

BECA OTORGADA POR EL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL

INFORME*

Por **Maritel Mariela Brandi Taiana**

I. Actividades realizadas

La beca que el Consejo General del Notariado Español otorgó a un notario argentino en febrero del año 2002 estuvo coordinada por el notario D. Isidoro Lora Tamayo y consistió en:

a) Asistencia a notarías de Madrid:

Pudimos concurrir a distintas notarías, especialmente a la del coordinador. Allí presenciamos el otorgamiento de diversos actos, observamos el funcionamiento interno de la oficina y el trabajo que se realiza en cada uno de los distintos sectores en donde nos fue explicado el manejo administrativo de los documentos.

b) Asistencia a notarías de otras demarcaciones territoriales:

Se nos invitó a conocer el funcionamiento de notarías del interior del país y de la periferia de Madrid. Así, asistimos a la notaría de D. Domingo Paniagua, ubicada en la ciudad de Villarejos, comunidad de Madrid, y a la de Da. Maite Bolás Olcina, ubicada en ciudad Rodrigo, Salamanca.

c) Asistencia a cursos ofrecidos por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid: Aproximadamente cada 15 días se realizan en el Colegio Notarial charlas sobre diversos temas.

* Especial para *Revista del Notariado*.

d) Asistencia al curso organizado para notarios argentinos, que tuvo lugar entre el 4 y el 15 de marzo.

e) Asistencia a la Biblioteca del Colegio Notarial y acceso a toda la bibliografía allí disponible. Una de las notas características de esta biblioteca es la gran cantidad de textos incunables con la que cuenta.

f) Elaboración de un trabajo sobre tema a elección en el que se comparen los institutos jurídicos argentinos y españoles. En cumplimiento de este compromiso preparé un trabajo, al que titulé “Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino”.

g) Asistencia a Jornadas sobre incapacidad, organizadas por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado Español, los días 22 y 23 de abril.

h) Asistencia al Consejo General del Notariado, en donde participamos de reuniones celebradas con motivo de la creación del Archivo de Voluntades Anticipadas y en donde nos encargaron la tarea de elaborar resúmenes de Resoluciones emitidas por la Dirección General de Registros y del Notariado.

i) Asistencia a cursos de Práctica jurídica en el Consejo General del Notariado, los días lunes de 16 a 21.30.

j) Asistencia a los exámenes de oposición para el acceso a la función notarial.

k) El coordinador nos integró al trabajo que se realiza con los postulantes a notarios en la etapa de preparación de dictámenes.

II. Acceso a la función

Durante nuestra estada en España pudimos observar el mecanismo de acceso a la función notarial.

El notariado español es una de las instituciones más prestigiosas de España y eso se percibe tanto en las esferas jurídicas como sociales.

Las oposiciones para notarios constan de cuatro exámenes o ejercicios que son evaluados por tres tribunales entre los que se distribuyen los postulantes. Cada ejercicio es eliminatorio. En caso de que el opositor obtenga una nota elevada que se estima con relación a la media obtenida por los opositores, puede obtener reserva de nota, lo que determina que, de no aprobar la oposición en curso, en el próximo llamado se verá exceptuado de presentarse al ejercicio en el que haya obtenido la reserva. Esta disposición se encuentra actualmente sometida a revisión.

Cada tribunal consta de siete miembros que representan distintos sectores jurídicos. El artículo 10 del Reglamento Notarial dispone: “El Tribunal o cada uno de los Tribunales calificadores de la oposición estará compuesto por un Presidente y seis Vocales. Será Presidente el Director general de los Registros del Notariado o uno de los Subdirectores o Abogados del Estado adscriptos a dicho Centro o el Decano u otro miembro de la Junta Directiva del Colegio Notarial donde se celebren las oposiciones, o el Notario, con más de diez años de antigüedad en la carrera, en quien delegue el Director general. Los Vocales serán dos Notarios, uno de ellos perteneciente necesariamente al Colegio donde se celebren las oposiciones; un Catedrático o Profesor titular de Universi-

dad, en activo o excedente, de Derecho Civil, Mercantil, Financiero y Tributario, Romano, Internacional Privado, Procesal o Administrativo, o, en su lugar, un miembro de la Carrera Judicial con categoría de Magistrado, un Registrador de la Propiedad o Mercantil y un Abogado del Estado o un Abogado en ejercicio, especializado en asuntos civiles o mercantiles, con más de quince años de ejercicio profesional”.

Los ejercicios consisten en: a) el primero, Derecho Civil Español, Común y Foral, dividido en tres partes: Parte general o Introducción, Propiedad y Derechos reales, Obligaciones y Contratos, Derecho de Familia y Sucesiones, y Legislación fiscal. El tiempo para la exposición es de sesenta minutos. Deben citarse textualmente contenido y número de artículos y resoluciones; b) el segundo es de Derecho Mercantil, Hipotecario, Notarial y Administrativo o Procesal. Son dos temas de Derecho Mercantil, dos de Derecho Hipotecario, uno de Derecho Notarial y uno de Derecho Procesal o Administrativo.

Se debe exponer el contenido en un tiempo máximo de cuarenta y cinco minutos. El correcto cumplimiento del tiempo es fundamental para aprobar el ejercicio. A partir del próximo llamado, el tiempo se extenderá de cuarenta y cinco a sesenta minutos debido a las dificultades de los opositores para cumplir con el requisito establecido; c) el tercero consiste en un dictamen en el que se plantea un caso práctico con distintos problemas a resolver.

El caso no tiene una solución única y, en general, versa sobre cuestiones discutidas doctrinalmente. El oponente debe resolverlo indicando las distintas teorías existentes en la materia y señalando su postura personal, fundamentándola. Se trata de un ejercicio que dura 6 horas. Al día siguiente, se convoca a los examinados para que, por sí mismos y sin modificar en absoluto el contenido de su dictamen, lo lean ante el Tribunal que tiene frente a sí una copia exacta; d) el cuarto ejercicio consiste en la redacción de una escritura. En principio, si el opositor ha aprobado los tres ejercicios anteriores, este último se realiza con meros fines formales.

Cada opositor prepara el examen durante por lo menos cuatro años, tiempo en el que destina un promedio de 12 horas diarias exclusivamente a estudiar.

Existen notarios preparadores que guían a los opositores y les indican la mejor manera de organizar su examen y los temas estudiados.

La presentación que realizan los opositores en los dos primeros ejercicios se conoce como “cantar”, puesto que consiste en tratar de decir a la mayor velocidad posible el contenido de los distintos temas, según las bolillas que oportunamente extraen, ateniéndose al tiempo estipulado. El Tribunal no puede hacer preguntas y se limita a tomar nota de los artículos, resoluciones, disposiciones, etc. citados por el opositor. Luego se reúne y determina la aprobación o no del postulante. En el primer caso, al final de cada jornada se publica en la puerta del Colegio Notarial la calificación obtenida.

Según nuestra opinión, evidentemente el sistema español ha demostrado ser muy efectivo. El nivel general del notariado, en especial durante los primeros años de ejercicio de la profesión, es muy alto. Una de las mayores ventajas

es que, en razón de que el Tribunal no puede hacer preguntas al postulante, se trata de un examen muy objetivo. Podemos señalar que los notarios que recién se incorporan a la profesión carecen de práctica en la actividad puesto que han dedicado años enteros exclusivamente al estudio teórico. Sin embargo, una vez aprobado el dictamen, generalmente concurren a notarías en las que se relacionan con el manejo de documentos y con la notaría “viva”. A su vez, uno de los inconvenientes del sistema es que no se requiere la actualización de los notarios con el transcurso del tiempo.

Una vez adquirida la plaza de notario, cada ingresante elabora una lista de “destinos” que surge de las plazas a cubrir. Se trata siempre de notarías de tercera. Hay tres clases de notarios: de primera, de segunda y de tercera, según la cantidad de habitantes del lugar en el que ejercen su actividad.

Para que un notario de tercera acceda a una notaría de segunda o de primera tiene dos caminos: 1) la oposición entre notarios y 2) el transcurso del tiempo. La primera consiste en un examen aún más estricto, por supuesto, que el que se toma a los opositores a notarías, en virtud del cual un notario de tercera puede acceder a una notaría de primera, como lo son las de Madrid o Barcelona, por ejemplo.

Si comparamos el sistema español con el vigente en Ciudad de Buenos Aires, el primero resulta más exigente. No obstante, debemos tomar en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan uno y otro. Por ejemplo, en Argentina, más aún en estos momentos, es impensable que una persona pueda estar afectada únicamente a estudiar durante tanto tiempo sin desarrollar una actividad laboral, por mínima que ella sea. Por otra parte, entendemos que la preparación de los postulantes en Ciudad de Buenos Aires es bastante completa.

Sería interesante considerar como alternativa la modalidad del examen oral, en la que se le otorga a cada opositor el mismo tiempo y no se le realizan preguntas. De esta manera, aseguramos un trato igual a cada postulante.

De lo que no nos cabe ninguna duda es de que es absolutamente necesaria la instrumentación de exámenes para el acceso a la función. Ello resulta indispensable, no sólo para ofrecer un adecuado servicio a la sociedad, sino porque de esta manera el notariado español ha apuntalado su prestigio social. Una frase muy habitual en España es: “Lo que dice el notario va a misa” y ello está fuertemente arraigado en la sociedad. Ser notario es un honor, además de un desafío y creemos que allí radica un elemento muy importante de la institución.

Normalmente, cuando el ciudadano común necesita ser asesorado sobre una cuestión jurídica acude directamente al notario más que a un abogado.

Tuvimos, por ejemplo, la oportunidad de estar presentes cuando un matrimonio concurrió al despacho de D. Isidoro Lora Tamayo para otorgar su testamento. En un momento de la entrevista, el requirente se dirigió al notario y le dijo: “Lo que Ud. diga estará bien y será justo”, a lo que, por supuesto, el notario respondió “haciendo docencia” y explicándole que se trataba de su propia voluntad y que su función era únicamente interpretarla.

III. Actividades en la notaría

En las notarías asistimos al otorgamiento de distintos actos.

El notario no se limita a leer la escritura sino que explica su contenido a los otorgantes.

Constata la identidad a través de los *carnets* respectivos, de lo que deja constancia, y los invita a firmar.

Los actos escriturarios no se prolongan demasiado. Una escritura de compra y venta puede desarrollarse en un plazo medio de 15 minutos.

El protocolo propiamente dicho es el nombre con que se denomina a la escritura o acta una vez otorgada y autorizada. Mientras tanto, se habla de “papel timbrado”. Este papel tiene una numeración y sellos de agua como medidas de seguridad pero puede destruirse sin más. Cada año se encuaderna y se archiva en la notaría por un plazo de 15 años, luego se envía al archivo de protocolos del Colegio Notarial y pasados 100 años se consideran patrimonio histórico.

Respecto a algunas formalidades que se siguen, es interesante señalar:

- los anversos de las hojas de papel timbrado deben contener 20 líneas y los reversos 24, sin perjuicio de lo cual, un error en esta formalidad no acarrea nulidad instrumental;

- las escrituras se numeran, cuentan con un epígrafe, pueden contener espacios en blanco y se dividen en distintos apartados: “Exposición”, “Estipulaciones”, “Otorgamiento y autorización”;

- el cierre instrumental se redacta dejando constancia de que se han realizado las advertencias del caso y se invita a las partes a leer por sí la escritura, de lo que, en general, desisten y procede el notario a leerlas.

Las denominaciones técnicas de primera copia, testimonio por exhibición, en relación, etc. coinciden, casi en su totalidad, con las de la Ley Notarial de Ciudad de Buenos Aires. Testimonio por exhibición, por caso, es el género que abarca, entre otros documentos, la certificación de fotocopias.

Pormenorizamos características de los negocios jurídicos en particular, cuyo otorgamiento hemos presenciado:

1) Compra y venta de inmuebles

Según el Código Civil español, hay tres tipos de posesiones: la posesión real, que coincide con la efectiva entrega por medio de hechos materiales de la cosa que prescribe el Código Civil argentino; la posesión simbólica, por ejemplo: la entrega de las llaves; y la posesión instrumental del artículo 1462 del CC español: “Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

Vemos aquí una diferencia importante con la función de la escritura pública en la legislación argentina. No se trata en este caso de escritura “co-traslativa” sino, “traslativa”, salvo que específicamente se determine lo contrario.

El notario envía por fax al Registro de la Propiedad Inmueble una nota en

la que informa sobre los datos de la finca cuyo dominio se transmitirá. El Registro de la Propiedad, por el mismo medio, envía una certificación en la que indica las cargas y gravámenes que pesan sobre la misma y, a partir del momento en que el Registro recibe la solicitud del notario, hay un plazo de 10 días para otorgar la escritura. Durante ese tiempo no se produce un “cierre” o “bloqueo” registral sino que, si ingresa al Registro cualquier otro pedido, anotación de embargo, etc. respecto de ese inmueble, el registrador está obligado a informar inmediatamente al notario.

Luego del otorgamiento de la escritura, el notario comunica esto por fax al Registro e informa al requirente su DERECHO a inscribir la transmisión. Tal inscripción es facultativa y no es obligación del notario, sin perjuicio de lo cual el requirente podrá optar entre encomendársela a aquél o realizarla por sí mismo, así como el pago de los impuestos que graven el acto, en su caso.

El registrador tiene facultades para controlar la legalidad extrínseca e intrínseca del acto: Art. 18 de la Legislación Hipotecaria: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos en el Registro”. Por esta norma, en caso de concurrir un representante de alguna de las partes, en la escritura correspondiente el notario debía transcribir el texto del poder que legitimaba su actuación. Tal obligación ha sido modificada en diciembre de 2001 por la ley de acompañamiento a la ley de presupuesto anual y actualmente se admite que el notario realice por sí la calificación de la legitimación para actuar del poderdante y se limite a consignar los datos del instrumento pertinente.

Especialmente en las localidades más pequeñas, como Villarejos o Ciudad Rodrigo, existen muchos inmuebles sin matricular. Hay muchas transmisiones efectuadas por instrumento privado (boletos de compra y venta) o simplemente por la entrega de posesión material del inmueble. En estos casos, en la práctica hemos visto dos formas de inmatricular estos bienes:

a) mediante el procedimiento dispuesto en la Ley Hipotecaria y su Reglamento;

b) mediante aportación del bien a la sociedad de gananciales y posterior transmisión o transmisión y posterior aportación.

a) La Ley Hipotecaria, en los artículos 198 a 210, establece el procedimiento a seguir y, específicamente en el artículo 199 dice: “La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará: a) mediante expediente de dominio, b) mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante, c) mediante el certificado a que se refiere el art. 206, sólo en los casos que en el mismo se indican”.

En el primer supuesto, el procedimiento es judicial. En el segundo caso, el acta de notoriedad en la que vecinos del propietario indican que les consta que él se ha comportado como dueño y que la finca es suya, se complementa con

publicación de edictos. El tercer supuesto se refiere a los bienes de titularidad del Estado, Provincia o Municipio y las Corporaciones de Derecho Público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica. En estos casos podrá inmatricularse el inmueble acudiendo a una certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración del inmueble.

b) El sistema de incorporar al Registro un inmueble a través de recurrir a la aportación a la sociedad de gananciales es muy curioso. Además de que en España tampoco se reconoce a la sociedad de gananciales personalidad jurídica, el tratamiento que se le da es bastante semejante. Hemos de destacar, antes que nada, que en España pueden celebrarse capitulaciones matrimoniales.

Supongamos el caso de que un requirente desea transmitir el dominio de su inmueble a un comprador, pero no tiene título. Puede hacer dos escrituras: en la primera aporta el inmueble a la sociedad de gananciales diciendo que lo ha adquirido, por ejemplo, por herencia de su padre. En la segunda escritura, lo transmite al comprador. Esto así por cuanto se admite la inscripción de un inmueble una vez que existen respecto de él dos títulos públicos.

Si bien algunos Registros de la Propiedad no admiten como título la escritura de aporte a gananciales, en muchos casos sí lo hacen y, de esta manera, se incorpora el inmueble al ámbito registral.

2) Testamentos

Es muy habitual el otorgamiento de testamentos en España. El Código Civil contiene una disposición, a diferencia del Código argentino, por la que el testamento posterior revoca al anterior. Es obligatorio consignar la hora en la que se otorga el testamento, bajo pena de nulidad. No se requiere la presencia de testigos para el otorgamiento de testamentos por acto público.

Se admite la sustitución fideicomisaria y, de hecho, se utiliza mucho, así como el fideicomiso de residuo. Caso práctico:

Un matrimonio mayor que no tiene herederos forzosos decide otorgar un fideicomiso de residuo y establece lo siguiente: si uno de ellos muere, todos los bienes privativos y su mitad de gananciales serán adquiridos por el cónyuge sobreviviente a quien se le otorgan facultades para hacer con ese patrimonio lo que considere necesario, excepto disponer a título gratuito, pero cuando ambos mueran, la mitad de gananciales que corresponde a cada uno y los que hubieran sido sus bienes privativos, si aún existieran, serán adquiridos por los familiares de su propia estirpe.

Hay Registro de Actos de Última Voluntad y es el notario el encargado de comunicar el otorgamiento. En el ámbito sucesorio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la legislación notarial prevén la actuación de los notarios al momento de determinar los herederos del causante y proceder a la partición y adjudicación de la herencia.

La normativa citada en primer término, en su artículo 979, dispone: “La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá

mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa”.

El art. 209 bis del Reglamento notarial dispone los extremos que deberán tenerse en cuenta en la tramitación de las actas de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto de las sucesiones testamentarias, una vez fallecido el otorgante, sus herederos se presentarán en la notaría en la que se otorgó el acto y recién en ese momento se expedirá primera copia del instrumento y se procederá a la partición y adjudicación extrajudicial.

Cuando el otorgante establece alguna disposición respecto de lo que desea que se haga con su cuerpo a su fallecimiento, se acompaña al testamento un acta de incineración. Para solicitar un certificado sobre existencia de testamento al Registro de Actos de Última Voluntad es menester esperar por lo menos 15 días desde el fallecimiento, por lo que el conocimiento de la voluntad podría ser tardío. El otorgante entrega la primera copia de esta acta a una persona de su confianza.

3) Capitulaciones matrimoniales

El Código Civil español prevé la posibilidad de determinar el régimen patrimonial matrimonial, el que podrá ser: de gananciales, de separación o de participación. Los más habituales son los dos primeros. Se inscriben en el Registro Civil.

4) Apoderamientos

Existe, desde hace dos años, un Registro de Revocación de poderes voluntario al que se accede por vía informática.

La actuación personal del poderdante en los negocios encomendados al apoderado no produce la revocación automática del poder.

5) Constitución de sociedades

Las sociedades que se constituyen con mayor habitualidad son las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL o SL). La escritura correspondiente es, en realidad, de protocolización de estatutos por cuanto éstos se incorporan al protocolo, redactados en instrumento privado.

Se encuentran reguladas las sociedades unipersonales.

Existe reserva de denominación ante el Registro Mercantil y posterior inscripción de tipo declarativa.

Respecto de los aportes, pueden realizarse aportes dinerarios o no dinerarios, como en la ley argentina, sin embargo: a) es admisible la aportación del usufructo de bienes como parte del capital sin que se cuestione que se trata de prestaciones accesorias, b) la aportación de un inmueble se realiza únicamente mediante la manifestación en la escritura de la voluntad de aportarlo y la descripción del bien.

No hay una diferenciación conceptual marcada entre domicilio y sede social. No se requieren los libros de actas sino que el administrador de la sociedad trae una constancia que él mismo firma, en la que transcribe el acta de la “Junta” o Asamblea.

La legislación recepta las sociedades unipersonales. Este tema se planteó a nivel de la Comunidad Económica Europea y se decidió que los distintos países miembros elegirían entre receptionar en su derecho positivo este tipo de sociedades o el patrimonio separado del empresario unipersonal. España eligió la primera alternativa. Debe agregarse este carácter a la sigla social, por ejemplo: SRLU.

Una nota curiosa la da la regulación respecto del alcance de las facultades de los administradores sociales: la ley dispone que los administradores pueden realizar todo tipo de actos y no pueden limitarse sus facultades, aunque los estatutos prevean restricciones. Ello, en su caso, impondrá mayor o menor responsabilidad del administrador en el ámbito interno de la sociedad pero, frente a terceros, sus facultades son plenas. Es bueno que tengamos en cuenta este elemento cuando nos encontremos ante la necesidad de autorizar actos en los que concurra el representante de una sociedad europea, puesto que no será menester solicitarle actas especiales que lo habiliten para el acto. Tal vez el único caso dudoso sería el de donación, supuesto en el que se discute si no sería conveniente pedir este acto. En los demás no se requiere.

El artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas establece: “Ámbito de la representación. 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

6) Bienes

Se reserva esta denominación para las cosas. Se habla de cosas o bienes y de derechos.

7) Hipotecas

La curiosidad respecto de las hipotecas es el carácter constitutivo de su inscripción.

Es habitual instrumentar el crédito en letras de cambio hipotecarias que se encuentran sometidas a un régimen similar al de los pagarés hipotecarios en nuestro derecho.

8) Actas

Se admite en las actas que el requerimiento se efectúe un día y la diligencia se realice en otro distinto. Si ella se realiza dentro de los 60 días siguientes

al requerimiento, puede constar a continuación de éste o aun pueden intercalarse hojas de papel timbrado en blanco si no fuera suficiente el espacio.

9) Actas de depósito ante notario

El Reglamento Notarial, en el artículo 216, las admite expresamente.

10) Declaración de obra nueva

Se otorgan estas escrituras para declarar nuevas construcciones sobre solares.

11) Donaciones

Se realizan muy poco por una cuestión impositiva. Se encuentran altamente gravadas. Cabe destacar que si bien el Código Civil contempla la posibilidad de que sean inoficiosas, en estos casos, siempre se deberá el VALOR y no existirá la reivindicación del inmueble en los términos que prevé nuestro artículo 3955 del CC.

12) Arrendamientos

La legislación, en este aspecto, es bastante extensa y moderna. Se prevé un derecho de tanteo en favor del arrendatario cuando el titular dominial desea enajenar el inmueble y un derecho de retracto que opera cuando el vendedor no notificó su voluntad de vender al arrendatario. Por ello es que en las escrituras de compra y venta, además de decir que la finca no se encuentra sujeta a cargas ni derechos reales limitativos, se deja expresa constancia de que no está arrendada o de que, estándolo, el arrendatario ha sido notificado y no ejercerá su derecho preferente.

13) Pólizas

Se trata del otorgamiento de créditos personales que otorgan las entidades financieras en las que los notarios certifican las firmas. Esta tarea antes era realizada por los corredores de comercio pero, en razón de la fusión de ambos cuerpos, ahora la realizan los notarios.

14) Responsabilidad tributaria

En España el notario no es agente de retención. Se limita a informar a las partes el impuesto con el que está gravado el acto que otorgan. Sólo gestionará su pago si así le es requerido por los contratantes, pero a título de gestor.

IV. Ley y Reglamento Notariales

Consideraciones generales

La ley notarial española es del 28 de mayo de 1862 y el Reglamento, del 2 de junio de 1944.

El prólogo a la legislación notarial realiza una exposición de la evolución de la legislación en la materia, de los distintos criterios sustentados a través de los años y enumera los criterios fundamentales de la ley:

1) Reversión al Estado de los oficios enajenados y consideración del cargo como una FUNCIÓN PÚBLICA.

2) Separación de la fe pública judicial y la extrajudicial, atribuyendo esta última al notariado.

3) Organización jerárquica del notariado a través del Ministerio de Gracia y Justicia, los Regentes de las Audiencias y los Colegios Notariales.

4) Demarcación de distintos territorios para la actuación de cada notario.

5) Selección para el ingreso mediante el sistema de oposición.

6) Retribución por arancel.

7) Reconocimiento expreso y terminante de la propiedad estatal sobre los protocolos.

“Pero algunos de estos principios de la ley del 62 no pasan de ser meras aspiraciones: no logra la unidad del Notariado –quedan fedatarios mercantiles al margen–, no logra la atribución íntegra de la jurisdicción voluntaria al Notariado, no agota la regulación del instrumento público –todo el régimen formal del testamento queda fuera–.

Lo cierto es que el ‘programa’ de la ley de 1862 se ha ido cumpliendo a lo largo de un siglo y cuarto, y sigue cumpliéndose en nuestros días: la unidad del Notariado, el traspaso de actos de jurisdicción voluntaria, la inclusión de una teoría general del instrumento público en un único texto de carácter notarial son tareas legislativas y prelegislativas que se están abordando en la actualidad”.

El Reglamento Notarial ha sido a su vez modificado por diferentes decretos que han recogido las resoluciones del Tribunal Constitucional acerca de la competencia notarial en los asuntos de jurisdicción voluntaria y el carácter de funcionarios públicos.

Asimismo, tanto el Reglamento Hipotecario de marzo de 1992 que regula el procedimiento extrajudicial de la ejecución hipotecaria como la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1992 que atribuye a los notarios ciertas declaraciones de herederos, han introducido modificaciones de avanzada en favor de la función notarial.

La lectura del prólogo de la ley podría pasarnos inadvertida por cuanto no forma parte de la norma y se ciñe a destacar la función notarial, su alcance y su importancia, pero es ello lo que precisamente nos llama poderosamente la atención. En efecto, es notable el reconocimiento social que tiene la labor notarial en España, tanto es así que un cuerpo externo, como es el Poder Legislativo, se ocupa de hacer hincapié en su trascendencia.

Dice un pasaje del texto: “La enérgica eficacia del instrumento público tiene su base en tres pilares fundamentales: la especial formación técnico-jurídica del notario, rigurosamente controlada por el Estado; la prestación –necesaria, incondicionada– de asesoramiento, que conduce a la plasmación documental de la más verdadera y consciente voluntad negocial –alejando la irreflexión, el error y la imprevisión–; y el control de legalidad, que obliga al notario a negar la prestación de su función cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se

prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”.

Ahora bien, este reconocimiento social ha sido ganado en buena ley. Es ostensible la formación superior del notariado, el respeto a la ley y a la función preventiva de conflictos.

Entendemos que tal vez sea éste el momento preciso para que los notarios argentinos, además de admirar al notariado español, miremos y tomemos el ejemplo que posibilitará, en definitiva, la preservación de la institución notarial. Justamente ahora, cuando la situación nacional se encuentra en plena crisis y los valores y principios éticos, además de jurídicos, sociales y económicos, parecen haberse olvidado, es un desafío a la altura de la investidura notarial el lograr ocupar un lugar más trascendente en la sociedad. Eso implicaría un enorme esfuerzo de nuestra parte puesto que es evidente que debemos incrementar nuestra formación técnico-jurídica y unificar criterios a nivel nacional al respecto. Tenemos que ganarnos un lugar de mayor prestigio y ello solamente es posible, a nuestro entender, elevando el nivel y la credibilidad del cuerpo pero no sólo a nivel regional.

b) Disposiciones específicas

La ley del Notariado consta de 48 artículos y disposiciones transitorias. Se encuentra dividida en seis Títulos: De los Notarios; Requisitos para obtener y ejercer la fe pública; Del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público; De la propiedad y custodia de los protocolos e inspección de las Notarías; Del gobierno y disciplina de los Notarios; Derechos y premios de los Notarios. Finalmente, los últimos dos artículos se refieren a Disposiciones Generales.

El Reglamento Notarial consta de 364 artículos, Disposiciones transitorias y 4 anexos.

Nos llamó la atención la similitud en la terminología utilizada por la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires y la ley notarial española. Tal vez a ella deberíamos remitirnos cuando surgen dudas acerca del significado de determinados conceptos.

Tomemos por caso el tema de los testimonios por exhibición. Ellos vienen perfectamente definidos en el artículo 251 y en el prólogo de la ley se especifica que se trata de una afirmación del notario sobre un hecho o un documento, a diferencia de las certificaciones en las que el notario emite un juicio o dictamen. Es por ello, por ejemplo, que en España una fotocopia certificada o un testimonio por exhibición son exactamente lo mismo, la relación es de especie a género.

V. Derecho Civil en España

Las normas que se aplican a esta rama del derecho son, fundamentalmente, el Código Civil, la Ley Hipotecaria y su Reglamento, la Ley de Enjuiciamiento Civil y las legislaciones forales, que son aquellas disposiciones dictadas en algunas demarcaciones territoriales. El Código Civil común rige en toda Es-

paña pero algunos territorios se han reservado una órbita legislativa específica: ellos son: Cataluña, Aragón, Navarra, el País Vasco y, en algunas materias, Galicia.

Derechos reales (según la exposición del notario José Ordóñez Cuadros, en el curso organizado para notarios argentinos –marzo 2002–)

En el Derecho Civil español el contrato es, por un lado, fuente de obligaciones y, por otro, título de creación, configuración y transmisión de derechos reales.

Cada vez existe mayor control judicial respecto del contenido de los contratos.

En el derecho español todo lo inscribible, si no se inscribe, es inoponible a terceros, salvo los arrendamientos.

La autonomía de la voluntad y la condición de *numerus apertus* de los derechos reales en el ordenamiento español surgen del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y del artículo 7 del Reglamento de la mencionada ley.

El artículo 2 dispone: “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 1º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos. 2º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales...”

Artículo 7 del Reglamento: “Conforme a lo dispuesto en el art. 2º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

El mencionado notario dice que para la seguridad del tráfico es mejor “etiquetar” los derechos reales.

Hay tres categorías: los derechos reales de goce: usufructo, uso, habitación y servidumbres; los de adquisición preferente; y los de garantía. En estos últimos, la regulación es de **numerus clausus**.

Respecto del usufructo, por ejemplo, el artículo 467 del Código Civil dispone: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. En este derecho, la proyección de la autonomía de la voluntad es muy amplia. Existe, por ejemplo, el usufructo con facultad de disponer. No se trata de un supuesto en el que se ceda el derecho de usufructo simplemente, sino que el titular usufructuario puede disponer del dominio completo del bien. Cabe acotar que respecto a la cesibilidad del usufructo, no

hay contradicciones en la normativa española: se admite claramente tanto la cesión del ejercicio como del derecho.

También se admite en el ordenamiento español la constitución de derechos reales sobre derechos y la hipoteca sobre bienes muebles.

Derecho sucesorio. Algunas disposiciones curiosas para nuestro ordenamiento

El derecho sucesorio está muy regulado y desarrollado en España.

El Código Civil, por ejemplo, destina una sección completa a la sustitución. Se admite la sustitución fideicomisaria y, en las leyes forales, este criterio se acentúa aún más.

Respecto a las disposiciones testamentarias, éstas pueden hacerse bajo condición respetando lo dispuesto por el artículo 813: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”.

Con relación a la legítima, el artículo 808 del Código Civil establece: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición”. De esta manera, la legítima estricta se reduce a un tercio.

Los derechos del cónyuge viudo están regulados en los artículos 834 a 847 del Código Civil. Se prevé que “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Uno de los inconvenientes que acarrea esta disposición en la práctica, por ejemplo, es qué sucede cuando el causante únicamente tenía en su patrimonio la nuda propiedad de un bien.

No es un tema que actualmente se encuentre resuelto en la doctrina pero, en principio, los herederos deberán proceder a la venta de ese bien para otorgarle al viudo su parte y, de lo contrario, el viudo tendrá un derecho diferido en el tiempo.

Un capítulo muy interesante es el de los bienes sujetos a reserva.

El artículo 811 del Código Civil establece: “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”.

El artículo 968 dispone: “Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada,

donación u otro cualquier título lucrativo –en España tal expresión significa título gratuito– pero no su mitad de gananciales”.

El 969 dice: “La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste”.

Este tipo de reservas no acarrea pocos inconvenientes en la práctica por cuanto, al depender de un supuesto de hecho, muchas veces no tienen reflejo registral suficiente y el tercer adquirente puede verse perjudicado. De todas maneras, a este respecto hay muchas resoluciones judiciales y de la Dirección de los Registros y del Notariado, que indican la solución a seguir en los distintos supuestos.

Hay que tener en cuenta que, según dispone el artículo 1 inc. 6 del Código Civil, en el sistema jurídico español, “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Derecho Registral

El Derecho Registral español es muy especial y responde a una idiosincrasia particular que hace que, teniendo en cuenta nuestras concepciones al respecto, por momentos nos parezca incomprensible.

La formación de los registradores españoles es similar a la de los notarios y, en efecto, ello determina una cierta rivalidad entre los dos cuerpos que pugnan por aumentar el ámbito de incumbencia de cada uno.

Existe, como lo disponen los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, fe pública registral:

“Art. 32: Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros”.

“Art. 34: El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

Sin embargo, el artículo 33 de la misma normativa establece que “La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, con arreglo a las leyes”.

Todo esto, sumado a que la inscripción en el Registro es voluntaria y que no se cuenta con más prioridad que la directa, determina circunstancias de hecho que definitivamente nos son ajenas.

En una oportunidad, cuando estudiábamos un caso de doble venta, no pu-

dimos evitar preguntar por qué no adoptaban un sistema de prioridad como el que tenemos en Argentina y cómo era que la inscripción no era obligatoria. A nuestras dudas nos respondieron casi con sorpresa: “En nuestro sistema, siempre prima la autonomía de la voluntad”.

De esa manera, advertimos en forma contundente que las mayores diferencias que existen entre nuestro sistema jurídico y el español tienen que ver con la idiosincrasia, las costumbres, los principios que privan en las distintas sociedades. No hay uno mejor que otro sino diferentes concepciones ante un mismo problema y, evidentemente, el sistema registral español es todo un ejemplo porque para la sociedad española funciona.