amplios y, constituye el pilar básico de todo ordenamiento jurídico. A él se refiere, de forma expresa, la Constitución de la República de Cuba, al proclamar que: *"Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad".*[1]

Este principio supone, en sentido estricto, el respeto a la ley formal, emanada de la Asamblea Nacional del Poder Popular, y la subordinación de la Administración del Estado a esa ley. En un sentido amplio, la observancia de la legalidad es sinónimo de sujeción a la voluntad normativa del Estado.

1 *Vid.* artículo 10 de la Constitución de la República de Cuba de 1976, modificada en 1992, con las reformas de 2002. En igual sentido queda plasmado en el artículo 127: *"La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos".*

Utilizando las palabras del tratadista español Luis Díez-Picazo, el principio de legalidad debe ser entendido como superioridad de la ley respecto de las demás fuentes del Derecho. Es, a su juicio, la más coherente forma de comprenderlo. Como la organización política del Estado se funda en la soberanía popular y la ley es precisamente expresión de esa soberanía del pueblo, a través de sus representantes libremente elegidos, la voluntad general encarnada en la ley, es la norma jurídica primordial.

Para que la legalidad no quede en declaración formal, ha de ser concebida no solo como principio, sino como exigencia en cuanto método de actuación de todos los dirigentes y funcionarios del aparato estatal en su conjunto, y como convicción asentada en la conciencia del individuo como ser social; solo entonces, la expresión "observancia de la ley", será una garantía social.

Del cumplimiento de este principio general de legalidad se deriva el principio especial de seguridad jurídica[2] y especialmente seguridad jurídica en el tráfico en sus dos vertientes: la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico jurídico, de tal forma que el registrador mercantil dentro de su competencia tiene el deber de velar por la legalidad de los documentos que se someten a inscripción.

El principio de legalidad en el campo registral presenta igualmente una doble vertiente, de una parte impone al registrador mercantil[3] someterse a la

2 El notario español Juan Bolás Alfonso, en su ponencia "La documentación pública como factor de certeza de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil", *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Seminario Organizado por el Consejo General del Notariado Español, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Editorial Civitas, Madrid, España, 1993, pp. 43-44 define sintéticamente la seguridad jurídica como certeza en la aplicación de la ley, que implica presupuestos objetivos y subjetivos. Dentro de los presupuestos objetivos, destacan para este autor: que exista una ley aplicable, que no existan lagunas en el ordenamiento jurídico, que la ley se publique de forma que pueda ser conocida por todos, que la ley sea clara, limitando así el juego a la interpretación, que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango, que la aplicación de la ley esté garantizada por una eficaz administración de justicia; y dentro de los presupuestos subjetivos: la certeza en la aplicación de la ley, que representa la garantía de tutela jurídica de un lado, y de otro el conocimiento previo de la ley. De modo que no hay seguridad jurídica subjetiva si ignoramos las normas o se tiene un conocimiento equivocado de la ley. Además, debe existir en la conciencia ciudadana la confianza en el respeto generalizado a la ley por la efectividad en su aplicación. Son necesarias las garantías materiales provenientes del régimen socioeconómico y político imperante para la realización de los derechos y de la dignidad humana. Los aspectos citados conjugados de forma armónica condicionan la libertad.

3 Los registros mercantiles están a cargo de un Registrador Mercantil, que es un profesional del Derecho y tiene la condición de funcionario público. El Registro Mercantil está a cargo del Ministerio de Justicia y se integra por el Registro Mercantil Central y los Regis-

legalidad vigente y, de otra, al concederle el poder de velar por el control de la legalidad atribuye a su función la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Toda la actividad que gira en torno al Registro Mercantil se encuentra sometida al imperio de la ley, y de manera particular dirigida a lograr que acceda al Registro solo aquello que reúna las condiciones y requerimientos del ordenamiento jurídico. Esta labor es conocida bajo el nombre de calificación, y se identifica con el contenido propio del llamado principio de legalidad en el ámbito registral.

El sistema registral mercantil cubano impone que los documentos o actos susceptibles de inscripción sean sometidos a examen, verificación o calificación previa, a fin de que dichos actos accedan al Registro con la validez y eficacia necesarias que exige la publicidad registral.[4]

Por consiguiente, en el aspecto registral mercantil, el principio de legalidad opera y se cumple con la función calificadora del registrador para lograr el valor fundamental de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil, como fin básico del Derecho Registral Mercantil.

El principio de legalidad se encuentra formulado con rango legal en el primer párrafo del artículo 9.1 del Decreto-Ley No. 226 del Registro Mercantil de 6 de diciembre de 2001,[5] cuando establece *"[...] los Registradores*

---

tros Mercantiles Territoriales. El Registro Mercantil Central radica en La Habana y tiene competencia en todo el territorio nacional, está a cargo de un Registrador Jefe, auxiliado por los Registradores que se designen. Los Registros Mercantiles Territoriales son creados por el Ministro de Justicia, que establece su competencia.

4 El Registro Mercantil es público. La publicidad se hace efectiva por certificación de los asientos y notas simples informativas de los documentos depositados, expedida por los Registradores, así como por la exhibición de los libros del Registro. La certificación expedida por el Registro es el único medio de probar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. Cualquier persona *debidamente legitimada* puede solicitar información relacionada con el contenido de los asientos del Registro Mercantil. La legitimación para solicitar información o certificación del Registro Mercantil debe procurarla el interesado, acreditando el vínculo precontractual o contractual, la relación jurídica establecida o por establecer relacionada con la pretensión, el interés, su capacidad o autorización para operar en la actividad mercantil en el país o el fundamento de cualquier otra naturaleza que le haga merecedor de la certificación o información. La publicidad de lo registrado no significa dar conocimiento indiscriminado de todo lo contenido en el asiento registral, por lo que el Registrador debe dar solo la información necesaria para satisfacer el legítimo interés del solicitante.

5 Corregido en la edición ordinaria de la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, del jueves 10 de enero de 2002, año C, p. 189. En igual sentido cfr. artículo 7 de la Resolución No. 230, de 29 de octubre de 2002, "Reglamento del Registro Mercantil", publicada en la edición ordinaria de la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, el lunes 4 de noviembre de 2002, p. 1181.

Mercantiles califican la legalidad de los documentos en virtud de los cuales se solicita la inscripción, así como la validez de su contenido y la capacidad y legitimidad de quienes los otorguen o suscriban, tanto de lo que resulte de los propios documentos como de los asientos del Registro".[6]

El fundamento de este principio de legalidad en sede mercantil no es diferente al que sirve de base en materia registral inmobiliaria,[7] toda vez que el examen, la verificación o control de lo que accede al Registro es presupuesto lógico para que a lo registrado se le conceda eficacia frente a los terceros o sociedad en general. La publicidad registral mercantil afirma la existencia de la sociedad, y, frente al tercero, que con ella se relaciona, confirma esa existencia, su capacidad y la legitimación de los órganos o personas físicas que la representan. Veamos algunas opiniones de reconocido prestigio dentro de la abundante literatura que suscita este tema.

Para González y Martínez[8] un sistema como el español, donde los asientos se presumen exactos, resulta lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a registración, pues, de lo contrario, los asientos solo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos.

Así, Broseta Pont y Martínez Sanz[9] refieren que el principio de publicidad material se complementa con el llamado principio de legalidad, por cuya virtud no debe tener acceso al Registro, ni ser inscripto en él ningún acto ni contrato que no respete las prescripciones de la Ley. Precisamente para

6 Gómez Gálligo, *cit. pos* P. Casado Burbano: *Los principios registrales mercantiles,* Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 152, afirma, al hablar de este principio en sede hipotecaria, que "la calificación registral está justificada histórica y doctrinalmente y ha sido perfilada lenta y progresivamente como instrumento para desenvolver los principios modernos de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, de supresión de cargas ocultas y de publicidad de los gravámenes reales" y añade que "en el ámbito mercantil tiene igual o superior justificación: la agilidad de la contratación mercantil basada en la seguridad de los pronunciamientos registrales se convierte en dogma".

7 Para el tratadista Vicente Chulia: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª. ed., t. I, v. 1, Editorial José M. Bosch, Barcelona, 1991, p. 140: "los principios registrales mercantiles, son en buena medida reflejo de los principios hipotecarios, nacidos y desarrollados en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria; pero dotados de características propias, dado que disciplinan la publicidad de hechos, actos y negocios que afectan a un sujeto, persona física o jurídica, y no a un bien o finca registral".

8 Jerónimo González y Martínez *cit .pos* Zenia Fernández Padrón: "El documento público notarial. Su calificación registral", *Tesis presentada en opción al grado científico de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia,* Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005, p. 11.

9 Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz: *Manual de Derecho Mercantil,* v. I, 11ª. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p.129.

darle cumplimiento es por lo que el Registrador Mercantil, en el momento en que se le presenta un documento para su inscripción, debe calificar o examinar bajo su responsabilidad la legalidad del acto o negocio, de sus formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes, examinando si han sido respetados los preceptos legales de carácter imperativo.

Roca Sastre[10] considera que un sistema en que los asientos registrales se presumen exactos y concordantes con la realidad jurídica es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a Registro.

Para este autor el principio de legalidad impone que los títulos que lleguen al Registro para inscripción sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, a fin de que solo tengan acceso los títulos válidos y perfectos.

Por su parte, para Chico y Ortíz,[11] el principio de legalidad en el campo registral supone la necesidad de que el acto que pretenda su acceso al Registro quede sometido a la previa calificación del Registrador, a quien el Estado le concede esta facultad.

Para Esturillo López[12] este principio es indispensable en todo ordenamiento jurídico, pero cuando en alguno de estos, como ocurre en el Registro Mercantil, por razones de seguridad jurídica se producen, mediante la inscripción en él, los importantes efectos de atribución de veracidad al acto o contrato inscripto y los de oponibilidad de estos a todo tercero, merced a los principios de legitimación y publicidad material positiva, es lógica consecuencia que se extremen las precauciones para evitar que el sujeto o acto que pretende acceder a dicho Registro adolezca de defecto legal o reglamentario alguno. De ahí que exista el control preventivo de la calificación registral, como medio de asegurar la legalidad del sujeto o acto en cuestión, y de que el establecimiento de este principio esté en relación con el grado de perfeccionamiento que la institución registral tenga en un determinado país.

El fundamento del principio de legalidad en su modalidad de calificación,[13] tiene su razón de ser en la eficacia de los pronunciamientos registrales. Si

10 Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca Sastre Murcunill: *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral,* t. III, 8ª. ed., Editorial Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997, p. 15.

11 José María Chico y Ortiz: *Estudios sobre Derecho Hipotecario y Derecho Civil,* t. I, 4ª. ed. actualizada, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 528.

12 A. Esturillo López: "Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria", en *La calificación registral*, t. II, 1ª. ed. a cargo de Francisco Javier Gómez Gálligo, Editorial Civitas S.A,, Madrid, 1996, pp. 1937-1938.

13 García García *cit. pos* P. Burbano Casado: *Los principios registrales...,* p. 143, al hablar, en sede hipotecaria, de este principio de legalidad, distingue entre "principio de legalidad

la ley otorga a lo registrado determinados efectos, resulta coherente que se tomen las precauciones necesarias para que no accedan a él hechos, actos o negocios carentes de existencia o de validez.

La función calificadora es una especie de delegación que el Estado, a través de la ley, concede a quien la ejerce. La función y el funcionario, a través del cual se ejercita, son la seguridad en que la Ley confía para desarrollar toda la intensidad de su protección al tráfico jurídico.

La Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en ella se recoge, pero para asegurarse de que el acto que ha de ser protegido plenamente reúne todos los requisitos precisos en cuanto a estos aspectos, exige la intervención última de un funcionario en el que ella confía para que decida si el acto que pretende la protección que la institución registral brinda puede ser merecedor de la misma.

La función calificadora es, en suma, el medio de dar cumplimiento al principio de legalidad, como ha quedado expuesto al inicio de este epígrafe. Consiste en el examen que hace el Registrador de los documentos que pretenden acceder al Registro, con la finalidad de suspender o denegar la entrada en él de aquellos que tengan faltas o defectos, subsanables o no, e inscribir aquellos que consideren válidos y perfectos.

1.2. La calificación registral

1.2.1. Naturaleza de la función calificadora

El tema de la naturaleza jurídica de la función calificadora está ligado íntimamente al de la naturaleza del procedimiento registral del que constituye su pieza clave y en ese sentido han girado las diversas posturas doctrinales, yendo desde quienes entienden que se trata de una actividad jurisdiccional, hasta quienes sustentan que es una actividad netamente administrativa, pasando por quienes la asimilan a la jurisdicción voluntaria o quienes la consideran como una actividad de naturaleza genuina.

La opinión doctrinal más generalizada incluye la calificación registral dentro de los actos de jurisdicción voluntaria. Veamos algunas posiciones doctrinales al respecto.

---

en su modalidad de calificación" y "en su modalidad de documentación auténtica", y destaca que igual podría hablarse de "principio de legalidad" en su modalidad tracto sucesivo, de fe pública o de cualquier otro principio registral.

Para Jerónimo González,[14] el Registrador ejercita en estos momentos una doble función: una de carácter judicial, en cuanto con conocimiento de causa decide, para los efectos de la inscripción, sobre la existencia y alcance de un derecho; y otra de carácter patriarcal, en cuanto advierte a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta le aconseja el modo de subsanarlos. Para este tratadista la función calificadora sirve al desarrollo normal de las relaciones jurídicas, por ello se enmarca dentro de los actos de jurisdicción voluntaria.

Según Roca Sastre[15] "en aquel aspecto judicial de la función calificadora, el Registrador es como un Juez, aunque por producirse a los solos efectos de inscribir o denegar o suspender la inscripción de los títulos en el Registro, sus decisiones no tengan el mismo carácter de las sentencias de los jueces ordinarios. Pero, fuera de esto, el Registrador al calificar aplica, actúa e interpreta derecho y primordialmente Derecho Civil o privado, aunque no a los efectos de declararlo contenciosamente, pero sí para fundar un resultado registral positivo o negativo".

En el criterio de este tratadista, la calificación registral constituye un acto de jurisdicción voluntaria, pero dotado de un procedimiento especial, en el cual el Registrador no declara un derecho dudoso o controvertido, sino que simplemente proclama, una vez examinadas las pruebas documentales, que ha nacido un derecho real o situación jurídica inmobiliaria, autentificando esta afirmación en los libros registrales.

Dice Esturillo López que es indudable que a esta misma conclusión se puede llegar tratándose de la calificación en el Registro Mercantil, por razón de analogía, con solo sustituir las palabras concernientes al nacimiento de un derecho real o situación jurídica inmobiliaria propias de un Registro de la Propiedad, por aquellas otras inherentes a lo que es objeto de inscripción en el Mercantil.[16]

La tesis que equipara la función registral a la judicial fue atacada sobre la base de que no puede mezclarse la actuación registral con la jurisdicción contenciosa, toda vez que la función registral se realiza mediante un procedimiento y no a través de un proceso, además no tiene por objeto el examen de pretensiones, puesto que no se pide nada frente a nadie, ni se pide de un órgano jurisdiccional. En principio no existe litis, se busca la publicidad jurídica.

También se ha sostenido, sin ser mayoritaria, la tesis de que la función registral es de naturaleza administrativa, superando el escollo de que el

14 Jerónimo González *cit. pos.,* Esturillo López: *Ob. cit*, pp.1939-1940.
15 Roca Sastre, *cit. pos.,* Esturillo López: *Ob. cit., Ídem*.
16 Esturillo López: *Ob. cit.,* p. 1941.

mundo de lo administrativo se ciñe a la actividad de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, sobre la base de que también deben incluirse en ese campo los actos administrativos que inciden en las relaciones entre sujetos privados, la denominada Administración Pública del Derecho Privado, que comprende, en la ya clásica expresión de Zanobini, aquellos supuestos "en los que el Estado interviene en las actividades jurídicas entre particulares, no para regularlas, ni para juzgar de la legitimidad o falta de ella de los actos privados singulares en relación con las reglas impuestas, sino para tomar una parte activa en la conclusión de los negocios jurídicos privados o, en general, en la formación de las relaciones jurídicas entre particulares".[17]

En opinión del eminente tratadista español Lacruz Berdejo,[18] la actividad registral puede ser considerada como administrativa en cuanto a organización, reglamentación del servicio, horarios, pero no toda la actividad registral es administrativa. Tampoco resulta viable afirmar que el Registro de la Propiedad[18] es un servicio público, ya que no es una forma de actividad administrativa el fin que lo inspira, no hay intervención distinta a la del Registrador, la administración no es parte en el procedimiento registral y las decisiones del Registrador no pueden ser anuladas por la Administración.

Sin perjuicio de reconocer "la semejanza y aun identidad, que desde el punto de vista material y de contenido o efectos, existe entre la calificación registral y los actos de jurisdicción voluntaria en su más amplio sentido", De Pablo Contreras[20] esgrime diversos argumentos en pro de la incardinación de los Registros de la Propiedad y Mercantil en la organización administrativa del Estado entre ellos, que desde el punto de vista registral mercantil e hipotecario los Registros dependen del Ministerio de Justicia y todos los

17 Casado Burbano: *Ob. cit*. p. 154.

18 Lacruz Berdejo *cit. pos* J. M. Chico y Ortiz: *Estudios sobre Derecho Hipotecario y Derecho Civil,* t. I, 4ª. ed. actualizada, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 534.

19 En la búsqueda de criterios doctrinales sobre el tema se parte de la actividad registral inmobiliaria, y en opinión de esta autora, se atemperan al Registro Mercantil, siempre teniendo en cuenta, como dijera, con mucha precisión y tecnicismo, Blanquer Uberos, *cit. pos* Garrido Cerda, Emilio, "La calificación registral mercantil", Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el 23 de mayo de 1991, en http://premium.vlex.com/doctrina/Anales-Academia-Matritense-Notariado-T-XXXI/, consultado 14/01/2007, que el Registro de la Propiedad es un Registro de bienes, con la finalidad de protección de adquirentes y terceros, y el Registro Mercantil, en cambio, es un Registro de personas para proteger la participación y protagonismo en el tráfico del propio agente inscripto, más que para proteger al tercero que contrata con él.

20 *Cit. pos* P. Casado Burbano: *Ob. cit.* pp. 154-155.

asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.[21]

Casado Burbano[22] destaca que ha habido una corriente muy fuerte, y sin duda mayoritaria, de encuadrar las actividades registrales, inmobiliaria y mercantil, dentro de la jurisdicción voluntaria. Dice este autor que bajo la expresión "jurisdicción voluntaria", cuya naturaleza es bien discutida, se han englobado una serie muy heterogénea de funciones asignadas a los jueces, considerando como tales actos todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Aprecia el tratadista que algunas de las cuestiones allí incluidas, legitimadoras, conformadoras, certificantes, autenticadoras y controladoras o verificatorias, se parecen bastante a las desempeñadas por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como las circunstancias de no haber contienda entre partes, al igual que acontece en la calificación.

La jurisdicción voluntaria implica una cooperación de los órganos oficiales para fijar automáticamente un derecho subjetivo de carácter privado, mira las futuras relaciones jurídicas, tiende a establecer situaciones claras y busca en un procedimiento solemne y no en la discusión de un contradictor particular, la energía con que impondrá sus declaraciones *erga omnes.*

También existe una tendencia moderna encabezada por Lacruz y Chico,[23] quienes argumentan que la función registral tiene algo de los aspectos señalados: de una parte se asemeja a la actuación judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria.

A partir de esta concepción resulta difícil enmarcarla en alguna de las posiciones anteriores. Por lo que Chico[24] considera que tiene una naturaleza especial o autónoma. Es una función diferente con caracteres propios y algunos asimilados.

Esta posición viene a ser la más acertada, por cuanto define de manera más completa la naturaleza jurídica de la función calificadora del registrador mercantil. El procedimiento a través del cual se ejercita la función de calificación mercantil, reviste caracteres singulares, que se detallan y regulan en

21 Para nuestro ordenamiento jurídico los Registros Mercantiles dependen del Ministerio de Justicia a través de la Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio, que controla la actividad técnica y metodológica.

22 *Ob. cit*., p.154.

23 J. M. Chico y Ortiz: *Ob. cit.,* p. 537.

24 *Ídem.*

el Decreto-Ley No. 226, de 2001, del Registro Mercantil y la Resolución No. 230, de 2002, Reglamento de dicho Registro.

1.3. Caracteres de la función calificadora

Los caracteres de la función calificadora registral mercantil[25] son los siguientes:

a) Es obligatoria, en tanto el Registrador ha de pronunciarse inevitablemente en el sentido de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado para la inscripción.[26] Es una función inexcusable.
b) Es personalísima, es decir, indelegable, se trata de un poder que la Ley concede y no es compartido. Supone una actuación con responsabilidad personal, que es consecuente con la independencia de que el Registrador goza.
c) Es una función global y unitaria. La nota de calificación debe incluir todos los defectos por los que procede la denegación o suspensión del asiento. También cabe una calificación distinta ante una nueva presentación, por haber surgido nuevas circunstancias derivadas del contenido propio del Registro que no pueden dejar de tomarse en consideración. Pero no resulta serio que una vez subsanado el defecto o defectos advertidos se le añadan otros.
d) Es una función independiente, solo debe sujeción a la ley; y técnica y metodológicamente queda subordinado a la Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio del Ministerio de Justicia. El Registrador Mercantil no recibe instrucciones ni intromisiones en su cometido de otros funcionarios o autoridades judiciales o administrativas. El Registrador no queda vinculado por decisión previa de otros órganos o entidades, incluso de otros Registradores o de sus propias calificaciones

25 En principio, la calificación registral mercantil, según el criterio del Notario madrileño Emilio Garrido Cerdá: *"La calificación Registral Mercantil",* en http://premium.vlex.com/doctrina/Anales-Academia-Matritense-Notariado-T-XXXI/, consultado 14/01/2007*,* como medio de lograr la actuación del principio de legalidad, participa de las notas y características de la calificación inmobiliaria tradicional, pero viene condicionada o modalizada por las peculiaridades del Registro Mercantil en relación con el de la Propiedad. En opinión de este autor, y que comparto, la calificación mercantil limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción del asiento, es la base del principio de legalidad, el cual, a su vez, permite la actuación del principio de publicidad.

26 Cfr. artículo 59 de la Resolución No. 230, de 29 de octubre de 2002, Reglamento del Registro Mercantil.

anteriores, sin perjuicio de los recursos[27] que puedan interponerse conforme con la ley contra su calificación.

e) Es una función exclusiva, en el sentido de que es el único funcionario competente para efectuarla.
f) Es una facultad en la que los medios de prueba están tasados,[28] ya que el Registrador deberá limitarse en su labor calificadora a lo que resulte de los documentos presentados y de las circunstancias que le ofrecen los asientos del Registro.
g) Es función uniforme,[29] en el sentido que aun cuando en un mismo Registro existan varios Registradores, se tratará, en lo posible, de que los criterios de calificación sean uniformes.
h) Es función responsable, ya que independientemente de la responsabilidad que incumbe al Estado por el funcionamiento del Registro Mercantil, como servicio público, el Registrador Mercantil es responsable disciplinariamente de los errores derivados de la calificación a consecuencia de su actuación. Los Registradores Mercantiles responden por el contenido, validez y eficacia de las certificaciones que emiten de los asientos y depósitos registrales que se encuentren bajo su custodia y de los sujetos inscriptos en el Registro Mercantil de que se trate.[30]

27 El Registrador no es omnímodo en sus decisiones. Pese a su alta calificación profesional puede incurrir en una defectuosa calificación y, como todos los humanos, puede equivocarse. Aunque así no suceda, los interesados tienen derecho a pensarlo. De ahí que la ley establezca la facultad de recurrir contra aquella.

28 Aunque bien pudiera el Registrador exigir otros documentos, complementarios a los presentados y a los asientos del Registro, que le permitieran una valoración más completa sobre el acto sometido a inscripción.

29 La uniformidad en la calificación permite al notario, aun cuando la norma no sea clara, adoptar determinadas posiciones para la redacción y conformación de los documentos notariales que autoriza. Veamos a manera de ejemplo, el último párrafo del artículo 139 del Reglamento del Registro Mercantil vigente, donde se precisa que los supuestos de inscripción relacionados con nombramientos de administradores, secretarios, vicesecretarios, apertura, cierre y demás actos relativos a las sucursales, los balances financieros, estados de ganancias y pérdidas anuales, y cualquier otra circunstancia que deba ser asentada por criterio de los socios no tiene que realizarse necesariamente en virtud de escritura pública o de protocolización de documentos que se exigen para los demás supuestos. No obstante, en la práctica se exige el documento notarial como consenso al que se ha arribado en reuniones de trabajo sostenidas entre los Registradores Mercantiles y los Notarios de la Notaría Especial, lo que resulta atinado para lograr coherencia y rectitud en el trabajo conjunto que desarrollamos. Este último párrafo del artículo 139 también tiene su reflejo en el artículo 147 del citado reglamento: *"La inscripción de las modificaciones de los extremos que contiene la inscripción primera consignadas en los estatutos, con excepción de la renovación, sustitución o nuevo nombramiento de administradores, se practica siempre en virtud de documento notarial".*

30 *Vid.* artículo 29 del Reglamento del Registro Mercantil vigente.

1.4. Medios para calificar

Calificar supone un juicio lógico. Se requiere de elementos básicos para emitirlo y llegar a una conclusión. Esos elementos están tasados, es decir, para el Registrador calificar no puede recurrir a todo tipo de pruebas, sino que ha de ceñirse a los que le fija la ley. Esos medios son: los documentos que se le presentan y la situación que ofrecen los propios libros del Registro. En ese sentido se expresa el artículo 9.1 del Decreto-Ley No. 226, de 6 de diciembre de 2001, al referirse *"tanto por lo que resulte de los propios documentos como de los asientos del Registro".*[31]

El sistema español se basa en la calificación de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro.[32]

En nuestro sistema registral mercantil, el Registrador Mercantil califica la legalidad de la forma extrínseca de los documentos de los cuales se solicita la inscripción, así como la validez de su contenido y la capacidad y legitimidad de quienes los otorguen o suscriban, tanto por lo que resulte de los propios documentos, como de los asientos del Registro.[33]

En la calificación, el Registrador ha de tener en cuenta la totalidad de los documentos presentados, y valora la omisión o falta de claridad en la expresión de cualquier circunstancia que necesariamente deba contener la inscripción o deban ser calificadas.[34]

1.5. Ámbito de la calificación registral mercantil

La calificación del Registrador se extenderá a los extremos señalados en los artículos 9.1 del Decreto-Ley No. 226 del Registro Mercantil y el artículo 7 de la Resolución No. 230, Reglamento del Registro Mercantil.

31 Al decir de P. Burbano Casado: *Ob. cit*., p. 163, "el Registrador no puede valerse de presunciones 'terreno siempre conflictivo con la seguridad jurídica'". Acota también que no puede recurrir a datos o noticias de los que haya tenido conocimiento por conductos extrarregistrales.

32 Cfr. artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil español (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio).

33 Cfr. artículo 7 de la Resolución No. 230, de 29 de octubre de 2002, Reglamento del Registro Mercantil vigente. Este artículo reproduce, con ligeros cambios, el contenido del artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil español invocado.

34 Así, artículo 60 de nuestro Reglamento del Registro Mercantil.

Cada calificación en particular se realiza desde diferente visión y abarca numerosos aspectos. Por ello, para determinar el ámbito de la calificación, se hace necesario distinguir las tres clases de documentos que pueden provocar: los notariales, los judiciales y los administrativos,[35] aunque en el presente trabajo solo nos vamos a circunscribir al estudio de los primeros, es decir, de los documentos notariales, los cuales constituyen, por demás, el título que con más frecuencia accede al Registro Mercantil.

En el análisis, en un primer momento, me voy a referir a ese control inicial que realiza el Registrador a fin de determinar si los documentos presentados son válidos para la extensión del asiento de presentación, y en segundo lugar, examinaré la calificación propiamente dicha que es la que recae sobre los documentos inscribibles y su contenido formal y material.

En relación con la práctica del asiento de presentación es conveniente valorar los siguientes aspectos:

I. Competencia territorial: El Registrador Mercantil ha de calificar dentro del ámbito de su competencia. En ese sentido el artículo 17 del Reglamento del Registro Mercantil advierte que *"la inscripción se practica en el Registro Mercantil Territorial del domicilio social del obligado y de no existir, se inscriben en el Registro Mercantil Central".* Siguiendo esta línea se pronuncia el artículo 31 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando señala que la inscripción y demás actos registrables se practican en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio del sujeto inscribible. Y en su segundo párrafo prohíbe al Registrador Mercantil practicar inscripciones y expedir certificaciones de cualquier sujeto cuyo domicilio no se encuentre situado dentro de la demarcación territorial que fija su nombramiento. Igualmente es importante tener en cuenta el ámbito de competencia funcional propia de cada Registro.[36]
II. Requisitos mínimos de los documentos presentados: en el Registro Mercantil no todos los documentos son susceptibles de presentación y el Registrador no puede extender asientos de presentación de aquellos que no producen operación registral, con ello cumple con el principio de tipicidad, por el cual únicamente accede al Registro Mercantil aquello que ha

35 Cfr. artículo 4 del Reglamento del Registro Mercantil vigente.

36 El artículo 27 del Reglamento del Registro Mercantil señala las funciones propias del Registro Mercantil Central (este Registro radica en La Habana y tiene competencia en todo el territorio nacional, está a cargo de un Registrador Jefe, auxiliado por los Registradores que se designen), y el artículo 32 del propio texto legal indica cuáles corresponden a los Registros Mercantiles Territoriales (estos son creados por el Ministerio de Justicia, que establece su competencia).

determinado el legislador, es decir, el Registrador ha de tener en cuenta lo que rigurosamente constituye materia registrable.

En relación con los documentos inscribibles:

Sanahuja[37] considera como forma del instrumento público, o sea el notarial, "el conjunto de requisitos que deben concurrir en él" y la divide en interna y externa, según que afecten tales requisitos al contenido que constituye su objeto o al instrumento público en cuanto a tal. Es decir, aquella constituye el reflejo instrumental de la relación jurídica sustancial, y esta, de la relación jurídica formal.

Partiendo del criterio de Sanahuja veamos los requisitos y condiciones sobre los que puede recaer la calificación registral, a saber:

a) La legalidad de sus formas extrínsecas, que comprende un examen de las normas y reglas que han de ser observadas en la redacción y autorización de los documentos por parte del notario, y dentro de estas podemos citar:
   1. el Registrador Mercantil debe calificar la competencia por razón de la materia y del territorio del Notario que haya autorizado o expedido la copia, se trata de saber si el documento ha sido realizado dentro o fuera del ámbito de competencia[38] del Notario. Asimismo debe valorar el cumplimiento de los requisitos esenciales de forma y los necesarios para acreditar la autenticidad de la copia presentada.[39]

37 J. M. Sanahuja Soler *cit. pos* Esturillo López: *Ob. cit*., p. 1947.

38 En este punto es válido distinguir entre competencia por razón de la materia y del territorio del Notario. En cuanto a la competencia por razón de la materia, cabe citar por ejemplo, la Resolución No. 1, de 7 de enero de 2002, del Ministro de Justicia, la cual establece que la Notaría Especial de ese propio Ministerio es la encargada, con carácter exclusivo, de autorizar cuantos documentos notariales de carácter mercantil soliciten las entidades o sociedades mercantiles radicadas en el territorio nacional, incluyendo las representaciones de sociedades mercantiles extranjeras, siempre que esos documentos requieran previa autorización estatal, gubernamental o administrativa, así como cuantos otros, cualquiera sea su índole o naturaleza, requieran las sociedades inmobiliarias en el desarrollo de las actividades para las que han sido creadas. En cuanto a la competencia por razón del territorio, existen actos como por ejemplo, la permuta de viviendas en la cual uno de los inmuebles se encuentre en alguno de los municipios especiales que establece el Decreto No. 217, de 28 de abril de 1997, "Regulaciones migratorias internas para la Ciudad de La Habana y sus contravenciones", que solo podrán ser autorizados por el notario que tenga sede en ese municipio, aun cuando su competencia sea provincial o nacional.

39 Para el caso de las copias expedidas por funcionarios extranjeros les remito a lo regulado en el artículo 16 del Reglamento del Registro Mercantil vigente cuando dice: "A los efectos de su inscripción en el país, los documentos otorgados en idioma que no sea español, requieren ser traducidos oficialmente en virtud de lo establecido en la legislación vigente. Sin el cumplimiento de este requisito previo dichos documentos no pueden ser inscriptos

2. el cumplimiento de los requisitos formales de carácter esencial que las leyes exigen en el otorgamiento de las escrituras públicas para su validez y eficacia. Entre estos requisitos deben estar presentes con claridad necesaria las circunstancias exigidas por el Código de Comercio, por el Decreto-Ley No. 226 de 6 de diciembre de 2001, del Registro Mercantil y el Reglamento del Registro Mercantil, en lo referido a la constitución de sociedades anónimas[40] y otros actos vinculados con el desarrollo de su actividad.
3. La legitimación, legalización, en su caso, y demás requisitos referentes a la autenticidad de la copia de la escritura presentada al Registrador.[41]
4. Requisito del uso del papel matriz.[42]

b) La capacidad y legitimación de otorgantes. El Decreto-Ley No. 226, del Registro Mercantil, y la Resolución No. 230, Reglamento de dicho Registro, se refieren a la capacidad y legitimación de quienes otorguen o suscriban los documentos a inscribir.

Como vemos, estas disposiciones normativas aluden a dos extensos campos, el de la capacidad y el de la legitimación. Por ello, consideramos que la capacidad ha de apreciarse tanto como capacidad jurídica, es decir, en el sentido genérico de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, como capacidad de obrar, es decir, aptitud para ejercer esos derechos o cumplir obligaciones por sí.

Y siguiendo a Casado Burbano,[43] la legitimación ha de verse como la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos. Por tanto, a diferencia de la capacidad que implica una aptitud genérica e intrínseca, la legitimación, en criterio de este autor, al cual me sumo, supone una determinada o particular relación extrínseca.

---

en el Registro Mercantil". En igual sentido debe apreciarse lo regulado por el artículo 19 de la Ley de las Notarías Estatales para tales documentos.

40 Apreciar las circunstancias que exige el artículo 151 del Código de Comercio vigente, y la de los artículos 140 y siguientes de la Resolución No. 230, "Reglamento del Registro Mercantil", relacionados con el contenido de la primera inscripción y otros actos modificativos de las situaciones inscriptas.

41 Debe observarse si obran en el título los sellos del timbre correspondientes, los cuños del notario, con expresión de su nombre y número, incluyendo el cuño seco según Instrucción No.1/2003, de 6 de enero, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia.

42 *Vid* artículo 34 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales y Resolución No. 6, de 7 de junio de 2001, del Director de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.

43 *Ob. cit*., p. 167.

La mayoría de los sujetos inscriptos en el Registro Mercantil y que actúan en el tráfico jurídico, lo hacen por medio de la intervención de personas físicas legitimadas para ello, ya sea por hallarse vinculadas a dichos sujetos, formando parte de sus órganos de representación, caso en el cual la voluntad ha de considerarse como propia voluntad del ente social o ya sea porque esos órganos les han conferido poder que les faculta para actuar en su nombre.

En este punto creo prudente referirme someramente a la representación orgánica y voluntaria. La representación orgánica es el instrumento a través del cual la sociedad manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos imprescindibles y necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades, es el propio ente quien actúa, es un elemento imprescindible en su estructura y conformación funcional. Se trata de actos directos, vinculantes para el ente societario. Es la propia sociedad quien ejecuta sus actos mediante el sistema de actuación legal establecido en sus estatutos sociales.

En cambio, la representación voluntaria posibilita la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para el ente social, sometiéndose a principios de actuación diferentes a los de la representación orgánica. En este supuesto, el ámbito de la actuación representativa y la actuación del apoderado se someten a lo regulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación al órgano de administración.

En materia de representación orgánica, simplifica la labor calificadora, el hecho de que en la primera inscripción de los entes registrados debe constar quiénes ostentan su representación y cuáles son sus atribuciones en consonancia con los estatutos sociales.[44] La representación se extiende a todos aquellos actos comprendidos dentro del objeto social de la compañía mercantil. El órgano que ostenta la representación de la sociedad no puede tener atribuido poderes que excedan del ámbito de actuación comprendido en el objeto social.

En materia de representación voluntaria debe tenerse en cuenta que quien confiere el poder, tiene facultades suficientes para ello. En el otorgamiento de poderes, el notario debe acentuar el celo y el rigor para

44 Les remito a los artículos 139 e) y 140 k) del Reglamento del Registro Mercantil por solo citar algunos ejemplos. En igual sentido pudiéramos ver los artículos 151 del Código de Comercio, y los artículos 20 f), 21 e) y 23 e) del Decreto-Ley No. 226, de 2001, del Registro Mercantil.

evitar perjuicios al poderdante. Además debe tomar en consideración el carácter civil o mercantil del poder, toda vez que el apoderamiento civil, en términos generales, no comprende facultades para realizar actos de dominio, los que deben ser nominativamente indicados en el correspondiente instrumento (artículo 401, del Código Civil). No obstante, en el ámbito mercantil los poderes generales incluyen toda clase de actos que recaigan sobre el objeto social de la empresa.

Por otra parte, debe apreciarse que el ejercicio de facultades representativas, orgánicas o voluntarias exige de autorizaciones previas de autoridades u otros órganos, lo que se acredita con el documento emitido al efecto.[45]

En el ámbito de la calificación registral mercantil, es criterio de esta autora y sin merma de la función de los Registradores, que deben respetarse los juicios que emite el notario sobre la capacidad natural del otorgante y sobre la suficiencia de las facultades representativas de quienes comparecen en nombre ajeno. Nótese que en muchos casos quien comparece a otorgar el documento notarial no coincide con la persona que comparece al Registro Mercantil a solicitar la inscripción del título. Lógicamente me refiero a la persona natural, a la persona física que representa a la persona jurídica. De qué forma podría calificar la capacidad[46] de esa persona el Registrador Mercantil si no la tiene a su presencia.

c) Validez del contenido

El artículo 9.1, del Decreto-Ley No. 226, "Del Registro Mercantil", y el artículo 7 de su Reglamento, con idéntica redacción, alcanza también a la validez del acto documentado. En esta valoración el Registrador Mercantil no realiza una evaluación aislada de los documentos presentados a inscripción, sino que contempla también la situación registral preexistente.

Dice Casado Burbano[47] que la doctrina ha puesto de relieve que son muchos y muy variados los extremos calificables en relación con la validez del contenido de los documentos inscribibles. Lo calificable adquiere, en su opinión, dimensiones insospechadas, la observancia de todo lo requerido por las normas imperativas generales y particulares y por las propias normas estatutarias, en su caso, del sujeto inscribible, y es aquí,

45 En los estatutos sociales, en muchas ocasiones, se exige para el otorgamiento de poderes generales y especiales, el acuerdo de la Junta General de Accionistas.

46 Capacidad mental, intelectual y volítiva de quien comparece.

47 *Ob. cit*. p. 176, citando a Manuel González-Meneses Robles: "Calificación de documentos mercantiles", en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pp. 1195 y ss.

destaca, donde el Registrador Mercantil debe dar la talla de su aquilatada condición de jurista. Para este autor comprobar la validez del contenido de lo que quiere acceder al Registro implica identificar correctamente el supuesto de hecho y escoger las normas que le resulten aplicables, interpretándolas conforme con los principios rectores del ordenamiento jurídico, cuidando de lo imperativo, sin mengua de los espacios reservados a lo facultativo.

La tarea de calificación en este sentido es amplísima, pero considero que esencialmente el Registrador debe calificar el contenido de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas o por el órgano de administración, lo que resulta de las actas o certificaciones presentadas al notario examinar los supuestos que precisan de autorización gubernativa previa, *v. gr.,* en los actos fundacionales de sociedades anónimas, ya sean de capital totalmente cubano[48] o las reguladas por la Ley No. 77, de 5 de septiembre de 1995, "De la Inversión Extranjera", los de creación de instituciones financieras no bancarias,[49] de sociedades civiles de servicios,[50] verificar, cuando los accionistas son personas naturales, que se han cumplido las formalidades que establece la Resolución del Banco Central de Cuba, Ministerio de Finanzas y Precios y Ministerio de Comercio Exterior, de 1ro. de octubre de 1998, o si se han tenido en cuenta las exigencias de la Resolución No. 27 del Ministerio de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, de 27 de mayo de 2003.

En igual sentido, el Registrador debe observar todos aquellos pactos y condiciones, que sin oponerse a las leyes, puedan contradecir los principios doctrinales configuradores del tipo societario, lo que apreciará tanto en el momento del acto fundacional, como en los supuestos de modificaciones de los pactos o estatutos iniciales.

En la calificación de la validez del contenido de los documentos inscribibles, debe el Registrador distinguir dos aspectos, el primero referido a los requerimientos para la creación de la sociedad, y el segundo, a los actos y hechos que se producen durante la vida del sujeto inscripto que forman su historial registral.

48 Resolución No. 260 del Ministerio del Comercio Exterior, de fecha 21 de junio de 1999.

49 Debe ajustarse a los requerimientos del Decreto-Ley No. 173/1997, de 28 de mayo, sobre los bancos e instituciones financieras no bancarias, donde el objeto social será lo comprendido en la Licencia emitida por el Banco Central de Cuba.

50 Decreto-Ley No. 77/1984, de 20 de enero, sobre creación de sociedades civiles de servicios.

1.6. Plazo para calificar

En este sentido no es extensa nuestra norma, solo el artículo 61 del Reglamento del Registro Mercantil vigente estipula: que *"[...] la calificación se realiza dentro del término de los quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación".* Es decir, se verificará dentro del plazo señalado para la práctica del asiento de presentación. Sobre este aspecto abundaré más, en cuanto a términos, en el epígrafe dedicado a los recursos contra la calificación registral.

1.6.1. Efectos fundamentales de la calificación registral

El efecto fundamental de la calificación registral mercantil está limitado a extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado para la inscripción,[51] y esto constituye, a mi juicio, la base del principio de legalidad, el cual permite la actuación de la publicidad material.

La calificación tiene, como efecto inmediato, admitir o rechazar el título presentado al Registro; si se rechaza obedece a faltas del documento que pueden ser subsanadas, o no. Si el documento presentara defectos u omisiones de forma, así lo hará saber el Registrador, y ello conlleva a suspender la práctica del asiento solicitado, o bien una negativa no condicionada, porque el Registrador estima que no admite subsanación, que es lo que la legislación califica de denegar el asiento.

Los defectos o faltas pueden nacer de cualquiera de los extremos que los artículos 9.1 del Decreto-Ley No. 226 del Registro Mercantil, 7 y 59 del Reglamento de dicho Registro someten al examen calificador del Registrador, es decir, de las formas extrínsecas de los documentos, de la capacidad y legitimación de las personas que suscriban u otorguen, o de los asientos del Registro.

51 Cfr. segundo párrafo del artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil. Quizá la formulación de este artículo resulta un tanto pedestre toda vez que tras la finalidad primera de esos efectos –extender, suspender o denegar la inscripción– subyace la finalidad primordial de toda inscripción registral: la seguridad jurídica y a través de ella lograr la máxima justicia posible en el tráfico. La seguridad del tráfico, que constituye una manifestación del amplio principio de seguridad jurídica, es un importante valor en el mundo del Derecho, y sobre él, como valor supremo, está siempre la Justicia, por ello la función calificadora debe apuntar siempre hacia ella.

1.6.2. Efectos derivados de la calificación registral

Los efectos derivados de la calificación registral se pueden concretar en los siguientes:

I) Si la calificación es favorable a la extensión del asiento, es decir, si el título presentado no tuviera defectos, se practica inmediatamente el o los asientos solicitados, consignando al pie del título y al margen del asiento de presentación la oportuna nota de referencia.

II) Si la calificación del Registrador es desfavorable, es decir, en caso de que el documento presente defectos que impidan su inscripción, el Registrador dicta resolución en la que expresa lo siguiente:
   a) Los defectos de que adolece;
   b) Los fundamentos de Derecho o de las normas generalmente aceptadas en contabilidad;
   c) Si los defectos u omisiones son subsanables, o no;
   d) El término que se tiene para la subsanación, en su caso;
   e) El recurso que se puede interponer contra la resolución y el término para interponerlo.

La resolución de calificación se notifica a los interesados en un término no mayor de quince días siguientes a la fecha de presentación y, conjuntamente, se devuelven los documentos defectuosos, consignando nota de ello al margen del asiento de presentación.

1.7. Faltas subsanables e insubsanables

Como nada dicen las disposiciones registrales mercantiles en cuanto al criterio a seguir para distinguir entre faltas subsanables e insubsanables, podría aplicarse por analogía los criterios del artículo 65 de la Ley Hipotecaria vigente en Cuba,[52] aunque este precepto no soluciona gran cosa, ya que solo determina los campos a los que el Registrador ha de atender al realizar la calificación.

52 Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.
Si el título contuviere alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título.
Serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación.
En el caso de contener el título alguna falta de esta clase se denegará la inscripción sin poder verificarse anotación preventiva.

El principio de calificación, así como el de legalidad recogidos en este trabajo, en opinión de Gómez Gállido,[53] son la base del funcionamiento del sistema registral y de la propia problemática de la clasificación entre faltas subsanables e insubsanables.

La cuestión resulta verdaderamente complicada. La Dirección General de los Registros y el Notariado español, en su Resolución de 20 de febrero de 1995, reconoce, en materia mercantil, que la distinción entre una y otra naturaleza de las faltas es un tema que jurisprudencial y doctrinalmente ofrece gran dificultad en su formulación general.[54]

El Reglamento del Registro Mercantil vigente ha utilizado, para suplir esta ausencia, la fórmula que brinda el artículo 62, inciso c), donde se exige al Registrador expresar, en la resolución emitida cuando existen defectos que impiden la inscripción, el carácter subsanable o insubsanable de la falta.

El origen de las faltas, tanto subsanables como insubsanables, puede encontrarse en la forma o en el contenido del título o en el Registro. Y, sin pretender hacer una relación de estas faltas, me referiré de manera particular a ellas, siguiendo el orden antes dicho, es decir, en primer término, a aquellos defectos cuyo origen proviene de faltas en cuanto a las formas y solemnidades de los documentos presentados al Registro Mercantil, en qué casos estaríamos en presencia de defectos subsanables, y cuándo en presencia de defectos insubsanables.

Entre los primeros estarían: las faltas en la forma del instrumento público que no sean las contenidas en el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales,[55] por ejemplo, la omisión sobre la suficiencia de los poderes pre-

53 "Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad, distinción entre faltas subsanables e insubsanables", en *La Calificación Registral*, edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállido, t. II, 1ª. ed., Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 1479.

54 P. Casado Burbano: *Ob. cit*, p. 196.

55 "*Son nulos los documentos notariales:*

"a) autorizados por el Notario en las circunstancias a que se refiere el inciso a) del artículo 11 de esta Ley, es decir, autorizar documentos notariales fuera de los límites de la competencia territorial, salvo en los casos en que el requirente se encuentre en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales;

"b) 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) en los que el juicio que emite el Notario se basa en declaraciones de testigos obligatorios y estos sean inhábiles;

"d) en los casos en que se declaren judicialmente;

"e) cuando concurran otras causales previstas en la ley.

"*La nulidad e invalidez de los documentos notariales solo puede efectuarse mediante resolución de tribunal competente*".

sentados en caso de representación, errores de transcripción o derivados de replicar documentos, impuestos por la dinámica del trabajo mercantil; y los defectos insubsanables serían la no adopción de la forma legalmente establecida o la incompetencia de quienes autoricen o suscriban los documentos, y los supuestos ya reseñados del artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales.

En cuanto a las faltas cuyo origen está determinado por el contenido de los documentos presentados, pueden valorarse como subsanables las indeterminaciones o contradicciones en aspectos no esenciales o que puedan verificarse por el Registrador auxiliado de otros medios, digamos la solicitud de documentos que se mencionan en la escritura y no obran incorporados en la copia presentada, e insubsanables la omisión de elementos constitutivos del hecho, acto o negocio a registrar, entre los que pudieran estar el consentimiento, la falta de capacidad, la no observancia de preceptos imperativos o prohibitivos, pues el acto resultaría nulo, como los actos jurídicos establecidos en el artículo 67 del Código Civil vigente.

Y por último podemos encontrar faltas provenientes de la situación registral, siendo la más frecuente de las subsanables, la omisión de determinadas inscripciones previas,[56] imposibilidad del Registrador al estar en reconstrucción los libros, y como defecto insubsanable sería la falta de tipicidad registral de aquello que se pretende registrar.

En la doctrina hipotecarista se han adoptado diversas posiciones en torno a la conceptualización de las faltas tanto subsanables como insubsanables, pero la más interesante, a mi juicio, es la ofrecida por Díez-Picazo,[57] quien sostiene que las faltas pueden referirse al acto o negocio jurídico documentado o bien al documento como instrumento en que el negocio se plasma y como vehículo probatorio de su contenido. Si las faltas conciernen al acto o negocio jurídico documentado son insubsanables cuando producen su inexistencia jurídica o su nulidad absoluta. Son subsanables si pueden aplicarse los conceptos civiles de confirmación, convalidación o ratificación.

56 Dice el artículo 7.2 del Decreto-Ley No. 226/2001, "Del Registro Mercantil": que *"Para inscribir personas, actos o contratos relacionados con otros inscribibles en el Registro, se requiere que estas personas, actos o contratos principales de los que dependan, estén previamente inscritos".* El artículo 7.2 es reproducido *mutatis mutandis* por el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil. Y el artículo 10.2 del citado Decreto-Ley indica: *"Para formalizar ante Notario actos o documentos inscribibles en el Registro Mercantil, los sujetos acreditan, previamente, la inscripción de los precedentes. En caso contrario, el Notario se abstiene de actuar".*

57 L. Díez-Picazo: *Ob. cit.*, p. 392.

Si las faltas se refieren al documento en que dicho negocio aparece recogido, entonces hay que tener en cuenta si el documento constituye una forma solemne especial del negocio o si es simplemente para acreditar o probar, de carácter fehaciente, el contenido negocial. Si el documento es requisito esencial o constitutivo, cualquier vicio o defecto que determine la inexistencia de la forma, deberá ser considerado como insubsanable. En cambio, en todos aquellos casos que el documento aparece como probatorio, los defectos documentales podrán ser considerados como subsanables.

Para Esturillo López[58] si los defectos encontrados no provocan la nulidad del documento y permiten, por tanto, ser corregidos por medios legalmente aptos para ello, estaremos en el caso de las llamadas faltas subsanables. Y, si por el contrario, no se corrigen sino mediante un nuevo otorgamiento sustancial, por estimarse nulos los documentos presentados, estaremos en el supuesto de las insubsanables.

Los criterios aquí reseñados son válidos también para el análisis registral mercantil, guían al Registrador para la emisión de su juicio crítico, en cada caso.

Así, podemos concluir que son disímiles y variados los criterios sobre el tema, no obstante, unos y otros se complementan, son aprovechables, tomando en cuenta que ninguno agota las innumerables realidades a las que se enfrenta el Registrador en su labor calificadora, porque cada caso exige un examen particular e irremediablemente acude a los principios generales, a la analogía y a los demás elementos que constituyen la esencia de la calificación para pronunciarse en uno u otro sentido.

No obstante, en mi criterio, en la calificación de las escrituras y demás documentos notariales que acceden al Registro Mercantil, hay que distinguir, como lo hace magistralmente Díez-Picazo,[59] entre las faltas en el negocio contenido en el documento y el documento en sí, pues en dependencia de ello resultaría el análisis, tratamiento y, por tanto, la decisión a adoptar.

1.8. Recursos contra la calificación registral

Las razones que justifican la existencia de instancias, tanto en la vía judicial como en la administrativa, justifican la regulación de un sistema de recursos en materia registral mercantil. La calificación del Registrador Mercantil es recurrible. A los recursos que establece nuestro ordenamiento me refiero seguidamente.

58 Esturillo López: *Ob. cit.,* p. 1959.
59 L. Díez-Picazo: *Ob. cit.,* p. 395.

Existen dos tipos de recursos contra la calificación registral mercantil: el de reforma y el de apelación, quedando siempre expedita la vía judicial ante cualquier inconformidad de los interesados.

El artículo 9.2 del Decreto-Ley No. 226, de 2001, "Del Registro Mercantil", establece:

"Contra la resolución de calificación puede establecerse recurso de reforma ante el propio Registrador Mercantil. En caso de inconformidad con la decisión que resuelve el recurso de reforma, cabe recurso de apelación ante el Director de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio del Ministerio de Justicia, dentro del término de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de la notificación".

El recurso de reforma a que hace referencia este artículo, se interpone dentro de los cinco días hábiles posteriores a la notificación, ante el propio Registrador, quien lo resuelve dentro del término de diez días. Este recurso se circunscribe a las cuestiones que se relacionen directamente con la calificación del Registrador, sin que puedan estimarse las peticiones basadas en otros motivos o amparadas en documentos no presentados en tiempo.

Ante la inconformidad con la decisión que resuelve el recurso de reforma, el interesado puede interponer recurso de apelación dentro de los diez días hábiles siguientes, ante el Director del Registro de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio del Ministerio de Justicia, por conducto del Registro Mercantil Central. Este recurso se resuelve dentro del término de treinta días hábiles siguientes a su presentación. Si se solicitare otros documentos por la autoridad facultada para mejor proveer, el término comienza a contarse desde la fecha fijada a tales efectos por la autoridad que lo solicite.

La resolución que resuelve el recurso dispone, de forma fundamentada, la ratificación, revocación o modificación de la resolución recurrida y se notifica a los interesados dentro de los cinco días siguientes a su fecha.

Contra lo resuelto por el Director de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio del Ministerio de Justicia, puede interponer proceso judicial, como se expresa al inicio de este acápite.

Si la resolución que resuelve un recurso modifica o ratifica la resolución recurrida, el recurrente debe subsanar los defectos de que adolecen los documentos en el término de noventa días. Transcurrido dicho término sin que se presentaren los documentos subsanados, se procede a la cancelación del asiento de presentación.

Se considera parte legitimada para interponer recursos, de conformidad con lo que dispone el artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil vigente:

a) La persona a cuyo favor se hubiera interesado la inscripción;

b) quien tenga interés legítimo en asegurar los efectos de esta;
c) quien ostente o acredite la representación legal o voluntaria de las personas comprendidas en los incisos a) y b) del presente artículo;
d) el Fiscal, cuando se trate de documentos expedidos por autoridad judicial y que se refiera a asuntos en que deba ser parte con arreglo a las leyes;
e) el notario autorizante.

El juicio del Registrador Mercantil está siempre sujeto a revisión,[60] ya que suele adolecer de los defectos que la naturaleza humana introduce en los juicios humanos. La posibilidad de interponer recurso contra la calificación registral es una cuestión fundamental, inmersa en el derecho, en busca de la tutela eficaz de la justicia, de ahí que quede expedita la vía judicial.

Conclusiones

Analizado el principio de legalidad en su proyección registral mercantil, desde el punto de vista doctrinal, así como su planteamiento en nuestro ordenamiento jurídico, y después realizar el estudio de los documentos notariales que como títulos formales acceden al Registro Mercantil, y de los requisitos que estos deben cumplir, arribamos a las siguientes conclusiones:

Primera: La calificación registral es el medio para dar cumplimiento al principio de legalidad. Consiste en el examen que hace el Registrador de los documentos que pretenden acceder al Registro, con la finalidad de suspender o denegar la entrada en él de aquellos que adolezcan de faltas o defectos subsanables o insubsanables, respectivamente, e inscribir aquellos otros que se estimen válidos y perfectos.

Segunda: El principio de legalidad se materializa mediante la calificación, que es la base del funcionamiento del sistema registral y de la propia problemática de la clasificación en faltas subsanables e insubsanables. Se le atribuye a esta función la salvaguarda de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

Tercera: Los medios principales a tener en cuenta por el Registrador para realizar la calificación, según la doctrina y las normativas vigentes, son los que resulten de los documentos presentados y de los asientos del Registro. Así, el artículo 9.1 del Decreto-Ley No. 226/2001 y el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil sancionan que el Registrador Mercantil califica la legalidad de las formas extrínsecas de los documen-

60 Al igual que sucede con los juicios que emite el notario.

tos que se les solicita la inscripción, así como la validez de su contenido y la capacidad y legitimación de quienes los otorguen o suscriban, tanto por lo que resulte de los propios documentos, como de los asientos del Registro.

Cuarta: La calificación registral es una función con caracteres propios y su efecto fundamental se limita a extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado para la inscripción.

Quinta: En la calificación del documento notarial, el Registrador Mercantil debe partir del análisis de los requisitos en los dos planos del instrumento: el plano del *instrumentum* propiamente dicho, que es Derecho notarial puro, y el plano del *negotium*, que comprende la ley sustantiva.

Sexta: La exigencia de la escritura pública en materia de sociedades mercantiles va más allá del acto fundacional, porque constituye requisito indispensable para todos los actos modificativos, tales como denominación, domicilio, aumento y reducción de capital, creación de sucursales, transformación, fusión, escisión, etc., así como para su disolución y liquidación. En general, todos los acuerdos sociales inscribibles en el Registro Mercantil deben ser elevados a escritura pública.

Séptima: Ante la dispersión legislativa existente y la ausencia de la regulación en importantes instituciones jurídicas, la práctica notarial y registral mercantil en nuestro país se ve urgida de normas técnicas de actuación que tributen a la eficacia del documento público notarial en su acceso al Registro Mercantil, lo que traduzco en validez del documento notarial, que permita su inscripción al ser calificado por reunir los requisitos formales y de contenido que exige el acto instrumentado.

Octava: La intervención del notario en la autorización de los documentos públicos notariales que acceden al Registro Mercantil y la calificación de estos por los Registradores Mercantiles no constituyen funciones que interfieran entre sí, sino que se complementan, pues al Estado lo que le interesa es que se haga realidad el principio de seguridad jurídica, y mejores resultados obtendrá cuantas más garantías ponga en ello.

Novena: La actuación notarial en el ámbito mercantil se convierte en un elemento catalizador, en el filtro necesario para que solo accedan al Registro Mercantil aquellos documentos que cumplen con las exigencias legales establecidas. Notarios y Registradores Mercantiles garantizan la certeza del acto instrumentado y la eficacia del asiento registral.

LA DONACIÓN DE OBRAS DE ARTE A FAVOR DE INSTITUCIONES PÚBLICAS

Caridad del Carmen Valdés Díaz
Profesora titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho
Universidad de La Habana

Sumario

1. Consideraciones previas 2. Particularidades de la donación que recae sobre obras de arte. 2.1. En cuanto a elementos personales 2.2. En cuanto a elementos reales. 2.3. En cuanto a elementos formales. 2.4. En cuanto a sus efectos. 3. Posibles conflictos entre la institución beneficiada y el autor o sus herederos. 4. ¿Se admite en estos casos el *droit de suite?* 5. A modo de conclusiones.

1. Consideraciones previas

Etimológicamente, la palabra donación proviene de los vocablos griegos *doron* que quiere decir don, y *doreisthai* que significa donar, con lo cual sería entregar una cosa en don, como liberalidad, gratuitamente, sin esperar nada a cambio. Para el Derecho, se manifiesta como acto jurídico que incluye esas tres notas distintivas: es liberal, puesto que quien dona, proporciona a otra u otras personas una ventaja o beneficio; es gratuito, puesto que el donante no recibe nada a cambio; es un acto dispositivo de la persona que dona, en el sentido de que lo hace sin que estuviera obligado a ello. Así, el donante realiza el acto con un *animus* específico, el de otorgar el don, que debe ser aceptado por el donatario, con independencia de los móviles de uno y otro. Vale recordar que la donación no agota los actos o negocios jurídicos gratuitos, dentro de los cuales es especie, pero, sin duda, constituye su expresión más clara y representativa. No se limita a acarrear una ventaja o beneficio para el donatario, porque esto también ocurre como resultado de otros negocios del género no oneroso, sino que lo hace a expensas del patrimonio del donante, que se empobrece por la salida del activo de su patrimonio de un bien o un derecho que le pertenece.

Se discute si el *animus donandi* constituye un especial factor subjetivo del acto en cuestión, si está inmerso en el propio consentimiento o si se

confunde con los motivos del donante. En la doctrina española, por ejemplo, Diez-Picazo y Gullón[1] consideran que "el llamado *animus donandi* no puede ser otra cosa que el genérico consentimiento que se exige para todo negocio jurídico, aplicado ahora al tipo que se llama donación, y que no es otra cosa que consentir el negocio", con independencia de los móviles internos del agente donante; mientras que Albaladejo,[2] por su parte, sostiene que el *animus donandi* del donante "es distinto del consentimiento que el mismo presta (precisamente porque existe aquel se otorga este) y distinto, también, del motivo por el que dicho ánimo se formó". No traigo a colación esta disquisición por puro ejercicio teórico, sino porque, a mi juicio, tiene trascendencia en algunas particulares donaciones, como las que recaen sobre obras plásticas. Si bien, para las donaciones en general puede entenderse, como lo hacen los primeros autores citados, que el ánimo de liberalidad está inmerso en el propio consentimiento, en el caso particular de aquellas que se refieren a obras de arte, considero acertado distinguir la especial intención de procurar el beneficio a quien recibe la dádiva y el consentimiento mismo que se presta al perfeccionarse el acto contractual, como se verá más adelante.

Para que la donación quede perfeccionada, es necesaria la concurrencia de la oferta y la aceptación, lo que evidencia, al menos en el contexto jurídico cubano, su carácter contractual y da al traste con la posibilidad de revocarla luego de haber manifestado su voluntad, en sentido positivo, el donatario. Es, además, un contrato traslativo de la propiedad: el donatario adquiere la propiedad de la cosa donada, y si coetáneamente no se ha entregado, el donante estará obligado a ello en virtud del dominio transferido al donatario. En este sentido se pronuncia nuestro Código Civil vigente, que con acertada sistemática lo coloca en el Libro correspondiente a las Obligaciones y los Contratos y lo define en su artículo 371: *"Por el contrato de donación una persona, a expensas de su patrimonio, transmite gratuitamente la propiedad de un bien a favor de otra que lo acepta"*.[3] A diferencia de otros cuerpos legales foráneos, nuestro Código no admite las donaciones *mortis causa*, ni tampoco la que se realice bajo condición, pero sí es posible que el donante acompañe su liberalidad de una carga modal, siempre que no desvirtúe la gratuidad del acto. Tratándose, como es el caso, de un negocio

1 *Vid.* Luis Díez-Picazo, y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 335 y 336.

2 Manuel Albaladejo: *Derecho Civil,* t. II, vol. segundo, Bosch, Barcelona, 1994, p. 104.

3 No obstante, es defectuosa la técnica empleada en esa definición, pues reduce el objeto de la donación a un bien, en sentido singular, cuando es lo cierto que aquella puede recaer sobre varios bienes, incluso sobre todos los bienes presentes del donante, y también sobre derechos, como el usufructo, por ejemplo.

jurídico contractual, el modo solo se incorporaría si arbitrariamente ambas partes lo acuerdan, es decir, si el donatario acepta la donación con la carga modal impuesta por el donante, pues se trata, en todo caso, de un elemento accidental.

Los museos y galerías de arte, públicas o privadas, adquieren la mayoría de sus fondos a través de donaciones, que reciben a veces de los propios autores de las obras o, en otros casos, de los propietarios del soporte material que las contiene. En el contexto jurídico cubano, la Ley No. 106, de 1ro. agosto de 2009, "Del Sistema Nacional de Museos de la República de Cuba", establece en su artículo 8 que los museos "*tienen la responsabilidad de incrementar sistemáticamente sus fondos y colecciones y están autorizados a ese fin, a recibir donaciones, herencias, legados y hallazgos, así como realizar intercambios y compras de bienes culturales a través de los órganos del Estado, organismos de la Administración Central del Estado, instituciones, asociaciones, fundaciones, organizaciones sociales y de masas, a los que se encuentran adscriptos".*

Es importante dejar sentado que las obras de las artes plásticas "son aquellas que se manifiestan por medio de la forma y el color; se da forma o color a la materia preexistente. De ahí la importancia de las líneas, los planos, las dimensiones, los volúmenes, la intensidad y la variedad de los colores y de sus tonalidades".[4] Nuestra Ley No. 14/1977, realiza una enumeración de la mayoría de las obras que integran las creaciones visuales[5] en su artículo 7 h) y luego mediante la Resolución No. 119, del 2001, del Ministerio de Cultura se crea la Agencia de Autores Visuales (ADAVIS), subordinada la Consejo Nacional de las Artes Plásticas (CNAP) y metodológicamente atendida por el CENDA, cuya misión es la gestión colectiva de los derechos de los autores de las artes visuales y ha ido ganando reconocimiento e importancia a pesar de ser una institución aún muy joven. El 14 de enero de 2002 se dicta la Resolución No. 5 del Ministerio de Cultura con el objetivo de unificar todo lo relativo al derecho de autor de los creadores de las obras de artes plásticas, norma que establece una definición de obra plástica en el artículo 1 al señalar: *"las obras de artes visuales a las que se hace referen-*

4 *Vid*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano: "Comentarios al artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 179.

5 La expresión "creaciones visuales" es una solución de la ciencia jurídica para identificar en una figura amplia, una lista de creaciones imposibles de describir de forma exhaustiva y sobre la cual no existe un total consenso aún, tanto dentro del ámbito legislativo como fuera de él. *Vid.* L. Borges Suárez: "La protección a la creaciones visuales en el mundo y en Cuba", en *Boletín Electrónico del CENDA (http:www.cenda.cu).*

cia en este Reglamento son aquellas que tienen como característica común utilizar una imagen fija como imagen de exposición".[6]

Una de las características más trascendentales de este tipo de obras es la unicidad, entendida como la dependencia que tiene la creación en sí misma del soporte material que la contiene. En este tipo de obras existe una peculiar relación entre lo que se ha llamado en la doctrina *corpus mysticum* y *corpus mechanicum.*[7] Las obras plásticas son tales en tanto se encuentren fijadas materialmente, pues es esa la forma que tienen de exteriorizarse y mientras eso no sucede, son solo ideas en la mente del creador que no constituyen objeto de protección por vía del Derecho de autor. De este modo, por el indisoluble vínculo soporte-creación, la destrucción del soporte de una obra plástica, será inexorablemente simultánea a la destrucción de la creación intelectual en él contenida.

La distinción entre la creación artística y el soporte o medio expresivo permite deslindar los derechos resultantes sobre ambos objetos, lo que tiene especial relieve cuando el autor se desprende de su obra. Así, la independencia y compatibilidad del derecho de autor y los derechos que tengan por objeto el soporte material al que está incorporada la obra, dará lugar a dos sistemas de adquisición y transmisión: el del Derecho Civil común para el objeto material constitutivo del soporte en el que se exterioriza la creación y el del Derecho de Autor, para los derechos derivados de la propia actividad creativa. Se trata pues, de derechos distintos en tanto recaen sobre objetos diferentes, a saber, el soporte de la obra (bien material) y la creación intelectual (bien inmaterial).[8]

Teniendo en cuenta lo anterior, la donación que recae sobre las obras de las artes plásticas reviste peculiaridades que es necesario analizar.

2. Particularidades de la donación que recae sobre obras de arte

Para una mejor comprensión de la temática y con fines metodológicos, analizaremos las particularidades en cuestión siguiendo el esquema clásico,

6 Se considera, no obstante, que ya no resulta adecuado hablar únicamente de imagen fija como imagen de exposición, pues existen en la actualidad no pocos artistas plásticos cuyas obras no tienen esta característica, como es el caso de las llamadas obras cinéticas.

7 Esta distinción, aunque se perfilaba desde el punto de vista filosófico desde la antigüedad, es una conquista del Derecho de Autor luego de su reconocimiento legislativo, y se debe sobre todo a los aportes de su corriente personalista, que tuvo antecedentes en Kant y Fichte, para luego coronar con Gierke. La obra intelectual tiene autonomía *per se*, es la creación misma, que se exterioriza en un soporte determinado, que le sirve de vehículo para manifestarse. La una es el *corpus mysticum* y el otro el *corpus mechanicum.*

8 *Vid*. E. Galán Corona: "Comentarios al artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios...,* p. 42.

que se detiene en los diferentes elementos configurativos del tipo contractual.

2.1. En cuanto a elementos personales

Los sujetos que integran la relación jurídica contractual van a ser el donante y el donatario. En general, para que el contrato sea eficaz debe concurrir en ellos el requisito de la capacidad, apreciada de acuerdo con los preceptos del propio Código Civil.

El donante podrá ser el propio autor de la obra plástica, su derechohabiente o heredero, u otra persona natural o jurídica, propietaria del soporte material que contiene la obra.

Si actúa como donante el propio autor, su capacidad se apreciará de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 29 y siguientes del Código, pues se tratará siempre de una persona natural, toda vez que solo la persona natural o física, puede ser acreedora de la condición de autora. No puede haber "obra del espíritu" sin espíritu, y ya se sabe que este es privativo del género humano, el único con aptitud para sentir, pensar, entender, analizar, expresar, realizar, en definitiva, el acto de creación. Por supuesto, nos estamos refiriendo aquí a la capacidad para consentir en aras de perfeccionar el contrato de donación, no a la capacidad para crear, que no requiere de específicas condiciones de edad o aptitud física o mental, pues en muchas ocasiones la incapacidad de obrar no coincide con la ineptitud de la mente para la creación de una obra del ingenio. Si el autor de la obra plástica es un menor o un incapacitado, habiendo ya divulgado previamente la obra,[9] y siendo él al propio tiempo el propietario del soporte material que la contiene, podrán sus representantes legales intervenir como donantes en el contrato.

Los herederos, como regla, también serán personas naturales, aplicándose por tanto las mismas reglas en cuanto a la capacidad, aunque no se descarta la posibilidad de que participe como donante una persona jurídica en calidad de heredera, condición que puede haber adquirido por vía testa-

9 La facultad de decidir la divulgación integra el contenido del derecho de autor en su vertiente moral, de ahí que la doctrina mayoritaria considere que solo puede ejercitarse por el propio creador, no por su representante, criterio que comparto. Por tal razón, entiendo que solo podrán donar el soporte material que contiene la obra plástica, dada su unicidad, los representantes del autor, si este ya previamente la había hecho de conocimiento público o puede probarse que había tomado la decisión de divulgarla, aunque no lo hubiera hecho efectivamente.

mentaria. Si fuere este último el caso, la capacidad de tal sujeto se valorará de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 39 y siguientes del Código Civil y los estatutos o reglamentos de la persona jurídica en cuestión.

También podrá actuar como donante una persona natural o jurídica desvinculada del autor, pero propietaria del soporte material que contiene la obra. De igual modo, deberán poseer la suficiente capacidad de obrar que se exige en estos casos para que resulte efectivo el consentimiento que otorguen.

Como donataria, siempre actuaría la persona que recibe la dádiva, la obra plástica de que se trate, que necesita igualmente capacidad suficiente para aceptarla. En el supuesto que tratamos, siempre será una persona jurídica. La propia Ley No. 106/09 que ya hemos mencionado, señala en uno de sus Por Cuantos que mediante la Resolución No. 73 de 14 de julio de 1995, del Ministro de Cultura, se creó el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, con personalidad jurídica independiente y patrimonio propio, el cual tiene como objetivo fundamental el de proteger y conservar el patrimonio cultural de la nación. Los museos y galerías, en cualquiera de sus modalidades, forman parte de ese Consejo, según estipula el artículo 4 de la mencionada Ley, que delega en ellos aptitud para beneficiarse con las donaciones, a tenor del ya apuntado artículo 8 del propio texto legal. Se tratará además de una institución pública, toda vez que no se reconoce jurídicamente en nuestro país la existencia de museos o galerías privadas. El Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, que es en última instancia la persona jurídica que interviene como sujeto del contrato, deberá hacerlo representada orgánicamente por quien a su vez represente la entidad o museo concreto que recibe la obra de arte.[10]

2.2. En cuanto a elementos reales

El objeto de la donación en este caso será la obra plástica en cuestión (pintura, dibujo, grabado, litografía, escultura, fotografía, etc.), es decir, el o los soportes materiales que la contienen. La variedad de expresiones que

10 El artículo 18, inciso e), establece dentro de las funciones del Consejo Nacional de Patrimonio la representación del Sistema Nacional de Museos. Con inadecuada técnica jurídica, en mi opinión, el precepto anterior, artículo 17, establece que los museos nacionales y específicos tienen entre sus funciones representar al museo. ¿A qué museo? ¿El museo representa al museo? Más bien parece un juego de palabras, además de un imposible jurídico, pues la persona jurídica siempre estará representada, necesariamente, por personas naturales, que actuarán por ellas en calidad de órganos, legalmente designados o elegidos, según se dispone en el artículo 42.1 del Código Civil.

tienen las artes plásticas no se agotan con la enumeración que, a modo de ejemplo, hacen de ellas las Leyes de Derecho de Autor; el arte se renueva constantemente y aparecen nuevas creaciones en el ámbito de las artes visuales como el *happening*, el *performance*, el video arte, la instalación, la intervención. No obstante, como afirma Espín Cánovas no es fácil llegar a una conclusión segura respecto al concepto de "obra plástica" como grupo concreto, salvo en el caso de los géneros tradicionales como la pintura, la escultura y el grabado, entre otros.[11] En todo caso, como se tendrá ocasión de destacar cuando se traten los efectos de la donación, solo es objeto de la donación el bien material, no la obra intelectual que a él se incorpora.

Si hacer salir del patrimonio del donante, la obra plástica implica comprometer sus medios de sustento o el cumplimiento de sus obligaciones, podría rescindirse la donación por inoficiosa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 378 del Código Civil.

2.3. En cuanto a elementos formales

La obra plástica, en cuanto bien material, lo es de carácter mueble y, por consiguiente, de acuerdo con lo previsto por nuestro Código Civil en el artículo 373, podría realizarse de forma verbal, acompañada de la entrega de lo donado. Sin embargo, teniendo en cuenta, tanto el valor que normalmente se reconoce a tales obras, como la calidad de persona jurídica que tendrá el donatario, en este caso el museo, debe hacerse constar por escrito, según lo estipulado en el artículo 51, incisos a) y b), si bien no será necesaria la escritura pública, bastando el documento privado, a tenor del artículo 374.3.

2.4. En cuanto a sus efectos

Dada la antes dicha característica de unicidad que posee la obra de las artes plásticas, es necesario deslindar hasta dónde llega el alcance de los derechos del donatario sobre la obra misma, incluida en el *corpus mechanicum*, cuestión que estará en dependencia de quién sea el donante, pues si dona la obra el propio creador, o sus herederos como titulares derivados del derecho de aquel, puede estar en su especial *animus* transmitir algunas

11 *Vid*. Diego Espín Cánovas: "Las obras de las artes plásticas en la Ley de Propiedad Industrial de 11 de noviembre de 1987", en *Estudio sobre Derecho Industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos*, Barcelona, 1992, p. 327.

facultades patrimoniales que integran su derecho al donatario, para que el museo de que se trate pueda reproducir la obra, distribuir las copias, comunicarlas al público mediante video que se exhiba en las salas, etc. Sin embargo, debe aclararse que ese especial *animus* no se confunde, en este caso, con el consentimiento propio del contrato de donación, sino que lo complementa y acompaña, debiendo dejarse constancia de él, pues de lo contrario no se entienden cedidas tales facultades patrimoniales del autor, que además son independientes entre sí y no puede presumirse que ceder una implica autorización de ejercicio de otras.[12] Las facultades no cedidas actuarán como límite al ejercicio del derecho real sobre el bien material que adquiere el donatario.

Si quien transmite la propiedad de la obra plástica al museo es simplemente el dueño del soporte, solo transmite eso: su titularidad dominica sobre el bien material indicado, nunca facultades autorales de ningún tipo. La Ley No. 14/1977, "De Derecho de Autor", se refiere a ello de modo genérico en su artículo 21, planteando la conservación del derecho de autor en manos del creador cuando es vendida la obra y estableciendo que el adquirente solo recibe la propiedad del soporte, situación que no se limita a la venta, sino a cualquier tipo de enajenación, como señalaba acertadamente la Ley de Propiedad Intelectual española de 1879, vigente entre nosotros casi un siglo, que constituye precedente del tratamiento actual del tema, cuando estableció en su artículo 9: "*La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni el de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes*". Actualmente, sin embargo, es habitual en el Derecho comparado el reconocimiento al adquirente de una obra de artes plásticas el derecho a exponerla públicamente salvo pacto en contrario,[2] lo cual resulta atinado y coincidente con los intereses que comúnmente tiene el autor, que a través de la exposición adquiere reconocimiento

12 Las facultades morales, muy vinculadas a la personalidad del autor en relación con su obra, son de carácter inalienable. Siempre pertenecerán al autor durante toda su vida, aun cuando enajene el soporte material en el que fijó su creación, y después de su fallecimiento, pasa a sus sucesores *mortis causa* la defensa de la paternidad e integridad de la obra, así como el ejercicio de la divulgación, salvo disposición expresa en contrario del autor en vida.

13 *Vid*. artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual española. En igual sentido se pronuncia la ley alemana en el artículo 44-2 Urhg y la portuguesa en el artículo 157.2. En otras legislaciones como la francesa y la italiana no se establece nada al respecto, aunque parece predominar en la doctrina y en la jurisprudencia el criterio a favor de reconocer al propietario del soporte el derecho a exponer. *Vid*. J. J. Hualde Sánchez: "Comentarios al artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios…,* p. 907.

y mayores posibilidades de explotar económicamente su obra. En Cuba no parece regulada con claridad la situación, lo que puede dar lugar a supuestos conflictuales que serán tratados más adelante.

En todo caso, el ejercicio del derecho de propiedad que adquiere el museo o institución pública beneficiada con la donación, estará siempre limitado por el contenido moral del derecho de autor, pues incluso cuando la obra se encuentre en dominio público, deberá respetarse su paternidad e integridad.

También puede verse limitado por el llamado derecho de acceso, de reciente aparición y poco reconocido en las legislaciones, que permite al autor que se desprende del soporte material que contiene la obra el poder acceder a ella en cualquier momento para ejercitar las facultades que le corresponden en virtud de su derecho sobre el bien intelectual. Nuestra Ley No. 14/1977 no reconoce en su articulado el derecho de acceso. Sin embargo, su inclusión constituye una novedad en la ya citada anteriormente Resolución No. 5 del 14 de enero del 2002, reguladora de los derechos de los autores de las artes visuales. Es un reconocimiento verdaderamente meritorio puesto que no se limita su ejercicio a lograr la realización de un derecho moral o patrimonial determinado, sino se prevé para todos los casos en que sea necesario para el ejercicio de cualquiera de las facultades –morales o patrimoniales– que integran el contenido del derecho de autor. Sin embargo, el debido respeto al derecho de propiedad demanda que esas limitaciones tengan carácter restrictivo y no arbitrario. De ahí que deba ejercitarse el derecho comentado en el lugar y forma que provoquen menos inconvenientes al poseedor y además debe indemnizársele por los posibles daños y perjuicios que su ejercicio pueda ocasionar.[14]

3. Posibles conflictos entre la institución beneficiada y el autor o sus herederos

Son múltiples los conflictos que pueden producirse entre la institución beneficiada con la entrada a su patrimonio de la obra plástica donada y el autor o sus herederos. Ya desde la antigüedad, incluso antes del surgimiento del Derecho de Autor, Séneca nos muestra su ingenio en tal sentido, al contra-

14 *Vid.* Beatriz Triana López: "La transmisión mortis causa del derecho de autor sobre obras de las artes plásticas", Tesis de Especialidad en Derecho Civil y patrimonial de Familia, desarrollada bajo la dirección de los profesores Caridad del C. Valdés Díaz y Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, pp. 69 y ss.

poner la estimación social de atribuir las obras a sus autores y los derechos del propietario cuando se refería a una contienda entre un librero llamado Dorus y Cicerón, con las siguientes palabras: “Decimos que los libros pertenecen a Cicerón; Dorus llama suyos a los mismos libros y la verdad está en los dos lados. Uno los reivindica como autor, el otro como comprador; y rectamente dicen uno y otro que les pertenecen y efectivamente les pertenecen a uno y a otro, pero no del mismo modo”.[15]

Así, el museo o institución es propietario del soporte que contiene la obra y el autor o sus herederos titulares del derecho de autor. El primer conflicto puede presentarse en cuanto a la exhibición de la obra, pues con ella se ejercita la facultad de comunicación pública que, en principio corresponde solo a quien ostente la titularidad, originaria o derivada del derecho de autor. De acuerdo con la normativa cubana, no parece considerarse el reconocimiento al adquirente de una obra de artes plásticas el derecho a exponerla públicamente, salvo pacto en contrario. Sin embargo, como dispone la Ley No. 106/09 y resulta usual, para las instituciones públicas (museos, galerías) un objetivo y función primordial es exponer al público las obras de sus fondos artísticos. No cabe entonces adoptar una posición absolutamente normativista en estos casos, pues ello podría propiciar situaciones conflictuales fundamentalmente cuando el autor haya donado la obra en vida sin ceder sus facultades patrimoniales y sus causahabientes se negaran a la exposición pública de la obra, por entender que se trata de una facultad que les fue transmitida vía *mortis causa* por herencia o legado. Teniendo en cuenta el fin social de las instituciones donatarias, debe suponerse que, salvo pacto en contrario, se transmitió también el derecho de exposición conjuntamente con el soporte, por tanto, no debe el creador donante o sus herederos oponerse ni pretender que se les pague por la exposición pública.

Por otro lado, como afirma Triana López, “en ninguna circunstancia puede considerarse como lucrativo el cobro de las entradas que realizan los museos por el acceso a sus exposiciones. Se trata de un precio ínfimo con respecto al alto valor estético, artístico y cultural de las obras que se exponen. Estos ingresos son utilizados para el mantenimiento de la institución y de sus fondos artísticos. Además, la exhibición de las obras favorece directamente al autor y tras su fallecimiento a sus sucesores *mortis causa* y agrega un valor añadido a la obra puesto que facilita su conocimiento por el gran público y con ello la entrada posible de sus obras en el mercado, lo que

15 *De Beneficiis,* VII.6. *Cit. pos.* D. Espín Cánovas: *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 43.

posibilitaría aprovecharse de los beneficios que le concede el *droit de suite* en los países cuyas legislaciones lo reconocen".[16]

El propietario del soporte está en la obligación de tomar las medidas necesarias para su conservación, en lo que va implícito el respeto a la integridad de la obra,[17] sin que resulte necesario que haya una actuación voluntaria de aquel que lesione la integridad de la creación para entender que ha existido violación, aunque siempre, claro está, habrá que hacer un análisis casuístico para determinar la responsabilidad del propietario del soporte. La obligación de conservación del museo, en este caso, le viene impuesta por Ley,[18] por lo que el autor o sus derechohabientes pueden exigir su cumplimiento aunque no sean ya propietarios del bien material a través del cual se expresa la obra. Si la obra debe ser restaurada, el museo o galería debe respetar su integridad, velar porque no se produzcan modificaciones que la alteren, como podrían ser los cambios de color o la variación de tonalidades. La restauración, además, debe realizarse con autorización del autor o sus herederos, si la obra permanece en dominio privado. De igual modo, podrán exigir responsabilidad a la institución en caso de destrucción de la obra.[19]

Como la galería o museo solo adquiere a través de la donación la propiedad del soporte material que contiene la obra, para explotar económicamente esta a través de reproducciones o para crear obras derivadas del original, necesitará de autorización de los titulares del derecho de autor, si aún no se encuentra en dominio público. El titular de ese derecho determina, mediante acuerdo con la institución, el número de copias o ejemplares e incluso puede oponerse a la divulgación de aquellos que haya autorizado, si no tienen la calidad requerida, invocando la integridad de la obra. El autor o titulares derivados no pueden oponerse a la realización de una copia privada o a la inclusión de la obra como cita en formato distinto, siempre que se respeten las facultades morales del creador.[20]

16 B. Triana López: "La transmisión *mortis causa*…", p. 65.

17 *Vid.* P. Martínez Espín: "Comentarios al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios...,* p. 234.

18 *Vid.* artículo 16, inciso a), de la Ley No. 106 de 1ro. de agosto de 2009.

19 Son emblemáticos sobre este tema los conflictos y soluciones que se han dado, en el Derecho comparado, en los casos del escultor Pablo Serrano, en España, y del escultor Scrive, en Francia, que describen numerosos autores. *Vid.* D. Espín Cánovas: *Fundamento y protección…,* pp. 67 y ss.

20 Aunque la doctrina se muestra cautelosa en este último aspecto, señalando que ello puede atentar contra la integridad de la obra y que la interpretación de esta posibilidad debe ser siempre restrictiva. *Vid.* C. Colombet: *Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo,* 3ª. ed., UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, p. 227.

4. ¿Se admite en estos casos el *droit de suite?*

La unicidad que caracteriza a la obra de arte respecto al soporte donde se incorpora (lienzo, tabla, etc.) no permite que normalmente el autor pueda obtener un beneficio económico directo de la explotación de su obra después que la enajena. Esa situación es la que da lugar al reconocimiento en Francia, desde 1920, del llamado *droit de suite* que es el derecho de los autores de obras artísticas –y después de su muerte sus sucesores *mortis causa*– a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas, posteriores a la primera enajenación de los originales de las obras, en subasta pública o mediante la intervención de un comerciante, línea que también siguieron otras leyes nacionales y el Convenio de Berna, desde su revisión en 1948.

En nuestra Ley sobre Derecho de Autor, Ley No. 14, de 1977, no se reconoce el *droit de suite*. Esta omisión es un elemento más que afecta la debida y merecida protección que deben recibir los artistas plásticos y trae como consecuencia que una vez que el autor de una obra plástica la enajena, queda al margen de los actos posteriores de venta o subasta y por tanto no podrá participar en el posterior éxito económico que frecuentemente alcanza su obra, desventaja que alcanza también a sus sucesores *mortis causa.* Así, si el museo que recibe como donatario, gratuitamente, el soporte material que contiene la obra, decide venderlo con la correspondiente autorización del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, a otra persona natural o jurídica, nacional o extranjera, no tendría que derivar ningún porcentaje de dicha enajenación al autor o sus herederos, lo que a todas luces no resultaría justo.

5. A modo de conclusiones

La Ley No. 106/09 permite que los museos reciban en calidad de donaciones obras de arte que pasan a integrar sus fondos culturales, favoreciendo el acceso del público a las creaciones intelectuales. En el rescate, preservación, protección y difusión del patrimonio cultural cubano desempeñan un papel primordial los más de 200 museos en servicio que pertenecen al sistema de Cultura.

La donación de obras de arte a favor de instituciones públicas reviste particularidades que se derivan, fundamentalmente, de la característica de unicidad que poseen tales creaciones, la cual hace prácticamente indivisible el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum,* vinculando los destinos de la obra intelectual y el soporte que la exterioriza.

En ningún caso la donación implica transmisión de facultades autorales al museo o galería que reciba la obra. La dádiva se resume a la propiedad del bien material que se entrega, si bien atendiendo a la naturaleza, funciones y objetivos de esas entidades debe entenderse que se autoriza la exposición de la obra, con el debido respeto a las facultades morales. Para cualquier acto de reproducción, transformación o comunicación pública que exceda la normal puesta a disposición del público de la obra, se requerirá autorización expresa del titular del derecho de autor, a quien debe reservarse además el derecho de acceso al soporte material enajenado.

También el Derecho de Autor sufre restricciones con la donación de la obra, pues el titular, además de los límites que se imponen en genérico al ejercicio de tal derecho, tales como la copia privada, la cita o la reproducción para fines educativos, no puede oponerse a la exhibición normal de la obra, no puede obtener beneficios económicos de ese acto de comunicación y no le es posible exigir porcentaje alguno por las ventas o reventas sucesivas de su creación, al no reconocerse en nuestro contexto legal el *droit de suite.*

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil,* t. II, vol. segundo, Bosch, Barcelona, 1994.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1997.

Borges Suaréz, L.: "La protección a la creaciones visuales en el mundo y en Cuba", en *Boletín Electrónico del CENDA (http:www.cenda.cu).*

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, 13ª. ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1987.

Colombet, C.: *Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo: estudio de derecho comparado,* 3ª. ed., Edic. UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997.

Dánvila y Collado, M.: *La Propiedad Intelectual,* Imprenta de la Correspondencia de España, segunda edición, Madrid, 1882.

Delgado Porras, Antonio: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual,* Ed. Civitas, Madrid, 1988.

DIEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1998.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: "Las obras de las artes plásticas en la Ley de Propiedad Industrial de 11 de noviembre de 1987", en *Estudio sobre Derecho Industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos*, Barcelona, 1992.

_____: *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Civitas, Madrid, 1995.

LIPSZYC, DELIA: *Derecho de Autor y derechos conexos,* Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALÏA, 1993.

PÉREZ DE ONTIVEROS, CARMEN: *Derecho de Autor: La facultad de decidir la divulgación,* Ed. Civitas, Madrid, 1996.

PLAZA PENADÉS, JAVIER: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1 b) de la Constitución,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (DIRECTOR), *ET AL.: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Ed. Thomson-Civitas, 2007

TRIANA LÓPEZ, BEATRIZ: "La transmisión mortis causa del derecho de autor sobre obras de las artes plásticas", Tesis de Especialidad desarrollada bajo la dirección de los profesores Caridad del C. Valdés Díaz y Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

RAPA ÁLVAREZ, VICENTE: *Manual de Obligaciones y Contratos,* t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

ROGEL VIDE, CARLOS: *Estudios completos de Propiedad Intelectual,* Ed. Reus y AISGE, Madrid, 2003.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C., ET AL.: "El derecho de autor en Cuba", en *Selección de Lecturas de Derecho de Autor,* Colectivo de Autores, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

EL NOMEN IURIS DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO, HECHO O CIRCUNSTANCIA, CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor titular de Derecho Civil y Notarial, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Notario

Al maestro del notariado peruano Carlos Enrique Becerra Palomino, notario de pura estirpe, académico insigne, hombre de probidad incuestionada.

Sumario

1. El estudio del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales: ¿Acaso una curiosidad? 2. ¿Qué es el *nomen iuris* en los documentos públicos notariales? Apuntes sobre su naturaleza. 3. Su ubicación en la topografía instrumental. 4. Contenido mismo del *nomen iuris*: sus particularidades en las escrituras públicas y en las actas notariales. 5. ¿Es rectificable el *nomen iuris* en sede judicial? ¿Y en sede registral? 6. El *nomen iuris* del instrumento y el arancel notarial. 7. El *nomen iuris* y su reflejo en la dinámica instrumental: la adecuación del acto o negocio instrumentado a los verdaderos fines de las partes.

1. El estudio del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales: ¿acaso una curiosidad?

Pareciere que el tema en el que incursiono en esta oportunidad está tan huérfano de pisadas humanas como una zona desértica, la razón resulta verdaderamente indescifrable. Y no es solo que la doctrina le haya dedicado casi ninguna atención, sino también que en el Derecho positivo comparado, los legisladores pasan por alto algo tan significativo como el *nomen iuris* del instrumento. Sin embargo, si algo se aprende, primero desde las aulas universitarias y luego, en el ejercicio de la profesión es la necesidad de que en el proemio o encabezamiento del instrumento se sitúe el *nomen iuris* de ese instrumento, calificación que compete al notario en el ejercicio de su función y en razón de su pericia profesional.

Como nos enseña Giménez Arnau, al igual que las personas que han de tener un nombre por el que resultan designadas, "También debe tenerlo cualquier acto que va encaminado al cumplimiento de un fin específico. Aplicando este imperativo a la escritura notarial, surge la necesidad de darle nombre, de calificarla, calificando el acto que contiene".[1] Lo cual también debe ser extensivo al resto de los tipos instrumentales.

No se trata de una mera curiosidad investigativa. Los instrumentos públicos han de ser calificados por el notario sobre la base de su contenido, a saber: según la naturaleza del hecho, circunstancia, acto o negocio jurídico que se instrumenta; el notario, primero delimita el tipo instrumental, esencialmente, si es una escritura o un acta notarial (*vid*. artículo 13 a) y b) de la Ley notarial) y luego, según el tipo fáctico o negocial instrumentado, la modalidad de acta notarial o escritura pública que corresponda. Como expresa Pérez Fernández del Castillo "Calificar significa dar un nombre, pero sobre todo, determinar qué acto jurídico desean llevar a cabo las partes".[2]

Al decir de Arias Giner: "Se trata de una calificación meramente técnica, ajena a la esencia del documento; es un deber del notario para que quede claro el tratamiento legal que ha de aplicarse a los actos jurídicos contenidos en el documento notarial, especialmente en todo aquello no previsto expresamente por las partes".[3] La calificación que hace el notario al atribuir el *nomen iuris* del acto, es para Núñez Lagos un acto de entendimiento, en contraposición a los actos de voluntad que protagonizan los comparecientes.[4] El autor la ubica dentro del contenido del documento público notarial, en los modos gráficos del *dictum*, referido en concreto a la esfera del Derecho. Se trata de un juicio emitido por el notario como funcionario perito en Derecho.[5]

En tal sentido, la primera interrogante que cabe formularnos es si tiene carácter preceptivo que el notario denomine el tipo instrumental que autoriza, es decir, si el notario debe consignar en el instrumento, en su en-

1 Enrique Giménez Arnau: *Derecho Notarial*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 532.

2 *Vid*. Bernardo Pérez Fernández del Castillo: *Derecho Notarial*, 6ª. ed., Porrúa, México, 1995, p. 240.

3 Antonio Arias Giner: "Tema 16", en Joaquín Borrell (coordinador): *Derecho Notarial*, , Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 430.

4 Rafael Núñez Lagos: "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, No. I-II, julio-diciembre, 1953, p. 139.

5 R. Núñez Lagos: *Estudios de Derecho Notarial*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1986, p. 318.

cabezamiento, que se trata de una escritura pública o de un acta notarial. En principio, la respuesta pareciere ser negativa. La estructura instrumental delata el tipo de instrumento que autoriza el notario, según los dictados del Reglamento notarial (*vid*. artículos del 63 al 68 y del 80 al 84). No obstante, es saludable que el notario califique en el proemio o encabezamiento el tipo instrumental que autoriza. Reitero, de la lectura del instrumento cabrá colegir su naturaleza, amén de que los términos escritura pública o acta notarial serán plasmados textualmente en alguna de las partes del instrumento mismo. Una mera maniobra jurídica le permitirá a los operadores del Derecho, determinar que el acto o negocio, cuyo *nomen iuris* se consigna en el instrumento, es una escritura pública. De ahí que en nuestro entorno notarial es común que se denomine testamento, poder general, matrimonio, divorcio por mutuo acuerdo, sin que se diga expresamente, al situarse la denominación en el encabezamiento, que se trata de una escritura pública de... En sede de actas notariales, su propia naturaleza hace que se exprese concretamente al identificarse el tipo de acta a autorizar, que se trata de un acta notarial, pues el tipo de acta que adjetiviza al tipo instrumental, no suele consignarse sin la denominación acta, como corresponde. De ahí que en la práctica notarial es lo más común expresar acta de notoriedad, acta de subsanación de errores y de omisiones, acta de requerimiento, acta de notificación, etcétera. Ello no desdice que algún que otro notario pueda omitir el término acta y vaya directamente a ofrecer como *nomen iuris* el que corresponde al tipo concreto de acta que autoriza.

De más calado resulta la determinación exacta del acto o negocio instrumentado en sede de escrituras públicas, lo cual en nuestro ordenamiento es un requisito establecido vía reglamentaria, de modo que en todo instrumento público el notario tiene que determinar la naturaleza del acto o negocio instrumentado y el tipo concreto de acta notarial que autoriza. Al parecer, esta posición es la que predomina en el Derecho comparado, pues las pocas normas legales que establecen expresamente que en el instrumento público el notario debe proceder a ofrecerle un *nomen iuris*, lo hacen en clave de escritura pública.[6]

6 A la naturaleza del acto y su objeto (el de la escritura pública) hace alusión el artículo 1001 del Código Civil argentino. Al acto o contrato se refiere el artículo 15 del Estatuto del Notariado y Registro de Colombia. Al acto o contrato igualmente se refiere el artículo 15 b) de la Ley Notarial de Puerto Rico. El artículo 127 del Reglamento notarial uruguayo alude tan solo a las escrituras públicas. Y también al acto o contrato, con sus modalidades, el artículo 31.5 del Código del Notariado de Guatemala y el artículo 56.9 del Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español, atinente además a las formalidades de las escrituras públicas. El Reglamento español lo sitúa como una de las formalidades de la

2. ¿Qué es el *nomen iuris* en los documentos públicos notariales? Apuntes sobre su naturaleza

El *nomen iuris* no es sino el juicio de calificación que hace el notario, basado en sus conocimientos jurídicos. Como expresa Ballarín Marcial –siguiendo en este orden a Kant–, se trata de un juicio asertórico que hace el notario "con base en su simple apreciación científica, de experto en Derecho, cuando califica el negocio jurídico que consta en la escritura, señalando que se trata de una compraventa o de una donación, etc."[7] Si bien es un juicio subjetivo o valorativo, viniendo del notario, tiene una alta probabilidad de ser cierto. Téngase en cuenta que los juicios notariales se consideran dotados de una fuerte presunción de veracidad.

Uno de los principios que informa la actuación notarial es el de calificación,[8] que se manifiesta, entre otras expresiones, en la determinación del tipo instrumental y del tipo negocial o del hecho que se ha de cobijar en el documento público. Para poder calificar se exige que el notario sea un profesional del Derecho. Solo alguien, experto en temas jurídicos, puede determinar el negocio, acto o hecho jurídico que se pretende instrumentar por los sujetos que requieren de la actuación notarial. Se trata de una operación jurídica que engarza las voluntades de las partes con el fin práctico que ellas per-

---

comparecencia en este tipo instrumental. El artículo 74 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, regula este particular en materia de escrituras públicas.

Más confusa resulta la regulación que da el artículo 53 del Decreto Legislativo del Notariado, del Perú, que alude a que el notario deberá indicar la naturaleza del acto jurídico. En primer orden, la formulación se sitúa, como las demás legislaciones citadas, en sede de escrituras públicas que son las que constituyen reservorio continental de los actos jurídicos, pero además la expresión naturaleza del acto jurídico puede responder a otras interrogantes en Derecho, distintas al *nomen iuris* propiamente dicho del instrumento. Así, tratándose de un contrato de compraventa, derivar su naturaleza no es sinónimo de calificar el contrato que las partes quieren concertar atribuyéndole el nombre que en Derecho corresponde. Forman parte de su naturaleza otros particulares, totalmente ajenos a su denominación misma. De todos modos, algún comentarista local de la norma, ha entendido que con tal expresión también quedan incluidos los hechos constatados por el notario, los que a mi juicio, deberán instrumentarse por vía de acta notarial. *Vid*. Carlos Ricardo Tito Puca: *Comentarios al Decreto Legislativo 1049-Decreto del Notariado*, Gaceta notarial, Lima, 2010, p. 98.

7 *Vid*. Alberto Ballarín Marcial: "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, p. 539.

8 Al respecto *vid*. Lázaro Corzo González y Rodolfo Hernández Fernández: "Principios del Derecho Notarial cubano", en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores): *Derecho Notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 27-28.

siguen y que permite además “hacer más accesible la aplicación supletoria de la ley”.[9]

3. Su ubicación en la topografía instrumental

Según el docto profesor argentino Carlos Emérito González la naturaleza y objeto del acto integra lo que él denomina membrete del documento público, a su juicio “heredero directo del antiguo preámbulo que exponía el asunto acompañado de una máxima moral o religiosa”.[10]

El artículo 63 del Reglamento notarial (para las escrituras públicas) y el artículo 80 de la propia norma (para las actas notariales) remiten la regulación de la parte relativa al encabezamiento de uno y otro tipo de instrumento, respectivamente (llamada proemio en otros ordenamientos como el mexicano) al artículo 40 de la propia norma, precepto que establece como segundo requerimiento formal que el notario consigne, a continuación del número que le concierne en el protocolo al instrumento (regla de numeración ordinal por fecha), *“el nombre que en derecho le corresponde al acto jurídico; hecho; acto o circunstancia”.* No se trata de una mera denominación caprichosa del notario. Es clara la norma cuando establece que el *nomen* atribuido por el notario, será aquel que se aviene o corresponde en Derecho, conforme con la naturaleza del acto jurídico, hecho, acto o circunstancia instrumentada. El *nomen iuris* tiene trascendencia, como posteriormente explicaré, en la actuación notarial, una buena parte de los controles administrativos y tributarios que lleva el notario exigen la denominación atribuida por él, valga citar entre otros tantos, el libro único de control de asuntos notariales[11] y el índice alfabético.[12] En este último, el notario debe consignar el asunto que motiva la intervención notarial, y el nombre definitivamente atribuido, tras la autorización, respectivamente.

9 Según Francisco de P. Morales: *El notariado, su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado mexicano, México, 1994, p. 110. El autor insiste en que en materia contractual, *v.gr.,* dada la variedad de figuras contractuales reconocidas que pueden ser concertadas por los particulares, corresponde al notario su definición en el texto del instrumento, lo cual ha de ser expresado con claridad a los fines de facilitar su ulterior circulación en el tráfico jurídico, p. 109.

10 *Vid*. Carlos Emérito González: *Teoría general del instrumento público*, Ediar editores, Buenos Aires, 1953, p. 196.

11 *Vid*. Instrucción 3/2009 de 30 de octubre, de la directora de registros civiles y notarías del Ministerio de Justicia, apartado segundo.

12 Como expresaba C. E. González: *Teoría general…,* p., 196, “El membrete facilitará la búsqueda del instrumento y la formación de índices”.

Empero, aun cuando en mi experiencia profesional no he conocido ningún instrumento público en el que el notario autorizante haya omitido el juicio de calificación relativo al *nomen iuris* de este, su ausencia no es motivo de nulidad instrumental al amparo del artículo 16 de la Ley notarial, que no lo sitúa entre los supuestos que la podrían desencadenar. El contenido del acto, negocio jurídico, hecho o circunstancia, instrumentados delatan su esencia, razón por la cual cabría colegir su denominación de lo realmente instrumentado, en consecuencia, la omisión sería colmada con una labor de interpretación que correspondería al destinatario del instrumento público, quien como buen intérprete debería determinar el nombre que en Derecho corresponde, omitido por el notario autorizante, por supuesto si este tiene conocimientos jurídicos. Situación que se agravaría si el destinatario es una persona lego en Derecho.

En el orden formal no se exigen otros requerimientos, si bien es común que el nombre del instrumento se coloque en mayúscula sostenida, o en negrita, de modo que resalte a manera de pórtico.

En el Derecho español algún autor ha afirmado en fecha relativamente reciente, que "Aunque es frecuente efectuar la calificación de acto o contrato en el encabezamiento de la escritura pública, porque es más fácil identificar así las escrituras, el artículo 156 RN ubica esta calificación en la parte destinada a la comparecencia, y en la práctica se coloca habitualmente antes de la parte expositiva de la escritura".[13] Otros ordenamientos jurídicos han preferido situarla en el encabezamiento propiamente dicho, aunque no nombren así al atrio del instrumento público. En Puerto Rico, el artículo 15 b), de la Ley notarial, incluye el juicio de calificación jurídica atinente al *nomen iuris* del instrumento, tras el cumplimiento de la regla de numeración ordinal por fecha. El Reglamento notarial uruguayo adopta similar posición. A tenor del párrafo primero, del artículo 127, toda escritura pública está precedida por un membrete en el que quedan incluidos: el número que le corresponde en el protocolo y su *nomen iuris*, así como los nombres y los apellidos de los otorgantes. En Perú, el artículo 53, del Decreto del Notariado, lo fija antes de la introducción de la escritura pública. En tanto, el artículo 74, de la Ley notarial, para el Distrito Federal ubica en el margen de la escritura, además del número que le corresponde en el protocolo, su *nomen iuris*. En la doctrina mexicana Carral y de Teresa, a tal fin, expone que la calificación

13 Ignacio Martínez-Gil Vich: "Comentarios al artículo 156 del Reglamento", en *Nueva legislación notarial comentada*, t. I, Legislación notarial, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 414. Esta posición ha sido también seguida por A. Arias Giner: "Tema 16", en *Derecho*…, p. 430.

del acto debe mencionarse en la comparecencia, dado que la naturaleza misma del acto es la que decide la intervención del notario, o sea, a partir de la calificación del acto o negocio jurídico, se hace admisible la competencia del notario por razón de la materia.[14]

4. Contenido mismo del *nomen iuris*: sus particularidades en las escrituras públicas y en las actas notariales

Había expresado que al atribuirle un *nomen iuris* al instrumento público, el notario ofrece un juicio de calificación jurídica que se expresa en una doble dirección: la sustantiva y la instrumental. De ellas la que más trasciende es la primera.

El notario debe delimitar el acto jurídico, negocio, hecho, circunstancia, clasificarlo. Con ello podrá fijar el régimen jurídico que le resultará aplicable. En este sentido, en el ámbito negocial y concretamente contractual, es posible en algunos casos atribuirle un nombre en Derecho, si obedece a que exista al menos un reconocimiento doctrinario, no así si se trata de un negocio innominado, fruto de una prístina creación de las partes que en él intervienen. Y con ello no quisiera limitarme a los contratos, por el reconocimiento doctrinario que tiene la figura de los contratos innominados y atípicos (recordemos que estos pueden ser nominados, cuando la *communis opinio* les ha atribuido un nombre a pesar de no tener recepción en el Derecho positivo, lo cual los lleva a la atipicidad).[15] Tan innominado pudiera resultar un contrato, como un negocio de naturaleza no contractual. De ahí la fórmula que emplea el artículo 41 del Reglamento notarial: *"Si no fuere posible titular el documento notarial con un nombre conocido en derecho, el Notario consignará el que más se ajuste a los derechos y obligaciones que estipulan los interesados y demás circunstancias jurídicamente relevantes que declaren".* El autor del reglamento está atento a esta situación, y busca una solución alternativa ante los casos en que no hay recogido en el Derecho positivo un nombre concreto para el negocio instrumentado. Lo cierto es que el instrumento notarial hay que titularlo con un nombre, conocido, o no, en Derecho. Si no lo es, el notario tiene que darle cobertura jurídica, si el acto pasa el test de legalidad. Muchas veces los notarios han convertido sus notarías

14 Luis Carral y de Teresa: *Derecho notarial y Derecho registral*, 6ª. ed., Porrúa, México, 1981, p. 157.

15 Como nos recuerda I. Martínez-Gil Vich: "Comentarios al…", p. 414, "hay que reseñar que una cosa es la atipicidad y otra cosa es que sean contratos innominados".

en laboratorios jurídicos, dando cobertura legal a contratos que no tienen recepción legal y ni siquiera un nombre en Derecho, constituyendo ello un llamado a la necesidad ulterior de una mirada del legislador.

De ahí que, ante la ausencia de un título o nombre reconocido en Derecho, la labor calificadora del notario sea más aguda, tenga más intensidad y cobre mayor protagonismo, no solo por captar instrumentalmente un negocio o acto que aún no tiene tipicidad normativa (en el supuesto de que además sea atípico), sino por la necesidad de darle un *nomen* por el cual el instrumento, a través de su copia, circulará en el tráfico jurídico. Los criterios recogidos en el Reglamento se sitúan en: a) los derechos y obligaciones que estipulen los interesados y b) las demás circunstancias concurrentes relevantes que declaren las partes. Quizás los autores del Reglamento notarial pensaron más en los contratos que en otros actos o negocios jurídicos. No en todos los actos o negocios resultan obligaciones para las partes. Obligación, en sentido estricto, solo se genera en contratos y ciertos actos jurídicos unilaterales, en aquellos ordenamientos en que estos últimos pueden constituir fuentes de las obligaciones, al estar reconocidos así. De los demás actos jurídicos brotan deberes jurídicos, no obligaciones. No obstante, no siempre el término obligación está concebido como sinónimo de débito, o lado pasivo de la relación jurídica obligatoria. Es común que el legislador sitúe el término obligación como sinónimo de deber jurídico, razón por la cual cabría colegir para algunos interpretes que el artículo 41 del Reglamento notarial al hacer referencia a las obligaciones que estipulan los interesados, lo está haciendo en el sentido de deberes jurídicos derivados del acto o negocio jurídico. Precisamente el contenido de los derechos y obligaciones (o deberes jurídicos si se entendiera así), pueden constituir la quintaesencia del acto o negocio instrumentado. De aquel podría destilarse el tipo negocial o de acto jurídico concertado por las partes. Más complejo resulta, sin duda, recurrir al segundo material probatorio, que se reconoce por la norma, para delimitar el tipo negocial. Me refiero a las demás circunstancias concurrentes relevantes, elemento de pura naturaleza objetiva ¿A qué circunstancias se refiere el autor del Reglamento? ¿En qué sentido son relevantes? ¿Qué es lo que nos permite considerar que las circunstancias concurrentes son relevantes? ¿Es el objeto del negocio? ¿Acaso los motivos exteriorizados? En todo caso, se trata de una operación puramente jurídica, de orfebrería del notario. Este, en razón de su hondo conocimiento del Derecho y de la experiencia acumulada podría atribuir el nombre que en Derecho más se aviniera a la naturaleza del acto, a su propia razón de ser y de existir, buscando siempre los fines prácticos de las partes.

Tratándose de escrituras públicas, es común que en un mismo instrumento tomen cuerpo más de un acto o negocio jurídico interconectados en-

tre sí, digamos en sede sucesoria, aceptaciones de herencias, cesiones de derechos hereditarios, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, condonaciones y adjudicación de la herencia o de bienes concretos. Es indudable que el notario califica varios actos o negocios jurídicos que mantienen su autonomía, pero que forman parte del algoritmo jurídico que permite el tránsito hacia la adjudicación hereditaria. No cabe duda que si bien cada uno de esos actos puede instrumentarse de modo independiente, ello no tendría razón de ser y multiplicaría el quehacer el notario, además de la erogación del cliente por razón de los aranceles aplicables y los impuestos sobre documentos. Compete al notario la determinación de qué actos o negocios pueden estar en un mismo instrumento, con la consecuencia, eso sí, que la calificación de cada uno de ellos tendrá en la aplicación del arancel notarial. En tal caso, se impone el sentido de la lógica y de la racionalidad. Se trata de negocios o actos que, incluso, podrán tener, o no, a los mismos protagonistas como comparecientes y que a su vez están interconectados entre sí. Se interrumpirá esta cadena "negocial", *v.gr.,* si el adjudicatario pretendiera vender el inmueble adjudicado, pues para ello tendría que inscribirlo en el Registro de la Propiedad a su nombre, o en el Registro de Vehículos, si se tratara de un vehículo automotor el bien adjudicado. No acontecería así, sin embargo, si el bien no está sujeto a inscripción. Nada quita que en la propia escritura pública de adjudicación hereditaria comparezca también el comprador, de modo que una vez adjudicado el bien, se proceda en el mismo instrumento a la venta, si no se utiliza, como resulta más pertinente, el útil expediente de la cesión de derechos hereditarios, evitando así, varias transmisiones del bien en el mismo instrumento. Si ciertamente ello no es común, nada empece que se autorice. Algo similar acontece en aquellas escrituras públicas que incluyen la división del inmueble y la consiguiente donación de uno de los inmuebles resultantes a favor de un tercero. Tanto el acto de división del inmueble como el contrato de donación quedarían corporificados en un mismo instrumento público.

Sobre este particular, ya en los umbrales del siglo xx, Sancho Tello y Burguete, exponía en España que nada impedía la concentración, en un mismo instrumento público de varios contratos, dado que "Ni por la legislación notarial, ni por la hipotecaria en sus relaciones con aquella se sanciona con nulidad la inserción de dos ó más contratos en una misma escritura; y aun cuando por la del timbre del Estado se halla prohibido insertar más de un instrumento en un pliego, este caso es distinto y no tiene con el que examinamos la relación por algunos pretendida; la disposición fiscal se refiere á la de varios contratos en un instrumento: dos escrituras no pueden extenderse en un mismo pliego de papel, aun cuando una ocupara solo materialmente

la cuarta parte del pliego; pero dos ó más contratos sí pueden hacerse en una misma escritura".[16] Tómese en consideración que cuando Sancho-Tello habla de contratos, hay que entenderlo aplicable *mutatis mutandi*, a cualquier otro acto o negocio jurídico, siempre que: a) se trate de los mismos comparecientes, o al menos de uno de ellos, b) haya un fin práctico o común en los actos o negocios instrumentados y c) no exista prohibición legal al respecto. Tampoco se requiere que los actos o negocios jurídicos que se corporifiquen en un mismo instrumento tengan igual o similar naturaleza. Así, un negocio jurídico unilateral puede instrumentarse conjuntamente con un contrato. Por lo que es dable, tras la aceptación de la herencia por los llamados a la sucesión –negocio jurídico unilateral por excelencia–, que los herederos cedan los derechos hereditarios a través de un contrato de cesión de derechos hereditarios y todo ello en el mismo instrumento público.

Nada priva tampoco que en un mismo instrumento se incluyan varios hechos o circunstancias que por su diversa naturaleza constituyen distintos tipos de actas notariales, lo que sí debe quedar claro en el objeto del requerimiento que debe aceptar el notario, previa determinación de su licitud, esto es que el requirente le exprese al notario cuáles son los hechos respecto de los que se requiere su constatación. En un mismo instrumento público podrían quedar comprendidos un juicio de notoriedad y un juicio subsanatorio de errores y omisiones de otro instrumento público precedente, autorizado este último por el mismo notario o por otro. A fin de cuentas se trataría de dos juicios de calificación jurídica. Pero digo más, ni tan siquiera se trata de que las actas tengan similar naturaleza como sucede con las de notoriedad y las subsanatorias, que doctrinalmente se ubican en las de calificación jurídica, pudiera instrumentarse un acta de presencia y una subsanatoria en un mismo instrumento público, formalmente concebido, solo ello a guisa de ejemplo. Reitero, compete al notario determinar el nexo que vincula los hechos que pretende el requirente sean constatados, por existir un común interés en ellos, y estar legitimado para su solicitud, pues precisamente la ausencia de legitimación para la constatación de un determinado hecho, pudiera dar al traste con esa pretensión acumulativa.[17]

16 *Vid*. Vicente Sancho-Tello y Burguete: *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, pp. 133-134. Con igual parecer B. Pérez Fernández del Castillo: *Derecho…,* p. 240.

17 Así, *v.gr.,* cualquier persona no puede interesar la promoción de un acta de declaración de herederos, ni de notoriedad, ni de subsanación de errores y omisiones (*vid*. respectivamente los artículos 106 a); 103 a), y 105, primer párrafo, todos del Reglamento notarial). Son actas que por su propia naturaleza requieren de que se pruebe la legitimación del requirente.

El *nomen iuris* atribuido ha de ser el que corresponde en Derecho a partir de su tipicidad normativa. El artículo 85 del Reglamento notarial, *v.gr.*, regula los distintos tipos de actas notariales. Así, en sede de actas, es común que el notario se limite a nombrarlas a partir de la calificación legal contenida en dicho artículo, pero nada quita que el notario quiera ir más allá y no limitarse a calificar el tipo de acta notarial que corresponde, sino a delimitar el objeto mismo del acta notarial, con la incidencia que puede tener para la calificación atribuida. Por ejemplo, en el supuesto de las actas de notoriedad, es lo más habitual que el notario se limita a atribuirle el *nomen iuris* que corresponde al acta en especie en cuestión, siendo suficiente con nombrarla como acta de notoriedad, pero son muy variados los supuestos de notoriedad que se les pide al notario calificar. Así, la notoriedad para constatar el plazo que establece la ley para tener por aceptada la herencia, y con ello adquirida la condición de heredero, bajo la presunción *iuris et de iure* prevista en el artículo 527.2 del Código Civil, a partir de los efectos del silencio del llamado a la sucesión durante el plazo establecido *ex lege*, o el plazo de caducidad de un año que establece el artículo 40 del Código de Familia, contado desde la disolución del vínculo matrimonial para entender adquiridos por ministerio de la ley los bienes muebles, tras acreditar la posesión ininterrumpida durante tal plazo por uno de los excónyuges, o la identidad de una persona, conocida socialmente con otra identidad distinta de la que obra en sus documentos oficiales. Igualmente, el acta de manifestaciones puede ser de testigos, de peritos, o de otros terceros; entre las actas de presencia, se incluyen las de fe de existencia, y a su vez estas pueden ser de personas o de cosas. En fin, el notario puede limitarse a denominar el acta a partir del tipo o especie de que se trate, o ir más allá, indicando a través del *nomen iuris* sobre qué versa el contenido del acta, yendo hasta su más pulcra calificación que permita a su destinatario con facilidad saber de qué va el instrumento.

No obstante, no puede olvidarse que el autor del Reglamento notarial concibe en el artículo 85 j) la posibilidad de que el notario autorice otros tipos de actas que no tienen expresa recepción en los incisos anteriores, a modo de supuesto residual, en el que pudieran encontrar cobija legal todas las demás actas notariales que no tributan directamente en ninguno de los supuestos reconocidos en el propio artículo, pero que la vida pueda llevar a la necesidad de su instrumentación. En estos casos esa labor de orfebrería notarial resaltaría, pues habría que atribuir el nombre más adecuado a Derecho al acta que se pretende autorizar. Tómese en cuenta que se trataría de un acta que por su naturaleza no calificaría en ninguna de las especies de actas que el Reglamento notarial reconoce. No me refiero al contenido mismo de una de esas especies de acta tipificadas en el Reglamento notarial, sino a un acta de naturaleza, instrumentalmente hablando, distinta.

En sede de escrituras públicas la cuestión tiene aún más relevancia. Ningún notario se limitaría a atribuir como *nomen iuris* de una escritura la clasificación instrumental, a saber: escritura pública constitutiva o recognoscitiva. En materia de escrituras públicas, desempeña un rol más importante la calificación sustantiva, o sea, sobre qué acto o negocio jurídico concreto versa el instrumento. Y en tal sentido apuntan los artículos 40 y 41 del Reglamento notarial. El primero, para los supuestos de actos o negocios nominados, y el segundo, por los de naturaleza innominada, y no necesariamente atípica, pues esta responde más al no reconocimiento legislativo que a la atribución de un *nomen* que puede ser doctrinario, sin que en el Derecho vigente sea reconocido.

Por tal motivo, la calificación jurídica del notario en el caso de las escrituras públicas ha de ser el resultado de su pericia técnica. Se impone un juicio equilibrado, basado en la experiencia científica y en el conocimiento que del Derecho tenga el notario. En casos de situaciones atípicas e innominadas, deberá el notario atribuir un nombre al instrumento coincidente con la naturaleza de cada acto o negocio instrumentado, porque uno de los extremos que prueba el instrumento público es el propio acto o negocio que se corporifica en él. No confundamos la excepcionalidad del instrumento por su poca probabilidad de autorización, con la ausencia de un *nomen iuris* doctrinalmente conocido. *Vid*. a guisa de ejemplo, los actuales actos de autoprotección. El ordenamiento jurídico cubano no tiene explícitamente regulados los actos de autoprotección, si bien en algunos ordenamientos jurídicos como el argentino, el peruano o el español, estos están concebidos (en una mayor o menor dimensión). Empero, su no regulación en una norma concreta del Derecho patrio, no priva a los sujetos interesados en ellos que puedan manifestar su voluntad con la confianza y garantía que ofrece la actuación notarial, la autonomía de la voluntad, así lo permite. Al no tener un *nomen iuris* concreto, cabría que el notario les ofreciera el que más se aviene a su naturaleza, de ahí que algunos instrumentos ya autorizados en suelo patrio hayan sido bautizados en la “pila notarial” como actos de autoprotección (formulación más genérica), estipulaciones y previsiones sobre la propia incapacidad, autotutela, entre otros.

5. ¿Es rectificable el *nomen iuris* en sede judicial? ¿Y en sede registral?

Ciertamente, el juicio de calificación en que consiste la atribución de un *nomen iuris* a un documento público notarial es perfectamente rectificable, pues como juicio o aseveración notarial, no tiene más valor que el ser una

fuerte presunción *iuris tantum*, pues dada la autoridad profesional, por la pericia técnica de quien lo da, se entiende que el nombre atribuido es el que corresponde en Derecho. Pero el notario puede errar. He conocido en varias ocasiones nombres inadecuadamente atribuidos, unos en mayor proporción que otros. En algunos casos se trata de atribución incompleta, en otros, la dada es confusa o ambigua. Durante años en nuestro país a las escrituras contentivas de negocios autorizativos, en supuestos de situaciones de cotitularidad, o en razón del ejercicio de alguna autoridad como la parental, se les denominó consentimiento, término que en Derecho evoca otros significados, ninguno relacionado con el negocio mismo de autorización para disponer o enajenar un bien común o habilitar a un menor para residir en el exterior o viajar a un tercer país. Igualmente se ha calificado de aceptación de la herencia, como si fuere una manifestación expresa de voluntad, a supuestos en los que por notoriedad el notario público ha podido calificar una situación de silencio del llamado a la sucesión dentro del plazo concedido por ley para renunciar a la herencia (*vid*. artículo 527.2 del Código Civil), de modo que ha sido el legislador quien ha considerado aceptada la herencia. También he conocido instrumentos en los que el notario ha calificado al poder como especial cuando en realidad es general.

A mi juicio, le es dable al tribunal rectificar el *nomen iuris* atribuido por el notario, para lo cual puede, o no, pronunciarse expresamente en la sentencia o auto judicial que dicte. Lo que importa es el acto o negocio jurídico verdaderamente concertado, con independencia del nombre que le haya atribuido el notario.[18] El error en la calificación no conlleva a la nulidad del

18 Criterio que se comparte con B. Pérez Fernández del Castillo: *Derecho…,* p. 240, para quien "El nombre califica al acto, pero su contenido lo determina". En tal sentido se apoya en los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la federación que parte de la tesis de que lo importante no es el nombre que se le dé al contrato (lo cual –opino–, pudiera extenderse a otros actos o negocios jurídicos), sino la voluntad interna de las partes, el contenido del contrato.

Algún comentarista del Código Civil argentino, que en su artículo 1001 regula lo concerniente al *nomen iuris* del acto, con las expresiones naturaleza y objeto del acto, dice con toda razón que "Igualmente, y más allá de las declaraciones de las partes en la escritura pública que deben estar para que la escritura sea válida, la calificación jurídica dependerá de la realidad más que de la declaración". *Vid*. Diego Fissore: "Comentarios al artículo 1001", en *Código Civil comentado-Hechos y actos jurídicos (artículos 896 a 1065)*, Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 584.

Aun cuando no se trata de casos de contratos instrumentados en documentos públicos notariales, en torno a la calificación del contrato o atribución de su *nomen iuris* por las

documento,[19] tampoco hay que solicitarle al tribunal que rectifique el *nomen* atribuido por el notario, se dice, no sin razón, que "el error en la calificación

partes, la jurisprudencia foránea es conteste en que lo que prevalece es el contenido y no el *nomen* atribuido. Por supuesto, si este fue dado por el notario, hay una menor probabilidad de que no se ajuste a su contenido.

A modo de ejemplo: la Audiencia Provincial de Cantabria, España, ha dejado dicho en su sentencia de 12 de mayo de 1999 (Ref. *El Derecho* 1999/19793), que: *"[...] la 'causa petendi' no es configurada por el 'nomen iuris' que las partes den a un determinado contrato, ni la calificación de este conforme a Derecho por el Juez en forma distinta a la sostenida por las partes supone necesariamente un cambio en ella, pues los contratos son lo que son con independencia de la calificación que les atribuyan las partes y la denominación que empleen para referirse a ellos, y en el presente caso, el derecho invocado para fundar la pretensión no es la regulación concreta del usufructo o del contrato de renta vitalicia, sino la normativa general sobre los contratos y obligaciones habida cuenta de que lo pactado ya se expresaba en la demanda como un contrato de perfiles propios y atípicos en lo que a este punto se refiere"*. Similar posición han asumido los tribunales argentinos: *"En la interpretación de los contratos no hay que atender tanto a la denominación que le dieron las partes como a la esencia y a la naturaleza de la convención realizada"* (CcivComLab y Paz Letrada Curuzú Cuatiá, 10/8/95, *DJ*, 1995-2-1134). Según refieren Carlos Alberto Ghersi *et al.: Contratos civiles y comerciales,* 4ª. ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 260.

19 Más polémico resulta el supuesto en que el notario incurre en error de calificación en el plano continental o del instrumento, o sea, al momento de calificar el instrumento que corresponde según la naturaleza jurídica del contenido a instrumentar, ello por el principio de respeto a las formas instrumentales superiores, a cuyo tenor puede ser contenido de una escritura pública lo que corresponde a un acta notarial, no así viceversa, pues en tales circunstancias, pudiera el negocio o acto jurídico documentado por acta carecer de los presupuestos esenciales para su validez, *v.gr.,* la ausencia de otorgamiento en las actas, compromete la validez del negocio instrumentado por vía de acta notarial. Si bien no se trata del *nomen iuris* propiamente dicho, pues se incurriría en grave error de calificación del tipo instrumental. Un caso de esta naturaleza fue el fallado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia No. 336 de 29 de octubre de 2010 (ponente Acosta Ricart), que ratificó la sentencia del tribunal *a quo*. El recurrente le imputaba a la sala de instancia que no debía rectificar o variar el tipo instrumental, cuando a su juicio el notario había calificado de acta notarial, y no de escritura pública, el reservorio documental en el que se contenía un negocio jurídico de renuncia a la herencia, dada la consecuencia que en Derecho ello conlleva, entre otras cuestiones para la aplicación del régimen jurídico de la nulidad del acto o negocio, contenido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, no extensible a las actas notariales. En derredor de este argumento desarrolla el recurrente los distintos motivos del recurso de casación establecido. La sala de casación combate los argumentos sobre la base de que: *"[...] si se procede a la valoración de la prueba de referencia* (documental) *con arreglo a los principios de la razón y la ciencia [...], tendríamos en primer lugar que señalar que en el caso específico el fedatario actuante no hace referencia expresa a la denominación del referido instrumento, advirtiéndose que incurre la parte inconforme en inexcusable error pues no puede desconocer que mientras que la escritura es el documento público notarial redactado y autorizado por notario, cuyo contenido es un acto o negocio jurídico o manifestación de*

o la omisión de esta, no tiene en principio mayor trascendencia jurídica".[20] "Dése a la escritura una denominación acertada o errónea, el contenido de ella y su subsiguiente eficacia, no sufren mengua alguna".[21] *V.gr.*, en el supuesto de que el notario haya calificado como compraventa una permuta, es lógico que las partes tendrán que comportarse en el proceso como lo que son, a saber: permutantes y no podrán reclamar el precio no entregado, si ciertamente del contenido del contrato y de las obligaciones derivadas para las partes, no hay dudas que el contrato concertado es el de permuta, aunque erróneamente el notario la haya calificado de compraventa.[22] El tribunal al estudiar la escritura pública o el acta notarial, puede rectificar la calificación dada por el notario, en el sentido de aplicar como fundamento de derecho para la solución del conflicto las normas jurídicas atinentes al verdadero negocio o acto instrumentado y no al que erróneamente hace alusión el *nomen* atribuido por el notario. Similar puede acontecer con el registrador de la propiedad, su rectificación sería dada en la calificación registral que le compete. Si bien, la normativa vigente no se refiere con especial detenimiento a la calificación del notario relativa al *nomen iuris* del instrumento, según el dictado del apartado Tercero de la Resolución 270/2011 de 31 de octubre, de la Ministra de Justicia, *"el Registrador califica bajo su responsa-*

---

voluntad, capaz de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los interesados en el mismo, está por ello precisamente dentro de los negocios que deben constar en escritura la cesión, repudiación o renuncia de los derechos hereditarios; por lo que resulta carente de fundamento la imputación contenida en el presente motivo que por tal razón ha de rechazarse" (segundo Considerando). No obstante, razones ajenas a la calificación misma del documento, dieron al traste desde la instancia con la eficacia de la renuncia instrumentada. Empero, en el tercer Considerando, si bien el tribunal no da relevancia a los argumentos esgrimidos a los fines casacionales de ese caso, dado que la renuncia había sido declarada nula por el tribunal *a quo*, deja entrever –a mi juicio a modo de *obíter dictum*–, que ello *"no sería más que otro elemento para justificar su ineficacia".*

20 *Vid*. A. Arias Giner: "Tema 16", en *Derecho*…, p. 431.

21 *Vid*. E. Giménez Arnau: *Derecho…,* p. 532. El propio autor cita con una posición discrepante a Ávila, quien llama la atención en lo trascendente que puede resultar un error de calificación por parte del notario del acto o negocio jurídico instrumentado, sobre todo cuando se trata de negocios con naturaleza mixta, es decir, que cabalgan entre distintos tipos negociales, nominados en Derecho, dado que el error de calificación pudiera acarrear la aplicación de normas legales, no queridas por las partes.

22 Se aclara en este ejemplo que se trata de un error en el juicio de calificación notarial, y no de un supuesto de simulación relativa o absoluta, cuyo régimen jurídico es diametralmente distinto con la sanción prevista en el artículo 67, incisos f) y g), del Código Civil. En este caso para las partes está claro que concertaron una permuta, no hay un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad interna y la declarada, sino un error por parte del notario al atribuirle al instrumento el *nomen iuris*.

bilidad, los aspectos formales, la validez y eficacia de los actos contenidos en el título". Y para poder calibrar su validez y eficacia, tiene primero que determinar si la calificación jurídica dada por el notario de su *nomen iuris,* es acertada. Terreno más discutible es si ante el error de calificación jurídica del notario, corresponde la inscripción del título, o se hace necesario que ello sea enmendado por el notario, a los efectos de su inscripción, esto es, ¿impide el acceso del título al Registro de la Propiedad cuando el notario ha calificado inadecuadamente los actos o negocios jurídicos contenidos en la escritura pública? En tales circunstancias, el registrador pudiera (y queda en el terreno de las hipótesis) interesar la subsanación del *nomen iuris* al concebirlo como una formalidad del instrumento, a su juicio quebrantada. No obstante, en la doctrina española Arias Giner considera que un *nomen iuris* correcto no es un requisito para la inscripción del documento,[23] mientras que Giménez-Arnau razona que se trata de un fallo técnico sin trascendencia.[24]

6. El *nomen iuris* del instrumento y el arancel notarial

Entre los efectos más importantes que tiene la determinación del *nomen iuris* de un instrumento público, en el contexto del Derecho cubano se sitúa su repercusión en vía arancelaria. Sobre el particular se pronunció la Dirección de Registros Civiles y Notarías, a través de su dictamen No. 1/2003, de 19 de marzo, al cual remito,[25] y en el que se esclarece la necesidad de que no se confundan los efectos jurídicos con la naturaleza del acto, así, aunque no lo dice expresamente el dictamen, sería erróneo incluir en el título de un documento público notarial la extinción de la copropiedad, si ello es solo efecto de la cesión de participación operada. En tal caso, el único acto contenido en el instrumento es la cesión de participación, el que la copropiedad se extinga como consecuencia de esa cesión, es un efecto jurídico, muy importante eso sí, pero no es causa, sino efecto, motivo por el cual no

23 A. Arias Giner: "Tema 16", en *Derecho*…, p. 430.

24 E. Giménez Arnau: *Derecho…,* pp. 532-533. Incluso expresa que si bien desde el punto de vista reglamentario hay que consignar la calificación del acto o contrato con el nombre conocido en Derecho que tenga, al amparo (en aquel entonces del artículo 156.9), "el incumplimiento de este requisito quebrantaría normas de *bien hacer*, pero sin producir la ineficacia del instrumento". Tal error, si bien no contribuirá a prestigiar al notario "se tratará, aún en los casos más graves de calificación desafortunada [...], de un fallo técnico sin trascendencia [...]".

25 *Vid*. en Leonardo B. Pérez Gallardo, Juliett Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez: *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 112-114.

puede ser calificado y mucho menos gravar al cliente con el pago de un arancel más elevado.

La Resolución No. 130/1998, de 9 de diciembre, regula los aranceles notariales. Estos están fijados sobre la base de la calificación dada por el notario a cada escritura pública y acta notarial que autorice, a tal punto que cuando los actos, negocios, hechos o circunstancias instrumentados no tengan un *nomen iuris* conocido en Derecho, clasifican como otras escrituras u otras actas, y sobre esa base se fija el arancel notarial a pagar.

Es dable apuntar en este sentido que si bien nada se dice al respecto, puede que en un instrumento público obren varios actos o negocios jurídicos de la misma naturaleza, de tal manera que de darse esta situación, el notario debería consignar en el título o nombre del instrumento el número plural. *V. gr.,* si todos los herederos ceden los derechos hereditarios a favor de uno, no hay una sola cesión de derechos hereditarios, sino habrán tantas cesiones de derechos hereditarios, como herederos hayan, todas tendrán en común el mismo sujeto cesionario, aunque el cedente cambie de una a otra. Sería un error en tal caso que el notario nombrara en singular "cesión de derechos hereditarios". El arancel aplicable sería en este caso el correspondiente al número de cesiones operadas. Y ello, tómese solo a modo de ejemplo. Algo similar puede suceder con la condonación o con la aceptación de herencia, en este último caso se protagoniza un acto de aceptación (si es expresa) en cada uno de los llamados, que es independiente del otro, pues la aceptación es una acto individual. En dichas circunstancias habrá tantas aceptaciones como llamados existan a la sucesión. Podría aceptar cada uno en un instrumento independiente, o todos en un mismo instrumento, previo a la adjudicación, o en la propia partición y adjudicación hereditarias. Igual reflejo debería tener este caso en el cobro del arancel notarial.

A diferencia del reglamento notarial uruguayo, el nuestro no permite sintetizar el nombre o título del instrumento con expresiones como "y otros", para referirse al resto de los actos o negocios corporificados en un mismo instrumento.[26] Todos los actos y negocios instrumentados o los hechos constatables, deben ser nominados en el documento que corresponde. Todos tienen igual importancia. Si bien no hay reglas de prelación, el orden lógico en que se narran los actos o negocios jurídicos es el que impone la secuencia en que deben ser consignados. El instrumento público se redacta

26 En efecto, el Reglamento notarial uruguayo, en posición diría que bastante *sui géneris,* establece que *"Cuando los actos fuesen varios, bastará con designar uno de ellos agregándole 'y otro' o 'y otros' (ejemplo: compraventa y arrendamiento, podrá ponerse 'compraventa y otro')".*

siguiendo un estricto orden lógico, el cual se impone *per se.*[27] A él se debe atener el notario. *V.gr.,* tras la aceptación de una herencia, corresponde la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, y no al revés, pues el cónyuge *supérstite* tiene que entenderse en la liquidación con los herederos y estos no lo son en el sistema sucesorio nuestro, hasta que no acepten (*vid*. artículo 207.1 del Código Civil). Solo liquidada la comunidad matrimonial de bienes es que puede determinarse a cuánto asciende el monto del caudal hereditario repartible entre los herederos (en el entendido de que a los bienes propios del causante se le suma la mitad de los de naturaleza comunitaria). No es posible tampoco donar o vender uno de los inmuebles resultantes de una división o segregación, hasta que aquella no se practique.[28] Y en ese mismo orden debe ser narrado en el instrumento. Si a consecuencia de una delación hereditaria conjunta, varios de los llamados aceptan la herencia y esta se concreta sobre un inmueble, se constituye así una situación jurídica de copropiedad por cuotas indivisas. Y en ese mismo orden lógico es que se deben calificar los actos o negocios instrumentados.

7. El *nomen iuris* y su reflejo en la dinámica instrumental: la adecuación del acto o negocio instrumentado a los verdaderos fines de las partes

La determinación del *nomen iuris* del acto o negocio jurídico o del hecho constatado es una compleja operación jurídica, solo posible en la medida en que el notario es capaz de volcar, sobre todo en materia de escritura pública, las declaraciones de voluntad de los comparecientes y adecuarlas al ordenamiento jurídico.

La determinación del *nomen iuris* es esencial para el juicio de capacidad y para el de legitimación que del compareciente da el notario. En efecto, el

27 En este orden se impone el estudio del dictamen número 2/2010, de 12 de febrero, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, sobre la aceptación de la herencia y su calificación instrumental, en cuyo apartado Cuarto se expresa: "*es dable expresar que la aceptación debe preceder en la calificación notarial, a cualquier otro acto posterior, pues el* nomen iuris *atribuido al documento público debe ser fiel expresión de los hechos o actos contenidos en él, en el mismo orden en que se describen, lo cual debe obedecer a los principios de la lógica jurídica".*

28 No perdamos de vista que en el ordenamiento jurídico cubano, una persona no puede ser titular de más de una vivienda de residencia permanente (*vid.* artículo 2 de la Ley General de la Vivienda). Por ese motivo tendría que desprenderse de una de ellas. Cabría en tal circunstancia también la permuta, pero siempre que por este acto no adquiera la propiedad de otra vivienda de residencia permanente.

juicio notarial de capacidad está en relación directa con el acto o negocio jurídico a instrumentar. Se trata, no de la capacidad jurídica, que en principio, se alcanza con la mayoría de edad o con la emancipación del menor por matrimonio (*vid*. artículo 29 del Código Civil), sino de la capacidad de obrar para el acto en concreto y vinculado con ello la legitimación del sujeto para actuar, de ahí, *v.gr.,* la calificación notarial de las facultades conferidas por el poderdante al apoderado en el negocio representativo. Este podrá concluirse conforme con dichas facultades, primero, siempre que el negocio o derecho a ejercitar no tengan naturaleza personalísima y, segundo, si está dentro del alcance de las facultades, a menos que, tratándose de un negocio jurídico que conforme con su naturaleza sea posible, se concluya de modo irregular, supeditado a la ratificación posterior del *dominus negotii* (según las prescripciones del artículo 420 del Código Civil). No es igual para un notario la autorización de una escritura pública de testamento, negocio jurídico *mortis causa* por excelencia, de naturaleza personalísima, que la autorización de una escritura pública sobre contrato de compraventa. En aquel no es posible la representación ni legal, ni voluntaria, en este, en cambio, sí. La determinación de la naturaleza del acto o negocio jurídico, y en consecuencia, de la atribución de su *nomen iuris*, se torna presupuesto esencial para los juicios notariales a los que he hecho referencia.

La determinación del *nomen iuris* es el resultado, en ocasiones, de aplicar la mayéutica socrática a las partes que buscan empíricamente un resultado, un efecto jurídico, sin saber el derrotero que tienen que emprender.[29] De este modo, el acto o negocio jurídico puede ser concebido en sede notarial, a instancia del mismo notario, cuando las partes no tienen claro el tipo negocial idóneo para provocar el resultado que persiguen,[30] ellas "tienen más o menos clara una voluntad práctica o empírica que debe ser configurada jurídicamente, como tal o cual negocio jurídico, típico o atípico, simple, compuesto o complejo".[31] Prevé el artículo 10, inciso ll) de nuestra Ley notarial, la labor de asesoramiento del notario, como expediente idóneo para la instrumentación del acto o negocio realmente querido por las partes. De ahí la previsora fórmula del legislador que le atribuye al notario el deber de

29 *Apud* Juan B. Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación del Derecho,* II, *Parte sistemática*, Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1112.

30 Como expone Vallet "se trata no solo de captar la voluntad *consciente* sino también de alumbrar la *subconsciente*, después de iluminársela al propio sujeto; e incluso, a veces, de alumbrarle lo que, ni siquiera subconscientemente ha sospechado". *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: *Metodología…,* II, p. 1112.

31 Ídem.

“asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate”. Es la noción de intérprete o traductor jurídico que del notario nos ofrece Carnelutti, de traducir no solamente de la lengua común al lenguaje jurídico,[32] en lo que –apunto yo–, la calificación o *nomen iuris* del instrumento desempeña un significativo papel. “Traducción” a la que alude Rodríguez Adrados cuando expresa que “Esa voluntad primaria ha de ser objeto de *interpretación* por el Notario, e incluso de *integración*, por tratarse normalmente de una voluntad parcial, incompleta, solamente dirigida al efecto práctico fundamental, sin haber previsto otros aspectos, otros planos, que no siempre cabrá considerar secundarios”.[33]

En la aplicación notarial del Derecho –denominación dada por Castán Tobeñas, tantas veces aludida por Vallet–, tiene un significativo alcance el juicio de derecho que el notario ha de formular, entre cuyos elementos configurativos sitúa el maestro Castán a la “calificación de la naturaleza del acto o contrato objeto de la formulación instrumental; la apreciación de su validez y legalidad; así, como de su expresión o formulación instrumental para que corresponda al legal contenido del acto”, apreciaciones que “conducen, como consecuencia lógica, y a modo de conclusión del silogismo que en cierto sentido parece envolver la aplicación del derecho, a las declaraciones que constituyen la ‘parte dispositiva’, o también ‘estipulación’ o ‘disposición’” que “es el verdadero eje o núcleo de la escritura pública”.[34]

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Arias Giner, Antonio: “Tema 16”, en Joaquín Borrell (coordinador): *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

32 Francisco Carnelutti: “La figura jurídica del notariado”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Reus, Madrid, 1954, pp. 17-18.

33 Antonio Rodríguez Adrados: “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado incluso en las relaciones de Derecho internacional privado”, en *Escritos Jurídicos*, III, Colegios notariales de España, Madrid, 1996, p. 429.

34 Castán Tobeñas, *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: *Metodología…,* II, p. 1136.

Ballarín Marcial, Alberto: "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXV, 1996.

Carnelutti, Francisco: "La figura jurídica del notariado", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Reus, Madrid, 1954.

Carral y de Teresa, Luis: *Derecho notarial y Derecho registral*, 6ª. ed., Porrúa, México, 1981.

Corzo González, Lázaro y Rodolfo Hernández Fernández: "Principios del Derecho Notarial cubano", en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores): *Derecho Notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

Fissore, Diego: "Comentarios al artículo 1001", en Julio César Rivera y Graciela Medina (directores): *Código Civil comentado-Hechos y actos jurídicos (artículos 896 a 1065)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, s. f.

Ghersi, Carlos Alberto, et al.: *Contratos civiles y comerciales,* 4ª. ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

Giménez Arnau, Enrique: *Derecho Notarial*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

González, Carlos Emérito: *Teoría general del instrumento público*, Ediar editores, Buenos Aires, 1953.

Martínez-Gil Vich, Ignacio: "Comentarios al artículo 156 del Reglamento", en *Nueva legislación notarial comentada*, t. I, Legislación notarial, Colegio Notarial de Madrid, 2007.

Morales, Francisco de P.: *El notariado, su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado mexicano, México, 1994.

Núñez Lagos, Rafael: "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, No. I-II, julio-diciembre 1953.

_____: *Estudios de Derecho Notarial*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1986.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: *Derecho Notarial*, 6ª. ed., Porrúa, México, 1995.

Rodríguez Adrados, Antonio: "Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado incluso en las relaciones de Derecho internacional privado", en *Escritos Jurídicos*, III, Colegios notariales de España, Madrid, 1996.

Sancho-Tello y Burguete, Vicente: *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.

Tito Puca, Carlos Ricardo: *Comentarios al Decreto Legislativo 1049-Decreto del Notariado*, Gaceta notarial, Lima, 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: *Metodología de la determinación del Derecho,* II, *Parte sistemática*, Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª. ed., Tecnos, Madrid, 2005.

Código del Notariado de Guatemala, Decreto No. 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003.

Código Notarial de Costa Rica, Ley No. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Hermán Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 de 20 de junio, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril del 2013.

Ley del Notariado de la República Dominicana, Ley No. 301/1964 de 18 de junio, en http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html, consultada el 14 de junio del 2013.

Ley Notarial de Puerto Rico, Ley No. 75/1987 de 2 de julio, en http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm, consultada el día 22 de abril del 2013.

Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley No. 404(1)/2000 de 15 de junio y su Reglamento, Decreto No. 1624/2000 de 22 de septiembre, ambos en http://www.colegio-escribanos.org.ar/, consultada el 22 de abril del 2013.

Ley Orgánica Notarial de Uruguay, Decreto-Ley No 1421, de 31 de diciembre de 1878 y su Reglamento, contenido en la Acordada No. 7533 de 22 de octubre de 2004, en formato pdf.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., JULLIET ALMAGUER MONTERO Y NANCY C. OJEDA RODRÍGUEZ (COMPILADORES): *Compilación de Derecho Notarial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

APUNTES SOBRE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (UINL)

Esp. Olga Lidia Pérez Díaz
Notaria Especialista. Directora de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia. Consejera de la UINL para la legislatura 2014-2019. Presidenta de la Sociedad del Notariado Cubano adscrita a la UNJC. Miembro de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL

La Unión Internacional del Notariado, conocida por las siglas UINL, es una organización no gubernamental internacional, instituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo.

Se creó en Buenos Aires, Argentina, el 2 de octubre de 1948, ocasión en que se realizó su primer Congreso Internacional, instituyéndose ese día como el Día Mundial del Notariado. La República de Cuba es uno de los países miembros fundadores, y hoy está representada en esta organización a través de la Sociedad del Notariado Cubano adscrita a la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Hoy la institución cuenta con 85 países y es dirigida por:

- Un Consejo de Dirección de 27 consejeros;
- la Asamblea de Notariados miembros, que es su órgano de decisión donde cada país dispone de un solo voto cualquiera que sea su importancia;
- Un Consejo General de 160 miembros.

La integran también comisiones y grupos de trabajo que tratan temas notariales a nivel técnico y jurídico, encargándose de la organización de jornadas de estudio y seminarios con un alcance continental o intercontinental.

Las comisiones continentales son: Comisión de Asuntos Africanos, la Comisión de Asuntos Americanos, la Comisión de Asuntos Asiáticos y la Comisión de Asuntos Europeos.

Las comisiones intercontinentales son la Comisión de Cooperación Notarial Internacional, la Comisión Consultiva, la Comisión de Temas y Congresos, la Comisión de Seguridad Social Notarial, la Comisión de Deontología Notarial, y la Comisión de Derechos Humanos.

Los grupos de trabajo son agrupaciones temporales que participan en la realización del plan de acción de la Unión en ámbitos muy puntuales y de

actualidad, como por ejemplo en la titulación masiva, participación en otras organizaciones internacionales y en la circulación de las escrituras notariales sustentada en la red notarial mundial.

Algunos fines de la UINL

- Facilitar las relaciones entre los notarios de los diferentes notariados miembros para intercambiar información y experiencias relativas al quehacer profesional.
- Promover, organizar y desarrollar la formación profesional y apoyar los trabajos científicos en el ámbito notarial.
- Promover congresos internacionales, conferencias y encuentros para el estudio del derecho Notarial y materias afines.
- Promover la aplicación de los principios fundamentales del sistema del notariado de derecho civil y en particular de los principios de la deontología notarial.
- Promover el reconocimiento de las escrituras notariales más allá de las fronteras y contribuir a su circulación y eficacia jurídica internacional.
- Fortalecer la formación profesional, tanto inicial como continua, vinculada a la práctica para lograr una formación de excelencia.

El notariado cubano ha estado representado en 10 congresos internacionales de la Unión, y en varias jornadas notariales iberoamericanas y en nuestro país se han realizado jornadas notariales internacionales con la presencia de notarios de diversos países del orbe, miembros de esta organización y la segunda reunión ordinaria de la Comisión de Asuntos Americanos en el año 2011.

La última **Asamblea de los Notariados miembros de la UINL** tuvo lugar los días 8 y 9 de octubre de 2013 en Lima, Perú, dentro de los temas objeto del orden del día, sin lugar a duda uno de los de mayor importancia y trascendencia, fue la aprobación de los principios deontológicos y éticos que deben presidir la actuación notarial, elaborados por la Comisión de Deontología Notarial, definiéndose como *principales infracciones del Código de Ética así como del resto de las disposiciones notariales, las siguientes*:

a) Ausencia del fedatario en la autorización y firma del documento público notarial.
b) Modificación o alteración en la fecha o contenido y verdad del documento.
c) Autorización del documento fuera del territorio donde el funcionario ostente su competencia.

d) Autorización de documentos contentivos de actos, hechos o circunstancias en contra de la Ley o en fraude de la misma, o con manifiesto abuso de derecho.
e) Violación del principio de secretividad o del derecho a la intimidad.
f) Destinar los ingresos recibidos por concepto del servicio prestado a fines distintos de los estipulados.
g) Aceptación de sobornos o colaboración con actividades ilícitas.
h) Pérdida de la imparcialidad o independencia provocando la vinculación económica con una de las partes.
i) Negativa en la asistencia y asesoramiento a la parte más débil y necesitada.
j) No aclaración y explicación de las cláusulas y advertencias contenidas en el instrumento, así como las consecuencias jurídicas que de las mismas se deriven y perjudique a las partes.
k) No respeto de los derechos inherentes a la personalidad o autorizar actos en contra de la dignidad del hombre.
l) Infracción de las normas medioambientales y regulaciones urbanísticas.
m) Autorización de documentos sin la consulta previa de los títulos, registros, antecedentes y demás requisitos exigidos por Ley.
n) Incumplimiento del deber de abstención en los casos establecidos por Ley y/o comunicados por la Dirección de Notarías.
o) Ejercicio de actos de competencia desleal en detrimento de sus colegas.
p) Cobro de las tarifas establecidas por la Ley en exceso o defecto, así como aceptación de ofrecimientos de comisiones.
q) Infracción de las disposiciones internas emitidas por la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia.
r) Abandono del servicio notarial sin la autorización debida por el jefe de la unidad notarial.
s) Impedir, retrasar o dificultar las acciones de inspección y control desarrolladas por el departamento de notarías provincial y especialistas de la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia.
t) Impedir, dificultar o retrasar los expedientes disciplinarios incoados por la autoridad facultada para ello.
u) Falta de colaboración o ayuda a los colegas en casos de enfermedades o incapacidad.
v) Brindar publicidad no autorizada por la Ley, reglamentos, normas internas y Código de Ética, del servicio que prestan.
w) Denegación de la prestación del servicio sin razón que lo justifique, así como dilación en los trámites de forma injustificada atendiendo a la complejidad o no del asunto sometido a su conocimiento.

x) Incumplimiento del deber continuo de preparación técnica y actualización legislativa.
y) Falta de atención y apoyo a los egresados aspirantes a notario bajo su tutoría.
z) Comportamiento irrespetuoso, contrario a la buena fe y costumbres socialistas para con sus colegas y demás empleados de la unidad notarial.

Se produjeron en esta asamblea las elecciones destinadas a determinar quiénes ejercerían los cargos de responsabilidad en la legislatura 2014-2016, resultando electos:

Presidente de la UINL: Daniel-Sédar Senghor (Senegal)
Vicepresidente América del Norte, Centro y Caribe: Dennis Martínez Colón (Puerto Rico)
Vicepresidente América del Sur: Sara Ethel Castro Esteves (Uruguay)
Vicepresidente África: Régine Dooh-Collins (Camerún)
Vicepresidente Europa: Mario Micoli (Italia)
Vicepresidente Asia: Ding Lu (China)

Se destacó que por primera vez en la historia de la UINL su presidencia es asumida por un africano y que dentro de las cinco vicepresidencias, tres son ocupadas por mujeres, lo que demuestra el papel y empoderamiento de la mujer en esta época.

Como Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos a la que pertenecemos como miembro, fue electo el Notario colombiano Alvaro Rojas Charri.

Dado el contenido técnico de las funciones notariales, ha sido objeto de tratamiento continuo en los congresos[1] de la UINL, concentrado bajo el tema *Cultura jurídica y profesional del Notario,* las resoluciones que conculcan la necesidad de la especialización notarial y del perfeccionamiento profesional debidamente controlado.

"El notario latino, por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ella, está llamado a aclararla e interpretarla. La práctica notarial es por tanto, una fuente de derecho que complementa la obra del legislador. Tiene un rol conciliador, de árbitro entre las partes, dentro de la jurisdicción voluntaria, ausencia de contienda o litis. Da vida a la ley y esta vida es la expresión tanto de la voluntad del legislador como de las partes. Por estar encargado

1 Congresos: I, Buenos Aires, 1948; II, Madrid, 1950; III, París, 1954; IV, Río de Janeiro, 1956; VI, Montreal, 1961; XVII, Florencia, 1984; XXII, Buenos Aires, 1998.

de una función pública y obligado a prestar sus servicios cuando le sean requeridos, el notario latino confiere a los documentos que autoriza, así como a los hechos que ellos reflejan, una fuerza, una virtud que deriva del imperium de que está revestida, que se traduce en la seguridad de las partes y la tranquilidad de la vida social (función preventiva). No basta solamente con la formación profesional que el notario latino recibe, sino que le es necesario el conocimiento de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, que se acumula día a día y que le permite estar al corriente de la evolución jurídica que se desarrolla en su entorno.

"Necesidad que la capacidad profesional que se adquiere con el título de licenciado o doctor en derecho sea completada por una especialización teórica y práctica en relación con los aspirantes al ejercicio de la función notarial.[2]

"Que se reconozca que históricamente el notariado ha sido asesor de las partes, imparcial redactor del instrumento, y que por su carácter de jurista se responsabiliza de su contenido, el cual tiene un valor de plena prueba probatoria y ejecutoria; que para lograr su imparcialidad es necesario que se dedique exclusivamente a su función".

La ***DOCTRINA NOTARIAL INTERNACIONAL*** considerada como el conjunto de determinaciones, recomendaciones y conclusiones de las ponencias presentadas por los notariados miembros de la UINL, analizadas y aprobadas en las asambleas generales de los distintos congresos internacionales y otros eventos científicos que con carácter regional se realizan, cuyas actas, a decir de Rafael Núñez Lagos, constituyen el VADEMECUM DE RECETAS LEGISLATIVO-NOTARIALES, ha considerado dentro de las Bases o Principios fundamentales del notariado de tipo latino, en su título II, la definición del documento notarial atendiendo a su autor, contenido y efectos:

2 **REQUISITOS DE ACCESO**: Ostentar la ciudadanía cubana; ser Doctor o Licenciado en Derecho; poseer buenas condiciones morales y gozar de buen concepto público y estar habilitado por el Ministerio de Justicia, luego de haber demostrado su pericia y capacidad profesional para el ejercicio de la función.
Este sistema de acceso, selectivo, culmina con el **nombramiento por parte** del Director Provincial de Justicia o el Ministro de Justicia, la determinación de su **competencia** que puede ser provincial o municipal y en casos especiales, nacional y finalmente con la **toma de posesión del cargo,** acto mediante el cual el notario **presta juramento por escrito** de observar y hacer cumplir la Constitución, las leyes y demás normas jurídicas y de cumplir de manera cabal las obligaciones que le vienen impuestas por el cargo para el cual ha sido nombrado.

Título Segundo
De los documentos notariales

- Los documentos notariales son los redactados y autorizados por notario y que este conserva en su poder, organizándolos cronológicamente.
  Se corresponde con lo establecido en los artículos 13 y 21 de la Ley de las Notarías Estatales (LNE) y 144 de su reglamento (RLNE). Principios de autoría y matricidad.
- Los documentos a que se refiere el artículo anterior podrán tener por objeto actos y negocios jurídicos de todas clases, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales, así como la comprobación de hechos que le consten al notario o por percepción sensorial directa o por notoriedad. También podrán formalizarse en documento notarial requerimientos o notificaciones (contenido propio de las actas). Véase artículo 13 de la LNE. Principios de consentimiento y forma escrita.
- Los otorgantes de un documento notarial tendrán derecho a obtener copias autorizadas de aquel. El notario sin perjuicio de cumplir su obligación de guardar secreto profesional, puede librar copias a favor de personas que demuestren tener interés legítimo en conocer el contenido del documento (artículo 10, inciso n) y artículos 130 y 131 del RLNE).
- Las copias autorizadas de los documentos notariales surten los mismos efectos que el original (artículo 15 de la LNE).
- Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y exactitud. La presunción de legalidad comporta que el acto o negocio jurídico que formaliza el documento reúne los requisitos legales para su validez y, particularmente, que el consentimiento de los otorgantes se ha manifestado en presencia del notario, libre y conscientemente. La presunción de exactitud significa que los hechos que el documento relata y que han sido presenciados por el notario o que a este le consten por notoriedad, se reputan ciertos.
- Las presunciones de legalidad y exactitud a que se refiere el artículo anterior solo podrán ser contradichas por vía judicial (artículo 16 de la LNE).
- Si el notario en el ejercicio de su función notarial ocasiona, por negligencia o mala fe, daño a la persona que ha requerido la prestación de su ministerio, está obligado a indemnizar a la parte perjudicada. (artículo 26 de la Constitución de la República de Cuba y artículo 49 del RN).
- Los notarios redactarán los documentos notariales conforme a su leal saber y entender y reflejarán en él claramente la voluntad de los otorgantes,

que previamente habrán de interpretar, adaptándola a las exigencias legales o de técnica jurídica necesarias para su plena eficacia (profesional del derecho).

El artículo 13 de la LNE preceptúa que los documentos públicos que redacta y autoriza el Notario son los siguientes:

a) Las escrituras, cuyo contenido es un acto jurídico;
b) las actas, en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen acto jurídico;
c) cualquier otro tipo que se establezca en la ley (artículo 121 de la RLNE).
   - Las escrituras y las actas forman parte del protocolo, denominándose instrumentos protocolizables, los demás no van al protocolo, en virtud de lo cual se clasifican como instrumentos no protocolizables.

Nuestro país será la sede de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana, que se celebrará del 24 al 26 de noviembre de 2014.

EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL. SEGUNDA PARTE*

Dr. Pedro C. Verdejo Reyes

1. La función notarial: su configuración doctrinal

En el capítulo I, al expresar el concepto y el contenido del Derecho notarial, expusimos en forma esquemática la configuración doctrinal del notariado moderno, partiendo de la doctrina de Monasterio Gali, quien expresaba su criterio ligando la función notarial a la necesidad que el Estado tiene de disponer de un funcionario especial y de un órgano determinado para atender la seguridad y garantía del Derecho en su estado de normalidad (no contencioso), dándole al mismo una corporalidad y representación externa que facilite su evolución natural y normal (Teoría de la función legitimadora), seguida de otra concepción procesalista, que adjudica al Estado una función jurisdiccional, limitada a la actuación de la jurisdicción voluntaria, imprimiéndole forma y fuerza jurídica a los actos conformativos de negocio o actuaciones jurídicas realizadas por la ciudadanía en el orden privado o personal.

En el epígrafe 1, del capítulo I, analizamos la teoría administrativista de la función notarial con un sentido crítico, al cual nos remitimos.

Cuando en capítulos posteriores estudiemos la Teoría general del instrumento público, veremos que esta se fundamenta en dos principios básicos: el Principio de la prueba preconstituida y el Principio del instrumento-forma, el primero de los cuales ha servido de aval a la teoría tradicional de la Fe Pública, sostenida por Fernández Casado,[1] según la cual al imprimir el notario, en uso de sus facultades delegadas por el propio Estado, una cobertura de autenticidad al instrumento público, garantiza su eficacia probatoria, fundamentando el segundo, como complemento del anterior, la Teoría de la forma, que González Palomino[2] caracteriza como formas de ser y formas de valer (ver: capítulo I, epígrafe 3, el *Principio de la forma*).

* Este artículo corresponde al Capítulo III, del libro *Derecho Notarial,* pp-28-38, de Pedro C. Verdejo Reyes, Editorial Pueblo y Educación, Compilado para esta sección por M. Luisa Pedroso Rodríguez, especialista en Gestión Documental de la Dirección de Información y Divulgación Jurídica del Minjus.

1 Ver Miguel Fernández Casado: *Trado de Notaría*, t. 1, p. 142.

2 Ver José González Palomino: *Negocio jurídico y documento*, pp. 82-84.

Sintetizada la configuración doctrinal del notariado en la forma expuesta, y analizada su conformación organizativa y funcional diversa, podemos inferir que la función notarial en su complejidad orgánica no puede ser adscripta en especial a ninguna de las concepciones enunciadas de manera exclusiva, sino que más bien en aquellos países donde su desarrollo alcanza aristas conceptuales más complejas, ella participa en mayor o menor medida de todas y cada una de dichas concepciones: prueba, forma y actuación genérica de la jurisdicción voluntaria.

2. La función notarial en nuestra legislación positiva

En nuestra legislación positiva vigente (Ley No. 50, "De las Notarias Estatales", de 28 de diciembre de 1984, y su Reglamento complementario), la función notarial alcanza un desarrollo integral que se manifiesta en forma concreta, asegurando la autenticidad del acto notariado, garantizando su legalidad o legitimidad y dotándolo de una forma estable que permite el desenvolvimiento en el orden jurídico de sus efectos dimanantes entre las partes interesadas, sus sucesores o causahabientes, no solo en la instrumentación de actos[3] o negocios jurídicos, sino en la constatación por parte del notario, de dichos o hechos, que sin constituir negocios jurídicos o manifestaciones de voluntad capaces de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos, dejen constancia temporal y cierta de hechos que puedan interesar al Derecho, incluyendo la actuación, aunque limitada, de la jurisdicción voluntaria.

3. Sistemas internacionales del notariado: el anglosajón, el germánico y el latino o francés

El notariado moderno surge, como tal, con las características que las leyes sustantivas y las costumbres locales le han ido imprimiendo en su particular evolución, en relación directa con los principios que informan la contratación local y el mayor o menor grado de autenticidad reconocido al documento notariado por la legislación foránea.

Los distintos estados han ido regulando la función fedataria en concordancia directa con dichos principios, imprimiéndoles, a su vez, características estructurales acordes con sus intereses particulares, razón que ha inducido

3 La instrumentación de actos es la función de llevar el acto al instrumento público.

a los tratadistas del notariado a intentar la delimitación de principios sistemáticos, que le permitan la clasificación por grupos típicos, de los distintos esquemas reguladores de la institución, lo que ha facilitado, por otra parte, un estudio sistematizado del Derecho Notarial comparado.

Resulta difícil el propósito clasificador de los tratadistas, teniendo en cuenta que no existen sistemas notariales propiamente análogos, pues en cada Estado la institución presenta aristas o matices diferenciados, que la alejan en mayor o menor medida de sus congéneres más semejantes, dificultad que se pone de manifiesto en la diversidad de criterios seguidos por los autores en su afán sistematizador, que van, desde el análisis de la función fideifaciente[4] en si , a su alcance y al modo de realizarse en unos, al carácter del funcionario en otros, y en algunos, a la eficacia probatoria del propio documento notariado, resultando de ello las distintas clasificaciones propuestas por autores como Meyer, Bellver-Cano, Moscatello. La Grassierie y otros.

Bellver-Cano,[5] atendiendo al carácter del funcionario notarial, distingue cinco tipos de notariado:

Tipo primero: notariado de profesionales libres. (Gran Bretaña, EE.UU, Suecia.)

Tipo segundo: notariado de profesionales públicos. (Alemania, Austria y algunos cantones suizos.)

Tipo tercero: notariado de profesionales funcionarios públicos. (Francia, Italia, Portugal, España y países latinoamericanos.)

Tipo cuarto: notariado de funcionarios judiciales. (Originario de los estados de Wurtemberg y Baden, en Alemania, y algunos cantones suizos.)

Tipo quinto: notariado de funcionarios administrativos. (Países del campo socialista.)

El profesor de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina, doctor José María Mustapich,[6] siguiendo los lineamientos clasificatorios de Bellver-Cano, condensa aún más y concreta los tipos de notariado propuestos por este último, resumiéndolos en la forma siguiente:

Primero: Tipo libre inglés: a) el notario es profesional privado; b) el instrumento constituye un principio de prueba que ha de ser convalidado judicialmente para gozar de autenticidad.

4 La función feidefaciente es la función de dar fe.

5 Ver Bellver-Cano: *Principios de Régimen notarial comparado*, pp. 3, 19-20.

6 Ver José M. Mustapich: “Concepto del Derecho Notariado”, en Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, t. 2, pp. 276-291.

Segundo: Tipo profesional público alemán: a) el notariado es una función pública de concesión del Estado, obligatoria y reglada; b) el instrumento tiene valor de prueba preconstituida, salvo tacha de falsedad.

Tercero: Tipo funcionario público latino: a) el notariado es una magistratura con delegación del Estado, obligatoria, reglada y jurisdicción restringida; b) el acto notariado y su instrumento público es la forma exterior válida de la mayoría de los actos jurídicos, en tanto no fueren tachados de falsedad o nulidad.

Cuarto: Tipo judicial: a) el notariado es una magistratura judicial de jurisdicción cerrada y obligatoria; b) el instrumento público es una resolución judicial pública *ergo omnes*, y firme, necesaria para la eficacia de los actos jurídicos ordenados por la Ley.

Quinto: Tipo administrativo soviético: a) el notariado es una asistencia del Poder Ejecutivo del Estado territorial, demarcada y obligatoria; b) la escritura pública es prueba e instrumento del acto jurídico y del derecho derivado del mismo.

Ambas clasificaciones, tanto la de Bellver-Cano como la de Mustapich, que han sido aceptadas por distintos autores con ligeras modificaciones, nos proporcionan una idea genérica de la organización del notariado en el orden del derecho comparado, no obstante su parquedad expositiva, en relación con su actividad funcional, y es por ello que hemos preferido complementarlas con un sentido didáctico, ejemplificando específicamente su carácter funcional en algunos países tipo, con la clasificación de Moscatello, tal y como la acoge y expone Giménez-Arnau,[7] incluyendo en la misma el notariado tipo socialista, del cual forma parte nuestro notariado actual.

Siguiendo pues, al profesor Giménez-Arnau, vemos que en sus investigaciones, Moscatello[8] (en el libro *La Nuova Legge Notarile Italiana,* publicado en Palermo, Italia, en 1870), agrupa al notariado en tres grupos o sistemas típicos, atendiendo para ello, no solo al funcionario fedante, sino al carácter de su función y al alcance del documento notariado, razones que nos impelen a aceptar como más eficiente su clasificación, teniendo en cuenta la tendencia actual a la liberación del Derecho Notarial como la Teoría general del instrumento público como piedra angular en su futura concreción como derecho autónomo.

Moscatello agrupa tres sistemas básicos de legislación notarial:

a) Legislaciones que para nada se ocupan del acto auténtico, ni en consecuencia reconocen un funcionario público especializado encargado de autorizarlo.

7 Ver Enrique Giménez-Arnau: *Derecho Notarial*, p. 116.
8 Ibídem, p. 117.

Como veremos más adelante, tales sistemas no suelen agrupar a los funcionarios fedantes en un cuerpo orgánico. (Sistema tipo anglosajón.)

b) Legislaciones que por considerar el acto auténtico como la prueba más completa concede a los magistrados judiciales facultades de autorizarlo, confundiendo al notario con el juez, y la jurisdicción voluntaria con la contenciosa, mediante la figura del notario, juez o juez registrador. (Sistema tipo germánico).
c) Legislaciones que dejando al juez la función jurisdiccional, crean para la autenticación y solemnización de los actos y negocios jurídicos un funcionario público especializado, independiente del primero, con una esfera de actuación de carácter privado, aunque en función pública, estructurando su actividad en un cuerpo organizado. (Sistema tipo francés o latino.)

A las que nosotros agregamos:

d) Legislaciones que mantienen un funcionario técnico especializado, que autentica y solemniza los actos y negocios jurídicos, en ejercicio de una actividad pública de carácter estatal, reconociendo al documento notariado fuerza probatoria plena. (Sistema tipo socialista.)

Sistema notarial tipo anglosajón

Son características típicas de este sistema notarial las siguientes:

a) El notario es un profesional privado.
b) No existe la institución notarial como cuerpo unitario, orgánico o independiente, y con funciones especificas determinadas por la ley.
c) El documento es solo un principio de prueba que necesita la convalidación judicial, y por ende, como obra de funcionario fedante carece de valor específico en el orden procesal.
d) En concordancia con los principios que informan su contratación, no existe función solemnizadora notarial, pues la redacción de documentos no exige autor calificado profesionalmente.

Entre los países que siguen este sistema podemos señalar a Inglaterra y sus antiguas colonias, EE.UU, algunas provincias canadienses de ascendencia inglesa, Suecia, Noruega y Dinamarca, aun cuando en este último país el sistema adquiere matices que lo asemejan al notariado tipo germánico, pues el funcionario fedante se encuentra inmerso dentro de la función jurisdiccional.

Examinemos la función fedataria en algunos de los mencionados países, comenzando por el país, cuyas características, ha dado tipicidad al sistema.

INGLATERRA

La reducida órbita en que se mueve el notario inglés está en perfecta adecuación con su sistema contractual, alejado en sus principios constitutivos, tanto de la solemnidad romana como del consensualismo canónico. La contratación inglesa se rige por el principio causalista de la *consideration,* consistente siempre en algún beneficio para el que formula la promesa, o algún detrimento para el que la recibe. Como contrapartida al contrato con *consideration*, aformal, existe el *contrato sellado* (under seal) de forma escrita, aunque de eficacia limitada a la acción de perjuicio en caso de incumplimiento.

Consecuente con su sistema contractual, los principios probatorios que informan el procedimiento civil inglés excluyen el documento auténtico, admitiendo solo la autenticidad limitada de los contratos *under seal* y la que pudiera impartirle al documento el funcionario fedante o los testigos instrumentales intervinientes, no son con la categoría de prueba preconstituida, sino como un mero principio probatorio a considerar por los tribunales.

Partiendo del presupuesto de un derecho causalista y consuetudinario, de fuente costumbrista, carente de principios formales informativos, es obvio que solo de la necesidad de un comercio jurídico en gran escala ascendente, puede surgir una pálida figura fideifaciente, que sin quebranto de la costumbre sólidamente establecida por el orden jurídico interno, flexibilice la actuación de un derecho local frente a realidades provocadas por el comercio internacional. El *Notary Public* inglés donde ejerce con mayor amplitud la Fe Pública es precisamente en la documentación internacional y cambiaria.

En el orden interno, el *Notary Public* apenas si tiene función competencial exclusiva, pues aún los protestos de letras de cambio, que les vienen atribuidas como tales, las comparte con cualquier persona, en aquellos lugares que no existe Notary. En cuanto a la redacción de instrumentos comparte esta prerrogativa con el *solicitor*, *barrister* y *attorney*.

En el orden jerárquico, se conocen en Inglaterra tres clases de notarios públicos: los notarios de la *city*, que ejercen sus funciones en Londres, Westminster, en el distrito de Southward y en un círculo de diez millas alrededor de la bolsa; los notarios generales, autorizados para ejercer sus funciones en toda Inglaterra, excepto en el área donde actúan los de la *city*, y los notarios de distrito.

No obstante su menguada actuación fedataria, el notario público inglés es un técnico del derecho, y previo al ejercicio de su función, debe someterse a un aprendizaje profesional *(solicitor)* que lo capacite para el cargo.

Los notarios ingleses son designados por el Arzobispo de Canterbury y están sometidos disciplinariamente al Tribunal de Facultades.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Basado su derecho substantivo civil y procesal en los mismos principios que rigen al derecho inglés, en EE.UU., el notariado ha seguido una suerte similar a la de ese país, aunque a causa de su estructura política federal cada estado regula su propia organización fedataria, la que no obstante conserva en la casi totalidad de los mismos, idénticos matices configurativos.

Al igual que en Inglaterra, la actuación del notariado norteamericano es de carácter privado, sin base corporativa, y su función fedataria es limitada, en ocasiones compartida con los funcionarios judiciales en la toma de declaraciones testificales contenciosas. La autentificación de los contratos relativos a bienes inmuebles no es función privativa de los Notarios norteamericanos y ella tiene lugar de dos maneras: por el *reconocimiento*, que consiste en declaración prestada por el firmante de un documento ante notario u otro funcionario competente por imperativo de la ley, donde ratifican que lo expresado en el documento corresponde a su libre voluntad, y por *prueba*, mediante testimonio de testigos del acto ante la oficina del funcionario competente.

El notario no redacta documentos, pues carece de función solemnizadora, excluida de la legislación contractual norteamericana, y por ende, no ejercita función docente o de asesoramiento con respecto a las partes comparecientes, limitándose en su función fideifaciente a autenticar las firmas de los contratantes y a recoger su reconocimiento en los casos previstos en la ley.

La demarcación territorial del notario es distrital, sin perjuicio de que en algunos estados existan notarios con demarcación extendida a todo su territorio. En lo que al nombramiento de los notarios se refiere, la legislación norteamericana no sigue un principio unitario: en el distrito de Columbia los nombra el Presidente de la nación; en otros estados, los gobernadores, previo consentimiento o consulta del Senado, y en algunos, la Corte de Justicia del distrito respectivo, e incluso en el estado de Delaware los recaudadores de contribuciones pueden nombrar notarios para el servicio de una compañía o banco.

SUECIA

El funcionario fedatario en Suecia tiene, al igual que su congénere inglés, un campo competencial limitado, dirigido en gran medida a la autorización de actos jurídicos relacionados con la navegación y el comercio marítimo. Su designación está a cargo de la Comisión de Comercio y Navegación.

Entre sus atribuciones se encuentran las de autorizar protestos, certificar traducciones y practicar investigaciones reguladas por las leyes marítimas; como el *Notary Public* inglés, es un funcionario con vista al extranjero.

En el orden interno, la autenticación del documento se adquiere por la intervención de testigos, uno de los cuales deberá suscribir el instrumento y ambos certificar sobre la identidad de los otorgantes y sobre la veracidad de las convenciones.

El notariado típico anglosajón no configura la institución notarial moderna, que la técnica jurídica actual ha ido concretando en torno a un funcionario técnico especializado y en la teoría general del instrumento público, con alcance probatorio eminente.

NOTARIADO TÍPICO GERMÁNICO

Todo el notariado típico alemán fue coincidente en reconocer al documento expedido por notario, fuerza probatoria eminente en contraposición al sistema anglosajón; no obstante, su organización y el carácter del funcionario fedatario difería en los distintos estados alemanes, dando lugar, por retardo evolutivo, a que en algunos de los estados existiera un sistema tipo, caracterizado por el funcionario fideifaciente, que compartía su fusión con la judicatura, perfilando la figura del juez notario y del juez registrador dependiente directamente de la judicatura, aunque su actividad en muchas oportunidades era de genuino contenido notarial.

Sus características fundamentales eran las siguientes:

1. Los notarios eran funcionarios remunerados por el Estado con categoría de magistrados directamente vinculados a la judicatura.
2. El documento autorizado por notario se considera documento auténtico.
3. Su competencia funcional abarca las testamentarías, ejecuciones de sentencias de autoridades judiciales y de hacienda, e incluso la función de Registradores de la propiedad, todo ello sin detrimento de su actividad típicamente notarial.

Como decíamos anteriormente, este tipo de sistema notarial lo consideraron los autores retardatariamente influido por concepciones medievales, que le impelían a mantenerse adjunto a la función judicial. El notariado típico germano es originario de los estados alemanes de Baden y Wuterbemberg, y se encuentra vigente en la actualidad en Andorra y en algunos cantones suizos, sin perjuicio de que su peculiar formación haya influido, con variantes más modernas, en otros países centroeuropeos, incluida Checoslovaquia.

NOTARIADO TIPO FRANCÉS O LATINO

El notariado tipo francés o latino forma el grupo más extenso, constitutivo de la figura notarial más difundida; sus lineamientos organizativos y funcionales parten de la Ley Francesa, de 25 Ventoso del año 11 (16 de marzo de 1803), que sirvió de pauta a todas aquellas legislaciones, que como la

española y la nuestra, siguieron sus esenciales directrices, sin excluir en su influencia la tradición medieval transmitida a todos los países latinos por la escuela notarial de Bolonia.

Las características esenciales del tipo de notariado latino debemos buscarlas en la condición del funcionario fideifaciente, en su actuación, en su competencia y organización y en lo referente al alcance del documento notariado.

a) *En cuanto al notario:* actúa como funcionario público, aún cuando su actividad se ejercite en el ámbito privado, siendo a su vez un profesional técnico.
b) *En su actuación:* construye técnicamente el instrumento, solemniza el acto y autentica el documento.
c) *Su competencia:* en el orden teórico abarca toda la esfera extrajudicial.
d) *Su organización:* por regla general la organización del notariado descansa en un base corporativa, sometida en última instancia a la autoridad del Estado.
e) El notario latino forma por sí protocolo.

El documento notariado alcanza en este grupo típico su máxima eficacia jurídica, y el ejercicio de la Fe Pública va prestigiado por una cobertura de garantía, que en el orden temporal trasciende al instrumento, conservado en protocolos.

Partiendo de los principios anteriores, sistematizados en legislaciones de países de tradición jurídica decantada como Francia, Italia, Alemania, España y otros, el notariado integrante de este grupo ha alcanzado un desarrollo técnico que lo acredita como la más prestigiosa institución fedataria típica en el ámbito del Derecho Notarial comparado, dentro del campo capitalista.

Como países que han acogido este sistema en sus respectivas legislaciones, podemos señalar los siguientes: Francia, España, Italia, Austria, Alemania, Grecia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, algunos cantones suizos, en Europa; Canadá, el estado de Luisiana en EE.UU y la casi totalidad de los países hispanoamericanos, influidos directamente por la legislación española.

No obstante el desplazamiento territorial y la diferencia de origen étnico de los países con notariado tipo de este sistema, se ha logrado en el orden internacional su adhesión coincidente a la creación de un organismo representativo: la Unión Internacional del notariado Latino, con sede en Buenos Aires, Argentina, que con el orden teórico doctrinal ha sido el instrumento impulsor hacia la unificación internacional del notariado burgués, a través de los congresos profesionales periódicos que se han venido celebrando desde

la fundación de esa organización, cuyas ponencias y acuerdos divulgan en sus respectivos idiomas sus órganos publicitarios.

El notariado cubano, hasta la disolución del Colegio Notarial, formó parte del organismo internacional del notariado latino, del cual se alejó de manera definitiva al conformar su actual estructura como institución administrativa del Estado.

4. Características del notariado en los países socialistas y especialmente en Cuba

La característica fundamental del notariado en los países socialistas se manifiesta en el hecho de ser el notario, en la totalidad de estos, un funcionario estatal adscripto a sus respectivos Ministerios de Justicia u órganos locales de administración.

Sus peculiaridades funcionales varían en atención a la tradición jurídica de cada miembro de la comunidad, sin que ello merme el valor constitutivo y probatorio del instrumento público.

En países como la República Democrática Alemana, el notariado tiene una intervención destacada en la actuación de la jurisdicción voluntaria, y en Checoslovaquia interviene en funciones registrales.

La Ley del notariado Soviético de 1973, fija para todas las repúblicas y regiones autónomas de la URSS los lineamientos generales a que deben ajustar sus respectivas legislaciones dichas repúblicas o regiones. En líneas generales, el notario debe ser un técnico en derecho, un jurista, y sus facultades fedatarias están debidamente plasmadas en la ley con facultades amplias en la redacción, legalización y custodia de la contratación, así como su intervención en asuntos de la jurisdicción voluntaria.

No obstante, la Ley de Bases del notariado Soviético, prevé que en aquellos lugares apartados donde no existan juristas, los secretarios de los sóviets ejerzan la función notarial, aunque de forma limitada.

Las características organizativas y funcionales del notariado cubano actual, siguiendo los lineamientos de la legislación vigente, podemos resumirla en la forma siguiente:

1. De acuerdo con la organización político-administrativa del Estado, el notario es un funcionario estatal de doble vinculación, ya se trate de su actividad administrativa o funcional, técnica o metodológica. En el orden administrativo, el notario está directamente vinculado a los órganos locales del Poder Popular a través de las direcciones provinciales de Justicia

a través de la Dirección de Registros y Notarías de dicha dependencia central (ver Capítulo V, epígrafe 3).

2. El notario es un jurista integral, especializado, a cuyo efecto la ley regula su nombramiento, habilitación y competencia (Ley de Notarías Estatales, capítulo II. Del Nombramiento y competencia de los Notarios,[9] y secciones segunda, tercera, cuarta y quinta del Reglamento de la ley, en su Capítulo I).[10]

3 El Notario ejerce una función integral que comprende la autenticación y solemnización de los actos en que intervienen; asesoramiento jurídico a las partes intervinientes en los actos notariales; formación y custodia de los archivos y protocolos notariales; expedición de copias de los archivos precedentes (Principio de matricidad y protocolo y de representación instrumental), y actuación limitada de la jurisdicción voluntaria en el sentido tradicional del término.

4 El documento notarial o copia autorizada expedida legalmente, constituye un documento auténtico (ver capítulo I, Principio de representación instrumental).

9 Ver Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Capítulo II, p. 49.

10 Ver Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, ed. cit., Capítulo I, Secciones Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta, pp. 41-43.

LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MINORÍAS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL TRÁFICO INTERNACIONAL

Cristina N. Armella
Notaria de la provincia de Buenos Aires.
Rectora de la Universidad Notarial[1]

Sumario

1. Introducción. 2. Planteamiento del tema. 3. Países que reconocen el derecho a la identidad de género. 4. La identificación de la persona física o humana en la República Argentina. 5. Análisis del contenido preceptivo de la Ley 26.743. 6. Requisitos que deben

1 Abogada y Escribana recibida en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Graduada en ambas carreras con Diploma de Honor. Doctora en Notariado de la Universidad Notarial Argentina. Tesis doctoral: "Sociedades entre cónyuges" (1982). Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado (desde 1991) y coordinadora de los seminarios Teórico-prácticos Laureano Arturo Moreira. Profesora titular. Directora de la carrera de Especialización en Documentación y Contratación Notarial. Directora de la Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Directora del Curso para concursos. Directora del Instituto de Derecho Notarial. Consejera Académica-Directora de la Universidad Virtual. Exvice Rectora y actual Rectora (2010), todo ello de la Universidad Notarial Argentina. Profesora de la Facultad de Derecho de la UBA. Titular regular por concurso de la materia Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario y Titular regular por concurso, de la materia: Contratos Civiles y Comerciales. Además Exadjunta regular por concurso de la materia Elementos de los derechos reales. Directora del Departamento de Derecho Privado II. Integrante del jurado para el discernimiento del Premio Profesor Eduardo Prayones, años 2007 y 2009. Investigación y docencia en el postgrado UBA. Profesora invitada por universidades argentinas, nacionales y privadas. Profesora invitada por universidades extranjeras: en Paraguay, Nuestra Señora de Asunción; en Brasil, Río Grande do Sud, Caxias do Sud; en San José de Costa Rica, Universidad Nacional; en Perú, Universidad Católica y por la Superintedencia Nacional de Registros Públicos; en Bolivia, Universidad Católica Boliviana San Pablo; en España, Universidad de Salamanca, como codirectora y profesora titular del Curso de Especialización de Postgrado en Derecho Notarial; en Ecuador, Universidad de Cuenca; en Colombia, Universidad Externado de Bogotá; en México, Universidad Panamericana, entre otras. Disertante invitada por el Registro Nacional y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial, como así también por instituciones notariales y registrales de México, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Panamá, Guatemala, Ecuador, Colombia, Puerto Rico, Cuba, República Dominicana, Perú y Brasil. Directora y profesora disertante de los Cursos Internacionales de Derecho Notarial Profundizado, llevados a cabo en la Universidad Notarial Argentina, en

cumplirse para mutar de género. 6.1. Caso de menores de edad (artículo 5 de la Ley 26743). 7. La reglamentación como completividad legislativa. 8. La problemática del número del documento. 9. Extranjeros residentes en el República Argentina. 10. Efectos del cambio de identidad. Registración. 11. La estricta confidencialidad impuesta por ley. 12. Registración de la rectificación. 13. El requirente notarial transgénero. 13.1 El transgénero solicita la rectificación del asiento registral por medio de la notificación que debe efectuar el registro nacional de las personas. 13.2. El transgénero solicita al notario la rectificación. 14. Medios subsanatorios. 14.1. Otorgamiento y autorización de una escritura pública complementaria y rectificadora, previa al acto dispositivo. 14.2. Rectificación en la misma escritura pública por medio de la cual celebra el acto dispositivo. 14.3. Anotación registral de la subsanación de la inexactitud por cambio de género. 15. Notas registrales específicas. 16. Conclusión.

---

julio de 2000, junio de 2003, junio de 2005, abril de 2008 y agosto de 2011. Fue nombrada *Huésped Ilustre* de Maynas, Iquitos, Perú, en ocasión del VI Congreso Nacional del Notariado Peruano (2000); *Visitante Ilustre* de Zacatecas, México, en ocasión de su intervención en la I Jornada Notarial del milenio organizada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano (2001); *Huésped de Honor* de la Ciudad Nuestra Señora de La Paz, en Bolivia, en ocasión de su intervención en las IX Jornada Notarial Boliviana organizada por el Colegio Nacional de Notarios de Fe Pública de Bolivia y la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino (2003); *Visitante Ilustre* de la Ciudad de Villarrica del Espíritu Santo, Paraguay, como conferencista internacional del XI Congreso Notarial Paraguayo (2003); *Miembro de Honor* de la Sociedad Cubana de Notarios, La Habana, Cuba (2008) y *Miembro Honorario* del Colegio Notarial del Callao, Perú (2009). Obtuvo la distinción al mérito en grado de Orden de la Cruz en Colombia. Distinción del Colegio de Notarios de la República Dominicana (2010) y la Condecoración al Mérito en Beneficio de la Función Notarial, con medalla y placa recordativa otorgada por la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú (2010). Medalla visitante ilustre de la municipalidad provincial de Moyobamba, capital del Departamento de San Martín, Perú (2010). Visitante ilustre como expositora del XI Congreso Nacional del Notariado Peruano… como visitante ilustre del Distrito de la Banda de Shilcayo (2010). *Miembro Honoraria del Colegio de Notarios del San Martín, Perú (2010). C*orresponsal en la ciudad de Buenos Aires de la *Revista Notarial* de Veracruz, órgano oficial del Colegio de Notarios Públicos del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, México. Miembro Honorario de la Junta de Decanos del Colegio Notarial de Arequipa, en Perú (2012). Consejera del Consejo General de la Unión Internacional del Notariado para la Legislatura 2005-2007 y 2008-2010 y reelecta para el período 2011-2016. Expresidenta de la Academia Notarial Americana, en el área de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, legislatura 2008-2010. Miembro de la Comisión Honoraria de Modernización del Sistema de Derecho Privado de la República Argentina, designada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Resolución 5626/09, del 7 de mayo de 2009. Escribana del gobierno municipal del municipio de Vicente López de la provincia

1. Introducción

Me ocupa hoy el estudio de un tema como el reconocimiento del derecho de las minorías en la República Argentina que ha modificado los paradigmas tradicionales del derecho de las personas y de las familias.

Así, la Ley 26618 ha permitido el matrimonio de iguales en el año 2010 y como complemento de tal regulación, en mayo de 2012 se legisló acerca del derecho a la identidad de género que le permite a una persona física o humana cambiar su nombre, su imagen y su género tan solo por medio de un trámite administrativo.

El ejercicio de tal derecho impacta fuertemente en la identificación de la persona de quien se trate si consideramos que tener un patrimonio es un derecho de la personalidad.

Tal patrimonio, como universalidad, está integrado además de por otros bienes, por inmueble y muebles registrables, cuyas titularidades dominiales se publicitan por medio de los Registros Públicos de acuerdo a la naturaleza jurídica del bien del cual se trate.

Así, la mutación de género con el consiguiente, en principio, cambio de imagen y de nombre de pila, genera sin más, inexactitudes tanto en los títulos de propiedad como en los asientos registrales. La problemática acaece cuando las titularidades consignadas en los instrumentos públicos acreditativos de los dominios de las cosas corresponden a personas que antes ostentaban un género y actualmente otro, lo que implica, además, que la realidad registral no condiga con la extrarregistral. Razón por la cual se impone fuertemente la necesidad de su subsanación en pos de garantizar la seguridad jurídica estática y dinámica que debe primar en toda sociedad jurídicamente organizada.

El notariado, por su parte, enfrenta un desafío inédito. Dar respuesta a las personas transgéneros que como requirentes deben ser identificadas en un marco de estricta confidencialidad y trato digno, lo que coloca a aquella operación de ejercicio en un ámbito de difícil solución.

---

de Buenos Aires, desde noviembre de 2009. Fundadora del Foro de las Ciencias y las Artes, un lugar de cultura en Vicente López para el mundo, donde se desarrolla un centro cultural que se dedica a la expansión del conocimiento científico y a las manifestaciones artísticas (exposición de pinturas y esculturas, teatro, música –especialmente de cámara y lírica–, danza, cine, entre otras). Ha escrito más de doscientos artículos entre consultas, notas a fallos y comentarios doctrinarios. Entre sus obras doctrinarias se destaca el *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario* y la *Suma de contratos* que recopila más de cien años de doctrina en la materia. Notaria, docente, investigadora, académica, autora, consultora, asesora legislativa y fundadora de un centro cultural.

Mi aporte tiene como finalidad plantear esta problemática tan particular y esbozar algunas soluciones. El análisis de la cotidianeidad en el ejercicio de la función pública notarial supera cualquier tarea abstracta de planteamiento, análisis y esbozo de solución, por lo que lejos de pretender que este abordaje agote la temática, es el inicio de un camino difícil de recorrer.[2]

2. Planteamiento del tema

A partir de mayo de 2012 está vigente en nuestro país la Ley 26.743 de Identidad de Género[3] la que ha sido reglamentada por el Decreto 1007 del Poder Ejecutivo Nacional y otras normas posteriores (ver www.infoleg.gov.ar).

La mencionada norma regula, sobre la base a la no discriminación y a la libertad de la orientación sexual de cada persona física, el derecho de las minorías transgénero por medio del cual el individuo que se "autoevalúe" como perteneciente al género opuesto al que le fuera adjudicado al tiempo de su nacimiento, pueda mutarlo válidamente.

Tal procedimiento es solo administrativo y se basa en dos pilares fundamentales. Uno, la rectificación de la partida de nacimiento de origen (la que queda inmovilizada) por parte del Registro Civil y Capacidad de las Personas. Otro, la obtención de un nuevo documento nacional de identidad. Ambos documentos públicos no deben evidenciar que se trata de un supuesto alcanzado por la ley de identidad de género.

2 Este tema fue expuesto por la autora en las Jornadas Internacionales de Derecho Privado, realizadas en la ciudad de San Juan, provincia del mismo nombre, República Argentina, en 2013; en el XXVI Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral, realizado en Panamá, en junio de 2013, y además fue analizado en el XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, organizado por la Universidad Notarial Argentina, del 15 al 17 de agosto de 2013, en la provincia de Buenos Aires y será expuesto en las Jornadas Nacionales Notariales organizadas por el Consejo Federal del Notariado Argentino, en 2014.

3 El régimen está integrado por las siguientes normas: Ley 26.743 de alcance nacional. Decreto 773/2012 del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), del 24 de mayo de 2012, que promulga la ley. El Decreto 1007/2012, del 3 de julio de 2012, reglamentario de la ley. La Resolución 1795/2012 del Registro Nacional de las Personas. La Resolución Conjunta 2/2012 de la Dirección Nacional de Migraciones y Resolución 1/2012 de la Dirección Nacional de las Personas con respecto al reconocimiento del Derecho de Identidad de Género a los Extranjeros. La Resolución 493/2013, del 15 de abril de 2013, de la Dirección Nacional de las Personas. La Resolución 331/2013, del 7 de mayo de 2013, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de extensión de la cobertura del seguro de capacitación y empleo. Y la Disposición Nacional de Registro Nacional de la Propiedad del Automóvil y Crédito Prendario, del 12 de junio de 2013, del Digesto de Normas Técnico Registrales.

El individuo de esta manera, sin intervención judicial, podrá cambiar su nombre, género e imagen (sin necesidad de someterse a intervenciones quirúrgicas, tratamientos psicológicos u hormonales), por única vez en la vía administrativa. Si deseare mutar de género nuevamente lo podrá hacer solo con intervención judicial, la misma que se exige en los casos de transgéneros menores de edad.

Este reconocimiento legislativo está fuertemente ligado a la regulación legal del matrimonio de iguales. El análisis del derecho comparado demuestra que todos los países que aceptan la celebración matrimonial entre personas de un mismo sexo también permiten la mutación del género por vía administrativa o judicial.

Abrigo el más pleno convencimiento de que el notariado tiene que estudiar esta temática por las ulterioridades legales que ella produce en el ámbito personal y patrimonial de las personas físicas o humanas.

El transgénero es un individuo que se vincula por medio de relaciones intersubjetivas en los ámbitos de los derechos patrimoniales, personales y reales. Gestiona su patrimonio (universalidad dinámica) con absoluta libertad. Las titularidades de las cosas registrables deben ser publicitadas con certeza para evitar las inexactitudes registrales. Razón por la cual la rectificación de los títulos de propiedad, como así también la de los asientos registrales se impone para consolidar la seguridad jurídica estática o estructural y dinámica del tráfico negocial.

Todo ello evidencia la necesidad de que el notariado se ocupe del tema a los efectos de su estudio, interpretación y aplicación en legal forma. El argumento de que se trata de casos aislados no es suficiente para desplazar el interés que el tema tiene en la actualidad, no solo en nuestro país sino también en la región y en el mundo.

Destaco la confidencialidad y el trato digno que la norma nacional y su reglamentación exigen, lo que genera la necesidad de consensuar comportamientos a desarrollar en el cumplimiento de las operaciones de ejercicio notariales (calificación de la capacidad, la identificación y la legitimación) para evitar los efectos disvaliosos que podrían suceder ante la vulneración de tales bases fundamentales del sistema.

El espectro a analizar se extiende mucho más cuando se trata de extranjeros a quienes se les ha beneficiado con los alcances normativos en cuestión, relevándolos de la exigencia de la rectificación de la partida de nacimiento de origen si en el país de nacimiento no fuera posible tal modificación por vía judicial, administrativa o cualquier otra. Ello provoca una consecuencia muy especial y es que un mismo individuo puede ostentar un género válido en la República Argentina y otro distinto en su país de nacimiento.

Este nuevo régimen establece con claridad que la persona que muta su género no varía su condición familiar (cónyuge, ascendiente, descendiente) ni patrimonial (calidad de deudor y acreedor).

No obstante, el análisis de la realidad evidencia temas como los siguientes:

1. Matrimonio celebrado por personas de distinto sexo. Ulterioridades si alguno de los cónyuges muta su sexo. El matrimonio sería de personas del mismo sexo. Frustración matrimonial. Divorcio.
2. Persona que pretende ejercer sus derechos previsionales en un país en el cual la edad reconocida para gozar de la jubilación es diferente para mujeres y varones.
3. Registración de nacimientos con padres de diferente sexo, con mutación posterior del género de alguno de ellos. Casos de invocación y justificación de filiación en el ámbito notarial.
4. Expedición de nuevo título universitario con la nueva identidad, frente a la norma que permite solo la expedición de uno único por cada carrera universitaria. Incertidumbre de las autoridades universitarias del grado y del postgrado.
5. Impacto del decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo nacional y validado por el Congreso nacional, que reconoce a los matrimonios constituidos por dos mujeres, la registración como hijos del matrimonio a los nacidos como biológicos de alguna de ellas y sin filiación paterna inscripta, que a la fecha de entrada en vigencia (junio de 2012) tuviesen menos de dieciocho años de edad. Efecto retroactivo de la norma.
6. Prestación del asentimiento conyugal (artículo 1277 del Código Civil) luego del divorcio, al tiempo de la celebración del acto dispositivo por parte del excónyuge adjudicatario del que fuera el inmueble asiento del hogar conyugal habiendo hijos menores y/o incapaces allí, por parte del otro excónyuge, cuyos datos actuales de identidad no coinciden con los consignados en el título de propiedad de origen.
7. Convivientes mujeres en las que una de ella muta su género al masculino y se presenta ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas a reconocer, por la vía administrativa, el hijo de la otra. La puja entre el derecho al reconocimiento de hijos extramatrimoniales que tienen los progenitores varones frente a la realidad del reconocimiento por un individuo ahora hombre, que ciertamente no procreó a aquel menor, pues anteriormente fue mujer.

Los ejemplos planteados son solo algunos de los múltiples casos que suceden diariamente a partir de la aplicación del nuevo Derecho en la Re-

pública Argentina que ha consolidado en la norma los nuevos paradigmas del siglo XXI.

3. Países que reconocen el derecho a la identidad de género

Los países en los cuales se reconoce el derecho a la identidad de género, implementado por vía legal o judicial son: en Europa: Alemania, Italia, Suecia, Dinamarca, Holanda, Finlandia. Noruega, Francia, Suiza, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Gran Bretaña, Grecia, España y Turquía; en América: Perú, varios estados de Estados Unidos, provincias de Canadá y Uruguay. En África: Sudáfrica y en Oceanía: Australia.

De la enunciación precedente se desprende que la autorización del cambio de género se da en muchos países en cantidad mayor que el reconocimiento del matrimonio entre iguales. Así los dos últimos estados que han legislado la posibilidad de que personas del mismo sexo celebren casamiento civil, son la República Oriental del Uruguay y Francia, que ya reconocían aquel derecho.

4. La identificación de la persona física o humana en la República Argentina

La identificación de personas en la República Argentina se basa en dos sistemas interdependientes, el registral y el identificatorio nacional, regulado en ambos casos por leyes nacionales de aplicación en todo el país, advertencia que hago dada nuestra organización constitucional bajo el sistema democrático, Repúblicano y federal.

El Decreto-Ley 8204/63, ratificado por la ley 16.478 y sus modificatorias, unificó y centralizó la organización del Registro Civil y Capacidad de las Personas a partir del 1ro. de enero de 1964.

Completa el ámbito registral la identificación que realiza el Registro Nacional de las Personas.

Actualmente la Ley 26413 regula el sistema registral de las personas, por medio del cual se inscriben todos los actos o hechos que originan, alteran o modifican el estado civil y la capacidad de los individuos, a saber: nacimientos, matrimonios, incapacidades, defunciones, emancipaciones por matrimonio (ya que la emancipación dativa o por edad y la emancipación comercial, fueron derogadas por la Ley…, que adelantó la mayoría de edad

a los dieciocho años).[4] Su organización depende de las 23 provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en todo el territorio de la República Argentina.

Por su parte, el sistema identificatorio se regula en la Ley 17671 y sus modificatorias y en la Ley 24540 y sus modificatorias. El sistema identificatorio nacional emite el Documento Nacional de Identidad sobre la base de una matrícula única y el uso de técnicas de identificación dactiloscópica creada por el croata-argentino Juan Vucetich, quien descubrió que las impresiones dactilares identifican a las personas pues ellas no se repiten entre unas y otras.

La práctica de que el compareciente que no sabe o no puede otorgar el acto, estampe su impresión dígito pulgar derecha, o en defecto de ella, cualquier otra individualizada, al final de la escritura pública, se ha convertido en un recaudo formal ordenado por algunas leyes locales de organización del notariado, agregada a la firma a ruego. Este recaudo, aclaramos, no surge del Código Civil pues el mismo rigió previamente en 1871, al descubrimiento del mencionado Vucetich.

5. Análisis del contenido preceptivo de la Ley 26743

Del análisis del texto legal se desprende que la ley 26743 reconoce el derecho a la identidad de género y su contenido, conceptualiza la identidad de género y permite solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género "autopercibida".

Este derecho se consolida con:

- El derecho al libre desarrollo personal (artículo 11).
- El trato digno (artículo 12).
- La coercibilidad de la ley (artículo 13).

El libre desarrollo personal que consagra el artículo 11 confiere a los transgéneros, ciertos derechos como el de acceder a intervenciones quirúrgicas sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa cuando la persona es mayor de edad, pues en caso de menores de edad la autorización judicial se impone. Todas las prestadoras de salud contempladas quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace. De

4 Consultar Cristina N. Armella y Sebastián Justo Cosola: *Ley Mayoría de edad*, Ed. Ad Hoc., Bs. As., 2010.

ello se infiere que en la República Argentina se ha convalidado la práctica de las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo sin autorización judicial o administrativa previa y en forma gratuita dentro del sistema de salud nacional (ejemplo el hospital Durand de Buenos Aires) o que deben estar a cargo de las obras sociales pertinentes.

El trato digno, regulado en el artículo 12, determina ciertas conductas que deben ser respetadas por todos aquellos que se vinculan de una forma u otra con una persona transgénero, a saber: a) deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas que utilicen un nombre de pila distinto del consignado en el documento nacional de identidad; b) ese nombre deberá ser utilizado para cualquier citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados; c) cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento, y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado, y d) en aquellas circunstancias en que la persona debe ser nombrada en público, deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

La coercibilidad de la ley ordenada en el artículo 13, reitera expresiones ya vertidas en la Ley 26.618 de matrimonio de iguales y mantenida en el proyecto de Actualización, Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de La Nación (Decreto 191/2011) al inicio del Libro Segundo que trata del matrimonio –proyecto que en la actualidad tiene estado parlamentario y se encuentra en análisis en la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación Argentina, comisión que se integra por miembros de ambas cámaras, esto es por diputados nacionales y senadores provinciales–. La misma dice: *“Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.*

6. Requisitos que deben cumplirse para mutar de género

Como ya expresé lo novedoso de esta regulación legal es que la persona física o humana que se “autoperciba” como integrante del género distinto a aquel que se le ha atribuido al tiempo de su nacimiento, tan solo por la vía administrativa, puede solicitar la mutación del mismo. Aclaro a priori que si

en el futuro deseara mutar nuevamente de género debe solicitar autorización judicial. De allí la utilización del vocablo “transgénero” que evidencia con claridad el contenido conceptual del mismo.

No obstante que se trata de un trámite administrativo (con ello remarcamos la no judicialización de la gestión –salvo casos de menores de edad y mutación luego de la mutación–) la Ley 26.743 y su decreto reglamentario, establece, el cumplimiento de una serie de requisitos básicos para la implementación del cambio, los cuales son:

1. Acreditar edad mínima de 18 años (salvo artículo 5);
2. presentar la solicitud requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad (con el número original); y
3. expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

Aclaro que no se trata de un proceso administrativo, sino de un trámite que se realiza por medio de la utilización con un formulario tipo que se presenta en la Oficina del Registro Civil y Capacidad de las Personas del domicilio de la persona que requiere cambiar su identidad. Esa oficina envía el formulario a la que corresponda por la registración del nacimiento y luego de ser expedida la nueva partida de nacimiento, como explicaré infra, el trámite es devuelto a la oficina de origen, habiéndose cumplimentado la totalidad de la gestión a los efectos de que el Registro Nacional de las Personas (que en muchas demarcaciones territoriales de la República Argentina funcionan conjuntamente) le emita el nuevo documento nacional de identidad.

La normativa es palmaria cuando expresa que en ningún caso será requisito acreditar: a) intervención quirúrgica, b) terapias hormonales o c) otro tratamiento psicológico o médico. Esta aclaración proviene de los antecedentes judiciales existentes en nuestro país con relación al tema, que si bien fueron absolutamente excepcionales, ya habían reconocido a personas transgéneros el derecho que tenían a mutar de sexo. En aquellos casos, las personas que recurrieron a la justicia, se habían sometido previamente a intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales para alcanzar la imagen del género que psicológicamente interpretaban como propio. Pues bien, estos recaudos no son más exigibles y solo basta solicitar esta mutación en el ámbito administrativo fundada en la “autopercepción” de la misma persona transgénero.

El trámite es absolutamente gratuito y personal, por lo que no es necesaria la intervención de abogados (cuando se trate de personas mayores de edad), ni de gestores.

6.1. Caso de menores de edad (artículo 5 de la Ley 26743)

Como ya adelanté, la Ley 26.743 de alcance nacional, reconoce este derecho a la identidad de género a toda persona física o humana, sea ella menor o mayor de edad.

Lo que sucede es que mientras la persona mayor de edad cuenta como plena capacidad de derecho y de hecho o de ejercicio para poder desplegar en forma absolutamente personal la gestión administrativa descripta, en el caso de personas menores de edad, que cuentan con capacidad de derecho pero no de hecho o de ejercicio (salvo las capacidades adelantadas que le reconoce el derecho positivo –ejemplo el artículo 128 del Código Civil–), la gestión administrativa no podrá ser cumplimentada en forma personal.

En este último caso, la persona que no ha alcanzado la edad de 18 años y sin embargo se "autopercibe" como integrante del otro género, deberá contar con el consentimiento de sus representantes legales, quienes deberán presentar la solicitud con expresa conformidad del menor y asistencia de abogado.

La ley no aclara de qué representantes legales se trata, por lo que cuando la ley no distingue, tampoco lo puede hacer el intérprete. Consecuencia de ello es que al menor bajo tutela debe reconocérsele el mismo derecho cuando cuente con el consentimiento de su tutor.

En el supuesto de que el o los representantes legales le negaren su consentimiento o sea imposible obtenerlo, el menor podrá recurrir por la vía sumarísima judicial, siempre patrocinado por un profesional abogado de acuerdo a lo normado en el Tratado Internacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que la República Argentina ha ratificado en el Congreso nacional por Ley 26061, lo que le otorga rango constitucional de acuerdo a lo establecido en la última reforma constitucional del año 1994.

7. La reglamentación como completividad legislativa

Si bien la ley nacional ha regulado acabadamente los aspectos administrativos del trámite que debe realizar la persona que desea ejercer su derecho a la identidad de género, es el Decreto 1007/2012, el que reglamenta sus recaudos, los cuales son: a) la presentación de un formulario único de solicitud simplificada –determinado en el anexo–; b) la existencia de la inscripción del nacimiento que se pretende rectificar; y c) la presentación del documento nacional de identidad con la constancia de la inscripción del nacimiento, de acuerdo a lo normado en el artículo 23 de ley 26.413 del Re-

gistro Civil y Capacidad de las Personas.

Una vez concluida la gestión exitosamente que, reiteramos, no es un trámite ni judicial ni administrativo, el Registro Civil inmovilizará la partida de nacimiento de origen o rectificada y expedirá la partida de nacimiento nueva.

Cumplido ello, el Registro Nacional de las Personas está en condiciones de expedir el nuevo documento nacional de identidad con el nombre de pila, el género y la imagen cambiados. La solicitud del nuevo documento nacional de identidad podrá realizarse en cualquier oficina seccional de los Registros Civiles habilitados o en las oficinas del Registro Nacional de las Personas. Para ello es imprescindible presentar la nueva partida de nacimiento.

En ningún caso la expedición de la nueva partida de nacimiento y del nuevo documento nacional de identidad deben evidenciar que se trata del resultado de la aplicación de este reconocimiento del derecho a la identidad de género. Por tanto, el instrumento público acreditativo a la registración registral del nacimiento ni el documento público acreditativo de la identidad, que se retroalimentan por ser instrumentos públicos expedidos por registros públicos administrativos de ejercicio monopólico por parte de los estados locales y del Estado nacional, pueden tener ningún signo que evidencie que se trata de un supuesto en el marco de la Ley 26743.[5]

8. La problemática del número del documento

Todo este andamiaje legal, como afirmé, se funda fuertemente en la confidencialidad.

Consecuentemente se pretende que el dato que consolide la certeza de la identificación de la persona que antes fue varón y hoy es mujer y viceversa, sea su número de documento nacional de identidad, que se le otorga al tiempo del nacimiento (luego de la última reforma legislativa) y que se mantiene durante toda la vida.

Se ordena que el número del documento nacional de identidad será relevante por sobre el nombre de pila o la apariencia morfológica.

Retrospectivamente, en nuestro país los varones obtuvieron la matrícula identificatoria antes que las mujeres. El documento identificatorio de los varones fue la Libreta de Enrolamiento. Luego con el advenimiento de la matrícula identificatoria de las mujeres, a ellas se les otorgó la misma numeración a través de la Libreta Cívica. En ambos casos la diferenciación del mismo

5 Ley 26743. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el nuevo documento nacional de identidad expedido en virtud de esta.

número de documento entre varón y mujer se daba por el tipo de documento de identidad, Libreta de Enrolamiento para los varones y Libreta Cívica para las mujeres.

La Ley 17671 introdujo una reforma, creando el documento nacional de identidad para todos los habitantes de nuestro país, tanto nativos como extranjeros residentes, dándole a estos últimos una numeración superior a los noventa y dos millones.

Por su parte, a los ciudadanos que cambiaron sus libretas de enrolamiento y libretas cívicas por documentos nacionales de identidad, se les otorgó una matrícula documentaria determinada por la combinación del número y sexo masculino-femenino, manteniendo el mismo número del documento anterior (que podía coincidir con el número asignado a una persona del otro sexo) y se lo diferenció adicionando la letra M para masculino y F para femenino (Leyes 11386 y 13010).

Esta práctica fue altamente positiva desde su implementación desde el año 1968 hasta el 2012, pues permitió que dos personas tuvieran el mismo número de documento nacional de identidad, pero desplazó cualquier duda al respecto por la utilización de las letras M y F que hacían ostensible el género que representaban.

A partir de la entrada en vigencia de la ley bajo análisis puede ocurrir que la persona transgénero que siendo varón cambie a mujer o viceversa, al conservar el mismo número de documento, genere la posibilidad de que existan dos personas del mismo sexo que tendrían el mismo número de documento nacional de identidad.

Frente a este supuesto, la normativa ordena que a la persona transgénero deberá asignársele una nueva matrícula identificatoria.

En este orden de ideas se deduce que la persona en estas condiciones, además de mutar su nombre, su imagen y su género, cambiará también su número de documento por otro nuevo, lo que será, ciertamente, una excepción a la regla general de que el número de documento es el dato personal que fundamenta la continuidad de la identificación de la persona como que es la misma y no otra.[6]

9. Extranjeros residentes en la República Argentina

Uno de los aspectos más interesantes del reconocimiento legislativo del derecho a la identidad de género se plantea en el caso de extranjeros re-

6 El tema será desarrollado luego con relación a la Disposición Técnica Registral del Registro Nacional del Automotor vinculado a la rectificación de la titularidad dominial.

sidentes en la República Argentina y los efectos que ello produce a nivel internacional.

Como lo expresa nuestra Constitución nacional en la enunciación de los derechos y garantías, los mismos se aplican a todos los habitantes del suelo argentino.

Los extranjeros que residen en nuestro país, no fueron mencionados en el texto de la ley nacional, no obstante el Decreto 1007/2012 se ocupó de ellos, reconociéndole también la posibilidad de solicitar tal anotación o rectificación de acuerdo con su identidad de género, según la legislación de su país de origen.

Ahora bien, a partir de la mención de los países que reconocen este derecho (*vid. supra*), advertimos que no todos los países permiten que una persona mute su identidad. Así, hay países que no permiten, ni reconocen, que una persona pueda cambiar su identidad ni por vía judicial, ni por vía administrativa.

Clarifico a través de dos ejemplos: a) España reconoce este derecho y viabiliza la rectificación registral con la nueva identidad. Así un extranjero (español) con residencia legal en la República Argentina, puede tramitar en su país (España) la rectificación de su partida de nacimiento de origen y con tal documento rectificado, solicitar en nuestro país la expedición de su documento nacional de identidad para extranjero que evidencie su nueva identidad y b) Chile, Bolivia –para mencionar países limítrofes con gran afluencia de inmigrantes y tráfico fronterizo– no reconocen este derecho de cambio de género en sus legislaciones internas. Por ello, el extranjero, chileno o boliviano, que tenga residencia legal en la República Argentina no podrá lograr la rectificación de su partida de nacimiento de origen, ni en forma judicial ni administrativa, lo que le impediría en la República Argentina ejercer su derecho a la identidad de género.

Frente a esta situación, la reglamentación del Decreto 1007/2012 establece que los extranjeros con residencia legal en la República Argentina que no cuenten con la rectificación de la inscripción de origen y que no sean “apátridas” o “refugiados” pueden ejercer el derecho de identidad de género en nuestro país. Para ello deben: a) tener residencia legal y permanente; b) contar con documento nacional de identidad para extranjeros y c) explicar las causas por las que no pueden lograr la rectificación de su partida de nacimiento de origen.[7]

La competencia material y originaria para estos casos tan particulares ha recaído en la Dirección Nacional de Migraciones y en el Registro Nacional de las Personas.

7 Consultar nota 3.

Ahora bien, interpretemos correctamente el caso planteado. Nuestro país le reconoce al extranjero residente, que no puede rectificar su partida de nacimiento pues en su país de origen no es posible hacerlo por ausencia de regulación legal permisiva o reconocimiento judicial o administrativo respectivo, la posibilidad de ejercer su derecho a la identidad dentro de nuestras fronteras, obteniendo así un nuevo documento nacional de identidad para extranjeros con una identidad distinta.

Las normas dictadas por los organismos competentes del Estado Nacional han expresado que la documentación emitida a favor de la persona extranjera solo será válida en la República Argentina y aquella deberá mantener su documentación de origen para transitar en forma transfronteriza.

De lo expuesto se infiere, claramente, que una misma persona tendrá una identidad en la República Argentina y otra distinta y de origen para el resto de los países del mundo.

10. Efectos del cambio de identidad. Registración

La teleología de la Ley 26743 es clara cuando pretende, más allá de lo sociológico, establecer que el ejercicio del derecho al cambio de identidad, nada cambia.

Esto se desprende de dos enunciaciones contundentes: a) no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que le pudieran corresponder con anterioridad a la inscripción del cambio registral y b) no alterará las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, inclusive la adopción.

En una primera aproximación al tema brotan una serie de preguntas que surgen principalmente de la no discriminación entre el hombre y la mujer, principio que fue plasmado en textos de tratados internacionales debidamente ratificados por nuestro país. Pero lo cierto es que todavía y en nuestra legislación interna, existen diferencias de género (lo más palmario es el régimen jubilatorio o el régimen carcelario, entre otros).

Pensemos en la persona transgénero que mantiene su vínculo matrimonial vigente, que convierte su matrimonio de personas de distinto sexo en un matrimonio de personas de igual sexo y como ello va a impactar en la vida familiar, considerando que la ley impone la no alteración en todos los órdenes y grados. Deberá analizarse la necesidad de la rectificación de la partida de casamiento, de nacimiento de la prole. Vale pensar en cómo impactará ello en la justificación de los estados de familias en los procesos judiciales familiares como divorcios, sucesiones, impugnaciones de filiación, reconocimiento de hijos, etcétera.

También la ley se ocupa de la vinculación de la persona transgénero con terceros, considerándose en el ámbito patrimonial tanto su calidad de acreedor o de deudor y esto impacta en el ámbito de los derechos personales y reales y en la publicidad registral de tales derechos. La ley acierta cuando establece la oponibilidad a los terceros desde el momento de su inscripción en los registros, como lo analizaremos *infra*.

11. La estricta confidencialidad impuesta por ley

Uno de los rasgos característicos de este nuevo régimen legal es la estricta confidencialidad impuesta por ley.

Ya relaté que la nueva partida de nacimiento, como el nuevo documento nacional de identidad no pueden tener ninguna referencia a que corresponden a un caso alcanzado por la Ley 26743.

Además, la partida de nacimiento de origen es inmovilizada por el Registro Civil y Capacidad de las Personas al tiempo de la rectificación de la identidad y la expedición de la nueva partida de nacimiento.

Solo puede tener acceso a aquella partida de nacimiento inmovilizada el propio interesado, quien ha solicitado la modificación de su identidad, aquellos que cuenten con autorización del titular de la misma y los que obtengan una orden judicial por escrito y fundada.

Y esta confidencialidad no está reservada solo a la partida de origen sino también a la publicidad que se puede hacer de esta situación, salvo que el propio interesado lo autorice.

Refuerza el tema la diferencia plasmada en este régimen legal vigente en nuestro país con respecto al cambio del nombre normado en el artículo 17 de la Ley 18.248 que ordena la publicación de edictos durante el proceso judicial, recaudos que no son impuestos en el caso de identidad de género, que no solo no requiere la intervención jurisdiccional (salvo menores y mutación de mutación) ni publicación de edictos.

Por su parte el Decreto 1007/2012 reglamenta que la estricta confidencialidad de las partidas previstas en el artículo 9 de la Ley 26.753, se extiende a los legajos de identificación del registro nacional de las personas.

12. Registración de la rectificación

Mas allá de la confidencialidad estructurada por la La Ley 26.743, la misma prevé un régimen de notificaciones a cargo del Registro Nacional de las Personas que debe informar el cambio del documento nacional de identi-

dad a: 1) el Registro Nacional de Reincidencia; 2) la Secretaría del Registro Electoral (padrón electoral) y 3) a los registros de la propiedad en los cuales se encuentren anotadas medidas precautorias a nombre del interesado.

Por su parte el Decreto 1007/2012, reglamentario de la ley nacional, ordena notificar a: 1) la Administración General de Ingresos Públicos (AFIP); 2) el Banco Central de la República Argentina y 3) a todo otro organismo por vía reglamentaria, que demuestre interés público.

Entendemos que esta enunciación no es taxativa, ya que el propio interesado tendrá a su cargo las rectificaciones que fueran menester realizar para su propio beneficio frente a entidades públicas o privadas (artículo 11).

13. El requirente notarial transgénero

Desde la entrada en vigencia de la normativa bajo análisis, el notariado argentino salió a dar respuestas a situaciones inéditas en el tráfico negocial. El transgénero en el rol de requirente notarial significó el disparador de la aplicación del nuevo régimen legal en forma inmediata a su aplicación. Fundamento, más que suficiente, para avalar lo que sostengo en forma reiterada acerca de que son los notarios, como profesionales del derecho a cargo de la función fedante, quienes obligadamente aplican el nuevo derecho antes que los abogados y que los propios miembros de la judicatura. Todo esto en el marco de su capacitación permanente y del ejercicio ético de la función, pilares fundamentales de la seguridad jurídica que garantizan a todos los habitantes de nuestro suelo.

Linealmente podemos analizar dos situaciones con distintas bases fácticas a partir de las siguientes interrogantes, no sin antes recordar que el alto grado de confidencialidad expuesto por el sistema normativo argentino dista de aquellos del derecho comparado en los cuales se hace ostensible, sin problema alguno, el cambio de identidad. Solo por poner un ejemplo, la legislación vigente en España permite que en la escritura pública se haga mención, al tiempo de identificar a la persona compareciente, de su identidad actual y de la anterior, sin más, lo que desplaza toda dificultad al respecto. En estos supuestos se identifica al otorgante como Josefina Pérez, antes José Pérez.

Esto es impensado en la República Argentina a la luz del Derecho positivo.

Abordamos entonces las dos situaciones.

La primera. ¿Qué sucede cuando una persona transgénero accede a la notaría y requiere la intervención para la adquisición de un inmueble? ¿Qué documentación le requiere el notario a los efectos de individualizarla?

Del análisis de los textos legales que conforman el actual régimen del reconocimiento al derecho a la identidad de género en la República Argentina, se desprende que si la persona transgénero accede a la notaría a los efectos de adquirir bienes, como principio rector el notario deberá desarrollar un trato digno y en el marco de la expresa confidencialidad.

Las operaciones de ejercicio tendientes a calificar la capacidad, identidad y legitimación del requirente no ofrecerán dificultad alguna frente a la directriz normativa de la utilización del documento nacional de identidad para identificar al requirente.

Por ello, en cumplimiento del artículo 1002, apartado c), del Código Civil, de acuerdo con la reforma legislativa de la Ley 26.140, el notario lo identificará con la exhibición del original de su documento nacional de identidad, que en fotocopias, debidamente certificadas por el autorizante, agregará como cabeza de escritura.

La segunda. ¿Qué sucede cuando una persona transgénero accede a nuestra notaría y requiere nuestra intervención para la venta de un inmueble adquirido cuando ostentaba otra identidad? ¿Qué documentación le requerimos a los efectos de individualizarla y de legitimarla?

El requerimiento genera una vinculación jurídico notarial entre el requirente y el notario que tradicionalmente ha sido estudiada por la casi totalidad de la doctrina notarialista. Las operaciones de ejercicio destinadas a lograr un documento notarial existente, válido y eficaz e inscripto en caso de ostentar vocación registral para su publicidad y oponibilidad a terceros registrales, se enmarcan en un ámbito de secreto profesional, imparcialidad, alto grado de capacitación y conducta ética del oficial público interviniente, entre otras bases y principios que sustentan el ejercicio funcional que reconoce rasgos específicos y distintivos.[8]

Todo ello es vehículo suficiente para enfrentar los nuevos desafíos que los actuales paradigmas del siglo XXI presentan en la cotidianeidad. Situaciones impensadas hasta no hace mucho tiempo, hoy son, aunque excepcionales, una realidad a la que el notariado debe ofrecer la mejor solución.

Es así que, cuando el requirente solicita la intervención del notario para la celebración, por ejemplo, de una compraventa inmobiliaria, al tiempo de realizar la primera calificación de su título de propiedad, advierte que de la publicidad cartular surge una titularidad dominial en cabeza de una persona que no es del mismo género del que tiene quien lo requiere.

8 Para mayor abundamiento consultar Sebastián Justo Cosola: *Los deberes éticos notariales*, Ed. Ad Hoc. Bs. As. 2008.

Inmediatamente se advierte la aplicación al caso concreto de la Ley 26743 y de todas sus normas complementarias. Así, el alto grado de confidencialidad que organiza el régimen legal, como el trato digno marcado por las conductas que deben desarrollarse frente a este requirente, deben primar en la vinculación requirente-notario. De todas formas, confidencialidad y trato digno son comunes al quehacer notarial en el cumplimiento de la conducta deontológica que desarrolla, por lo que entendemos este es el mejor ámbito en el cual las personas transgéneros pueden encontrar respuestas válidas a todas sus inquietudes.

13.1. El transgénero solicita la rectificación del asiento registral por medio de la notificación que debe efectuar el registro nacional de las personas

Es cierto que frente a la inexactitud ostensible que surge entre el título de propiedad antecedente y el documento nacional de identidad acreditativo de la identidad del requirente, el notario puede indicarle cumplir con la normativa vigente, que lo legitima en forma personal a dirigirse a todas las instituciones públicas y/o privadas que lleven registro de datos personales, para solicitar en forma individual, la rectificación del asiento registral.

13.2. El transgénero solicita al notario la rectificación

No obstante ser la anterior una posibilidad de fuente legal, entiendo que no condice con la conducta que debe desplegar el notario frente a su requirente en el marco de la legalidad, brindándole sobre la base de un asesoramiento correcto y contando con un alto grado de capacitación científica, una solución notarial que lo libere de asumir personalmente gestiones o diligencias para las cuales carece de información suficiente o de aptitudes profesionales para cumplirlas.

Entiendo que frente a este requerimiento en particular, el notario debe (remarco el deber que lo interpreto como de fuente funcional, no legal) dar un solución que subsane la inexactitud que ha sobrevenido por el cambio de identidad, tanto en el título antecedente como en los asientos registrales consecuentes.

Así entonces, es tiempo de analizar las operaciones de ejercicio que deberá desarrollar el notario y relacionarlas con la técnica en la redacción escrituraria que represente la mejor respuesta para el caso concreto.

14. Medios subsanatorios

14.1. Otorgamiento y autorización de una escritura pública complementaria y rectificadora, previa al acto dispositivo

Es posible que por medio de una escritura complementaria y rectificatoria del título antecedente pueda rectificarse el nombre y género consignados en el título antecedente por medio del cual el requirente adquirió el inmueble ostentando la identidad anterior.

Se trata de una escritura pública complementaria que debe reunir todos los requisitos de fondo y forma de esta especie de instrumento público y reconocer la comparecencia del requirente que como compareciente, otorgante y sujeto negocial expresará su voluntad de subsanar la inexactitud sobreviniente que produjo su cambio de identidad.

Este tipo de subsanación no es posible ni por nota marginal en la escritura antecedente ni por documento notarial sin compareciente,[9] pues se impone la manifestación expresa del consentimiento negocial del transgénero dirigida a exteriorizar este acto unilateral rectificatorio.

Dado el alto grado de confidencialidad que marca el nuevo régimen jurídico es impensable poder concretar este tipo de subsanación si el notario autorizante no cuenta con el relevamiento de aquella confidencialidad, ya que el contenido escriturario (con miras a producir los efectos que el requirente necesita) debe revelar que se trata de un caso alcanzado por la Ley 26743.

Es de buena técnica escrituraria que del texto de la escritura pública complementaria y rectificatoria de los datos personales de identificación del propietario surja el relevamiento de la confidencialidad. No me adhiero a la corriente de opinión que expresa que el solo otorgamiento de la escritura pública por parte del transgénero debe ser interpretada como liberatoria de la confidencialidad que lo protege. Como afirmé, el nuevo sistema legal exige confidencialidad, la que surge clara de los textos legales, no solo de la ley nacional sino de todas las reglamentaciones posteriores. Razón por la cual considero fundamental el relevamiento expreso de la confidencialidad, luego de un acabado asesoramiento notarial que informe al requirente de las ulterioridades legales del acto a celebrarse y que el interesado preste su consentimiento debidamente informado.

9 Para mayor abundamiento consultar Cristina N. Armella: “El documento notarial sin compareciente”, en *Revista Notarial del Centenario Doctrina*, publicada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Planteo como contenido escriturario luego de la cláusula del relevamiento de la confidencialidad, la descripción del título antecedente, con la totalidad de sus datos (número de escritura pública, número de folio, fecha, notario autorizante, datos del registro notarial y qué cargo ostenta en el mismo –titular, adscripto, subalterno, etc.–), breve descripción del inmueble, objeto del negocio jurídico a subsanar (datos catastrales, etc.) y la inscripción de la primera copia en el Registro de la Propiedad.

En las cláusulas siguientes, el requirente debe manifestar que requiere del notario interviniente la rectificación de los datos personales vertidos en el título en vías de subsanación de acuerdo con su nueva identidad, la que justifica con su partida de nacimiento de origen (que recuerdo se encuentra inmovilizada por el Registro Civil y Capacidad de las Personas que la ha emitido, y que solo su propio titular es el que la puede exhibir –salvo apoderado con facultades suficientes y/u orden judicial escrita y fundada–), con la nueva partida de nacimiento de la cual surge la rectificación del primitivo asiento y su nuevo documento nacional de identidad, utilizado también para la acreditación de la identificación de acuerdo al artículo 1002, apartado, c) del Código Civil (Ley 26140).

Luego de que el requirente manifieste su voluntad de subsanar el título antecedente, el compareciente debe requerir, además, la rectificación del asiento registral correspondiente por medio del cual se publicita el documento notarial portante del derecho real oponible, por ello, a los terceros registrales.

Continúa el texto escriturario con las constancias notariales en cumplimiento del artículo 1003 del Código Civil. El notario advera que tiene a la vista los instrumentos públicos relacionados, legalizados en su caso, si provienen de extraña jurisdicción y que en fotocopias debidamente certificadas por el autorizante, se agregan como cabeza de escritura.

Concluye con la lectura, salvados, otorgamiento y autorización.

Expedida la primera copia de la escritura complementaria y rectificatoria, se consigna nota marginal en la escritura pública matriz si corresponde al mismo protocolo del notario autorizante de la escritura pública subsanatoria o se envía la notificación para que haga lo propio el autorizante de aquel antecedente.

Rogada la inscripción de la primera copia de la escritura pública subsanatoria, el Registro de la Propiedad inmueble deberá confeccionar el correspondiente asiento de rectificación, el cual no podrá contener ninguna referencia a la Ley 26.743.

14.2. Rectificación en la misma escritura pública por medio de la cual celebra el acto dispositivo

Nada impide que el requerimiento de la rectificación del título antecedente y del asiento registral se pueda instrumentar conjuntamente en la misma escritura pública por medio de la cual se celebra el acto dispositivo.

Se trata de una misma escritura que contendrá al menos dos negocios distintos. El primero destinado a subsanar el título antecedente y solicitar la rectificación del asiento registral, y el segundo el acto dispositivo del cual se trate.

El contenido documental será en los términos del planteado para la escritura autónoma complementaria y rectificatoria. Aquí se impone advertir que el relevamiento de la confidencialidad no solo deberá alcanzar el requerimiento efectuado a partir de la intervención del notario, sino que será ostensible además para el cocontratante y los terceros que tengan acceso a este título de propiedad como antecedente dominial de los actos dispositivos que conforman la cadena dominial de un inmueble en particular.

Por su parte y en cumplimiento de la confidencialidad que rige el tema, se sugiere que, aunque relevada, la solicitud del certificado registral de anotaciones personales o inhibiciones se realice en dos solicitudes distintas, una por la primitiva identidad y otra por la actual. Confeccionar una sola solicitud con ambas identidades sería una vulneración del principio de confidencialidad que podría acarrear inconvenientes.

14.3. Anotación registral de la subsanación de la inexactitud por cambio de género

En todos los casos el registrador debe rectificar el nombre del asiento registral previo, sin publicitar que tal rectificación se efectúa en el marco de la ley 26743.

Esta premisa se aplica a todos los registros de la propiedad con independencia de la naturaleza del bien del cual se trate.

15. Notas registrales específicas

Hasta la fecha el único Registro que se ocupó específicamente del tema ha sido el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor en virtud de que

el Título II, Capítulo XV, Sección 1a, del Digesto de Normas Técnico-Registrales del mismo, establece cuáles son los requisitos para rectificar los datos referidos a la identidad del titular registral de un dominio.

Así, a efectos de contemplar los supuestos de las personas que ejercen su derecho a la identidad de género y rectificar sus datos en los Registros de la Propiedad del Automotor, Motovehículos, Maquinaria Agrícola, Vial e Industrial y Créditos Prendarios, resultó necesario modificar tales normas con el objeto de adecuarlas a las nuevas previsiones establecidas por la Ley 26743.[10]

La iniciativa como tal es destacable ya que demuestra preocupación por el tema, pero la modificación introducida es criticable. Ya me he expedido con respecto al principio que sostiene que el documento nacional de identidad es el único documento idóneo para justificar la identidad de la persona transgénero, frente a la posibilidad de cambiar también el número del documento anterior. Por ello, practicar la rectificación de la titularidad dominial sobre la base exclusivamente de su exhibición parece no acertado, en especial referido a automotores cuya registración continúa siendo constitutiva de derechos y que pese a los esfuerzos realizados, todavía existe cierto grado de ilegalidad en ese ámbito.

10 La norma en cuestión dice, en su parte pertinente: LA SUBDIRECTORA NACIONAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS DISPONE: Artículo 1°.- Sustitúyense los artículos 4°. y 5°. del Título II, Capítulo XV, Sección 1a, del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, que quedarán redactados como se indica a continuación: *"Artículo 4°.- Conforme con lo dispuesto por la Ley No. 26743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas, la única documentación requerida cuando se solicite la rectificación de datos en relación con el sexo, cambio de nombre de pila e imagen del o la titular del dominio, será el Documento Nacional de Identidad. Sin perjuicio de ello, en caso de haberse practicado la rectificación registral prevista en este artículo, solo podrán rectificarse nuevamente esos datos previa autorización judicial*". Artículo 5°.- *"La modificación en el nombre o apellido de las personas producida con posterioridad a la inscripción del automotor a su favor, que no se encuentre comprendida en el Artículo precedente, deberá ser solicitada acompañando indefectiblemente el testimonio judicial que así lo aclare o acta original o fotocopia autenticada por el Registro Civil con la anotación marginal de la orden judicial, salvo que se tratare de una mujer casada que solicite suprimir o adicionar el apellido marital, en cuyo caso deberá acompañar el acta pertinente".*
Artículo 2°.- Modifícase la numeración de los actuales artículos 5°. y 6°. de la Sección 1a, Capítulo XV, Título II, del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, como artículos 6°. y 7°., respectivamente. Artículo 3°.- La presente entrará en vigencia a partir del día de su publicación. Artículo 4°.- Regístrese, comuníquese, atento su carácter de interés general dése para su publicación a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. -Mariana Aballay.

Por último, cabe advertir que la referencia a la mujer casada que hace el artículo 5°. cuando se refiere a la rectificación del apellido y dice: *"salvo que se tratare de una mujer casada que solicite suprimir o adicionar el apellido marital, en cuyo caso deberá acompañar el acta pertinente"*, no condice con la ley del nombre 18248, modificada por la ley 26618 que pone en un pie de igualdad a los integrantes del matrimonio, se trate de un matrimonio entre personas del mismo o de diferente sexo.

16. Conclusión

Una mirada diferente. Esto es lo que ofrezco con mi aporte desde la óptica notarial y registral del actual tema del reconocimiento del derecho de la identidad de género.

He utilizado vocablos como inédito, novedoso, impensado, los cuales califican una realidad muy reciente que sobrevino en nuestro país a partir de los derechos de las minorías, tan fuertemente enraizados en el concepto de derechos humanos como tan fuertemente criticados por aquellos otros que no comprenden ni aceptan a las personas transgénero.

Mi espíritu inquieto frente a las modificaciones legislativas, promovió el estudio de una problemática que si bien había abordado antes, al permitirse la celebración del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, hoy adquiere una relevancia superior.

No es lo mismo que dos hombres o dos mujeres contraigan nupcias y conformen una familia absolutamente equiparada a la que integran cónyuges de distinto sexo, a aquella otra situación que se presenta cuando una persona, por su propia "autopercepción", decide cambiar de identidad.

Identidad que la distingue de todo otro ser humano y que la individualiza en la interelación subjetiva.

Y este derecho que llamo derecho de las minorías convive con el derecho de las mayorías, y todos integramos una sociedad que reconoce el valor de la expresión "seguridad jurídica". Lo que sucede es que ciertos profesionales que ejercemos funciones públicas, como la notarial y la registral, encontramos en esos vocablos el sentido de nuestra vocación y la razón de ser de una lucha diaria que significa consolidar ese principio en las relaciones entre los particulares y de los particulares con los poderes del Estado.

Cuando irrumpe en una determinada sociedad un cambio legislativo que modifica tan profundamente los paradigmas anteriores, en este caso atendiendo a ciertas necesidades humanas, es necesario trabajar en pos de

detectar las flaquezas que su aplicación puede acarrear, y consolidar soluciones que alejen esos riesgos, antes que pretender su derogación.

Es por ello que a través de la cátedra instalé el tema en el notariado nacional y que a través de este aporte pretendo motivar a estudiantes y estudiosos para que esta semilla prospere.

VISTA, por la Dirección de Notarías y Registros Civiles, la consulta formulada por algunos notarios del país en relación con: ***determinación de la naturaleza jurídica de las acciones constructivas, su instrumentación en acta o escritura, y tratamiento en tanto actos de disposición, actos de administración o de otra naturaleza,*** debido a su trascendencia en la calificación notarial, presupuesto este que deriva en la seguridad jurídica y protección a los derechos de los particulares en esta sede.

Estudiados y razonados los preceptos legales sustantivos de la legislación especial y común, de la Ley No. 50/1984, de 28 de diciembre, "De las Notarías Estatales", y su reglamento puesto en vigor por la Resolución No. 70/1992, del Ministro de Justicia; siendo *ponentes las doctoras en Ciencias Jurídicas Teresa Delgado Vergara, Marta Fernández Martínez, la licenciada Yenisbet Hernández Betancourt y la que suscribe*, se emite el siguiente:

DICTAMEN No. 4/2013

PRIMERO: Las acciones constructivas por esfuerzo propio de la población que se instrumentan notarialmente en nuestro contexto, reconocidas en la Resolución No.11/2006, de 6 de enero, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda,[1] son:

a) **Obra Nueva:** Construcción que se inicia nueva desde los cimientos, y su emplazamiento puede ser en un solar yermo o en una azotea.

   Es la acción constructiva por excelencia, calificada por el legislador con el adjetivo de **NUEVA**, lo que constituye un *hecho determinante de la adquisición originaria de la propiedad,* crea una nueva relación jurídica; surgiendo el derecho con el *ius edificandi*, constituyendo la descripción el título formal de adquisición y que logra efectos declarativos *erga omnes* con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

b) **Reposición:** Es una obra nueva en su totalidad que tiene la peculiaridad de ejecutarse en sustitución de una ya existente.

   El término tiende a confundir, pues la acción puede no reponer el bien en el mismo estado y con las mismas características, y ello no significa que

1 Procedimiento para otorgar licencias o autorizaciones de construcción y certificados de habitable.

varíe el derecho sobre él, siempre que la obra respete la superficie útil y la infraestructura existente, por ello puede considerarse más idóneo denominarla como reconstrucción aunque el resultado del acto edificatorio no sea idéntico al original.

c) **Ampliación:** Toda nueva construcción anexa a la vivienda original que forme parte de ella y se encuentre unida a esta por una puerta, pasillo, escalera o cualquier otra solución constructiva.

   La definición legal es ambigua toda vez que al decirse anexa, se entiende que debe existir una colindancia, y al incluirse la posibilidad de cualquier solución constructiva se abre paso a que sea dable cuando existe mera contigüidad, proximidad o vecindad, lo cual desnaturaliza el acto en sí. La ampliación constituye la acción constructiva que provoca que la obra original resulte de mayores dimensiones al edificarse de manera inmediata físicamente uno o varios espacios que formarán parte constructivamente del inmueble original sobre la base de una medianería entre la obra original y la nueva, salvo que lo edificado cumpla funciones tradicionalmente reservadas a espacios que no necesariamente han de ser medianeros, como los garajes o habitaciones de uso múltiple. Produce un aumento de superficie útil, lo cual también ocurre en las construcciones en entrepisos de hormigón armado y en la construcción por excepción de piscinas.[2]

d) **Conservación:** Es el conjunto de trabajos, de mantenimiento o reparación, que se realizan a una vivienda o edificación multifamiliar para protegerlos del desgaste y prolongar su vida útil.

   Forma parte de las ***facultades de administración*** que no trascienden el ámbito notarial y que pueden ser ejercitadas por el titular ya sea por sí o por representación.

e) **Remodelación:** Todos los trabajos constructivos que se realizan en el interior o exterior de una vivienda independiente o en un edificio multifa-

2 Acuerdo 1810/85, de 28 de junio de 1985, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, donde se establece en su Resuelvo Primero a) Se considera superficie útil, a los efectos de la aplicación de la Ley General de la Vivienda, la superficie cubierta, cerrada o abierta, sin considerar los elementos verticales (muros y tabiques) contenidos en ella, o sea, solo incluye la proyección de los espacios techados sin sus muros. Se incluyen por excepción las piscinas. La superficie cubierta cerrada incluye la superficie interior de la vivienda y las áreas de las construcciones auxiliares separadas o colindantes tales como garajes, habitaciones y otras. La superficie cubierta incluye la proyección horizontal de los espacios techados que no están aislados totalmente del exterior por sus laterales, tales como portales, terrazas, patios de servicios y otros. **La aludida Resolución No. 11/2006 en su apartado décimo sexto, inciso d), regula que NO se otorgan Licencias para la construcción de piscinas.**

miliar que alteren su trazado, aspecto original o le introduzcan cambios estructurales.

Esta acción consiste en la modificación de la estructura para satisfacer nuevas necesidades funcionales o técnico-constructivas y abarca toda una gama de transformaciones *numerus apertus* del objeto, que no impliquen variación de la superficie útil.

f) **Rehabilitación:** Acción constructiva que se ejerce a una vivienda o edificio multifamiliar con alto grado de deterioro o inhabitable, para sustituir o construir de nuevo alguno de sus elementos componentes, total o parcialmente, con el fin de recuperar su valor de uso y reincorporarlo al fondo útil de viviendas.

Se trata de una acción que responde a un hecho concreto tal cual es el deterioro del inmueble y, en tal sentido, cumple una función de renovación urbanística, que no recae sobre todo el inmueble sino sobre algunos de sus elementos. Debe incluirse aquí **el cambio o sustitución de cubierta.**

Nada establece la norma citada acerca del **cambio de función**, y es lógico que así sea porque no estamos en presencia de una acción constructiva propiamente dicha, sino de un hecho que puede ser meramente transitorio sin efecto registral.

SEGUNDO: Para determinar la naturaleza jurídica de las acciones constructivas es preciso adentrarse someramente en la concepción de hecho, acto y negocio jurídicos.

Hecho jurídico: Es aquel suceso al que la ley atribuye efectos jurídicos, sin que intervenga en ningún momento la voluntad humana de tipo negocial.

Acto jurídico: Califica dentro de los hechos voluntarios, en él existe intervención de la voluntad humana, pero las consecuencias jurídicas que se derivan de esta voluntad, están predeterminadas por la norma.

En el ***negocio jurídico*** las partes tendrán la posibilidad de configurar las consecuencias que se deriven de su manifestación de voluntad, eligiendo las que mejor se avengan a sus intereses dentro de los marcos legales; a diferencia del acto jurídico *strictu sensu,* en el que no existe esta posibilidad, dada la regulación precisa de sus efectos, por el ordenamiento jurídico.

TERCERO: Para la instrumentación notarial de cualquier descripción de obra en sentido *lato* (entiéndase la descripción de cualquier acción constructiva, sea nueva o no), *prima facie,* se requiere determinar cuál es su naturaleza jurídica.

Si bien la edificación o modificación de lo edificado, no implican una manifestación de voluntad, sí constituyen acciones o ejecuciones del hombre, cuyas consecuencias legales derivan por lo general en la creación de relaciones jurídicas o en la modificación de una existente; la ***acción de edificar una vivienda desde sus cimientos,*** por ejemplo, crea una relación jurídica real, la de propiedad, cuyo sujeto activo será quien realice la acción, deviniendo en lo adelante en dueño del resultado de su actuar en virtud del *ius edificandi*, a tenor de lo establecido en el artículo 11, de la Resolución 10/2006, del Presidente del INV,[3] "Reglamento para la nueva construcción y rehabilitación de viviendas por esfuerzo propio de la población". Es precisamente la creación de una relación jurídica, otro de los requisitos que establece el artículo 49 del Código Civil, además de la manifestación de voluntad, para la configuración de un acto jurídico.

Por todo ello, el acto edificatorio en sí mismo es un acto jurídico, sentencia que a nuestro juicio no admite discusión alguna. La problemática se centra en la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del resto de las acciones constructivas para su correcta instrumentación notarial.

CUARTO: Acción constructiva, acto edificatorio y ejecución de obra, pueden considerarse sinónimos, pero hay que tener en cuenta los efectos que generan, en tanto creen o modifiquen una relación jurídica, en este caso relativa al derecho real de propiedad,[4] de ser así pueden reputarse actos jurídicos y, consecuentemente, se instrumentarán en escritura pública.

Si concomita una **declaración del titular**, que deja constancia del acto consumado cuyo efecto principal es el nacimiento del dominio sobre el inmueble resultante, o la ampliación o contracción de aquel; no cabría la menor duda de que estamos ante una verdadera manifestación de voluntad consistente en la **ratificación instrumental** del acto realizado y del efecto provocado en virtud de la ley.

QUINTO: Otra cuestión que genera dudas y falta de uniformidad en la actuación, es la relacionada con el ***sujeto*** que debe determinar ante qué acción nos encontramos, dígase el propio notario, o el perito –arquitecto de la comunidad– a cuyo dictamen debe sujetarse el fedatario público a los efectos de calificar.

3 Artículo 11.- La vivienda que se edifique por esfuerzo propio es propiedad personal del que la construya.
Puede además concebirse que estamos en presencia en este supuesto de un modo de adquirir la propiedad por ley.

4 Es este argumento el que precisamente convierte la conducta humana en acto jurídico, pues si fuera cualquier actuar sin trascendencia para el Derecho, evidentemente no tendría esta calificación.

Si bien el notario requiere de expertos que puedan esclarecer las dudas sobre aquellas esferas del conocimiento que le son ignotas, a decir del Dr. Pérez Gallardo,[5] ello no significa que quede atado a lo que este diga, toda vez que ***la calificación es responsabilidad del funcionario fedante***, es él quien dota de un *nomen iuris* a su instrumento y encuadra su contenido en los marcos legales, a partir de la voluntad de los requirentes de su actuar.

La función pericial es asistencial que no debe invadir la esfera calificadora ni la valoración que el notario realice objetivamente de los hechos. El perito debe narrar la acción constructiva, y aportar al notario la valoración acerca de si por sus características, esta requería licencia o autorización de construcción, así como su habitabilidad una vez culminada, pero ello no exonera al funcionario público de su deber de observar la legalidad y calificar el acto conforme a Derecho como profesional de las ciencias jurídicas.

SEXTO: Ha constituido práctica notarial la instrumentación en escritura pública de todas las acciones constructivas; sin embargo, esta generalización no es adecuada. El notario, como profesional del Derecho, debe identificar cuándo está en presencia de una acción constructiva que genera efectos previstos por la norma, dirigidos a crear una relación jurídica, o modificar una ya existente, o cuándo la acción que se le presenta no desencadena tal consecuencia; y en este sentido deberá determinar su formalización en escritura o acta.

Siguiendo esta línea, la **descripción de obra** contiene –como ya se ha señalado– una manifestación de voluntad dirigida a dejar constancia de la adquisición[6] de la propiedad sobre lo construido, por lo que la práctica notarial cubana de instrumentarla en **escritura pública,** es absolutamente acertada.

En el caso de la acción que contempla una **ampliación del inmueble** propio, genera una alteración o transformación en el objeto del derecho real y, por tanto, una modificación de la relación jurídica ya configurada, toda vez que ampliar una vivienda trae consigo un ensanchamiento del dominio sobre esta, concretamente con el aumento de la superficie útil; por lo que resulta loable que esta manifestación del titular o titulares quede plasmada igualmente en **escritura.**

Las acciones de **remodelación**, **conservación, reconstrucción o reposición, rehabilitación, rehabilitación por sustitución o cambio de cubierta, y el hecho de cambio de uso,** donde no existe una objetiva modifi-

5 Leonardo Perez Gallardo: "Concurrencia del perito en el documento público notarial" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración,* No. 4, año 2, Rosario, Argentina 2010.

6 Cfr. Artículo 178 del Código Civil.

cación del derecho real, en tanto ni se aumenta ni se contrae el dominio con la variación de la distribución interior o estructural del inmueble; no hay acto jurídico, sino material, que no afecta la naturaleza del bien, ni la titularidad, por lo que se instrumentarán en acta en concordancia con lo dispuesto en el artículo 85 inciso j), del reglamento notarial.

De instrumentarse estas últimas de forma independiente, la tarifa notarial que se aplica es la prevista en el acápite II, ordinales 39 y 32, denominados "Por otras actas", de las Resoluciones No. 130/1998, de 9 de diciembre, y No. 201/1999, de 22 de septiembre, ambas del Ministro de Justicia, respectivamente.

SÉPTIMO: Ni la escritura de ampliación, ni las que comporten otras acciones constructivas, con excepción de la descripción de obra nueva, como hasta la fecha se ha venido instrumentado, constituyen documentos que por sí solos puedan acceder al Registro de la Propiedad Inmobiliaria; en estos casos se trata de documentos cuyo efecto probatorio y legitimador solo alcanza el aspecto constructivo que provoca una modificación en la descripción del inmueble, pero nunca el título causal de adquisición del dominio, el que sin dudas deberá estar igualmente acreditado a la hora de solicitar la inscripción en el Registro;[7] por lo que no basta con la presentación del instrumento público contentivo de la acción constructiva, sino que es requisito indispensable la aportación del título formal de propiedad sobre la vivienda, del cual el primero, vendría a ser complemento.

OCTAVO: Sobre el tratamiento de las acciones constructivas como actos de disposición, de administración o como un *tertium genus.*[8]

a) La descripción de obra y la ampliación constituyen actos de disposición en tanto la una crea y la otra ensancha la relación jurídica de dominio. De existir una cotitularidad, se requiere la presencia de todos o la autorización formalizada en escritura pública de los que no concurran.
b) El resto de las acciones constructivas tienen una naturaleza de *tertium genus*, y consecuentemente no requerirán la intervención de todos en caso de cotitularidad.

7 A los efectos del Registro de la Propiedad Inmobiliaria, los registradores tendrán en cuenta lo dispuesto en el apartado SÉPTIMO del DICTAMEN de 5 de diciembre de 2012, de la Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Patrimonio.

8 Esta categoría es muy útil en el Derecho en general para ubicar instituciones de naturaleza distinta a otras que son más usuales. *Vid*. al respecto definición que da Nicolás Nicoliello en su *Diccionario del Latín jurídico*, Euros editores, Buenos Aires, 2004: *Tertium Genus* (Se pronuncia: *terciun guenus):* Tercer género. Posición diferente a otras dos contrarias entre sí, que se conocen. Es, por ejemplo, lo que algunos dicen del Derecho *social, que no* pertenece al Derecho privado ni al Derecho público".

NOVENO: En relación con la aplicabilidad de las ***actas de subsanación y de notoriedad,*** como complemento en la actualización de los títulos dominicos, debido a la naturaleza de su contenido, no podemos hablar de actos de disposición ni de administración, ya que no entrañan un acto jurídico *salvo cuando se trate de la determinación o fijación de las medidas y linderos, en cuyo caso sí se requiere la presencia de todos los cotitulares por su trascendencia a la extensión del dominio;* en el resto se ajustará nuestra actuación a lo establecido en los artículos 103 y 105 del Reglamento notarial.

Por todo lo anteriormente expuesto, a partir del primero de julio/2013 las acciones narradas se instrumentarán en la forma indicada en el presente dictamen para lo cual debe evaluarse el contenido y la diferencia entre escrituras y actas ante la confluencia de varios actos que formalmente se materializan en unas u otras; de haberse producido el fallecimiento del (los) titular (res) del inmueble sin que formalmente se haya instrumentado cualquiera de las acciones constructivas señaladas, el requerimiento notarial corre a cargo de sus herederos o causahabientes.

La Habana, a 6 de mayo de 2013.

Olga Lidia Pérez Díaz
Directora

POR CUANTO: Los Estatutos de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC) establecen que el Reglamento General de las Sociedades Científicas de la UNJC regula sus objetivos y funciones comunes, su estructura organizativa, las categorías de sus miembros, los requisitos que deben reunir y la forma de tramitar el ingreso a las mismas, y otras precisiones sobre su organización y funcionamiento.

POR CUANTO: El Reglamento General de las Sociedades Científicas establece en su artículo 27 que las Sociedades Científicas se rigen para su organización y funcionamiento por dicho Reglamento General, y por sus propios Estatutos.

POR CUANTO: En tal virtud, para lograr el adecuado funcionamiento de la **Sociedad del Notariado Cubano**, resulta indispensable disponer de unos Estatutos que normen todo lo concerniente a su actividad.

POR TANTO: La Directiva Nacional de la **Sociedad del Notariado Cubano**, en uso de las facultades que les son conferidas por el artículo 40, inciso a), del Reglamento General de las Sociedades Científicas, aprueba los siguientes:

ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1: La **Sociedad del Notariado Cubano**, en lo adelante la Sociedad, constituye una asociación de carácter nacional, creada por acuerdo del Consejo Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, en el año 1995, cuenta con la personalidad que le reconoce el Reglamento General de las Sociedades Científicas de la UNJC y tiene por objeto contribuir al desarrollo del Derecho Notarial como derecho adjetivo que da forma al derecho sustantivo y de la práctica, así como de la superación profesional de los notarios y demás juristas asociados en su esfera de actividad.

En tal sentido la Sociedad orienta sus estudios y actividades al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico en materia de Derecho Notarial y a

promover el conocimiento de las principales instituciones del Derecho en Cuba y en el extranjero.

ARTÍCULO 2: La Sociedad se integra por notarios y aquellos juristas cubanos, miembros de la UNJC, con un destacado desempeño profesional, en esta esfera del Derecho y en el Civil, de Familia, Inmobiliario, Mercantil, que voluntariamente soliciten su ingreso a la misma y reúnan los requisitos establecidos para su admisión.

Podrán integrar también la Sociedad graduados universitarios en materias afines, en condición de miembros adjuntos, previa solicitud y cumplimiento de los requisitos.

Asimismo pueden integrar la Sociedad aquellos juristas extranjeros que reúnan los requisitos exigidos y sean aprobados por la Directiva Nacional de la Sociedad como miembros corresponsales.

ARTÍCULO 3: La Sociedad se constituye por término ilimitado y tiene como sede la de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, de la cual es parte integrante y está subordinada funcionalmente a la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

CAPÍTULO II: DE LOS OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 4: La Sociedad, tiene como objetivos los siguientes:

a) Contribuir al desarrollo del Derecho Notarial vinculado a otras ramas del Derecho, mediante la realización de simposios, conferencias, talleres, sesiones abiertas, investigaciones y estudios en su esfera de conocimiento.
b) Contribuir al fortalecimiento de la legalidad y al perfeccionamiento de las leyes, mediante el estudio y dictamen de los proyectos legislativos y el análisis sistemático de su eficacia.
c) Colaborar con los centros de enseñanza universitaria al perfeccionamiento y actualización de los programas y planes de estudio relacionados con las materias objeto de su actividad, en especial en lo concerniente a los estudios de postgrado.
d) Promover el estudio sistemático del Derecho Comparado en el campo del Derecho Notarial y otras materias afines como Civil, de Familia, Inmobiliario, Mercantil, así como de las nuevas corrientes de pensamiento en el Derecho moderno.
e) Contribuir de forma activa a la divulgación del Derecho en la esfera de su actividad y al esclarecimiento de su papel en la consolidación y preservación de los valores y principios en que se sustenta nuestra sociedad.

f) Promover la producción de trabajos científicos que contribuyan a la profundización en el conocimiento de nuestras instituciones jurídicas.
g) Colaborar con otras organizaciones y entidades nacionales e internacionales o extranjeras afines, y promover el intercambio sistemático de conocimientos e información con las mismas, promoviendo la realización de estudios e investigaciones conjuntas.

ARTÍCULO 5: La Sociedad tiene, entre otras, las funciones siguientes:

a) Constituir capítulos provinciales, grupos municipales y secciones para organizar territorialmente a sus miembros, con vistas a una mejor organización y desenvolvimiento de sus actividades científicas.
b) Promover y auspiciar la celebración de eventos científicos de carácter nacional e internacional.
c) Crear comisiones o grupos de trabajo, temporales o permanentes, para el estudio de cuestiones relacionadas con el Derecho Notarial y ramas del Derecho Sustantivo.
d) Promover el intercambio de conocimientos e información con organizaciones afines en el exterior.
e) Representar a los notarios y juristas cubanos estudiosos del pensamiento jurídico y la práctica ante las sociedades y organizaciones internacionales afines.
f) Promover el desarrollo de las investigaciones jurídicas en los sectores de la realidad social vinculados al Derecho Notarial y contribuir a la formación de investigadores en ese campo del Derecho.
g) Prestar su colaboración a otras Sociedades Científicas u organizaciones en el desarrollo de investigaciones multidisciplinarias.
h) Convocar periódicamente la celebración de concursos de literatura científica que promuevan la creación de trabajos científicos y estimule a los juristas.
i) Trabajar por preservar y desarrollar lo más avanzado del pensamiento jurídico cubano y sus principales exponentes.
j) Contribuir a la publicación de anuarios, manuales de estudios y demás materiales divulgativos del Derecho Notarial.
k) Trabajar en la elaboración y actualización de compilaciones legislativas que contribuyan al conocimiento más efectivo de la legislación.
l) Contribuir a la edición de publicaciones especializadas en el campo del Derecho Notarial y apoyar con artículos y trabajos científicos las publicaciones de revistas generales.

m) Promover la publicación de trabajos de sus miembros en revistas especializadas nacionales y extranjeras.
n) Promover la incorporación a las mismas de especialistas extranjeros de reconocido prestigio y calificación.
ñ) Promover la participación de notarios en investigaciones multidisciplinarias llevadas a cabo por otros centros investigativos de otras esferas.
o) Estimular la participación en las actividades convocadas por la Sociedad y sus Capítulos Provinciales de los jóvenes juristas y estudiantes de Derecho.
p) Gestionar la obtención de literatura especializada que permita la actualización de sus miembros.
q) Desarrollar el proceso de renovación o ratificación de mandatos, cada cinco años.

CAPÍTULO III: DE LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 6: La Sociedad cuenta con:
a) Miembros de número
b) Miembros asociados
c) Miembros corresponsales
d) Miembros adjuntos
e) Miembros de honor

ARTÍCULO 7: Pueden ser miembros de número aquellos juristas cubanos que, con un mínimo de 3 años en el ejercicio de la profesión, reúnan los siguientes requisitos:
a) Haber obtenido el Doctorado en Ciencias, o en Ciencias Jurídicas.
b) Poseer el grado académico de Especialista o de Máster en un área del conocimiento, vinculada a la rama del Derecho o esfera de la práctica jurídica cuyo desarrollo tenga por objeto la Sociedad, o cuando el contenido esencial de la tesis defendida esté relacionada con la actividad de la Sociedad.
c) Ejercer la docencia o la investigación con la categoría de Titular o Auxiliar, aun cuando no reúna los requisitos anteriores, o
d) Cuando, sin reunir los requisitos anteriores, haya realizado una destacada labor, de merecido reconocimiento, en la rama del Derecho o la esfera de actividad que comprende la Sociedad. A tales efectos se requiere la presentación de un trabajo científico.

ARTÍCULO 8: La aprobación del ingreso de un miembro de número corresponde a los capítulos, a propuesta de sus directivas, oído el parecer de las Juntas Directivas Provinciales de la UNJC y se hará por tiempo indefinido. No obstante, la Directiva de la Sociedad podrá acordar la suspensión o baja del mismo cuando considere que exista causa justificada para ello.

Los miembros de número tienen, como deberes y derechos, participar activamente, con voz y voto, en las tareas de la Sociedad y contribuir personalmente al logro de los objetivos de esta.

ARTÍCULO 9: Pueden ser miembros asociados aquellos juristas cubanos/as, miembros de la UNJC, desde el momento en que se gradúan hasta los tres años de ejercicio profesional. Una vez cumplido el término, se les concede hasta seis meses para realizar los ejercicios previstos en estos Estatutos para su ingreso como miembro de número.

El ingreso de los miembros asociados es aprobado directamente por cada capítulo provincial de la Sociedad.

Los miembros asociados tienen los mismos derechos y deberes que los miembros de número, excepto el de tomar parte en la adopción de decisiones mediante voto.

ARTÍCULO 10: Pueden ser miembros adjuntos aquellos graduados universitarios en materias afines, que mantengan estrechos vínculos de trabajo con la Sociedad y se destaquen, por su participación en las actividades científicas y de superación desarrolladas por esta. La aprobación del ingreso de un miembro adjunto corresponde a los capítulos, a propuesta de sus directivas, oído el parecer de las Juntas Directivas Provinciales de la UNJC

Los miembros adjuntos tienen derecho a participar con voz y voto en todas las actividades de la Sociedad y deben cooperar, mediante los conocimientos de su especialidad, al cumplimiento de sus objetivos.

ARTÍCULO 11: Pueden ser miembros corresponsales los notarios y juristas extranjeros, de alta calificación y reconocido prestigio, que, por el apoyo y colaboración brindados a la Sociedad, se considere que poseen las condiciones para pertenecer a la misma.

Los miembros corresponsales son admitidos por la Directiva Nacional de la Sociedad, la que informa del acuerdo adoptado a la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

ARTÍCULO 12: Pueden ser miembros de honor aquellos profesionales, miembros o no de la Sociedad, o personalidad pública en el campo de las Ciencias, que se hayan distinguido especialmente por sus aportes sostenidos al desarrollo del Derecho en las materias objeto de la Sociedad.

Los miembros de honor son admitidos por la Junta Directiva Nacional de la UNJC a propuesta de la Directiva Nacional de la Sociedad que solicita su admisión.

CAPÍTULO IV: DEL INGRESO A LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 13: Los afiliados a la UNJC que consideren reunir las condiciones para ser miembros de número de la Sociedad y los profesionales de otras ciencias, aspirantes a miembros adjuntos, deben presentar por escrito su solicitud, a la Secretaría de la Directiva del capítulo provincial, en la que conste el cumplimiento de los requisitos establecidos, acompañando su curriculum vitae profesional y, en su caso, el trabajo científico.

ARTÍCULO 14: Igualmente los graduados universitarios afiliados a la UNJC, desde el momento en que se gradúan hasta los tres años de ejercicio profesional, interesados en ingresar a la Sociedad deben presentar por escrito su solicitud, a la Secretaría de la Directiva del capítulo provincial.

ARTÍCULO 15: Recibida la solicitud, el Secretario/a del capítulo provincial informa a los restantes miembros de su Directiva y solicita el parecer de la Junta Directiva Provincial.

ARTÍCULO 16: Evaluada la solicitud del aspirante y conocida la opinión de la Junta Directiva Provincial, la Directiva del Capítulo convoca una reunión del capítulo para determinar su admisión, o no, a la Sociedad. En los casos que se requiera, fija un término para la discusión del trabajo, el que se realiza a modo de ejercicio académico, ante el capítulo provincial reunido en pleno, el que decide en el propio acto.

ARTÍCULO 17: Los juristas que participen como ponentes en eventos nacionales e internacionales pueden ser exonerados de este ejercicio por la directiva del capítulo provincial.

ARTÍCULO 18: El ingreso del nuevo miembro, en su condición de miembro de número o adjunto, se informa a la Directiva Nacional de la Sociedad, en un plazo de 10 días siguientes a la aprobación.

ARTÍCULO 19: Cuando la Directiva Nacional de la Sociedad conozca, por cualquier vía, de la aprobación por un capítulo como miembro de número o adjunto de un jurista que no reúne los requisitos establecidos en el Reglamento General y en los presentes Estatutos puede, en cualquier momento, revocarlo y lo informa a la Secretaría de la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

ARTÍCULO 20: El candidato a miembro corresponsal puede ser propuesto por un capítulo provincial o considerado de oficio por la Directiva Nacional de la Sociedad, con motivo de conocer del cumplimiento por el mismo de los requisitos exigidos para el otorgamiento de dicha condición.

Constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos, se procede a conocer la disposición del candidato/a de ser admitido como miembro de la Sociedad, confirmado lo cual se procede por la Directiva de la Sociedad a

tomar acuerdo sobre su admisión e informarlo a la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

El otorgamiento de la condición de miembro corresponsal de la Sociedad se hace público y se da a conocer al interesado/a por conducto del Presidente/a de la Sociedad.

ARTÍCULO 21: El candidato/a a miembro de honor de la Sociedad puede ser propuesto por alguna de las instituciones del sector jurídico, por los capítulos provinciales, o considerado de oficio por la Directiva Nacional de la Sociedad.

Corresponde a la Directiva Nacional de la Sociedad, en ambos casos, fundamentar dicha propuesta para su presentación a la Junta Directiva Nacional de la UNJC para su aprobación.

El otorgamiento de la condición de miembro de honor de la Sociedad se hace público y se da a conocer en acto solemne por conducto del Presidente/a de la Sociedad.

ARTÍCULO 22: En todos los casos la condición de miembro corresponsal o de honor se acredita mediante la expedición del correspondiente certificado por el Secretario/a de la Sociedad.

Corresponde a los Secretarios/as de los capítulos provinciales expedir los certificados acreditativos de la condición de miembro de número, adjunto y asociado de la Sociedad.

CAPÍTULO V: DE LA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 23: La Sociedad se rige para su organización y funcionamiento por los presentes Estatutos y por el Reglamento General de las Sociedades Científicas de la UNJC.

ARTÍCULO 24: La Sociedad se organiza territorialmente en capítulos provinciales, los cuales a la vez pueden constituir grupos en los municipios donde así se justifique.

ARTÍCULO 25: Para su funcionamiento la Sociedad y sus capítulos provinciales pueden estructurarse en secciones, que cuenten con su propia directiva.

Las secciones pueden contar con sus propios Estatutos que deben ser aprobados por la Directiva Nacional de la Sociedad y ratificados por la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

ARTÍCULO 26: La Sociedad o, en su caso, sus capítulos provinciales y secciones, pueden constituir comisiones de trabajo de carácter temporal o

permanente que contribuyan al cumplimiento más efectivo de sus funciones.

ARTÍCULO 27: La Sociedad, o en su caso, los capítulos provinciales en que se organiza esta, se reúnen periódicamente, en correspondencia con su plan de actividades, para celebrar sesiones de trabajo, conferencias, talleres, seminarios y demás actividades de superación, investigación o divulgativas programadas.

ARTÍCULO 28: Constituye un deber de los miembros de la Sociedad asistir a las reuniones anuales y a las demás actividades a las que sean convocados en su condición de tal.

CAPÍTULO VI: DE LA DIRECCIÓN DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 29: La Sociedad está dirigida por un Presidente/a y cuenta además con uno o más Vicepresidentes/as, un Secretario/a y los vocales que se acuerden por la Directiva Nacional y resulten electos por los miembros de número y adjuntos de la Sociedad por un periodo de cinco años.

ARTÍCULO 30: El Presidente tiene, entre otras, las funciones siguientes:

a) Representar a la Sociedad en el país y en sus relaciones internacionales.
b) Dirigir los trabajos de la Sociedad.
c) Convocar y presidir las reuniones de la Directiva Nacional de la Sociedad, así como de sus secciones y capítulos provinciales, en su caso.
d) Cumplir y hacer cumplir el Reglamento General, los Estatutos y los acuerdos de la Sociedad.

ARTÍCULO 31: Los Vicepresidentes/as tienen, entre otras, las funciones siguientes:

a) Sustituir al Presidente/a en caso de ausencia.
b) Realizar las actividades de dirección que le delegue o encomiende el Presidente/a de la Sociedad o la Directiva Nacional.

ARTÍCULO 32: El Secretario/a tiene, entre otras, las funciones siguientes:

a) Realizar las funciones de relator/a en las reuniones y demás actividades de la Sociedad.
b) Mantener las relaciones con las secciones y capítulos provinciales de la Sociedad.
c) Llevar el control de la membresía de la Sociedad.

d) Controlar las actividades de las comisiones temporales o permanentes de trabajo.
e) Redactar y conservar las actas y demás documentos de la Sociedad.

ARTÍCULO 33: El Presidente/a, los Vicepresidentes/as, el Secretario/a y los vocales electos integran la Directiva Nacional de la Sociedad.

Los Presidentes/as de los capítulos provinciales son miembros de la Directiva Nacional ampliada de la Sociedad, la que se reúne, como mínimo, una vez al año, preferiblemente coincidiendo con uno de los eventos científicos nacionales o internacionales que convoque la Sociedad.

ARTÍCULO 34: La Sociedad puede contar con Presidentes/as o Vicepresidentes/as honorarios en reconocimiento de quienes hayan desempeñado de forma relevante y meritoria esos cargos en la Sociedad.

Los Presidentes/as y Vicepresidentes/as Honorarios de la Sociedad forman parte asimismo de la Directiva Nacional de la Sociedad.

ARTÍCULO 35: Corresponde a la Directiva de la Sociedad:

a) Aprobar sus Estatutos.
b) Aprobar las principales líneas de trabajo de la Sociedad.
c) Aprobar el plan anual de actividades de la Sociedad.
d) Elaborar el Informe de Balance del cumplimiento del plan de actividades de la Sociedad.
e) Convocar los eventos, sesiones de trabajo, debates, talleres y demás actividades.
f) Crear capítulos, grupos o comisiones permanentes o temporales de trabajo.
g) Acordar las principales líneas de investigación que debe promover la Sociedad.
h) Determinar sobre la convocatoria a concursos nacionales.
i) Aprobar el ingreso de los miembros corresponsales.
j) Revocar la aprobación efectuada por un capítulo de miembros de número o adjuntos que no reúnan los requisitos establecidos en el Reglamento General y en los presentes Estatutos e informarlo a la Secretaría de la Junta Directiva Nacional de la UNJC.
k) Cubrir las vacantes que se produzcan de forma temporal o definitiva en la Directiva Nacional de la Sociedad.
l) Proponer a la Junta Directiva Nacional de la UNJC la aprobación de los miembros de honor.
m) Proponer a la Junta Directiva Nacional de la UNJC la designación de Presidentes/as o Vicepresidentes/as Honorarios de la Sociedad.

ARTÍCULO 36: La Directiva Nacional Ampliada de la Sociedad tiene, entre otras, las funciones siguientes:

a) Conocer del trabajo desarrollado por los capítulos provinciales, las secciones y los grupos municipales.
b) Conocer el informe de rendición de cuentas de la Directiva Nacional de la Sociedad, en relación con el informe de balance del cumplimiento del plan de actividades de la Sociedad.
c) Elegir el Presidente/a, los Vicepresidentes/as y el Secretario/a que integran la Directiva Nacional de la Sociedad.
d) Conocer de las solicitudes de revocación de los miembros de la Directiva Nacional de la Sociedad, por solicitud de la Junta Directiva Nacional de la UNJC, en uso de las facultades que le confiere el tercer párrafo del artículo 54 del Reglamento General de las Sociedades Científicas de la UNJC, y en su caso designar sus sustitutos/as.
e) Acordar y proponer al Consejo Nacional de la UNJC la disolución de la Sociedad, de conformidad con lo regulado en el Artículo 62 del Reglamento General.

CAPÍTULO VII: DE LOS CAPÍTULOS PROVINCIALES DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 37: Los capítulos provinciales son dirigidos por una Directiva, que se integra por un Presidente/a, uno o más Vicepresidentes/as, un Secretario/a y los vocales que se determinen y elijan por los miembros de número y adjuntos, integrantes del capítulo provincial, por un período de cinco años.

Los Presidentes/as de las secciones y los coordinadores/as de los grupos municipales forman parte también de la Directiva del capítulo provincial y son electos por los miembros de número y adjuntos del mismo por un período de cinco años.

ARTÍCULO 38: Los integrantes de la Directiva de los capítulos provinciales tienen, respecto a la provincia que corresponda, iguales funciones que sus homólogos nacionales.

ARTÍCULO 39: Los capítulos provinciales son parte integrante de la Sociedad y como tales responden integralmente de su actividad ante la Directiva Nacional de esta, y a la vez están subordinados funcionalmente a las Juntas Directivas Provinciales correspondientes, por lo que coordinan con las mismas sus respectivos planes de trabajo.

Los Presidentes/as de los capítulos provinciales remiten una copia de los planes anuales del mismo a los Presidentes/as de las Sociedades, a través de la Secretaría de la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

ARTÍCULO 40: En los municipios donde existan condiciones para ello, se pueden crear grupos municipales de los capítulos provinciales de la Sociedad.

ARTÍCULO 41: Los grupos municipales de los capítulos provinciales podrán crearse por acuerdo de estos, previa consulta con la Junta Directiva Provincial correspondiente.

Estos grupos son dirigidos por uno de sus miembros de número, que asume las funciones de coordinador/a, electo/a al efecto por el capítulo provincial oído el parecer de la Junta Directiva Provincial.

CAPÍTULO VIII: DE LA RENOVACIÓN O RATIFICACIÓN DE MANDATOS DE LA DIRECTIVA NACIONAL DE LA SOCIEDAD Y SUS CAPÍTULOS PROVINCIALES

ARTÍCULO 42: El Presidente/a, los Vicepresidentes/as, el Secretario/a y los vocales de la Directiva Nacional de la Sociedad son electos por un término de cinco años.

Al término del mandato corresponde a la Junta Directiva Nacional de la UNJC y a la Directiva Nacional de la Sociedad proceder a organizar el proceso de renovación o ratificación de mandatos.

La Junta Directiva Nacional de la UNJC, en cualquier momento del transcurso del mandato, puede solicitar a la Directiva Nacional Ampliada de la Sociedad, la revocación de uno o varios miembros de la Directiva, cuando se considere que existen causas excepcionales y muy justificadas para ello y, por razones similares, también puede acordar que se realice un proceso de renovación o ratificación de mandatos antes de que concluya el periodo para el que resultó electa la Directiva de la Sociedad.

ARTÍCULO 43: Para cada proceso de renovación o ratificación de mandatos de la Sociedad, la Junta Directiva Nacional crea una comisión de entre tres y cinco miembros de la Directiva, presidida por uno de ellos e integrada por otros miembros de la Junta Directiva Nacional de la UNJC, el Consejo Nacional o la Sociedad, que es la encargada de elaborar el proyecto de “Documento Rector del Proceso Orgánico de la Sociedad”.

ARTÍCULO 44: Concluido el proceso de elaboración del “Documento Rector del Proceso Orgánico de la Sociedad”, la Comisión lo somete a la aprobación de la Junta Directiva Nacional de la UNJC.

ARTÍCULO 45: El proceso de renovación o ratificación de mandatos se estructura en el Documento Rector del Proceso Orgánico de la Sociedad, conforme a los elementos generales siguientes:

A- Nominación:

1) Tienen derecho a proponer precandidatos/as para integrar la Directiva Nacional la propia Directiva de la Sociedad, la Junta Directiva Nacional de la UNJC y los capítulos provinciales y secciones, los que pueden proponer a integrantes del propio Capítulo o de otras provincias.
2) Recibidas las propuestas de precandidatos/as a miembros de la Directiva Nacional de la Sociedad, conforme a la metodología que se establezca en el Documento Rector, la Junta Directiva Nacional de la UNJC, crea una Comisión de Candidatura integrada por un número de entre tres y cinco miembros, de la propia Junta Directiva Nacional de la UNJC, del Consejo Nacional o de la Sociedad, no propuestos en la precandidatura, que tiene la responsabilidad de conformar la candidatura y someterla a la aprobación de la Junta Directiva Nacional de la UNJC.-

B- Proceso Eleccionario:

1) Una vez aprobada por la Junta Directiva Nacional de la UNJC la candidatura que debe conformarse por un número superior al de cargos a elegir entre un 20% y un 60%, se procede a la designación de una Comisión Electoral Nacional integrada por entre tres y cinco miembros de la Sociedad, la que tiene la responsabilidad de dirigir el proceso eleccionario, y de Comisiones provinciales con la misma integración, por las Juntas Directivas Provinciales, las que son responsables del proceso a su nivel.
2) La elección de la Directiva Nacional de la Sociedad se realiza mediante el voto directo y secreto de los miembros de número y adjuntos.
3) Los Capítulos Provinciales convocan a sus miembros de número y adjuntos el día y en el horario que se establezca en el Documento Rector, para la elección de los integrantes de la Directiva Nacional de la Sociedad. En los territorios se adoptarán medidas para garantizar el voto anticipado o posterior, de los que no residan en la capital provincial o estén imposibilitados de asistir el día de la convocatoria.
4) Para elegir la Directiva Nacional de la Sociedad se requiere como mínimo la participación en el acto de elección de la mitad más uno de los miembros de la Sociedad.
5) El derecho de participar en el acto de votación de los órganos de dirección de las Sociedades es voluntario, personal e indelegable.

ARTÍCULO 46: Concluida la elección y el escrutinio la Comisión Electoral Provincial publican los resultados en la sede provincial de la UNJC y los envía de inmediato a la Presidencia de la Comisión Electoral Nacional.

ARTÍCULO 47: Una vez conocidos los resultados de la votación, la JDN de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, convoca una reunión de la Direc-

tiva Nacional Ampliada de la Sociedad, para la elección, mediante votación a mano alzada, del presidente/a, vicepresidentes/as y secretario/a de la Sociedad.

Para resultar electo Presidente/a de la Sociedad se exige el requisito de ser miembro de número, e integrar la Directiva Nacional de la Sociedad por elección.

Para la elección o ratificación del presidente/a, vicepresidentes/as y secretario/a de la Sociedad, la Junta Directiva Nacional de la UNJC, puede presentar una propuesta a la consideración de los miembros de la Directiva Nacional Ampliada de la Sociedad.

Esta reunión se hace coincidir con uno de los eventos nacionales o internacionales convocados por la Sociedad.

Los presidentes/as de las secciones en que se estructure la Sociedad, son electos, mediante votación a mano alzada, por los miembros de la Directiva Nacional Ampliada, por un periodo de cinco años.

ARTÍCULO 48: Las vacantes que se produzcan en la Directiva Nacional de la Sociedad pueden ser cubiertas por la propia Directiva, mediante votación a mano alzada de sus integrantes.

Cuando se trate de la elección del presidente/a de la Sociedad se requiere de una reunión de la Directiva Nacional Ampliada de la Sociedad y la Junta Directiva Nacional de la UNJC puede presentar una propuesta a la consideración de este órgano de dirección de la Sociedad.

ARTÍCULO 49: La elección o renovación de la Directiva de los capítulos provinciales de la Sociedad se efectúa cada cinco años, en la etapa previa a la elección de la Directiva Nacional de la Sociedad, mediante votación directa y secreta, en reunión convocada al efecto con los integrantes del capítulo, en la que tienen derecho al voto los miembros de número y adjuntos que asistan a la reunión.

Para efectuar la elección se requiere como mínimo la asistencia de la mitad más uno de los miembros de número y adjuntos del capítulo provincial.

Los presidentes/as de las secciones y coordinadores/as de los grupos municipales son electos/as por los miembros de número del mismo, por un período de cinco años, mediante votación a mano alzada.

ARTÍCULO 50: Para la conformación de la candidatura, en la reunión convocada al efecto, se nominan, mediante votación a mano alzada, entre 5 y 10 candidatos/as y se acuerda el número de integrantes que tendrá la Directiva del capítulo provincial. La Junta Directiva Provincial de la UNJC, así como la Directiva Nacional de la Sociedad pueden presentar propuestas a la consideración de los integrantes del capítulo.

La elección del Presidente/a, se realiza en el propio acto de votación directa y secreta, para la elección de la Directiva del Capítulo Provincial y la de los vicepresidentes/as y secretario/a, mediante votación a mano alzada de los miembros de número y adjuntos del Capítulo Provincial, de entre los que resultaron electos miembros de la Directiva.

Para resultar electo Presidente/a del Capítulo, se exige el requisito de ser miembro de número de la Sociedad.

ARTÍCULO 51: Las vacantes que se produzcan en las Directivas de los Capítulos Provinciales pueden ser cubiertas, mediante votación a mano alzada, en una reunión del capítulo convocada al efecto.

Cuando se trate de la elección del presidente/a del capítulo, la Junta Directiva Provincial de la UNJC, en consulta con el Presidente/a de la Sociedad, puede presentar una propuesta a la consideración de los miembros de número y adjuntos del capítulo provincial.

ARTÍCULO 52: Para tener derecho al sufragio activo y pasivo en el proceso de elección de la Directivas Nacional de la Sociedad y de los Capítulos, los miembros de número de la Sociedad deben acreditar que se encuentran al día en el pago de la cuota social como miembros de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

ARTÍCULO 53: Hasta tanto resulte electa la nueva dirección, la Directiva Nacional de la Sociedad continúa en funciones, con independencia de que haya transcurrido ya el periodo de cinco años para el que fue elegida. En igual sentido ocurrirá con las Directivas de los capítulos provinciales.

CAPÍTULO IX: DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

ARTÍCULO 53: La Sociedad puede ser disuelta, por causas justificadas, por acuerdo del Consejo Nacional de la UNJC, de oficio, o a propuesta de su Directiva Nacional Ampliada constituida en pleno y con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes como mínimo.

Presidenta
Esp. Olga Lidia Pérez Díaz

Aprobado por la Directiva Nacional de la Sociedad y ratificado por la Junta Directiva Nacional de la UNJC el 10 de noviembre de 2012.

EL CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, RECOMIENDA LA LECTURA DE:

La revocabilidad del reconocimiento filiatorio en el testamento notarial

MSc. Julián A. Collado Betancourt,
Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Camagüey

Siendo lícito, el testamento constituye la ley de la sucesión *mortis causa* y el testador puede disponer, en él, el destino de las relaciones patrimoniales y no patrimoniales que, al morir conforman su herencia. De tal forma, constituye la vía de ordenación de la última voluntad del causante en el ejercicio de su autonomía, la cual no podrá vulnerar nunca los preceptos de orden público establecidos imperativamente por el Estado. La disposición contenida en el testamento es la concreción de un resultado normativo privado, mediante el cual el testador ordena su sucesión *mortis causa, lex privata o lex sucesiones*, y es obligatorio ejecutarlo conforme a sus disposiciones; así, este documento forma una unidad lógico-jurídica, acto y norma, de carácter privado.

El acto jurídico testamentario por su naturaleza mortis-causa, y por el hecho de ser un negocio jurídico no recepticio, unilateral y personalísimo, puede ser revocado en cualquier momento de la vida del testador. Por su gravedad, y por lo que representa en el cumplimiento de la última voluntad del testador, el notario ha de poner especial atención a la manifestación de voluntad revocatoria, última voluntad eventual manifestada y definitiva, en el caso de que ocurra el deceso del testador, ya que el autor de la declaración no existirá cuando se discuta la eficacia del acto instrumentado, momento en el cual se valorará la extensión y alcance de la revocación. Tanto el otorgamiento como la revocación del testamento requieren de una orientación acertada y profesional por parte del notario, quien plasmará en el documento la real voluntad del compareciente; a ello es de aplicación lo expresado por Vallet de Goytisolo cuando afirmó: “El proceso de la configuración negocial del Derecho por su complejidad requiere una colaboración profesional competente para que ese proceso configurador, y su concreción por escrito, sean guiados con los imprescindibles conocimientos jurídicos, teóricos, prácticos y técnicos”.[1]

1 Juan B. Vallet de Goytisolo, en Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores): Derecho notarial, t.1, p. 96.

Con estas palabras, Collado Betancourt da inicio al artículo de referencia, que aparece publicado en la revista *Justicia y Derecho* (No. 20, Año 11, enero-junio de 2013, p. 78-95) del Tribunal Supremo Popular, y que por su contenido, consideramos que su lectura será de gran utilidad para los interesados en el tema.

Esta revista puede ser consultada en la Sala de Lectura del Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

LE ESPERAMOS!!!

Este título fue impreso en la Editorial «My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz»
en el mes de febrero de 2014
«Año 56 de la Revolución»

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA

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

Los temas a tratar pueden ser de carácter jurídico, metodológico, sociológico, sicológico, 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.