



Resolución del Consejo del Notariado N° 85-2018-JUS/CN

Lima, 18 de setiembre de 2018

VISTOS:

El Expediente N° 38-2018-JUS/CN, respecto al recurso de apelación interpuesto el 20 de junio de 2018 por la ciudadana María Isabel Gómez Deyra Viuda de Montoya, contra la Resolución N° 062-2018-CNL/TH de fecha 18 de abril de 2018, emitida por el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima, que resolvió declarar no ha lugar a la apertura de procedimiento administrativo disciplinario contra el notario de Lima, Fermín Antonio Rosales Sepúlveda; y,

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo previsto en el artículo 140 y en el inciso h) del artículo 142 del Decreto Legislativo N° 1049, el Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos encargado de la supervisión del notariado, y resuelve en última instancia, como Tribunal de Apelación, sobre las decisiones del Tribunal de Honor de los colegios de notarios relativos a asuntos disciplinarios;

Que, mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2018, que obra de fojas 1 a 3, la ciudadana María Isabel Gómez Deyra Viuda de Montoya, interpone queja contra el notario de Lima, Fermín Antonio Rosales Sepúlveda bajo los siguientes argumentos:

a. Señala que se ha pre fabricado y elaborado la escritura pública de fecha 8 de enero de 2018 sobre nombramiento de curador y asignación de facultades, otorgado por su esposo, quien en vida fue José María Montoya Castañeda, el mismo que falleció por cáncer estomacal y terminal el día 18 de febrero de 2018, acto jurídico que la reputó de nulo, ineficaz y falso, al haberse celebrado sin intervención ni conocimiento de la recurrente.

b. Que, se ha elevado a escritura pública el nombramiento de curador y designación de facultades, cuando su esposo fallecido, el otorgante, se encontraba agonizando, por lo que no se encontraba con capacidad para tomar decisiones; no obstante, a pesar de ello, señala que el notario, permitió que su cónyuge otorgue el instrumento jurídico, hecho que debe ser sancionado con la destitución al "incurr[ir] en grave error doloso de mala fe".

c. Que, en el contenido de la escritura pública no se ha transcrito ni ha hecho mención al certificado médico de salud de su esposo, ni menciona la fotografía tomada a su cónyuge cuando suscribía dicha

escritura, además de no aparecer la intervención de la suscrita como esposa legítima.

Que, mediante oficio recepcionado el 19 de marzo de 2018 que contiene el informe N° 01-2018-NRS, que obra de fojas 15 a 18, el notario Fermín Antonio Rosales Sepúlveda presenta su descargo, alegando lo siguiente:

a. Reconoce que el 8 de enero de 2018 el otorgante José María Montoya Castañeda, de sesenta y ocho (68) años de edad, en compañía de su abogado se apersonaron a su oficio notarial, presentando una minuta de nombramiento de curador y asignación de facultades. Luego de ser calificada y de verificarse que cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 568-A del Código Civil, además de contar con la presencia de dos testigos hábiles, se procedió a inscribir el Nombramiento de Curador y Asignación de Facultades en el asiento A0001 de la Partida N° 14015711 de la Zona Registral N° IX – Sede Lima.

b. Precisa que el otorgante cumplía con todas las formalidades legales señaladas en el artículo 568-A del Código Civil, toda vez que, era una persona adulta mayor de sesenta y ocho (68) años de edad, hecho que se verificó a través de su documento nacional de identidad y contaba con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles. Asimismo, señala que el otorgante se sometió al servicio de autenticación e identificación biométrica de huellas dactilares, conforme lo establece el artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1049 modificado por el Decreto Ley N° 1232. Finalmente, presentó a dos testigos hábiles que también fueron identificados con el biométrico.

c. Precisa que conforme lo dispuesto en el artículo 568-A del Código sustantivo, la facultad para nombrar a su propio curador, está reservado solo para la persona adulta mayor, en previsión de ser declarado judicialmente.

Que, posteriormente, mediante Resolución N° 065-2018-CNL/TH de fecha 18 de abril de 2018, que corre a fojas 38 a 44, el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima, declaró no ha lugar a la apertura de procedimiento disciplinario contra el notario de Lima, Fermín Antonio Rosales Sepúlveda, por considerar lo siguiente:

a. Que, a través de la Ley N° 29633, Ley que Fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor, se incorporó al Código Civil la facultad para que las personas adultas mayores puedan nombrar a su propio curador;



Resolución del Consejo del Notariado N° 85-2018-JUS/CN

b. Que, el acto de nombramiento de curador por escritura pública, es de naturaleza unilateral, por lo tanto, ante el notario es necesaria únicamente la presencia de quien lo otorga, es decir de la persona adulta mayor con capacidad, no exigiendo la norma, la presencia del cónyuge del otorgante como menciona la denunciante, siendo el otorgante quien, ante la presencia de sus testigos, expresará su voluntad que será plasmada en una minuta autorizada por abogado, en la que constará el nombre de su curador y/o curadores y sus facultades, correspondiendo al notario transcribir dicha minuta en su registro de escrituras públicas, por lo que, quien lo otorgue, lo efectuará teniendo capacidad plena de ejercicio;

c. Que, de la revisión de la copia de escritura pública que obra de fojas 19 a 21, se aprecia que el notario ha dejado constancia que "juzgó al otorgante", como sus testigos, inteligentes en el idioma castellano, con capacidad, libertad, y conocimiento suficiente, de conformidad con el examen que les efectuó, a quienes además se les identificó a través del sistema de verificación biométrica conforme al artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1049, modificado por el Decreto Legislativo N° 1232, conforme se aprecia de fojas 25 a 35;

d. Que, finalmente señala que el notario ha cumplido con dar fe de la voluntad plasmada en el instrumento público, por lo que dicho acto jurídico solo podrá ser contradicho en la vía judicial, conforme al artículo 124 del Decreto Legislativo N° 1049, más aún que la ley no exige al notario solicitar un certificado médico.

Que, ante tal decisión, mediante escrito presentado el 20 de junio de 2018, que corre de fojas 56 a 60, la ciudadana María Isabel Gómez Deyra viuda de Montoya interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 065-2018-CNL/TH, argumentando lo siguiente:

a) Que, la resolución apelada no se centra en hechos que son materia de la presente denuncia, por lo que ha vulnerado su derecho a la defensa.

b) Que, existe vulneración al debido proceso administrativo, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la debida motivación, contenida en los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, toda vez, que se ha avocado a fundamentar que el notario ha dado fe al documento notarial sin considerar el derecho de la quejosa a intervenir como cónyuge, además de estar en estado de salud convaleciente. Precizando también que tal acto acarreará nulidad ante el Poder Judicial.

c) Existe una falta de motivación entre lo pedido y lo resuelto, por ende, una insuficiencia en la justificación de la decisión

adoptada, por lo que, al no haberse valorado lo expuesto en el contenido de su denuncia, ni los medios probatorios, corresponde la revocatoria y/o nulidad total de la resolución apelada.

Que, posteriormente, mediante Resolución N° 109-201-CN—L/TH de fecha 4 de julio de 2018 se dispuso conceder el recurso de apelación, remitiendo los autos a este Consejo del Notariado;

Que, constituye análisis en el presente procedimiento, establecer si el notario Fermín Antonio Rosales Sepúlveda, habría incurrido en infracción normativa disciplinaria en la elaboración de la Escritura Pública de Nombramiento de Curador y Asignación de Facultades de fecha 8 de enero de 2018, por presuntamente no haber observado que el otorgante no contaba con capacidad plena para hacer uso de sus derechos en forma eficaz, al padecer de cáncer terminal. Asimismo, por no haber observado la intervención de la quejosa en su condición de cónyuge legítima, además de no haber hecho mención en el instrumento público del certificado médico de salud de su esposo, ni mencionar una fotografía tomada al momento de la suscripción;

Que, en principio cabe señalar que el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049 establece que el notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran, formalizando la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad. En ese sentido, los instrumentos públicos notariales otorgados por el notario con arreglo a ley, dan fe de la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie, conforme lo establece el artículo 24 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, la intervención notarial implica, una doble misión: dar fe pública y forma a los actos, para así garantizar seguridad jurídica, no solo a las partes, sino también a los terceros (Sentencia TC Exp. N° 0004-97-I/TC);

Que, respecto al extremo del recurso de apelación, mediante el cual la apelante advierte que en la resolución impugnada no se centra en hechos que son materia de la presente denuncia, por lo que habría vulnerado su derecho a la defensa, es preciso señalar, que el derecho a la defensa se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al



Resolución del Consejo del Notariado N° 85-2018-JUS/CN

justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos¹;

Que, en ese sentido, de la revisión de autos se advierte que la denunciante ha sido debidamente informada con los actos procedimentales emitidos en el presente procedimiento, más aún si, al emitir la resolución materia de apelación, se puso en conocimiento de la denunciante, quien dentro del plazo de ley, interpuso recurso de apelación al no estar de acuerdo con lo dispuesto en ella, por lo tanto, advirtiéndose que no se ha vulnerado su derecho a la defensa, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación;

Que, sobre el extremo referido a la presunta vulneración de los principios del debido proceso y de la motivación, consagrados en los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, es preciso señalar que el derecho a la debida motivación de las resoluciones supone que en ella se expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, no solo pueden y deben provenir del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de un procedimiento. Para ello, deberá evaluarse los propios fundamentos expuestos en la resolución apelada a fin de establecer si existe afectación al derecho a la motivación;

Que, corre de fojas 38 a 44, la Resolución N° 065-2018-CNL/TH de fecha 18 de abril de 2018, que resolvió la no apertura del procedimiento administrativo disciplinario contra el notario Fermín Antonio Rosales Sepúlveda. Al respecto, se observa que la referida resolución ha sido debidamente fundamentada, puesto que analizó el cuestionamiento sobre el nombramiento de curador y asignación de facultades, que otorgó el señor José María Montoya Castañeda, determinando que se encontraba plenamente en sus capacidades de goce de sus derechos, además de precisar que el acto de nombramiento de curador por escritura pública, es de naturaleza unilateral, no exigiendo la norma, la presencia de la cónyuge del otorgante como pretende la denunciante. En este punto, el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima, consideró que el notario investigado ha dado fe de lo que ha visto, y que la presentación de un certificado médico no es un requisito exigido por ley para la extensión de un nombramiento de curador;

Que, asimismo, respecto al debido proceso (referido al debido procedimiento en el presente caso), se aprecia que, a lo largo del procedimiento, la autoridad se ha pronunciado sobre cada uno de los extremos señalados en la queja interpuesta, habiéndose puesto a conocimiento de ambas

¹ Fundamento 3 de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 13 de marzo de 2006 del Expediente N° 0582-2006-PA/TC.

partes todas las actuaciones procedimentales emitidas, siendo debidamente notificadas a fin de que hagan valer sus derechos, conforme se aprecia de los documentos y medios probatorios existentes en autos;

Que, de lo expuesto precedentemente, se advierte que la resolución cuestionada goza plenamente de efectos legales, pues el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima, cumplió con fundamentar y motivar la resolución materia de cuestionamiento, no existiendo algún acto arbitrario que haya vulnerado el debido procedimiento ni la debida motivación;

Que, por otro lado, la apelante advierte también que, el Tribunal de Honor se avocó a fundamentar que el notario ha dado fe de un documento notarial sin su derecho a intervenir como cónyuge legítima, además que el otorgante no estaba en la capacidad de disponer a su propia voluntad por estar padeciendo de una enfermedad terminal;

Que, cabe mencionar que la modificación al Código Civil, a través de la Ley N° 29633, Ley que Fortalece la Tutela del Incapaz Adulto Mayor Mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil, ha incorporado el artículo 568-A², mediante el cual, concede la facultad para que un adulto mayor pueda designar su curador, curadores o curadores sustitutos mediante escritura pública, antes de que sea declarado interdicto, debiendo contar con la presencia de dos testigos para este acto; además, puede establecer el alcance de sus facultades y también tiene la potestad de señalar quiénes no podrán ser designados en dicho cargo;

Que, de acuerdo con la norma precedente, esta designación debe estar inscrita en los Registros Públicos antes de que sea declarado judicialmente interdicto y tendrá carácter vinculante para el juez del proceso de interdicción; de no cumplirse con la formalidad, esta designación no surtiría efectos legales;

Que, solo en caso de inexistencia del curador, el artículo 569³ del Código Civil, establece que el juez nombrará como curador a

² Artículo 568º-A.- Facultad para nombrar su propio curador. Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez. Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.

³ Artículo 569º.- Prelación de curatela legítima. A falta de curador nombrado conforme al Artículo 568º-A, la curatela de las personas mencionadas en los Artículos 43º, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:



Resolución del Consejo del Notariado N° 85-2018-JUS/CN

cualquiera de los parientes, respetando el siguiente orden: al cónyuge no separado; padres; descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y, en caso de igualdad de grado, se designará al más idóneo; abuelos y demás descendientes y hermanos;

Que, en ese sentido, de la revisión de la minuta 43 que corre de fojas 19 a 21, se aprecia que se consideró, en la primera cláusula, que el nombramiento del curador y asignación de facultades se dispuso en aplicación a lo dispuesto en el artículo 568-A y no en base al artículo 569 del Código Civil, incorporado y modificado respectivamente por la Ley N° 29633, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto a don José María Montoya Castañeda en el futuro, o ante el hecho que se encuentre imposibilitado de expresar su voluntad, no apreciándose que la norma exija que en el instrumento notarial intervenga el cónyuge del otorgante ni la presentación de certificado médico alguno para acreditar su capacidad mental;

Que, siendo así, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 568-A del Código Sustantivo, el notario ha dado fe de la presencia del señor José María Montoya Castañeda, conforme se aprecia del reporte de identificación biométrica que obra a fojas 27, además de haber dado fe de la capacidad de las personas intervinientes, conforme a las facultades conferidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049;

Que, debe entenderse que el nombramiento de un curador, bajo la premisa dispuesta en el artículo 568-A del Código Civil, constituye un acto unilateral, concediendo la posibilidad para que un adulto mayor pueda designar a su curador, mientras no sea declarado interdicto. Siendo así, el notario ha cumplido con el procedimiento establecido en el precitado dispositivo legal, no advirtiéndose que haya cometido infracción normativa alguna, más aún si no es obligación del notario solicitar certificado médico de salud;

Que, asimismo, es preciso señalar que el inciso h) del artículo 54 del Decreto Legislativo N° 1049 establece que la introducción debe expresar la fe del notario respecto a la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes al momento de celebrar el acto. En ese sentido, el notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 55 del mismo cuerpo legal, en el cual se advierte que no obliga al notario a requerir a los intervinientes, específicamente al otorgante, a presentar un certificado médico para

1.- Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el Artículo 289°. 2.- A los padres. 3.- A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente. 4.- A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior. 5.- A los hermanos.

sustentar su estado y capacidad mental, toda vez que el notario actúa conforme a la facultad establecida en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1049;

Que, cabe aclarar que la fe pública en la función notarial no se extiende a apreciaciones subjetivas, en ese sentido, el notario se cercioró, que al momento de celebrar el acto jurídico, el señor José María Montoya Castañeda se encontraba en capacidad de celebrar actos jurídicos, pues verificó que en todo momento se encontraba lúcido;

Que, si bien, la denunciante, al momento de presentar la queja, adjunta una serie de documentos en los cuales pretende acreditar la incapacidad de su cónyuge otorgante, dicha incapacidad solo puede ser declarada judicialmente, presumiéndose su capacidad hasta que no se demuestre lo contrario; por lo que, en el presente caso, se concluye que el notario ha dado fe de la capacidad del otorgante, deviniendo en infundado el recurso de apelación;

Que, finalmente, es importante aclarar que el cuestionamiento del acto jurídico contenido en la escritura pública emitida por el notario quejado, no es de competencia de este Consejo del Notariado, pues desnaturalizaría la finalidad del procedimiento administrativo disciplinario al pronunciarse sobre aspectos de competencia judicial. Más aún, si a través del recurso de apelación interpuesto, la recurrente pretende cuestionar la validez del acto jurídico contenido en la Escritura Pública de Nombramiento de Curador y Asignación de Facultades de fecha 8 de enero de 2018, alegando que el otorgante era un agente incapaz, y que dicha invalidez alcanza a la nulidad de la Escritura Pública, formalizada por el notario Fermín Antonio Rosales Sepúlveda, lo cual constituiría materia de investigación ante el órgano jurisdiccional competente.

Que, por estos fundamentos, en mérito al Acuerdo N° 118-2018-JUS/CN de la Décimo Novena Sesión Ordinaria del Consejo del Notariado, de fecha 18 de setiembre de 2018, adoptado con la intervención de los señores consejeros José Carlos Aguado Navincopa, Azucena Inés Solari Escobedo y Javier Antonio Manuel Angulo Suárez; y de conformidad con lo previsto en el inciso h) del artículo 142 del Decreto Legislativo N° 1049; **por unanimidad:**

SE RESUELVE:

Artículo 1°: DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto el 20 de junio de 2018 por la ciudadana María Isabel Gómez Deyra Viuda de Montoya contra la Resolución N° 065-2018-CNL/TH, de fecha 18 de abril de 2018 en todos sus extremos; en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución N° 065-2018-CNL/TH, de fecha 18 de abril de 2018 que dispuso declarar no ha lugar la apertura de procedimiento administrativo disciplinario contra el notario de Lima Fermín Antonio Rosales Sepúlveda.



Resolución del Consejo del Notariado N° 85-2018-JUS/CN

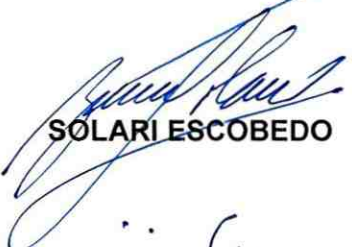
Artículo 2°: DISPONER la notificación a los interesados con la copia de la presente resolución.

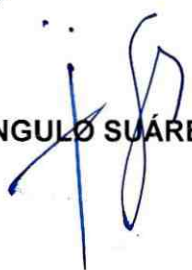
Artículo 3°: DEVOLVER los actuados al Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima.

Artículo 4°: Conforme a lo previsto en el artículo 147 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese.


AGUADO ÑAVINCOPA


SOLARI ESCOBEDO


ANGULO SUÁREZ