



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ PONENCIA DE PERÚ

II. FUNDAMENTO JURÍDICO: LOS PILARES DE LA CONFIANZA DEPOSITADA EN EL NOTARIO, ACORDE A LA NORMATIVA PERUANA.

Juan Carlos PERALTA CASTELLANO[†]

Desde siempre, los hombres se relacionaron. Desde siempre, los hombres de alguna manera necesitaron medios para -en un primer momento- recordar los compromisos adquiridos y las consecuencias inclusive jurídicas de estas relaciones, y, en un segundo momento, de probarlas ante terceros. Toda sociedad requirió -y requiere, entonces como ahora- seguridad. En un tercer momento, además de una prueba, se buscó una estandarización de la seguridad jurídica. Para ello se estuvo en la búsqueda de un tercero que no sólo presenciara el hecho y las eventuales declaraciones de voluntad, sino que documentase el hecho sin beneficiar a una parte sobre la otra; por lo tanto, un tercero imparcial. Pero la imparcialidad por sí misma no es suficiente; hace falta además una capacidad de plasmar los hechos presenciados en un documento redactado de manera tal que no pudiese ser interpretado de diferentes maneras, sino unívocamente -lo que los maestros de Boloña llamarían el *bello scrivere*-, y para lograr esto último se mostraría indispensable una preparación y competencias especiales, que con el transcurso de los siglos se tornarían profesionales y daría origen a una función profesional y a una rama del Derecho.

Lo que la sociedad necesitaba no era cualquier tercero, sino un *tercero imparcial calificado*. Esta necesidad originaria y constante constituye la evolución por selección natural de lo que hoy llamamos el Notariado, pues se pasa de la búsqueda de la prueba de las relaciones jurídicas a la búsqueda de la seguridad jurídica.

Por lo tanto, la sociedad pasó de la búsqueda de un Tercero Imparcial Calificado -lo cual ya era bastante- a la búsqueda de un Garante de la vida, los derechos y la seguridad para los ciudadanos requirentes, pero también ante la sociedad y el Estado; de un *gatekeeper* contra la ilegalidad, la desigualdad y el abuso; en suma, un Tercero de Confianza.

En el Perú el Notariado ha tenido su propio proceso de decantación histórica -al igual que todos los demás, de ensayo y error- en el que el Estado ha reconocido, como veremos en los siguientes subcapítulos, que efectivamente, y para usar términos del Análisis Económico del Derecho, el Notariado ha coadyuvado eficazmente no sólo a la

[†] Notario de Lima. Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ex Registrador de la Propiedad de Lima. Miembro de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL - Comisión de Integración y Tratados. Miembro fundador de la Escuela Peruana de Derecho Notarial y Registral.



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

reducción de los costes de transacción en las transacciones inmobiliarias y mercantiles, sino también a reducir la carga procesal mediante los Asuntos No Contenciosos e inclusive en la lucha contra la delincuencia y la inseguridad ciudadana.

2.1 Función pública delegada por el Estado.

Según el artículo 8 de la Ley del Notariado peruana, “El Estado reconoce, supervisa y garantiza la función notarial” Siendo el notario quien va a ajustar la transacción a la legalidad, es indispensable la eficacia privilegiada que el Estado ha de atribuir al documento público: un título legitimador incuestionable que sucesivamente podrá franquear su inscripción en los Registros Públicos, probar así propiedad, y por ende permitir a su detentador mantener o recuperar la posesión de un predio o acceder a un crédito hipotecario. La génesis de este privilegio es el control de legalidad que el Notario previamente habrá realizado en el documento, su *telos* es la seguridad jurídica y esta última es a su vez el incentivo para que la ciudadanía requiera la intervención notarial. Dado que este control de legalidad previo ha sido realizado por un profesional del Derecho a quien se le ha atribuido esa función por el Estado, autorizándolo “para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes” (como lo indica el artículo 2º de la Ley del Notariado Peruana), este profesional debe ser controlado por el Estado de una manera especial. A cambio de “ejercer su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial” (artículo 3º), el Notario sólo podrá acceder a la Función Notarial mediante concurso público de méritos, su título sólo podrá ser expedido por el Estado a través del Ministerio de Justicia, su colegiación es obligatoria, se dispone su localización distrital y su competencia provincial, el número de Notarios –a fin de favorecer un adecuado control y fiscalización- es limitado *numerus clausus*, y *last but not least*, está bajo el control de una serie de órganos e instituciones que se detallan más adelante, desde el Consejo de Notariado hasta el Tribunal de Honor, quienes fiscalizarán el cumplimiento de una serie de normas reglamentarias, legales y de conducta muy estrictas.

2.2 El acceso a la función.

El acceso a la función notarial (o ingreso a la función notarial en palabras del Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado) se efectúa necesariamente por concurso público de méritos, cuyo procedimiento, requisitos y conformación del jurado se encuentran delimitados en la referida norma. Los reglamentos y balotarios para los exámenes de los diversos concursos son periódicamente aprobados mediante decretos supremos del Ministerio de Justicia.



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

La importancia que el Estado le otorga a estos concursos públicos de méritos, también doctrinariamente llamados concursos de oposición, se trasunta del artículo 8° de la Ley: “el Estado reconoce, supervisa y garantiza la función notarial”.

Los concursos públicos de méritos en el Perú tienen una etapa previa, el examen psicológico, que ha de evaluar los rasgos de personalidad, valores y funciones intelectuales del postulante requeridos para la función notarial. Eso es porque la acreditación de haber aprobado el citado examen es un requisito para ser Notario, y los valores expresados dentro de los cuales ha de expresar su conducta.

Hasta 2005 -en que fueron suprimidos por la Ley 28580- existían también, en el marco de la carrera notarial que el Estado reconocía y garantizaba, los llamados *concursos cerrados* en los que participaban únicamente notarios en ejercicio. En estos concursos se convocaba a una vacante por cada diez en la Capital, uno por cada cinco vacantes en las capitales de departamento y uno por cada tres vacantes en las restantes provincias, incluyendo la Provincia Constitucional del Callao.

Por lo expuesto, la *única vía* de ser nombrado Notario en el Perú, o de trasladarse a otra provincia -y por lo tanto cambiar de Colegio Notarial- es *a través de la obtención de la plaza mediante Concurso Público de Méritos*: en el Perú, por tanto, no existen nombramientos ni traslados de notarios por orden presidencial, ni nombramientos ni traslados de notarios por razones políticas, ni nombramientos ni traslados de notarios por orden judicial.

2.3 Numerus clausus.

En el Perú el número de plazas se encuentra previamente determinado y limitado por provincia y por distrito. De todos los aspectos de la ley notarial que han sido modificados una y otra vez, éste es probablemente el aspecto más recurrentemente alterado por el legislador.

La anterior ley del Notariado, el Decreto Ley 26602, vigente desde 1992 hasta 2008, fue modificada en nada menos que tres ocasiones: Su artículo 5 original enunciaba que el número de notarios será de doscientos en la Capital, cuarenta en las capitales de departamentos, y de veinte en las capitales de provincias. Cuatro años después, se modificaría por el Decreto Legislativo 872 en el que se autorizaba al Ministro de Justicia incrementar el número de plazas notariales por Decreto Supremo. Al año siguiente, la Ley No 26741 creó una Comisión Técnica a designarse por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Justicia para determinar, “*de acuerdo a las condiciones demográficas, el volumen contractual y las necesidades de la población*”, el número de plazas que deberán ser cubiertas, y se le encargó al Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI, que efectuase un estudio técnico que



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

determine el requerimiento del servicio notarial en las diversas provincias del Perú, debiendo para ello tener en cuenta las plazas notariales ya existentes.

Con la promulgación en el año 2008 del actual Decreto Legislativo del Notariado se da un vuelco en esta línea demarcatoria, pues no sólo dejan de existir los límites numéricos, sino también los criterios de la ley anterior referidos a las condiciones demográficas, el volumen contractual y las necesidades de la población. El nuevo artículo 5 establece que una provincia que cuente con *“al menos cincuenta mil habitantes”* deberá contar con no menos de dos Notarios; y que *“por cada cincuenta mil habitantes adicionales”* se debe contar con un Notario adicional, facultándose, ya no al Ministro de Justicia mediante Decreto Supremo, sino directamente al Consejo del Notariado, el determinar la localización de las plazas *“no pudiéndose reducir el número de las ya existentes”*.

Esta situación dio lugar a una demanda de inconstitucionalidad contra este artículo 5º, por cuanto se consideró que estos nuevos parámetros podrían dar lugar a una oferta excesiva de los servicios notariales, lo que imposibilitaría su debida fiscalización por lo que deberán establecerse parámetros más objetivos, como los ya reseñados en el Decreto Ley 26002. El Tribunal Constitucional, en su sentencia del 24 de mayo del 2014¹, si bien no comparte la inconstitucionalidad formal del artículo 5, sí estableció su correcta interpretación: *“el objeto de crear mayor número de plazas notariales debe estar enmarcado, no sólo en la naturaleza del servicio que se debe prestar, si o también en el conjunto de ciudadanos que pueden requerir o se van a beneficiar con este servicio”*.

De esta manera, de la palabra *“habitantes”* del artículo 5º debe entenderse necesariamente *“ciudadanos”*, por lo que la referencia poblacional para la creación de nuevas plazas notariales sólo podrá calcularse a partir del número de personas mayores de edad con pleno goce de sus derechos civiles que habiten en la provincia.

Es de señalar que el Decreto Legislativo 1232 del 26 de setiembre de 2015 ha vuelto a modificar el artículo 5, agregando como una nueva variable *“la magnitud de la actividad económica o tráfico comercial de la provincia”*.

2.4 Condiciones personales exigidas.

Para postular al cargo de notario en el Perú, se requiere:

- a) Ser peruano de nacimiento.

Esto incluye tanto a los peruanos nacidos en el territorio nacional (*ius solis*) como a los hijos de padre y/o madre peruano nacidos en el exterior, siempre y cuando hayan sido debida y oportunamente inscritos en su respectivo Consulado o en el registro de Peruanos Nacidos en el Exterior de la Superintendencia Nacional de Migraciones (*ius sanguinis*). Quienes han obtenido la nacionalidad peruana por opción (es el caso de un hijo de padre o



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

madre peruanos no inscrito oportunamente que al adquirir la mayoría de edad opte por adquirir la nacionalidad peruana) o por naturalización no pueden acceder a la función notarial. Es el mismo requisito que se observa, por ejemplo, para ser Presidente o Congresista de la República.

- b) Ser abogado con una antigüedad no menor de cinco años.

En el Perú, la carrera de derecho tiene una duración promedio de seis años. Si la edad promedio de una persona al egresar de la escuela secundaria es de 17 años, e ingresa inmediatamente a la Universidad, egresará a los 23 años y obtendrá el título profesional de abogado -en el mejor de los casos- a los 25 años, a lo que agregando la antigüedad mínima exigida en la profesión de 5 años, tenemos que, en la práctica, la edad mínima para postular al Notariado es a los 30 años de edad; aunque los requisitos adicionales en la hoja de vida calificada requerirán, también en la práctica, una edad aún mayor.

- c) Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

Se requiere, por tanto, no estar inhabilitado para ejercerlos, sea por una sentencia judicial que declare inhabilitación para ejercer cargos públicos o por una inhabilitación del Congreso.

- d) Conducirse y orientar su conducta personal y profesional hacia los principios y deberes éticos de respeto, probidad, veracidad, transparencia, honestidad, responsabilidad, autenticidad, respeto a las personas y al ordenamiento jurídico.

Los textos anteriores ya se referían a “Tener conducta moral intachable”; los valores que aquí se describen son la base de lo que se considera el perfil del Notario. Nótese que, en el aspecto ético, el ordenamiento peruano va más allá de otros, pues no sólo se le exige al Notario una vida profesional proba, se le exige que esta probidad y estos valores sean necesariamente extendidos a su vida profesional. Uno es Notario dentro y fuera del oficio notarial.

No se admite, por tanto, la figura del “*notario esquizofrénico*”: un excelente profesional por un lado, y un mal padre, un mal ciudadano o un mal esposo por el otro. La figura *stevensoniana* del Dr. Jekyll y Mr. Hyde notarial, que de alguna manera también estudió Hannah Arendt en su libro *Eichmann en Jerusalén* -describiéndola como la banalidad del mal- está descartada. La consideración de la unicidad de la persona del Notario uniendo su perfil profesional y personal, se corrobora además con algunas de las faltas expresamente descritas en la ley: “La embriaguez habitual y/o el uso reiterado e injustificado de sustancias alucinógenas o farmacológicas que generen dependencia”; “incumplir con sus obligaciones tributarias (o comerciales) durante un periodo de dos años consecutivos”; “Cometer hecho grave que *sin ser delito*, lo desmerezca en el concepto público por afectar la moral, la ética y/o el orden público”. Se han dado casos de sanciones



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

a Notarios por inconductas personales, fuera de la estricta función notarial.

e) No haber sido destituido de la función pública por resolución administrativa firme. No haber sido condenado por delito doloso.

En este caso, se refiere a sentencias condenatorias firmes, consentidas y ejecutoriadas. No se establece ninguna distinción respecto a condenas a prisión efectiva o condicional, o a delitos perseguibles por acción pública o por acción privada (como en el caso de los delitos contra el honor). Es de señalar que durante la corta vigencia del reglamento del Decreto Legislativo 1049 existía una extraña excepción por la que los delitos perseguibles por acción privada no estaban incluidos en esta causal. Con la declaración de inconstitucionalidad del reglamento a través de una Acción Popular, esta excepción dejó de aplicarse.

f) Estar física y mentalmente apto para el cargo.

En un primer momento, el Ministerio de Justicia tomó directamente el control de estos exámenes, disponiendo que el examen físico debería ser efectuado “por *médico legista*”. En el Perú, los médicos legistas no son simplemente quienes tienen una especialización en la rama de la medicina legal o forense, sino que necesariamente deben además estar adscritos al Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, que siendo una institución pública que interviene sólo a solicitud policial, judicial o fiscal, y no a instancia privada, requería previamente aprobar oficialmente el procedimiento interno y los derechos a cobrar por este inédito examen requerido por un privado. Esta limitación en la especialización del facultativo era a todas luces absurda para un examen de aptitud física que podía ser verificado por cualquier médico general.

Esta y otras iniquidades llevaron a una acción de inconstitucionalidad por parte de los Colegios de Notarios de Lima, San Martín y Puno contra el Decreto Legislativo 1049, que deriva en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de setiembre de 2010², donde se estableció que era “responsabilidad específica de cada Colegio de Notarios garantizar a la sociedad la aptitud y rigurosidad de los exámenes médicos (físicos y psicológicos), que certifiquen la capacidad del notario para dirigir su oficina, y verificar la autenticidad y legalidad de cada uno de los procedimientos sometidos a su control”. Para ello, dispuso que cada Colegio de Notarios debía acordar y publicar la modalidad del sistema de evaluación médica a partir de determinada edad, a cargo de comisiones médicas que brindasen “verosimilitud y legitimidad” al resultado.

En el caso particular del Colegio de Notarios de Lima, en ejercicio de esta facultad encargada a cada colegio notarial, se dispuso que tanto la aptitud física como la aptitud psicológica habían de verificarse *anualmente*, sin distinción de la edad del Notario; y que la primera se comprobaría mediante examen realizado por médico cirujano colegiado; y la



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

segunda, por médico psiquiatra colegiado, y que los resultados de ambos exámenes debían ser entregados por el Notario al Colegio en el primer mes de cada año calendario, lo que constituye un importante control de la calidad física y psicológica del Notario.

2.5 El control del notariado.

Las recientes normas han implicado una multiplicación de los instrumentos de control del Notariado, algunas de ellas inclusive podrían considerarse de facto, pues en principio se trata de instituciones que no tienen directamente que ver con la función notarial.

2.5.1 Los órganos de control oficiales.

a) El Tribunal de Honor.

Antes de la dación del Decreto Legislativo 1049, la primera instancia del procedimiento sancionador notarial estaba a cargo de la Junta Directiva, en casos que no revistieran una sanción mayor de la amonestación privada; y la Asamblea del Colegio de Notarios, en casos de mayor gravedad que pudiesen implicar una amonestación pública, suspensión o destitución.

La experiencia, sin embargo, aconsejó la creación de un ente autónomo especializado dentro de los Colegios de Notarios a fin de que conociese y resolviese las denuncias y procedimientos disciplinarios en primera instancia, lo que evitaría que una decisión importante para el control de la Función Notarial se diluyese en los vericuetos de un extenso debate y de la responsabilidad –demasiado- compartida y dividida, con la consecuente afectación de la indispensable imagen de imparcialidad del órgano de control.

De esta manera el Decreto Legislativo 1049 creó el *Tribunal de Honor*, compuesto de tres miembros titulares y tres suplentes –que actuarían en caso de abstención y/o impedimento de los titulares-, todos notarios que no integren simultáneamente la junta directiva (anteriormente la ley daba también la posibilidad, ya abrogada, de que pudiesen ser también abogados de reconocido prestigio moral y profesional) y elegidos en asamblea general, mediante votación secreta, directa y universal por los miembros del Colegio de Notarios por mayoría de votos y mandato de dos años. Es posible que se convoquen notarios de otros distritos en tanto sean elegidos por la asamblea general

Respecto a la actuación del Tribunal de Honor, los datos más recientes disponibles se encuentran en el informe de su presidente en el período 2013-2014, el distinguido ex Notario de Lima Carlos Augusto Sotomayor Bernós³. En el año 2013 ingresaron 88 denuncias y en 2014, 89 denuncias, lo que hace un total de 177 en el bienio; de las cuales se resolvió no abrir el proceso disciplinario en el 62% de los casos, y de abrirlo en el 38% restante. De los 77 expedientes ingresados a proceso disciplinario habiéndose cumplido con



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

la evacuación del dictamen fiscal y la realización de la audiencia correspondiente, en 34 de ellos el Tribunal de Honor encuentra responsabilidad en el Notario, siendo que en 22 de ellas se opta por la amonestación privada, en 4 por la amonestación pública, en 8 por la suspensión del Notario y en ningún caso por su separación.

Las materias de quejas más recurrentes, según el informe, son respecto al *“diligenciamiento de cartas notariales, la atención que reciben los usuarios en las oficinas notariales, a la falta de atención personal del Notario, a la falta de diligencia del ejercicio de la función, el criterio de indubitabilidad de las certificaciones de firmas, a la certificación de apertura de libros, medidas de seguridad en la exhibición del protocolo notarial, a las medidas de seguridad en la extensión de instrumentos públicos otorgados por personas mayores de 70 años, entre otros”*.⁴

Por último, este valioso informe propone la creación de tres Tribunales de Honor: Uno del Norte, otro del Centro y otro del Sur del país, en vez de un tribunal por cada colegio de notarios existente, *“teniendo en cuenta además que por el número de Notarios que están compuestos determinados colegios, se hace difícil la conformación y funcionamiento de los tribunales e incluso pudiera verse cuestionada su imparcialidad por la sociedad”*. Es de señalar que efectivamente la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú (ente de representación del Notariado nacional conformado por los Colegios de Notarios del Perú) está en proceso de evaluación respecto a la futura creación de Salas nacionales del Tribunal de Honor.

Un tema adicional, que merece ser señalado, es la inédita aplicación a partir del decreto legislativo 1232 de una multa -cuyo titular es el Consejo del Notariado- a ser aplicada a cada uno de los miembros del Tribunal de Honor en caso de incumplimiento del plazo establecido para la resolución en primera instancia (noventa días hábiles ampliable a treinta días hábiles más por un máximo de dos veces) del 50% de una Unidad Impositiva Tributaria (es decir, 1,975 soles, cerca de USD 600) *por cada procedimiento disciplinario*, que continuará devengándose por el mismo monto por cada seis meses mientras subsista el incumplimiento. Esto ha implicado no pocos problemas en la continuidad y las intenciones de candidatura para el Tribunal de Honor.

b) El Consejo del Notariado.

El Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado, y se encuentra presidido por el Ministro de Justicia o su representante (en este último caso, ejercerá el cargo a tiempo completo); El Fiscal de la Nación (quien puede delegar el cargo a un Fiscal Supremo o Superior; el Decano del Colegio de Abogados de Lima (quien puede delegar a un miembro de la junta directiva); el Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y el Decano del Colegio de Notarios de Lima (en estos dos últimos casos pueden respectivamente delegar a un miembro del consejo directivo).



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

2.5.2 Los órganos de control de hecho.

a) El INDECOPI.

A partir de los cambios constitucionales que se dieron a fin de incluir como principios la libre competencia, el libre mercado, la liberación de precios, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

Es menester indicar que para el INDECOPI esta institución el Notario es considerado como un *proveedor* a efectos de Código del Consumidor, definido por su artículo IV de su título preliminar como: “*las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual (...) prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores*”, al prestar el notario servicios en forma privada y habitual en mérito a una contraprestación económica, y por lo tanto está sujeto a los deberes establecidos por las normas de protección al consumidor, lo que implica que le son aplicables a los notarios las disposiciones contenidas en el Código del Consumidor.

El INDECOPI a través de sus resoluciones ha considerado que el llamado *deber de información de los proveedores*, que es a su vez un derecho de los consumidores, es aplicable también a la función notarial, siendo sus obligaciones principales -dentro del crisol de deberes contenidos en el Código de Consumidor- los siguientes: Contar con un Libro de Reclamaciones y Aviso de reclamaciones en el oficio notarial, el mismo que deberá exhibir a cuanto requirente lo solicite; Lista de precios de los servicios que brinda el notario, ubicada en un lugar visible y de fácil acceso para el público y donde se listarán los servicios notariales, lo que no es obstáculo para aplicar tarifas especiales para aquellos clientes que sean habituales o contraten sus servicios de manera masiva (bancos, estudios de abogados, etc.);

Sin embargo, existen otros elementos que si bien pueden aplicarse a un proveedor común en el sentido del Código del Consumidor, no pueden ser extrapolados tan fácilmente a la compleja función notarial, como en el caso del cumplimiento de plazos acordados, o el concepto en el que una demora supuestamente injustificada de un servicio involucra necesariamente su falta de idoneidad, excepción hecha de que la demora se deba al propio usuario, a los supuestos establecidos en la norma o a procedimientos que no dependan directamente de la función notarial, como en el caso de observaciones o tachas registrales, que son decisiones emitidas por el registrador en base a la calificación registral que ejerce de manera autónoma en la que el notario no tiene injerencia y por lo tanto, en principio, no tiene responsabilidad dado que se trata de un tema de criterios registrales.

Ahora bien, es importante considerar que dada la complejidad de los servicios notariales y legales en general, éstos en caso sean cuestionados por un consumidor, en un procedimiento deberá determinarse su idoneidad teniendo en consideración, según corresponda, la garantías establecidas en el Código además de las circunstancias



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

respectivas, y en ese orden de ideas, el INDECOPI ha sancionado, por ejemplo, la no existencia del listado de precios en un lugar visible del despacho notarial.

Pero ha habido casos en los que el INDECOPI ha excedido las atribuciones que las leyes le confieren, pues directamente deja de lado el Código del Consumidor para entrar en la zona gris de la evaluación de la labor notarial per se, lo cual está evidentemente fuera de su competencia, respecto a la cual podemos mencionar dos casos: Uno, en que el INDECOPI califica cuál es la manera correcta de diligenciar una carta notarial⁵, indicando que no corresponde su entrega bajo puerta, lo cual no tiene nada que ver con el código del consumidor sino directamente con el ejercicio de la función notarial bajo la Ley del Notariado, cuyo control no está a cargo del INDECOPI; y una segunda, aún más grave, en la que una Notaria de Lima es multada porque, a juicio del INDECOPI, al no poder establecer la identidad de un compareciente –a pesar de seguir lo establecido en las normas especiales de comparecencia- y al excusarse en certificar su firma en consecuencia, no aplicó correcta y oportunamente los protocolos de identificación del compareciente; esto es directamente una intromisión en el núcleo duro de la función notarial: la ejecución autónoma, por parte del Notario, de la fe de identificación.

Ha habido resoluciones en los que se ha sancionado a notarios por no tener sus precios en lugar visible, o por haber comprobado, mediante visitas de inspección, que el Notario solía exigir en constituciones de garantía mobiliaria una formalidad protocolar específica que, a juicio del INDECOPI, también podrían haberse formalizado a través de instrumentos extraprotocolares de menor costo⁶, debiéndosele darle la opción al requirente de poder elegir la formalidad que mejor se adecue a sus intereses tanto contractuales como económicos.

b) La Autoridad Tributaria (SUNAT)

Los Notarios están obligados a enviar información de los actos constituidos en su oficio notarial a través de una declaración informativa mediante el Programa de Declaración Telemática, respecto de los instrumentos protocolares que impliquen transferencia de bienes tanto muebles (principalmente en el caso de vehículos) como inmuebles, constitución de empresas, Obligación de enviar PDT.

c) La Unidad de Inteligencia Financiera.

Dado que el tema de la lucha del Notariado contra los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo serán objeto de un estudio más profundo en el capítulo IV, nos limitaremos con indicar aquí que el Notario debe tener actualizado un Registro de Operaciones (RO), el cual deberá remitir a la UIF-Perú por medios telemáticos y que deberá ser conservar por un plazo de 10 años, y donde registrará todo acto o contrato respecto para el cual se solicitan los servicios profesionales del notario que conste en un instrumento público notarial protocolar, sin perjuicio de que haya concluido o no el proceso



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

de firmas, con excepción –por las razones indicadas anteriormente- de los testamentos, pudiendo establecer internamente umbrales menores a los de la ley para su inscripción, en función de –entre otros- al riesgo de la operación, sector económico, el tipo de cliente.

Asimismo, los notarios deberán comunicar a la UIF-Perú en un plazo de 15 días las operaciones detectadas como sospechosas, a través del Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), adjuntando la documentación sustentadora respectiva, no siendo relevante el monto del acto o contrato que se reporta, debiendo reportarse tanto las operaciones efectivamente realizadas como aquellas que se hayan intentado realizar.

Tanto la ley como reglamentos y resoluciones de Superintendencia facultan a la Unidad de Inteligencia Financiera a realizar visitas aleatorias de inspección a los sujetos obligados, entre los cuales están evidentemente, los oficios notariales, a fin de verificar in situ el cumplimiento de las disposiciones arriba citadas, la capacitación efectuada al personal y la existencia del libro de protocolo.

2.6 Competencia territorial.

Si bien el artículo 4º del Decreto Legislativo 1049 dispone que el Notario debe localizar físicamente su oficio en un distrito determinado (localización distrital), mientras que el ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial -es decir, que un Notario que ha ganado una plaza notarial en el distrito de San Isidro debe localizar su oficina en ese distrito, pero puede ejercer su función notarial en el íntegro de la provincia de Lima- hay una excepción importante en el Decreto Legislativo 1232 de setiembre del 2015, que agrega los artículos 123-A y 123-B a la Ley del Notariado.

En esos artículos se declara que son *nulas de pleno derecho* las escrituras públicas y las certificaciones de firmas realizadas por el notario, de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario, excepción hecha de actos mortis causa, que comprendan predios ubicados en diferentes provincias o un predio ubicado en más de una -siempre que el oficio notarial se ubique en alguna de dichas provincias- o de actos de fideicomiso, o de arrendamiento financiero o similar con opción de compra.

Esto significa que si dos personas domiciliadas en Lima acuerdan la compraventa de un inmueble ubicado en la provincia de Quispicanchis, departamento del Cusco, necesariamente deben ambos moverse al Cusco; y ni siquiera a la capital -la ciudad del Cusco- sino hasta la provincia de Quispicanchis para apersonarse a un oficio notarial local para poder formalizar la transferencia.

Los enormes inconvenientes que semejante norma –que fue dictada supuestamente para evitar que inmuebles en la capital del país fueran vendidos en oficios notariales de provincias alejadas, que supuestamente adolecían de recursos para prevenir suplantaciones-



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

ha ocasionado a los ciudadanos saltan a la vista: personas con edad avanzada que no podían trasladarse, y que inclusive en un primer momento habían opiniones cruzadas respecto a si la norma prohibía también la expedición de poderes para actos de disposición de inmuebles fuera de la provincia. Se ha dado situaciones absurdas, pues dado que esta norma no incluye a los funcionarios consulares que asumen función notarial fuera del país, resultó más práctico el que dos contratantes en la ciudad de Tacna que iban a suscribir el contrato de compraventa de un inmueble en Lima fueran a suscribir el contrato al consulado en la ciudad de Arica, Chile (a dos horas en automóvil) a tener que viajar a Lima (a veinte horas en bus) para poder suscribirlo de conformidad con el Decreto Legislativo 1232.

El costo de oportunidad de esta norma ha sido sumamente negativo, dado que los inconvenientes, complicaciones, demoras y costos materiales y morales generados a los ciudadanos contratantes a causa de esta norma exceden largamente a los supuestos beneficios de evitar lo que supuestamente se intentó prevenir.

2.7 Notariado y secreto profesional.

A diferencia de otros sistemas notariales -como el de Francia, en el que el Notario no puede exhibir los instrumentos escriturados por personas ajenas al solicitante- en el Perú las *escrituras públicas* se llaman así porque, efectivamente, son públicas: pueden ser exhibidas e inclusive se pueden emitir y entregar traslados, llamados testimonios, a cualquier requirente. Entonces correspondería preguntar si existe algún tipo de límite entre lo que se puede y no se puede compartir o comunicar a terceros.

El artículo 82 de la Ley del Notariado dispone que el Notario deberá expedir, bajo responsabilidad, testimonio (transcripción íntegra), boleta (resumen o transcripción parcial) y partes (transcripción íntegra a fines de comunicación para inscripción), a quien lo solicite, “de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función” y, asimismo, “expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial”.

La Ley inclusive se pone en el caso de que, al solicitarse el traslado de un instrumento público notarial, el notario niegue su existencia en el registro; en cuyo caso el interesado podrá recurrir al Colegio de Notarios para que se ordene el examen del índice y registro del Notario y que, en caso se comprobare su existencia, ordene la expedición del traslado correspondiente.

Por lo expuesto, el Notario sólo tiene la obligación de expedir traslados o de informar de los instrumentos protocolares ya suscritos por las partes y autorizados por él, y del contenido de las minutas que ya formen parte de su archivo notarial, es decir, de su minutarario. Las minutas sólo pasan a formar parte del minutarario en el momento de la extensión del instrumento protocolar.



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

De lo que se colige que existe un *principio de reserva profesional* por parte del Notario respecto a los instrumentos en trámite, es decir los aún no suscritos por (todas) las partes y por lo tanto aún no autorizados por él, y también sobre todos los demás documentos que también obren en su archivo (documentos de respaldo como copias certificadas, certificados médicos, actas del registro civil, copias de documentos de identidad, impresiones de las fichas de identificación o de consulta biométrica, documentos administrativos, municipales o tributarios). Por supuesto que esta reserva puede ser revisada por el Notario en casos excepcionales, como que un tercero acredite, fehaciente e indubitablemente, un legítimo interés para solicitar la información, como por ejemplo en un caso de utilización de documentos falsificados o de suplantación de comparecientes.

Evidentemente esta reserva no aplica en caso de solicitud expresa de información por parte de las autoridades jurisdiccionales, de las unidades de investigación del Ministerio Público o de la Policía, o de autoridades administrativas como la Unidad de Inteligencia Financiera.

El deber del secreto profesional sí es expreso en el caso particular de los testamentos otorgados ante el Notario, sean por escritura pública y cerrados, en los que se prohíbe al Notario, en vida del testador. En su artículo 71, la Ley no puede ser más clara: “*Se prohíbe al notario y al colegio de notarios informar o manifestar el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador*”, levantándose el velo del secreto sólo con la muerte del testador: “*El informe o manifestación deberá hacerse por el notario con la sola presentación del certificado de defunción del testador*”, pudiéndose expedir testimonio o boleta del testamento, en vida del testador, “*sólo a solicitud de éste*”. Esta prohibición incluye eventuales solicitudes judiciales o fiscales. Hasta no hace mucho, se recibían comunicaciones de autoridades del Poder Judicial o del Ministerio Público en el sentido de que se informaran “*todos los actos y contratos, incluidos testamentos*” de determinadas personas investigadas. A través del Colegio de Notarios, se les informó a las autoridades de la imposibilidad legal de cumplir el encargo en esto último.

2.9 El instrumento público notarial y su eficacia para la defensa de la Confianza en el tráfico jurídico.

a. La Transferencia de Bienes Muebles.

Si bien la antigua Ley del Notariado 26602 ya había previsto, en sus artículos 34 y 78, la creación del Registro de Actas de Transferencia de Bienes Muebles Registrables (donde “*se extenderán las actas de transferencia de bienes muebles registrables, que podrán ser: a) De vehículos usados; y, b) De otros bienes muebles identificables que la ley determine*”), este registro era optativo, pues las transferencias de vehículos se podían realizar a través de documentos privados con firmas notarialmente legalizadas, que incluso podían ser formularios preimpresos llenados a mano, que el mismo requirente llevaba directamente al registro.



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

Este sistema, que supuestamente favorecía la contratación y la velocidad del tráfico jurídico, en realidad derivó en una crisis de seguridad jurídica, habiendo detectado el Registro un alto número de formularios con legalizaciones notariales falsificadas ingresadas por personas inescrupulosas. Este número tan alto de falsificación de documentos revelado al interior de los Registros Públicos, implicó que esta institución solicitó al Ministerio de Justicia -al cual está adscrita- una urgente solución para detener el ingreso de documentos con legalizaciones falsas supuestamente realizadas ante Notario.

Nuevamente el Estado, ante un caso de crisis de seguridad jurídica, se amparó en la institución Notarial, pues se emitió en el año 2001 el Decreto Supremo 036-2001-JUS, -en cuyos considerandos no en vano el Ministerio de Justicia indica “*Que es necesario adoptar las medidas conducentes a evitar la falsificación de documentos que se requieren en la tramitación de las transferencias de vehículos automotores (...) que, es deber del Estado, en resguardo de la seguridad jurídica, otorgar las máximas garantías a fin que los documentos indicados en el párrafo precedente contengan certeza de la participación de las personas intervinientes*”- que dispuso que: 1) La transferencia de propiedad de vehículos automotores se formaliza únicamente a través del Acta Notarial protocolar de transferencia de bienes muebles registrables; 2) Que la presentación de los partes del registro deberá realizarse por acta protocolar deberá ser necesariamente efectuada por el Notario o sus dependientes; y 3) que las solicitudes con firma legalizada de duplicados de las tarjetas de identificación vehicular (comúnmente llamadas tarjetas de propiedad) y de la modificación registral de las características de los vehículos debía necesariamente realizarse en papel de seguridad emitido por el Colegio de Notarios.

b. Asuntos no contenciosos

El Estado también se apoyó en el Notariado a fin de descongestionar el Poder Judicial. La Ley 26662 del 20 de setiembre de 1996 dispone los seis primeros Asuntos No Contenciosos a ser vistos en sede notarial: La *rectificación de partidas del registro del estado civil*; la *adopción de personas capaces*; el *patrimonio familiar*; los *inventarios*; la *comprobación de testamentos cerrados* y la *sucesión intestada*; a los que sucesivamente se agregarían la *prescripción adquisitiva de dominio* y el *título supletorio* (Ley 27157 del 20 de junio de 1999), la *separación convencional y divorcio ulterior notarial* (Ley 29227) y, más recientemente, el *reconocimiento de unión de hecho*, la *convocatoria notarial a junta obligatoria anual y a junta general en caso de no existir acuerdo entre los socios* (Ley 29560 del 15 de julio del 2010).

Sin duda, la tramitación de los asuntos no contenciosos ha implicado un enorme avance en la descongestión de estos casos ante el Poder Judicial, dado que un trámite de sucesión intestada notarial o de rectificación de partidas del registro del estado civil dura por ley treinta y cinco y treinta días útiles respectivamente; mientras que hacerlo judicialmente –y sólo en caso de no mediar conflicto- lleva aproximadamente un año y medio a dos años.



JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERÚ

PONENCIA DE PERÚ

Algunos números al respecto son generosos para el Notariado y en otros casos se denota que existe aún trabajo por hacer: en un reciente informe de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, recientemente expuesto por el exdecano del Colegio de Notarios de Lima Carlos Enrique Becerra Palomino, se aprecia que el volumen entre los asuntos no contenciosos es disparado, habiéndose presentado en el año 2012: 134,965 sucesiones intestadas contra 1,745 ampliaciones de testamento (una relación de casi 77 a 1 entre las personas que fallecen intestadas respecto a las que fallecen bajo el imperio de su testamento; es decir, que aún no podemos afirmar que exista una cultura del testamento en el Perú)⁷; habiéndose tramitado sólo 281 reconocimientos notariales de uniones de hecho; 18 designaciones del propio curador en previsión de la propia incapacidad; y, sin ser asuntos no contenciosos, pero que tienen que ver con el tema de la familia, 5,046 divisiones y particiones entre coherederos y 17,768 variaciones de régimen matrimonial a separaciones de patrimonios notariales⁸. Respecto a los divorcios por mutuo disenso en sede notarial, ha habido un aumento significativo de los divorcios municipales y judiciales: de 7,213 casos presentados de divorcio por mutuo disenso en 2014 (enero-agosto), 4,431 fueron presentados en sede municipal, 1,305 en sede notarial y sólo 1,477 en sede judicial⁹.

Algunas figuras relativamente muy recientes, como los reconocimientos notariales de uniones de hecho y las designaciones del propio curador en previsión de la propia incapacidad (conocido también como Autotutela), aún están esperando una mayor difusión de sus bondades y ventajas en la previsión de conflictos patrimoniales entre la ciudadanía.

c. Transferencia de armas y seguridad.

Recientemente, el Estado recurre al Notariado a fin de tener un apoyo en la lucha contra la delincuencia común, el cual necesariamente pasa por el control de la tenencia y la transferencia de armas. Hasta este momento, las transferencias de armas se formalizaban con contratos privados con firmas notarialmente legalizadas; sin embargo, el reglamento de la Ley 30299 de la Ley de Armas de Fuego, aprobado por decreto Supremo 008-2016-IN y publicado el 6 del julio del 2016, ha dispuesto que para un mayor y necesario control de la transferencia de armas, éstas se tienen que realizar a través de un instrumento notarial protocolar. Así, su artículo 95.6 enuncia que “las transferencias de armas de fuego deben efectuarse ante notario público mediante Acta de Transferencia suscrita por las partes intervinientes, consignando fecha cierta”.

En ese mismo acto, bajo control notarial, el transferente debe acreditar la propiedad del arma de fuego con la tarjeta de propiedad emitida por la Superintendencia y el adquirente debe dejar constancia de que cuenta con licencia vigente de uso de arma de fuego emitida por la SUCAMEC (La superintendencia encargada, entre otros, del control de las armas de fuego y pirotécnicos) o por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. Esta Acta de Transferencia, por su naturaleza, debería ser extendida en el registro de Transferencia de Bienes Muebles, aunque hasta ahora no se han dictado las directivas para la ejecución de este reglamento.