

EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y SU APLICACION SUPLETORIA A LA LEY DE COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

Nelson Reyes Ríos

Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CONTENIDO:

- 1.- Marco Teórico referencial sobre aplicación del C.P.C. y los procesos no contenciosos.
- 2.- Función notarial en el Perú y su posible intervención como agentes mediadores o conciliadores.
- 3.- Aspectos de aplicación supletoria del C.P.C. en los asuntos de competencia notarial de carácter no contencioso.(Ley 26662)

1.- MARCO TEORICO REFERENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL C.P.C. Y LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS :

Desde el inicio de cualquier análisis, conviene precisar la determinación conceptual y terminologías utilizadas para cada tema, así en el caso particular que nos ocupa, resulta necesario hacer la distinción terminológica de Proceso,

Procedimiento y Derecho Procesal.

En cuanto a la primera significación, de proceso, creo que todos la utilizamos de manera muy genérica en nuestra vida cotidiana. En el hogar, cuando se decide preparar los alimentos de todos los días, cuando se decide realizar la matrícula de nuestros hijos, o queremos adquirir un bien mueble o inmueble, de manera muy simple hacemos uso de un determinado proceder, decidimos como hacer uso de un adecuado procedimiento.

Es decir que para cualquier actividad, realizamos muchas veces inadvertidamente, o en otras de manera minuciosa, una planificación, lo que en definitiva constituye en su realización un proceso con un terminado orden lógico, utilizando para su realización mecanismos o medios que se convierten en definitiva en

un procedimiento. El matrimonio es un proceso, la pareja tendrá que cumplir con ciertos requisitos y pasos establecidos por la ley, desde cuando se conocen, posteriormente al prestar su consentimiento para la realización del matrimonio y para efectuar el mismo acto de su celebración. Cuando se organiza de manera adecuada y se hace obligatorio, el proceso y el procedimiento, es recogido por el Derecho, dando nacimiento al Derecho Procesal. Por lo tanto, el proceso siempre está presente en toda actividad humana, y lo que se requiere es que se utilice adecuadamente.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua, indica que el proceso "es la acción de ir hacia adelante.- conjunto de fases sucesivas de un fenómeno.- acción de seguir una serie de cosas."

El profesor Juan Monroy Gálvez, en sus obras sobre Derecho Procesal, precisamente desarrolla el tema de los principios del proceso y del procedimiento, lo que para los efectos de nuestro trabajo de distinción terminológica corrobora los alcances de proceso y procedimiento.

Frente a cualquier problema, por ejemplo al que pueda surgir en

el matrimonio, con el incumplimiento del deber de infidelidad, el psicoanalista Dr. Fernando Maestre, en uno de los programas radiales mencionó lo siguiente: que, el o la cónyuge que sospecha, o tiene conocimiento de la infidelidad del otro cónyuge, tiene tres opciones, o PUEDE PROCEDER de tres maneras:

- 1.- puede manejar el problema silenciándolo, es decir, que evaluando la dimensión del problema, es posible que la solución puede estar en quitarle importancia, y tratar de manejar analizando las posibles causas, que en algunas situaciones especiales puede estar en la conducta del propio cónyuge agraviado, y haciendo un tratamiento o recibiendo una orientación puede solucionar el problema, en este caso no necesitará de otra persona para que intervenga, pero sí de un consultor u orientador.
- 2.- Otra forma de manejar el problema puede ser, tratando directamente con el otro cónyuge, tampoco en este caso se solicita la ayuda o intervención de otra persona, para que intervenga en la solución, aquí surge lo que se denomina la autocomposición del conflicto o solución del problema, las dos partes afrontan el problema directamente, analizan las causas,

los efectos, costo beneficio respecto de todos los relacionados con el problema, en este caso especial del ejemplo, la situación de los hijos, entre otros; y

3.- Por último la otra forma como puede proceder el o la cónyuge para solucionar su problema, es recurriendo a una tercera persona, que puede ser de manera voluntaria por parte de ambos, es aquí donde surge los componedores del conflicto o problema, que puede ser un particular, los llamados mediadores o conciliadores, y en el caso que nos ocupa los notarios, como en algunas legislaciones; y cuando no hay acuerdo surge la figura del juez, a fin de solucionar el conflicto como autoridad facultada por ley y en nombre del Estado.

Es en esta última especial alternativa, en el que para la solución de algún problema llamado no contencioso, donde no hay litigio (*litis*), y en el que existe pleno acuerdo de las partes, en ejercicio del principio de la voluntad, recurren a una institución o persona facultada por ley, que como en el tema que estamos tratando, son los NOTARIOS. Por lo tanto, es en esta perspectiva que éstos últimos brindan un servicio de mucha utilidad. Es probable que la ciudadanía no esté bien orientada

de este servicio, y que además existe la influencia tradicional sobre la intervención judicial, por lo que según se establece en el art. 1º de la ley 26662, se deja a elección de la parte interesada, para utilizar este medio o el tradicional dentro del trámite judicial, que con el transcurso del tiempo la ciudadanía podrá sacar sus propias conclusiones o bondades, analizando el factor costo-beneficio, fundamentalmente el económico.

2.-

FUNCION NOTARIAL EN EL PERU Y SU POSIBLE INTERVENCION COMO AGENTES MEDIADORES O CONCILIADORES.-

Este es un aspecto que proponemos como posibilidad, para lo cual tendrá que hacerse un adecuado estudio. Los Notarios son profesionales debidamente preparados para intervenir en asuntos contractuales fundamentalmente, como se establece en el art. 2º de la Ley 26002 del Notariado, que dice: *"El notario es el profesional del derecho que está autorizado 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. Su función también corresponde la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en la ley de la materia. Entonces, pensamos que pueden ser ellos las personas idóneas para asistir a las partes en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. Claro está que para hacer efectivo esta posibilidad tendrá que adecuarse a los alcances de la ley de conciliación aprobada últimamente.

Así mismo, consideramos oportuno hacer una distinción, sólo con carácter didáctico, muy poco clara actualmente, entre la mediación, conciliación y la negociación. El artículo 20 de la ley 26872 establece "El conciliador es la persona capacitada y acreditada que cumple labores en un Centro de Conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y eventualmente propone fórmulas conciliatorias no obligatorias". En este último extremo estarían actuando como mediadores, igual facultad aparece en el art. 326 del C.P.C. que dice "Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden

las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días. Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el libro de conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma...". En cambio, la negociación está a cargo de especialistas llamados negociadores, el que hace que las partes cedan algo en sus pretensiones, que para los casos de los procesos no son muy frecuentes.

3.-

ASPECTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA DEL C.P.C. EN LOS ASUNTOS DE COMPETENCIA NOTARIAL DE CARÁCTER NO CONTENCIOSO.

Según el art. 1º de la Ley 26662, se indica que en los asuntos no contenciosos los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para

tramitar según corresponda los siguientes asuntos .

- 1.- Rectificación de partidas;
- 2.- Adopción de personas capaces;
- 3.-Patrimonio familiar;
- 4.- Inventarios ;
- 5.-Comprobación de testamentos ;
- 6.- Sucesión intestada.

Según se dispone en el art. 3° de la indicada ley , la actuación notarial en los asuntos señalados en el art. 1°, se sujeta a las normas que establecen la presente ley , y SUPLETORIAMENTE a la ley del Notariado y al CODIGO PROCESAL CIVIL. Podría creerse que esta referencia supletoria es limitada a la ley del Notariado y al Código Procesal Civil solamente , lo cual consideramos que no es así, por cuanto, haciendo uso de las técnicas de razonamiento lógico, tendrá que hacerse una interpretación sistemática para cada caso, por ejemplo , aplicando la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales que al haber sido ratificados por el Estado Peruano forman parte de la legislación interna , de igual manera en su caso se aplicará las disposiciones del Título Preliminar el Código Civil, entre otros. Podría requerirse en algunos supuestos, el principio del ejercicio abusivo del Derecho , a

que se refiere el art. II que establece " La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho . Al demandar indemnización u otra pretensión , el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso". De igual manera, como se dijo, tendrá que tomarse en cuenta lo dispuesto en el art. segundo inciso 24 - a , que dice " *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*". Por cuestión de orden, trataremos , si no todas , algunas de las más saltantes normas supletorias del C.P.C., aplicables en la tramitación de los asuntos enumerados en el art. 1° de la ley 26662.

1.- DISPOSICIONES GENERALES.

El art. 5° de la ley señala "*El trámite se inicia por petición escrita de los interesados o sus representantes, señalando nombre, identificación y dirección de todos los interesados , el motivo de la solicitud, el derecho que los asiste y el fundamento legal*". Si bien se expresa con claridad los requisitos para iniciar el trámite notarial, sin embargo, creemos que podría aplicarse supletoriamente el C.P.C. , en lo referente a los medios probatorios que establece el inc. 10°

, y la intervención de los apoderados a que se refiere el inc. 11° del art. 424 del referido cuerpo legal, así como los anexos a que se refiere el art. 425 : inciso 1°.- Copia legible del documento de identidad del demandante (en este caso del solicitante), inciso 2°.- El documento que contiene el poder para iniciar el proceso (para este caso del solicitante), inciso 5°.- Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio. Estas exigencias se precisan en el art. 751 del C.P.C. cuando se refiere al proceso no contencioso. La solicitud debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda (solicitud) en los artículos 424 y 425 .

Sobre este particular, surge la interrogante ¿ si la parte interesada no cumple con los requisitos establecidos para su solicitud, también será de aplicación supletoria, si no con dichos términos, la declaración de inadmisibilidad o de improcedencia con todos sus efectos a que se contraen los artículos 426 y 427 del C.P.C?. Por ejemplo, en el caso que no presente el solicitante los documentos de identidad, o no se precise los requisitos del art. 5 de la ley, o cuando carezca de legitimidad, es decir, que no le alcanza derecho para iniciar

tramitación. Claro que se podría argumentar, que si no cumple con dichos requisitos no se admite la solicitud. Sin embargo no podría existir la posibilidad de conceder un plazo con la debida orientación para subsanar la omisión, pero que quede registrado la solicitud para algún caso hipotético que le pudiera servir la fecha de inicio de la solicitud. Probablemente la terminología no sea la adecuada para estos éstos casos, pero que se utilice otra, como el de rechazo por ejemplo, pero posiblemente con efectos idénticos.

2.- RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS

En este trámite no se encuentra en particular alguna disposición supletoria, dado el objeto preciso del trámite, conforme se establece en el art. 15 de la ley, que señala que las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellido, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidente del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios. En consecuencia, en ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o de sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida

que no surja de un error evidente.

3.-ADOPCION DE PERSONAS CAPACES

En cuanto a la admisibilidad de la solicitud, la ley originalmente no hizo mención a los medios probatorios destinados a acreditar la solvencia moral del adoptante, que con criterio adecuado se rectificó posteriormente, por cuanto resulta de mucha importancia aún cuando se trate de adopción de personas mayores de edad, con plena capacidad. Sobre el particular, en la práctica el problema surge no solo respecto de su conceptualización, sino también sobre los medios probatorios de la solvencia moral, y respecto de las personas o entidades que puedan otorgar dichas pruebas, sobre todo cuando hay personas que de por sí son respetables, idóneas sin mayores pruebas a su favor. ¿Acaso no se podría evaluar con una simple declaración jurada? El Notario tendrá que hacer una verdadera interpretación normativa. Este requisito realmente sirve en gran medida para acreditar el verdadero sentido y la buena fé del acto realizado. También es necesario, como repetimos, para el trámite de adopciones de mayores capaces.

Es necesario contemplar asimismo el problema que surge con el apellido del adoptado. Si bien de manera expresa el artículo veintidos del Código Civil señala que: *"el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes"*, sin embargo, en la práctica se presenta el caso siguiente: en un matrimonio, por ejemplo, el marido (esposo) adopta un hijo de su mujer (esposa), en tal situación, y en aplicación literal de la norma, el adoptado llevaría los apellidos (paterno y materno) sólo del marido adoptante, sin embargo queda la interrogante, el caso en que la madre solicita que no pierda su apellido.

En doctrina, se discute esta posición, y en situaciones especiales como el caso propuesto, admiten que el adoptado conserve el apellido materno. Tenemos conocimiento que en el Perú y en un trámite notarial, ya se ha salvado este hecho, permitiendo que el adoptado conserve el apellido materno, teniendo en cuenta consideraciones de orden constitucional, en el que se dispone que toda persona tiene derecho al nombre, y además, al principio, también constitucional, de los hechos no prohibidos, es decir, que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de

hacer lo que ella no prohíbe.

4.- PATRIMONIO FAMILIAR.

El artículo 24 de la ley, establece lo siguiente "*Pueden solicitar la constitución de patrimonio familiar las personas señaladas en el artículo 493 del Código Civil y sólo en beneficio de los citados en el artículo 495 del mismo Código*". Sólo con carácter referencial haremos mención de los dispositivos indicados, por cuanto no encontramos de manera expresa alguna disposición supletoria en cuanto al trámite que señala el C.P.C.

Art. 493.- "*Pueden constituir patrimonio familiar:*

- 1.-*Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad.*
- 2.-*Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad.*
- 3.-*El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios.*
- 4.-*El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad.*
- 5.-*Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento*

Art. 495.- "*Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los*

hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente".

5.- INVENTARIOS

En esta tramitación, tampoco encontramos alguna aplicación supletoria del C.P.C., sin embargo, se podría dar el caso que las partes puedan hacer un valorización convencional de los bienes, en cuyo caso no habría ningún inconveniente, sencillamente por no estar prohibido, similar a lo que se establece en el art. 767 del C.P.C., cuando se dispone que los bienes inventariados pueden ser valorizados por peritos.

La valorización resulta de mucha importancia, para los efectos posteriores en la división y partición.

6.- COMPROBACION DE TESTAMENTOS CERRADOS

El art. 35 de la ley señala: "*La comprobación de testamentos se solicita mediante petición escrita que suscribirá:*

- 1.- *Quien por su vínculo familiar con el causante se considere*

heredero forzoso o legal.

2.- Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y

3.- Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor"

En el inc. 2° de la referida ley se indica que pueden suscribir la solicitud , quien se considere instituido heredero voluntario o legatario, sin embargo en el inc. 4 del art. 36, se precisa como requisito, la indicación del nombre y dirección de los presuntos herederos , por lo que no existirá ningún inconveniente para aplicar supletoriamente la parte final del art. 818 del C.P.C. , que señala que en todos los casos previstos anteriormente se indicará el nombre

y domicilio de los herederos o legatarios.

7.- SUCESION INTESTADA.

En este trámite, consideramos que podría ser de aplicación supletoria el C.P.C. , la última parte del art. 830 , que no considera la ley 26662 , y que se refiere a las personas que pueden presentar la solicitud , cuando se trate de interés de incapaces sin representante, en cuyo caso podrían hacer la referida petición el Ministerio Público, o en su defecto tendría que esperar se nombre su representante. Frente a la omisión, opinamos que podría ser como está establecido , el Ministerio Público.