
Competencia notarial de los asuntos no contenciosos

Lourdes FLORES NANO¹

El 23 de febrero de 1996 se ha presentado a la mesa de partes del Congreso el proyecto de ley de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial, proyecto que transfiere la competencia de los asuntos que no importan contención a la esfera notarial.

El tema en cuestión ha sido trabajado con mucha seriedad en el Perú por los doctores Liova Schiaffino de Villanueva, Alberto Flores Barrón y Fernando Dupuy, entre otros. Responde a una inquietud concreta cuya utilidad práctica y efecto inmediato es la descongestión de los casos que atiende el Poder Judicial, permitiendo a los jueces concentrar esfuerzos para atender aquellos casos que les son propios y así aliviarlos de una actividad que no es propiamente jurisdiccional.

La competencia judicial de los asuntos no contenciosos obedece a condicionamientos históricos, fruto de épocas en que jurisdicción y administración estuvieron encomendadas a las mismas personas; hecho que, como veremos en el presente trabajo, ha variado en muchos países beneficiando fundamentalmente a los particulares: quienes recurran a los notarios se verán beneficiados por la celeridad del trámite notarial; quienes tengan que recurrir al Poder Judicial para asuntos contenciosos se verán beneficiados, de igual forma, por la celeridad, ya que los jueces dispondrán de una menor carga de trabajo para dedicarse a estos procesos, dándoles la celeridad que merece la administración de justicia para ser justa y eficaz.

¹ Para la elaboración de este trabajo también he contado con la participación de Milagros Campos Ramos, mi asesora en el Congreso.

1 Antecedentes

Los autores consultados encuentran que el origen de la denominada *jurisdicción voluntaria* se halla en el Derecho romano, en el que ya se distinguía entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. La primera, que compete al magistrado, consistía en la facultad de instaurar un procedimiento judicial dirigido a resolver las controversias privadas. Esa función fue ejercida por el *Rex* y en la República por el *Pretor*, o por uno de los magistrados mayores con *imperium* y que aplicaba el Derecho.

Opuesta a la jurisdicción contenciosa se halla la jurisdicción voluntaria. Gutiérrez Álviz la define como aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico.

El magistrado romano no estaba facultado para realizar actos de jurisdicción contenciosa sino sólo dentro del perímetro de su competencia territorial y en su tribunal; por el contrario, estaba facultado para ejercer la jurisdicción voluntaria en cualquier lugar.

Rafael Gómez Ferrer Sapiña cita las siguientes características que describen la jurisdicción voluntaria:

A) *Voluntariedad para las partes, no para el magistrado*. El vocablo «voluntaria» no alude –según afirma Fernández de Bujan– a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye un deber cuando la participación del magistrado se ejerce entre personas que espontánea y voluntariamente reclaman su intervención y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.

B) *Ausencia de conflicto de intereses entre las partes*. En los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica; vale decir, en palabras de Volterra, que la actividad del magistrado consiste sólo en recibir y sancionar con su presencia las declaraciones y la postura pasiva de las partes, suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o de los concurrentes.

C) *Asesoramiento de las partes*. No existiendo partes adversas, la participación del magistrado consistía, incluso en los tiempos más antiguos, en el asesoramiento de los concurrentes.

El *Tabullario*, antecedente del notario, era un magistrado. En el Derecho castellano se separa la función de escribano y chanciller («notario», en latín). El primero era el redactor de los actos y contratos que en la actualidad se conocen como de jurisdicción voluntaria. Para su sanción necesitaban de la intervención del segundo de los nombrados, quien guardaba los sellos del señor y le indicaba el que debía usar en cada ocasión. Dupuy encuentra en la fusión de estos personajes el antecedente castellano de los notarios. La referencia al Derecho castellano resulta particularmente interesante por ser el vigente durante el virreinato. Sin embargo, el momento político que se vive con el advenimiento de la república aleja el Derecho castellano para acercarse más al pensamiento francés y al *Code*, que había unificado la legislación civil.

Dupuy da cuenta de cómo los procedimientos no contenciosos, que históricamente se habían realizado ante notarios, se incluyeron en el Código de Procedimientos Civiles como atribuciones del Poder Judicial, a pesar de que, según señala Miguel de la Lama, en la exposición de motivos se dejó constancia de que:

«El proyecto dedica su última sección a todos los actos declarativos de un derecho no contradicho inmediatamente y que tiene lugar ante la autoridad judicial. La intervención de ésta determina la diferencia entre estos actos y los puramente administrativos, y la carencia de contención que los separa de lo controvertible. En los procedimientos de que se ocupa esta sección, no se trata de resolver cuestiones jurídicas sobre derechos objetados, ni de hacer efectivas obligaciones contradichas: se solemniza un acto por voluntad espontánea de los interesados únicamente.»².

La doctora Liova Schiaffino da cuenta de que en el Perú no existe una definición precisa sobre jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, desde el Código de Procedimientos Civiles del año 1912 se consignan los procedimientos no contenciosos, diferenciándolos de los procesos jurisdiccionales. Esta distinción se mantiene en el Código Procesal Civil al señalar en el artículo 749 cuáles son los procesos no contenciosos.

² Citado por DUPUY, Fernando *La jurisdicción voluntaria en el Perú*, p. 160.

2 ¿Es la llamada jurisdicción voluntaria una verdadera jurisdicción?

De conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. El artículo 1 de la ley orgánica del Poder Judicial, aprobada por decreto legislativo 767, ratifica lo establecido por la norma constitucional citada. El artículo 2 del Código Procesal Civil encarga al Poder Judicial la «solución de los conflictos de intereses intersubjetivos» o de «incertidumbre jurídica». Vemos que la función conferida al Poder Judicial por el ordenamiento jurídico es la de discernir justicia en nombre del Estado, dirimiendo los conflictos de intereses o aplicando sanciones cuando se altera la paz social mediante la violación del Derecho. Es en virtud de esta legislación positiva que la función jurisdiccional en el Perú se orienta a la solución de conflictos de intereses y contiendas. A decir del doctor Mario Alzamora Valdez, en su obra *Derecho procesal civil. Teoría del proceso civil*, «si esa jurisdicción se ejerce cuando no existe conflicto, [...] no es propiamente tal.»

Recurrir al Poder Judicial para encontrar una solución es propio de las relaciones jurídicas en conflicto; no es la forma natural de las relaciones sociales. Sólo en caso de desacuerdo de los litigantes se debe dar el proceso judicial.

En los llamados procesos no contenciosos el elemento de conflicto inter partes está ausente. Por esta razón, muchos autores han considerado a la jurisdicción voluntaria como una de carácter administrativo. El autor Rafael Gómez Ferrer, en su obra *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, cita diversas opiniones en tal sentido. El procesalista Guasp señala que: «la jurisdicción voluntaria no es una figura jurídica procesal auténtica, sino una figura administrativa que por razones de diversa índole se confía a órganos judiciales». En similar sentido se manifiestan Carnelutti, Chioventa y Alsina. Para Chioventa «no puede incluirse entre las actividades jurisdiccionales a la llamada jurisdicción voluntaria, que no es en absoluto jurisdicción», calificando la contraposición entre jurisdicción voluntaria y contenciosa como impropia. Alsina sostiene que la llamada jurisdicción voluntaria es uno de los «supuestos en los que el juez ejerce funciones administrativas». Entre los autores peruanos, Francisco Velasco Gallo afirma que: «la jurisdicción graciosa o jurisdicción administrativa, llamada voluntaria, es aquella en la que el juez realiza funciones administrativas y las ejerce cuando los particulares solicitan su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos [...] se ejerce siempre [...] a solicitud o por consentimiento de las dos partes».

Por esta razón gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra del término *jurisdicción voluntaria* y prefiere referirse a *actos no contenciosos*. Sostienen los autores que no se trata propiamente de una jurisdicción por no suponer conflicto ni litigio alguno, por no existir partes con intereses contrapuestos y porque la resolución que se expide no compone ninguna litis.

3 Los asuntos no contenciosos en la legislación comparada

La asignación de competencia a los notarios en los asuntos no contenciosos ha sido vista por diversos Estados como una alternativa impostergable a los problemas originados por la congestión del trabajo jurisdiccional y en procura de una mejor asignación de recursos y concentración de los mismos en asuntos litigiosos. Es así que muchos países han transferido la competencia de los asuntos no contenciosos a la esfera notarial. Podemos citar entre ellos a Alemania, Austria, España, Luxemburgo e Italia. Entre los latinoamericanos cabe destacar de manera especial las legislaciones de Guatemala y Colombia, aunque también han regulado este tema en igual sentido Argentina, México y El Salvador.

Si bien es cierto que la cantidad de los asuntos no contenciosos transferidos a los notarios no es igual en todos los casos, a manera de ilustración podemos mencionar algunos de ellos:

- 1) Inscripción y rectificación de partidas.
- 2) Cambio de nombre a menores de edad.
- 3) Patrimonio familiar.
- 4) Disposición de bienes de menores, incapaces y ausentes.
- 5) Adopción.
- 6) Separación de cuerpos por mutuo disenso.
- 7) Divorcio por mutuo disenso.
- 8) Declaración de ausencia.
- 9) Comprobación de estado de gravidez.
- 10) Apertura de testamentos cerrados.
- 11) Protocolización de testamentos ológrafos.
- 12) Partición extrajudicial de herencia.
- 13) Declaratoria de herederos.
- 14) Inventarios.

Vemos cómo con la aprobación de este proyecto el Perú se insertaría en la corriente de las legislaciones modernas, que encuentran en este

camino, entre otras, la ventaja de descongestionar los juzgados y agilizar, como efecto directo e inmediato, los procesos contenciosos.

De otro lado, es importante mencionar que en octubre de 1994, según da cuenta el doctor Alberto Flores Barrón, en la ciudad de Ginebra se firmó un acuerdo entre la Unión Internacional de Magistrados y la Unión Internacional del Notariado Latino, de la cual el Perú es miembro desde su fundación. La finalidad de tal acuerdo es «derivar todas las cuestiones no contenciosas al notariado, ya que se ha reconocido que está compuesto por profesionales probos, experimentados y capaces, que pueden solucionar en forma rápida y efectiva los procedimientos sin contienda hasta ahora a cargo de los juzgados y tribunales».

4 El proyecto de ley

El proyecto consta de setenta y siete artículos e importa la modificación de una serie de normas civiles sustantivas y adjetivas. Los temas incluidos luego de un estudio preliminar son:

- 1) Rectificación de partidas.
- 2) Separación convencional y divorcio ulterior.
- 3) Autorización para disponer derechos de incapaces.
- 4) Adopción de mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio.
- 5) Constitución de patrimonio familiar.
- 6) Inventarios.
- 7) Administración de bienes.
- 8) Comprobación de testamentos.
- 9) Sucesión intestada.
- 10) Rectificación o delimitación de áreas o linderos.
- 11) Constatación de posesión.
- 12) Ofrecimiento de pago y consignación.

El requisito indispensable para realizar alguno de estos trámites ante notario público es el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes en cualquier momento de la tramitación manifiesta su desacuerdo, el notario deberá suspender inmediatamente su actuación. En tal caso, debido al carácter contencioso que asume al trámite, a la aparición del conflicto es el juez quien deberá conocer y tramitar el proceso. En los casos en los que los efectos puedan modificarse, como el nombramiento de un administrador, se podrá seguir el mismo trámite siempre que los interesados manifiesten su consentimiento unánime.

Esperamos que el proyecto sea debatido en la próxima legislatura. Su aprobación contribuiría a la reorganización del Poder Judicial agilizando la justicia y logrando la especialización de los jueces en los procesos que importan la solución de un conflicto.

Bibliografía

DUPUY MONTORI, Fernando

1995 *La jurisdicción voluntaria en el Perú*, tesis para optar el título profesional de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

FLORES BARRÓN, Alberto

1995 *La jurisdicción voluntaria*, Lima.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael

Jurisdicción voluntaria y función notarial, Gráficas Minaya, España, s/a.

SCHIAFFINO DE VILLANUEVA, Liova

1993 «Jurisdicción voluntaria o no contenciosa», separata *NOTARIUS*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, n.º 3, Lima 1992/93.

OMEBA

1954 *Enciclopedia Jurídica*, Buenos Aires.