

# La responsabilidad civil del notario público: reflexiones sobre los defectos de publicidad registral de los testamentos por escritura pública y las sucesiones mixtas que no fueron resueltos con la ley N.º 31338

The civil liability of the notary public:  
reflections on the defects of registry  
publicity of wills by public deed  
and mixed successions that were not  
resolved with law N.º 31338

RODRÍGUEZ URTEAGA, Marcia Patricia(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La sucesión, sus elementos y su naturaleza jurídica. III. Los tipos de sucesión. IV. El testamento por escritura pública y las recientes modificaciones a sus requisitos mediante Ley N.º 31338. V. La obligación del notario de solicitar la inscripción en

(\*) Abogada por la Universidad Privada del Norte. Maestra en Ciencias, mención Derecho, Línea Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la Universidad Privada del Norte. Correo electrónico: marcia.rodriguez.u@gmail.com / mrodriguez\_u\_epg15@unc.edu.pe

SUNARP de los testamentos por escritura pública. VI. La obligación del notario de verificar la inexistencia de una sucesión testamentaria o intestada, para tramitar una sucesión intestada notarial. VII. La posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles. VIII. La naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas de testamento. IX. La responsabilidad civil del notario público. X. Un caso hipotético, pero común. XI. Conclusiones. XII. Referencias.

**Resumen:** La sucesión testamentaria por escritura pública es uno de los actos jurídicos más formales del derecho peruano. Por tal motivo, el notario público debe cumplir con los requisitos esenciales para su validez, establecidos por el Código Civil, así como las disposiciones notariales y registrales vinculadas a este acto jurídico. A fin de facilitar su otorgamiento, se ha promulgado en el año 2021 la Ley N.º 31338; no obstante, dicha ley no ha resuelto tanto los inconvenientes que se presentan en la publicidad registral de dichos testamentos como la posibilidad de inscribir sucesiones mixtas; aspectos que, además, involucran un incumplimiento de las obligaciones del notario público y las consecuencias en su responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, sucesión testamentaria, sucesión mixta, publicidad registral

*Abstract: Testamentary succession by public deed is one of the most formal legal acts of Peruvian law; The notary public must comply with the essential requirements for its validity established by the Civil Code, as well as the notarial and registry provisions linked to this legal act. In order to facilitate its granting, Law No. 31338 has been enacted in 2021, however, said law has not resolved the inconveniences that arise in the registration publicity of said wills, as well as the possibility of registering mixed successions; aspects that, in addition, involve a breach of the obligations of the notary public and the consequences on their civil liability, both contractual and non-contractual.*

*Keywords: civil liability, testamentary succession, mixed succession, registration publicity*

## I. Introducción

El 11 de agosto del año 2021, mediante la Ley N.º 31338, Ley que modifica el artículo 696 del Código Civil, facilitando el otorgamiento de testamento por escritura pública, y la modificación del artículo 38 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre la forma de llevar los registros, se han dispuesto una serie de modificaciones a los requisitos exigidos para el otor-

gamiento de testamentos por escritura pública, así como para el modo en que deberá ser llevado los registros del notario, a efectos de modernizar los servicios notariales con el empleo de medios electrónicos.

No obstante, la referida ley ha perdido la oportunidad de regular algunos defectos graves que se presentan en la publicidad registral de dichos testamentos, así como de establecer los supuestos en los cuales cabe la posibilidad de inscribir sucesiones mixtas; aspectos que, además, repercuten directamente en la responsabilidad civil del notario público encargado de celebrar y conservar los referidos testamentos, que serán detallados en el presente artículo.

## II. La sucesión, sus elementos y su naturaleza jurídica

La palabra «sucesión», gramaticalmente, significa transmisión, subrogación o sustitución de una persona por otra. De manera que, en un sentido jurídico, hace referencia a la transmisión, subrogación o sustitución de derechos y obligaciones de una persona por otra. Esta transmisión se diferencia de otros actos jurídicos por la relevancia en su contenido patrimonial, así como por su origen, toda vez que se produce únicamente por causa de muerte. Siendo así, podríamos definir a la sucesión como aquella transmisión patrimonial de una persona a otra por causa de muerte (Miranda Canales, 1996).

En efecto, conforme lo establece el artículo 660 del Código Civil de 1984, la transmisión sucesoria se produce de pleno derecho desde la muerte de una persona; transfiriéndose los bienes, derechos y obligaciones de esta hacia sus sucesores.

Para que exista sucesión se requieren de dos elementos: uno subjetivo, conformado por el causante y los sucesores de este, y, otro objetivo, conformado por la herencia o la masa hereditaria que comprenden bienes, derechos y obligaciones.

Los sucesores se clasifican, a su vez, en herederos y legatarios. Los primeros son aquellos que suceden por disposición legal o testamentaria a título universal; mientras que los segundos suceden a título particular dentro del porcentaje de libre disposición que tuviera el testador. Respecto al porcentaje de libre disposición, este variará según si el testador tiene hijos u otros ascendientes, o cónyuges, supuesto en el cual podrá disponer libremente hasta el tercio de sus bienes; si el testador tiene solo padres y otros ascendientes, podrá disponer hasta de la mitad de sus bienes, y si no tiene ninguno de los parientes indicados en los artículos 725 y 726 del Código Civil, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para Miranda Canales (1996) la sucesión constituye un derecho real mediante el cual, por causa de muerte, una

persona ejerce este derecho de manera gratuita y sin contraprestación alguna. No obstante, para otro sector de la doctrina, es posible que derechos no patrimoniales sean susceptibles de transmisión, como, por ejemplo, el derecho a aceptar o renunciar a la herencia consagrado en el artículo 679 del Código Civil. Asimismo, hay derechos hereditarios difíciles de definir su naturaleza, como los derechos al patrimonio de la comunidad conyugal, que, según su naturaleza, sería real, aunque no se transmite la condición de miembro de ella. Igual ocurre con los derechos de autor, que son personales. Otro derecho no patrimonial es respecto a los funerales, inhumación o incineración (Ferrero Costa, 2020).

### III. Los tipos de sucesión: la sucesión testamentaria, la sucesión intestada y la sucesión mixta

En el derecho peruano, la sucesión puede ser de tres tipos:

- i) **Sucesión testamentaria:** Es aquella que se origina por la voluntad del testador, quien mediante alguna de las modalidades testamentarias establecidas por el Código Civil, ha instaurado a sus sucesores, ya sea a sus herederos, en razón de parentesco consanguíneo o de afinidad, matrimonio o adopción; y/o también a sus legatarios, con quienes puede o no tener una relación de parentesco; como también ha realizado la distribución de la masa hereditaria entre éstos, en la proporción que fuera disponible y conforme a los límites establecidos por la ley, según sea el caso.

Mediante testamento, el testador puede establecer cláusulas cuyo contenido sea patrimonial o no patrimonial; resultando válido así el mismo se limite a tener un contenido no patrimonial, tal y como lo establece el artículo 686 del Código Civil, el cual prescribe que, por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala; siendo válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Asimismo, mediante el testamento, testador puede encomendar a una o a varias personas, a quienes se les denomina albaceas o ejecutores testamentario, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad, conforme a lo dispuesto por el artículo 778 del Código Civil.

- ii) **Sucesión intestada:** Es aquella que, ante la ausencia de un testamento o la existencia de un testamento inválido, caduco o ineficaz, se origina por disposición de la ley. En atención a ello, los sucesores serán los estableci-

dos por la ley, en razón de parentesco consanguíneo o de afinidad, como también por matrimonio o adopción. En este tipo de sucesión, porque no existe un testamento que haya válidamente establecido el modo en que se distribuiría su herencia a sus sucesores, será realizada en la proporción establecida por la ley.

Este tipo de sucesión es la más común en el Perú, debido a que nuestra sociedad, lamentablemente, no tiene aún la cultura o costumbre de testar, pese a sus ventajas; y de tenerla, esta resulta ser bastante onerosa a fin de que no se cometan errores o vicios que la invaliden.

**iii) Sucesión mixta:** Es aquella que se origina tanto por sucesión testamentaria como sucesión intestada, de manera que es testamentaria en una parte e intestada en otra (Miranda Canales, 1996).

En el derecho romano resultaba incompatible este tipo de sucesión (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*); no obstante, esto se modificó en el siglo XIV con el Ordenamiento de Alcalá, el cual permitió la coexistencia de ambas sucesiones.

Como se ha señalado anteriormente, debido a que no es indispensable para la validez de un testamento el que se establezcan cláusulas con contenido patrimonial, pudiendo establecerse solo contenidos no patrimoniales, podría ocurrir el caso en el que un testador solo exprese su voluntad de instituir a sus herederos y/o legatarios, mas no el modo en que se distribuirá la herencia entre estos; por lo que debe completarse este aspecto con las disposiciones establecidas por ley, resultando así factible la sucesión mixta.

En consecuencia, este tipo de sucesión, podría darse en los siguientes supuestos:

- a) Cuando en el testamento no se instituye herederos, solo legatarios. De modo que el testador hace uso del porcentaje de libre disposición permitido por la ley. Y pese a la existencia de un testamento, la ley deberá completar la declaración correspondiente de los herederos, sin dejar de lado la institución del legatario realizado por el testador.
- b) Cuando el testamento instituye herederos y legatarios, pero no contempló disposiciones patrimoniales, o cuando habiéndolo hecho, las cláusulas que recogían ello han sido declaradas inválidas o caducas. Por lo que, pese a la existencia de un testamento, deberá la ley establecer este extremo respecto a la distribución de los bienes en la proporción establecida por la ley.

- c) Cuando el testamento instituye herederos y legatarios y contempla disposiciones patrimoniales, mas no ha incluido todos sus bienes en estas disposiciones; por lo que quedan algunos de ellos sin la precisión de cómo serán distribuidos entre los herederos y legatarios. Por este motivo, pese a la existencia de un testamento, deberá realizarse una sucesión intestada solo en el extremo que comprenden los bienes no contemplados y en la proporción establecida por la ley.

De esta manera, es posible sucesiones parcialmente intestadas y parcialmente testadas. Al respecto, en la parte *in fine* del artículo 815 del Código Civil se establece, inclusive, que la declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada no impide al preterido por la declaración haga valer su acción de petición de herencia.

#### **IV. El testamento por escritura pública y las recientes modificaciones a sus requisitos mediante Ley N.º 31338**

El ordenamiento jurídico peruano ha regulado diversas modalidades para la sucesión testamentaria, tales como el testamento por escritura pública, testamento cerrado, testamento ológrafo, testamento militar y marítimo, así como los testamentos otorgados en el extranjero.

Todos los testamentos tienen formalidades en común y formalidades particulares. Dentro de las formalidades comunes, se requiere que todo testamento se realice de forma escrita, precisándose la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, conforme a lo dispuesto por el artículo 695 del Código Civil.

Con relación al testamento otorgado por escritura pública, que es el tipo de testamento que nos ocupa, el artículo 696 del Código Civil ha establecido formalidades específicas, las cuales han sido recientemente modificadas mediante Ley N.º 31338, Ley que modifica el artículo 696 del Código Civil, facilitando el otorgamiento de testamento por escritura pública, y modifica el artículo 38 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre la forma de llevar los registros, Ley N.º 31338, el día 11 de agosto del año 2021; y son actualmente las siguientes:

- 1) Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.

Respecto a este numeral, la Ley N.º 31338 incorporó la obligación del notario de realizar una identificación biométrica de los intervinientes, que no se tenía anteriormente y que provocaba cuestionamientos de los sucesores sobre la identidad de los intervinientes; aspecto que ha sido solucionado con esta modificación:

- 2) Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

Este numeral no ha sufrido variación con la Ley N.º 31338:

- 3) Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.

Las modificaciones a este numeral constituyen uno de los principales aportes de la Ley N.º 31338, ya que incorporó la posibilidad de que las notarías empleen medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar para la redacción de los testamentos. Este hecho era urgente porque muchos testamentos realizados del puño y letra del notario resultaban ilegibles, contenían errores ortográficos y de redacción, así como errores de signos de puntuación, que provocaban dificultades sobre su comprensión, interpretación y alcance; imposibilitando y dificultando su inscripción. Cabe mencionar dichas modificaciones:

- 4) Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
- 5) Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que este elija.
- 6) Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.
- 7) Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

- 8) Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.
- 9) Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

Los numerales 4, 5, 6, 7, 8 y 9, si bien tuvieron algunas variaciones a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1384 publicado el 04 de setiembre de 2018, no han sufrido variación con la Ley N.º 31338.

Téngase en cuenta que, conforme lo establece el artículo 696 del Código Civil, las formalidades enumeradas son esenciales, de manera que la ausencia de una de ellas determinará la nulidad del testamento otorgado.

Igualmente, como puede advertirse, no es un requisito de validez del testamento que este instituya obligatoriamente a los herederos o legatarios, como tampoco realice distribución de la masa hereditaria, así como tampoco que su contenido sea exclusivamente patrimonial, ya que, como se ha indicado anteriormente, podrá limitarse a establecer cláusulas de contenido no patrimonial, debiendo el notario solo dar fe de su última voluntad.

## **V. La obligación del notario de solicitar la inscripción en SUNARP de los testamentos por escritura pública**

Una vez celebrado el testamento, conforme a los requisitos antes indicados, el notario es responsable de garantizar su conservación y reserva hasta el fallecimiento del testador; de ahí que esté prohibido que tanto el notario y el colegio de notarios informen o manifiesten el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador, más aún si todo testamento puede ser revocado o modificado por este.

De esta manera, el notario público solo puede expedir los testimonios o traslados que sean requeridos a pedido del propio testador en vida o, en su defecto, con la presentación del certificado de defunción del testador, a su muerte. Sobre este aspecto, el Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, establece en su artículo 37 y siguientes que el registro de testamentos forma parte del protocolo notarial; por esta razón el notario debe incluir los testamentos por escritura pública y los testamentos cerrados en este, bajo responsabilidad.

Con relación al registro de testamentos ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el artículo 70 de dicho decreto legislativo señala la obligación del notario de solicitar su inscripción. Es decir, en el caso de que el

testador se encuentre con vida, deberá remitir los partes correspondientes en los que solo se precise la fecha de su otorgamiento, fojas donde corre extendido en el registro, nombre del notario, del testador y de los testigos, con la constancia de su suscripción; mas no el contenido de las cláusulas del mismo, conforme lo establece el artículo 73 del referido decreto legislativo.

Una vez fallecido el testador, el notario deberá solicitar la inscripción de la ampliación del asiento a fin de que se publiciten las cláusulas contenidas en el mismo. Asimismo, es obligación del notario remitir al colegio de notarios, dentro de los primeros ochos días de cada mes, una relación de los testamentos en escritura pública y cerrados extendidos en el mes anterior.

Al respecto, los artículo 10 y 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y de Sucesiones Intestadas aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP/SN, establecen los requisitos tanto para la inscripción y revocatoria de testamentos como para las correspondientes ampliaciones al asiento al momento de producirse la muerte del testador. De este modo, se establece que, en el caso de otorgamiento de testamento por escritura pública, se realizará con el respectivo parte notarial, que contenga la fecha de su otorgamiento, las fojas del registro notarial donde corre extendido, el nombre del notario, el nombre y número del documento oficial de identidad del testador y el nombre de los testigos, con la constancia de su suscripción. Y para el caso de la ampliación del mismo, una vez producido el fallecimiento, se deberá presentar el parte notarial que contengan el íntegro del testamento, en el que se indique el nombre y número de documento oficial de identidad del testador, adjuntándose copia certificada de su defunción. Dichos artículos han sido recientemente modificados mediante Resolución N.º 163-2021-SUNARP/SN, publicada el 16 de noviembre de 2021, incluyéndose solo la obligación de consignarse en los respectivos partes notariales el nombre y el número de documento oficial de identidad del testador, aspecto que no era requerido anteriormente.

Como se advierte, la obligación del notario de registrar y el testamento tiene especial importancia, ya que dada la reserva de su existencia y contenido, **la única manera en que los sucesores podrían tomar conocimiento de la existencia de un testamento es partir de la inscripción solicitada por el notario.** De manera que, de incumplir el notario con esta obligación, los sucesores podrían erróneamente tramitar una sucesión intestada, bajo la creencia de que no existe un testamento dejado por el causante.

## VI. La obligación del notario de verificar la inexistencia de una sucesión testamentaria o intestada para tramitar una sucesión intestada notarial

La sucesión intestada puede ser tramitada en vía judicial o notarial. Esta última es regulada en la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N.º26662. En dicha ley, se menciona que para su procedencia la solicitud debe ser presentada por cualquiera de los interesados, que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante, adjuntando los siguientes requisitos indispensables:

1. Nombre del causante.
2. Copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta.
3. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero o herederos, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo.
4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme.
5. Relación de los bienes conocidos.
6. Certificación registral en la que conste que no hay inscrito testamento u otro proceso de sucesión intestada, en el lugar del último domicilio del causante y en aquel donde hubiera tenido bienes inscritos.

De los requisitos señalados, para el análisis que nos ocupa, nos referiremos al certificado registral en el que conste que no hay inscrito testamento u otro proceso de sucesión intestada tanto en el lugar del último domicilio del causante como en donde tuviere bienes inscritos.

Como puede advertirse, para que el procedimiento de sucesión intestada pueda llevarse a cabo notarialmente, es una exigencia que no exista sucesión testada o intestada inscrita. No obstante, **ello no significa que no resulte posible la coexistencia de la sucesión testada e intestada de una persona, como es el caso de la sucesión mixta antes desarrollada.** Este requisito tiene por finalidad que, al tramitar una sucesión intestada ante un determinado despacho notarial —a

través de una búsqueda en el Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas de la Oficina Registral que corresponda al lugar del último domicilio del causante y en aquel donde hubiera tenido bienes inscritos—, los sucesores puedan tener conocimiento de la existencia de algún testamento que hubiere celebrado el causante ante otro despacho notarial, y que quizás desconocían, o de algún otro trámite de sucesión intestada que se encuentre realizando en otro despacho notarial, a efectos de ejercitar sus derechos hereditarios. Así, puedan apersonarse u oponerse notarialmente a algún procedimiento notarial en trámite o, en su defecto, solicitar su nulidad, caducidad o ineficacia en la vía judicial según sean las circunstancias del caso.

Siendo así, el notario, al verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos, solicitará que se extienda inmediatamente una anotación preventiva en el Registro de Sucesiones Intestadas de la oficina registral competente, para que pueda publicitarse a terceros el inicio de dicho procedimiento no contencioso, así como para evitar que se inicie otro de igual naturaleza en otro despacho notarial.

Luego de dicha anotación preventiva, tal y como lo establece la ley en comentario, el notario mandará publicar un aviso que contenga un extracto de la solicitud por una sola vez en un diario oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite; y a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima; asimismo, si corresponde, también notificará a los presuntos herederos. En caso de herencia vacante, notificará a la Sociedad de Beneficencia Pública o, a falta de esta, a la Junta de Participación Social en ambos casos, del lugar del último domicilio del causante en el país, o de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero. Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, el notario extenderá un acta declarando herederos del causante a quienes hubiesen acreditado su derecho, incluyendo a aquellos que dentro de dicho plazo se hubieran apersonado y acreditado su calidad de tal con cualquiera de los documentos señalados en el artículo 834 del Código Procesal Civil y no mediara oposición a su inclusión.

Cumplido el trámite indicado, el notario remitirá partes al Registro de Sucesión Intestada del lugar donde se ha seguido el trámite y a los Registros donde el causante tenga bienes o derechos inscritos, a fin de que se inscriba la sucesión intestada.

Asimismo, el Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP-SN, establece que se requerirá el parte notarial que contiene el acta que declara a los herederos intes-

tados. Además, es obligación de el registrador, dentro de su función de calificación, verificar en el Índice Nacional de Sucesiones que no conste la inscripción de una sucesión intestada del mismo causante.

Como se advierte, mientras que el notario tiene la obligación de verificar la inexistencia de una sucesión testada o intestada inscrita para poder iniciar y culminar el procedimiento no contencioso de sucesión intestada vía notarial, el registrador público solo tiene la obligación de verificar que no existan dos sucesiones intestadas del mismo causante. Sin embargo, no existe impedimento registral para inscribir una sucesión intestada si hubiere un testamento inscrito. Esto último dependerá de las disposiciones de dicho testamento, si son o no incompatibles con lo establecido en la sucesión intestada, como fuera el caso en el que existiese un testamento cuyas cláusulas tuvieran contenidos no patrimoniales y no exista impedimento alguno de que se tramite y se inscriba una sucesión intestada y que ambas sucesiones coexistan, por cuanto la primera establece contenido no patrimonial, y la segunda, de contenido patrimonial.

## **VII. La posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles**

El Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 156-2012-SUNARP-SN, establece textualmente la posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante, siempre y cuando sus disposiciones no sean incompatibles y no restrinjan su inscripción, y con ello permitiéndose la sucesión mixta.

Solo si las disposiciones son incompatibles se procederá con la inscripción de una anotación preventiva a fin de publicitar esta circunstancia frente a terceros, y sea, a través de la vía judicial, que se dilucide esta incompatibilidad, tal y como se advierte del artículo 37 de dicho reglamento, el cual refiere que el en caso de que el testamento contenga disposiciones incompatibles con la sucesión intestada inscrita, el interesado podrá solicitar que se extienda una anotación preventiva por existencia de testamento en el Registro de Sucesiones Intestadas, la misma que se inscribirá en el rubro B) de la partida de dicho registro, a fin de publicitar el otorgamiento del testamento por el causante de la sucesión intestada. La anotación se efectuará en mérito al parte notarial o consular que contenga el íntegro del testamento otorgado bajo cualquiera de las modalidades testamentarias previstas en el Código Civil.

No obstante, el artículo 38 pone un límite de tiempo de dicha anotación preventiva, y especifica que su duración será de ciento veinte (120) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la extensión de la anotación en la partida registral. Adicionalmente, hace la precisión de que dicha anotación reserva la prioridad de la eventual medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional retrotrayendo sus efectos a la fecha y hora del asiento de presentación, siempre que la medida judicial se presente en el Diario de la Oficina Registral pertinente dentro del plazo de vigencia de la anotación.

### **VIII. La naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas de testamento**

Como afirma Pau Pedrón citado por Manzano Lozano (1994), la nota más importante de toda anotación preventiva, en general, es su duración temporal o transitoria.

En el VII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Rio de Janeiro en 1987, se estudió sobre su naturaleza y efectos, arribándose, entre otras conclusiones, en que son esencialmente caducables en un determinado plazo. Estas notas distintivas han sido recogidas por nuestra legislación peruana en el artículo 64 del Reglamento General de Registros Públicos que establece que son asientos provisionales y transitorios y que tiene por finalidad reserva la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito (Gonzales Loli, 2002).

En cuanto a su finalidad, es un instrumento registral eficiente para asegurar y reforzar las posibilidades de un fallo judicial para garantizar derechos reales ya existentes, pero que todavía no pueden ser inscritos, o para asegurar el puesto registral a aquellos títulos que por adolecer de algún defecto susceptible de ser corregido o subsanado no puede por el momento ser objeto de registro definitivo (Manzano Lozano, 1994).

Cabe mencionar que aquellas anotaciones preventivas vinculadas al Registro de Propiedad Inmueble tienen una duración de un año; sin embargo, las anotaciones preventivas de testamento, conforme lo establecido por el artículo 38 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, tiene tan solo una duración de 120 días hábiles; tiempo en el cual, conforme lo ha señalado el Tribunal Registral mediante Resolución N.º 1276-2017-SUNARP-TR-L, deberá instaurarse un proceso judicial que cuestione la sucesión intestada inscrita.

Consideramos que dicho lapso de tiempo resulta muy corto, considerando que la transmisión sucesoria tiene por efecto directo la transferencia de bienes, derechos y obligaciones a los sucesores. De manera que comprenden relaciones jurídicas mucho más complejas que las vinculadas solo a los derechos de propiedad de bienes inmuebles; por lo que debe, cuanto menos, tener el mismo plazo de vigencia de un año, como ocurre en el caso de bienes inmuebles.

Asimismo, el reglamento no establece si dicha anotación preventiva puede ser o no prorrogada, pero tampoco prohíbe esta posibilidad. Por tanto, consideramos que sí cabría la posibilidad de requerir una prórroga del plazo, antes de su vencimiento; o inclusive, solicitar se inscriba nuevamente la anotación preventiva de testamento después de haberse producido el vencimiento del asiento; en tanto su naturaleza es siempre provisional.

## **IX. La responsabilidad civil del notario público**

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.º 1049, 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: redacta los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

El notario ejerce su labor en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial. El ejercicio personal de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario.

El artículo 16 del referido decreto, relaciona las obligaciones del notario, dentro de las cuales se encuentran el prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes. Asimismo, los artículos 144 y 145 establecen que el notario tiene responsabilidad administrativa disciplinaria por el incumplimiento de dicho decreto, normas conexas y reglamentarias, estatuto y decisiones dictadas por el Consejo del Notariado y colegio de notarios respectivo; como también es responsable, civil y penalmente, de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de la función.

Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad del notario son independientes y se exigen de acuerdo con lo previsto en su respectiva legislación.

En cuanto a la responsabilidad civil, esta se encuentra regulada en el Código Civil de 1984. Se refiere al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida respecto a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que existe entre los sujetos ningún vínculo obligacional.

Cuando el daño sea consecuencia del incumplimiento de una obligación, en términos doctrinarios, se habla de responsabilidad civil contractual; y de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones, en terminología del Código Civil peruano. Por el contrario, cuando el daño se produzca sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, es consecuencia no del incumplimiento de una obligación, sino simplemente del deber jurídico de no causar daño a otro; por tanto, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (Taboada Córdova, 2003).

El notario público, dentro de su función, si incurre en cualquiera de los dos tipos de responsabilidad, debe indemnizar los daños y los perjuicios que fueran ocasionados por el incumplimiento doloso o culposo de sus obligaciones.

Como se ha señalado anteriormente, para el caso de la inscripción de otorgamientos de testamentos por escritura pública, constituye una obligación principal del notario público solicitar la inmediata inscripción del testamento otorgado ante la oficina registral competente. Dicha obligación, por su naturaleza, con respecto al testador, será contractual, mientras que con respecto a los sucesores o terceros perjudicados, será extracontractual. En el primer caso, el testador retribuye con una contraprestación al notario público por el referido servicio, el cual no deberá adolecer de ningún defecto formal para su validez, como también deberá incluirse la inscripción pertinente, así como los deberes de conservación y reserva hasta el fallecimiento del testador. En el segundo caso, los sucesores podrán verse perjudicados ante el incumplimiento de dicha obligación al momento de ejercitar sus derechos hereditarios, o ante la declaración de nulidad por defecto formal del documento que fuera cometido por el notario.

Con relación a la inscripción de la ampliación del asiento, una vez producido el fallecimiento del testador, en la medida que el notario público toma conocimiento del fallecimiento del testador por medio de la solicitud de ampliación realizada por los herederos u otras personas interesadas, no será responsable

por la demora que se produzca al solicitar dicha inscripción del contenido de las cláusulas del testamento, siempre y cuando haya cumplido diligentemente con su obligación de inscribir previamente el otorgamiento del testamento.

## X. Un caso hipotético, pero común

Partamos de un caso real, pero bastante común, que nos permitirá mostrar y ejemplificar los graves inconvenientes de la falta de precisión sobre los efectos del incumplimiento de las obligaciones del notario público respecto a la inscripción de los testamentos, así como la impertinencia de otorgar una duración de 120 días hábiles a las anotaciones preventivas de testamentos que se pudieran presentar como consecuencia de este incumplimiento, cuya oportunidad de ser resueltos fueron dejados de lado en la Ley N.º 31338.

Supongamos que los cónyuges Juan Pajares y María Pérez, encontrándose en la edad de 80 y 75 años respectivamente, con la finalidad de evitar futuros conflictos sobre la distribución de sus extensas propiedades ubicadas en la ciudad de Cajamarca entre sus seis hijos (José, Jorge, Carlos, Miguel, Ana y Claudia Pajares Pérez), tomaron la decisión de celebrar un testamento por escritura pública ante el notario público de Cajamarca de su confianza, Andrés Leiva, cuyos años de experiencia les otorgan la seguridad y la tranquilidad de que no se cometerán errores o vicios que invaliden su última voluntad.

Ante el llamado de la referida sociedad conyugal, el notario público Andrés Leiva acudió a su domicilio y escuchó su última voluntad, así como su decisión de otorgar a su hijo Miguel, el tercio de libre disposición sobre su patrimonio, en atención a la discapacidad física que este padece y debido al temor de que entre hermanos no pudieran apoyarlo económicamente en la satisfacción de sus necesidades. El notario público, les explicó que en nuestro ordenamiento peruano no cabe realizar un testamento conjunto, motivo por el cual deberá redactar un testamento para Juan Pajares y otro testamento para María Pérez. El referido notario público, les explicó sobre las formalidades requeridas para el otorgamiento por escritura pública, sus costos, así como también les recomendó pudieran designar a un albacea que pudiera encargarse de hacer cumplir el referido testamento. Y estando conformes con ello, redactó el testamento de cada uno de ellos, en los cuales instauraba a sus herederos forzosos, distribuyendo equitativamente las propiedades entre estos. Así, otorgan el tercio de libre disposición a su hijo Miguel y designan como albacea a su hija Ana en ambos testamentos.

El notario público conservó el testamento en su registro protocolar; no obstante, incumplió con su obligación de solicitar la inscripción de los referi-

dos testamentos ante la Oficina Registral de Cajamarca, porque solo se limitó con comunicar, como lo hacía de manera periódica, al Colegio de Notarios de Cajamarca, la relación de los testamentos celebrados ante su despacho notarial.

Diez años después de la celebración de dichos testamentos, a la edad de 90 años, Juan Pajares fallece. Ana, que tuvo conocimiento de la existencia de tales testamentos por su padre antes de morir, se encargó de acudir a la notaría pública de Andrés Leiva para realizar los trámites correspondientes para hacer cumplir su última voluntad. Al acudir a dicha notaría, a fin de poder extenderle los partes correspondientes, se le requirió que adjunte el certificado de defunción de su padre Juan Pajares. Sin embargo, debido a que Ana, por razones laborales, ya no residía en la ciudad de Cajamarca, decidió regresar a su lugar de residencia, y luego retornar a Cajamarca en tres meses para dedicarse a dichos trámites, para cuyo efecto solicitaría vacaciones en su centro de labores.

Transcurridos los tres meses, Ana retornó a Cajamarca, se presentó ante la notaría con la respectiva acta de defunción y solicitó la inscripción de la ampliación del asiento del testamento de su padre. Empero, grande fue la sorpresa de Ana cuando, luego de presentarse los partes registrales, el registrador público de Cajamarca observó su solicitud, y le informó que el mes anterior se habría inscrito una sucesión intestada tramitada por su hermano Jorge, en la que se declaró como herederos únicos y universales a él y a su madre María Pérez; esto es, pretiriendo los derechos de sus hermanos, incluyendo también los de ella; por ende, descatando la voluntad testamentaria de su padre. Esta sucesión intestada, en efecto, se había podido tramitar e inscribir sin mayores inconvenientes registrales, en atención a que el notario público Andrés Leiva incumplió con su obligación de solicitar la inscripción del testamento hace diez años, en la oportunidad en que fue celebrado. Con todo ello, fue mucho más grande la sorpresa de Ana, al percatarse de que el notario público que tramitó la referida sucesión intestada fue Andrés Leiva, quien en su propio registro protocolar obraban los testamentos que celebró de puño y letra de su padre Juan Pajares.

Ante esta situación, más allá de mostrar su enfado frente al personal de la notaría y al notario público Andrés Leiva, Ana decidió acudir a un abogado para “deshacer” esta inscripción, a fin de que el testamento de su padre sea eficaz y pueda ella cumplir cabalmente con la función que le fue encomendada. El abogado le manifestó la posibilidad de solicitar una anotación preventiva de testamento, mediante el cual se pueda publicitar ante terceros lo ocurrido y proteger la masa hereditaria. Sin embargo, el abogado le informó que esta anotación es solo vigente por 120 días hábiles, a pesar de que en dicho testamento sí se incluyeron a la totalidad de los herederos forzosos que no ocurría en la sucesión

intestada, como al legatario instaurado y sus facultades de albaceazgo; por lo que sería recomendable que, en dicho lapso de tiempo, se inicie una acción judicial con el fin de solicitar la nulidad del procedimiento de sucesión intestada como del asiento de inscripción pertinente; indicándole que elaborará la demanda correspondiente para esos fines.

Ana, habiendo encontrado una salida, aunque judicial, acudió al domicilio de su madre para comentarle lo sucedido. En aquel lugar, se encontró con su hermano Jorge, a quien le increpó la impertinencia de haber iniciado una sucesión intestada sin consultar con los demás hermanos, así como también sin haberlos siquiera incluido a todos, además le informó la existencia del testamento.

Jorge le manifestó que tramitó la sucesión intestada debido a que era una manera fácil de transmitir la herencia, pero que no tenía conocimiento de las implicancias de haber declarado como únicos herederos a él y a su madre. Menciona que previamente se asesoró con un abogado, quien le informó que todo se solucionaría si todos sus hermanos inician un proceso judicial llamado «ampliación de herederos» para ser incorporados en la sucesión intestada; pero que en ningún caso sería posible ejecutar el testamento, ya que la distribución no ha sido equitativa entre todos, según la opinión de su abogado. En definitiva, no solo se habría excedido del límite de libre disposición, sino también no se había contemplado un terreno adquirido con posterioridad al otorgamiento del testamento; y que esta circunstancia había sido ya conversada con sus hermanos José, Carlos y Claudia, quienes estaban de acuerdo en iniciar dicho proceso, e inclusive allanarse al mismo, a fin de agilizar mucho más el trámite.

Ana, por supuesto se encontró disconforme con dicha decisión porque estaban excluyendo a su hermano Miguel, quien además era legatario de dicho testamento. A pesar de ello, Jorge, José Carlos y Claudia tramitaron el referido proceso judicial, y procedieron conforme a lo acordado. Ana acudió nuevamente con su abogado, y le informó la existencia de este proceso. Su abogado revisó que, en efecto, el referido proceso se encontraba en etapa postulatoria; por lo que lo más apropiado era que, aunque no era considerados como demandados, ella y Miguel puedan apersonarse al proceso en calidad de terceros excluyentes principales, para así paralizar el proceso judicial, y pueda el juez permitir la interposición de su pretensión destinada a dotar de validez al testamento y la última voluntad consignado en ellos. Ana, estuvo de acuerdo, por lo que procedieron de esa manera.

Días más tarde, su madre María Pérez falleció. Esta vez, sin ninguna demora, Ana solicitó la inscripción de su testamento, el cual tampoco había sido

inscrita por el notario público Andrés Leiva. Por consiguiente, se procedió a inscribir el otorgamiento y la ampliación del mismo en la Oficina Registral de Cajamarca, en primer lugar, e imposibilitándose que este problema se repita en el caso de su madre.

Actualmente, los hermanos Pajares Pérez, lejos de llevar una relación cordial y amistosa entre ellos, se encuentran enfrentados en un proceso judicial extenso que determine si la sucesión testamentaria primará o no sobre la intestada; así como, de primar la sucesión testamentaria, si del contenido de las cláusulas se podrá ejecutar el referido testamento, conforme a lo expresado en ellas, o si, por el contrario, al no haberse incorporado uno de los bienes, se tendrá una sucesión parcialmente testada y parcialmente intestada.

Tanto Juan Pajares y María Pérez como el notario público, Andrés Leiva, son los únicos que descansan en paz. Pero para Ana resulta sumamente costoso y difícil iniciar las acciones correspondientes indemnizatorias en contra del referido notario por los daños y perjuicios ocasionados de su actuar negligente.

Ante ello, cabe reflexionar sobre uno de los principales considerandos establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 03347-2009-PA/TC, el cual señala que, quien ejerce su derecho a la herencia, es decir, a dejar voluntariamente, y no por imperio de la ley, un bien a un heredero no forzoso, tiene derecho a confiar la fortaleza, firmeza o constancia en la defensa de los valores que quiere promover, utilizando como instrumento de ello a quienes velen para que ese derecho suyo trascienda como prolongación de su voluntad y de lo que su voluntad ha definido sobre lo que fueron sus bienes.

## XI. Conclusiones

1. La sucesión es aquella transmisión patrimonial y no patrimonial de una persona a otra por causa de muerte, que puede producirse de manera testada, intestada o mixta.
2. En la sucesión testamentaria que fuera celebrada por escritura pública, el notario público deberá cumplir con los requisitos esenciales para su validez, establecidos por el Código Civil, así como las modificaciones a estas realizadas por Ley N.º 31338; tomando en consideración las disposiciones notariales y registrales vinculadas a este acto jurídico.
3. La Ley N.º 31338, al incorporar tanto la posibilidad de que las notarías públicas empleen medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar para la redacción del testamento como la identificación biométrica

de los intervinientes, ha solucionado los inconvenientes que generaba el testamento realizado de puño y letra (ilegibles, con errores ortográficos, de signos de puntuación, así como de redacción), que provocaba dificultades sobre su comprensión, interpretación y alcance, el cual además imposibilitaba y dificultaba su inscripción. No obstante, ha perdido la oportunidad de regular con mayor severidad la fundamental obligación del notario público de solicitar de oficio y sin demora la inscripción de los otorgamientos de testamentos por escritura pública para evitar conflictos innecesarios provocados por el incumplimiento de esta obligación del notario. Asimismo, se ha perdido la oportunidad de incluir disposiciones específicas que fueran aplicables a la sucesión mixta, que puedan regular la posibilidad de inscribir una sucesión intestada y una testada del mismo causante siempre que sus disposiciones no sean incompatibles.

4. Lamentablemente, las anotaciones preventivas de testamento reguladas, por su naturaleza provisional, no resuelven el problema descrito, así como los vacíos legales sobre la prórroga del corto plazo de 120 días establecido por el ordenamiento jurídico.
5. Resulta urgente que el ordenamiento jurídico, establezca con mayor precisión y especificidad, los supuestos en los que el notario público incurrirá en responsabilidad civil contractual y extracontractual ante el incumplimiento de sus obligaciones.

## XII. Lista de referencias

- Ferrero Costa, A. (2020). *Código Civil Comentado* (vol. 4). Gaceta Jurídica.
- Gonzales Loli, J. (2002). *Comentarios al Reglamento General de los Registros Públicos*. Gaceta Jurídica.
- Manzano Lozano, A. (1994). *Derecho registral inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de estudios registrale.
- Miranda Canales, M. (1996). *Manual de derecho de sucesiones*. Ediciones Jurídicas.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil* (2.<sup>a</sup> ed.). Grijley.