

***Sobre las consecuencias de
una funcionarización
de los notarios***

por
ANTONIO RODRIGUEZ ADRADOS
Notario

S U M A R I O

I. INTRODUCCIÓN

1. *Propósito.*
2. *La disposición final tercera, letra e).*
3. *La Base 1ª-1 y 2.*
4. *Perspectiva constitucional.*

II. LA FUNCIÓN PRIVADA DEL NOTARIO

5. *La Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento.*
6. *La jurisprudencia.*
7. *La doctrina: el consejo, la jurisprudencia cautelar y la adecuación necesaria.*
8. *Su examen en el procedimiento instrumental.*
9. *Su naturaleza notarial.*
10. *Su naturaleza privada.*
11. *La adecuación facultativa.*
12. *El asesoramiento autónomo.*

III. EL NOTARIO, PROFESIONAL DEL DERECHO

13. *El Notario y su posición entre los juristas.*
14. *La Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento.*
15. *Otras disposiciones legales.*
16. *La jurisprudencia.*
17. *La doctrina.*
18. *El concepto de profesional libre.*
19. *La profesión.*
20. *El título.*
21. *La libertad del profesional.*
22. *Su libre organización.*
23. *La responsabilidad civil.*
24. *La libertad de elección del público.*
25. *La concurrencia profesional.*
26. *La clientela.*
27. *El contrato de profesión liberal.*
28. *La retribución.*
29. *La colegiación.*
30. *El trabajo en equipo.*

IV. LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL NOTARIO

31. *La fe pública.*

32. *Crear lo que no vimos.*
33. *Los puros fedatarios públicos.*
34. *La autenticidad de fondo.*
35. *El control de legalidad.*
36. *Eficacia analítica y eficacia sintética.*
37. *Acto notarial y acto administrativo.*
38. *La teoría estructural del instrumento público.*
39. *Función notarial y jurisdicción.*

V. EL NOTARIO, FUNCIONARIO PÚBLICO

40. *El artículo 1º-1 de la Ley Orgánica.*
41. *Algunas notas diferenciales del Notario.*
42. *La dirección mixta.*
43. *El Notario, oficial público.*
44. *El ejercicio privado de funciones públicas.*
45. *Concesión, sustitución, auxilio.*
46. *La actividad profesional con trascendencia pública.*
47. *Funcionario público y funcionario del Estado.*
48. *Funcionario público y funcionario de la Administración.*

VI. HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

49. *El "tabellio" romano.*

50. *Origen del Notariado de tipo latino.*
51. *Desarrollo del Notariado de tipo latino.*
52. *Sistemas jurídicos y sistemas notariales.*
53. *El Notariado latino.*
54. *La Unión Internacional del Notariado Latino.*
55. *El Notariado anglosajón.*
56. *El Notariado estatal.*

VII. NOTARIADO LATINO Y NOTARIADO ADMINISTRATIVO

57. *La función privada y el carácter profesional.*
58. *El interés público y el interés privado.*
59. *Algunas consecuencias funcionales e instrumentales.*
60. *La independencia y la subordinación jerárquica.*
61. *Control de legalidad y control político.*
62. *Los principios de legalidad y de jerarquía normativa.*
63. *Notariado y régimen democrático.*
64. *Las libertades civiles.*
65. *El modelo económico.*
66. *Los derechos políticos y administrativos.*
67. *Los demás derechos humanos.*
68. *Las relaciones internacionales.*
69. *El costo del servicio notarial.*
70. *La función promocional del Notario.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Propósito.* El Excmo. Sr. Secretario de Estado para la Administración Pública, en las palabras con que presenta la publicación del borrador de Anteproyecto de Ley de Bases de la Función Pública, propugna un “gran debate nacional” sobre la materia, de manera que “todos, funcionarios, asociaciones y centrales sindicales, puedan contribuir a su elaboración antes de su aprobación por el Gobierno y de su envío a las Cortes para discusión y aprobación”.

A esta invitación responden las presentes notas, limitadas al estudio de la posición del Anteproyecto respecto de los Notarios; porque si bien no contiene sobre ellos ninguna referencia expresa, hay algunas normas que, según como se interpreten, pueden serles o no aplicables. Entretanto la cuestión no se aclare, los Notarios, encargados de proporcionar a los demás seguridad, se encuentran inseguros; ellos y sus empleados; y los empleados de sus Colegios; y los mutualistas —jubilados, viudas, huérfanos, etc.— de todos ellos; y sus familiares; y los opositores y los que van a serlo; y los Colegios, que no saben si subsistirán; y las Juntas Directivas, sinceramente empeñadas en la reforma de todos los aspectos que en el Notariado la merecen.

Podemos adelantar la conclusión obtenida de este estudio. El Notariado debe quedar fuera de la nueva Ley de Bases, como lo está de la actual Ley de Funcionarios Civiles del Estado y, por tanto, debe desaparecer cuanto antes aquella inseguridad, declarándose terminantemente su exclusión. Para expresarlo con una conocida terminología fiscal, no se trata propiamente de una exención, sino de una no sujeción; son realidades distintas los Notarios y los funcionarios públicos que la Ley de Bases ha de regular. La normativa sobre el Notariado es competencia de la Ley Notarial, que tiene que empezar por elegir el sistema notarial más conveniente para el país; no es admisible que esta elección resulte, como hecho consumado,

de rebote de una Ley de la Función Pública; y menos todavía que el sistema elegido pudiera ser el de Notariado administrativo, tan inferior, jurídicamente, al Notariado de tipo latino desde siempre existente entre nosotros; propicio, políticamente, a constreñir las libertades individuales y a someter la economía a un rígido control administrativo, incluso a sustituir la economía social de mercado por un sistema colectivista; y que, lejos de homologarnos con el mundo circundante, contribuiría a aislarnos de ese Occidente al que pertenecemos y en el que pretendemos integrarnos.

* * *

2. *La disposición final tercera, letra e).* Según el artículo 2-2-c) de la vigente Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), quedan excluidos de su ámbito de vigencia “los funcionarios que no perciban sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”, “expresión —nos dice la Memoria que precede al Anteproyecto que comentamos— que por vía de negación, concede un tratamiento particular a los funcionarios de arancel”. “Por lo que se refiere al ámbito de aplicación estrictamente dicho —añade la Memoria—, la disposición final tercera abre el camino a la inclusión del régimen de aquellos funcionarios que no perciben sus retribuciones, en la actualidad, con cargo a los Presupuestos de las distintas Administraciones, sino de los propios particulares y conforme a un arancel”; la Comisión que en la citada disposición final tercera se establece, tendrá también por misión la presentación al Gobierno del oportuno estudio y propuesta, para su remisión a las Cortes Generales, sobre “la procedencia de inclusión en el ámbito de aplicación de la presente Ley del régimen de aquellos Cuerpos de Funcionarios que perciben sus retribuciones directamente de los administrados”.

¿Será esta disposición aplicable a los Notarios?; ¿será el Notariado un Cuerpo de Funcionarios sin otra particularidad que percibir su retribución directamente de los administrados?; evidentemente no: “administrado —nos dice García-Trevijano Fos— es todo sujeto de derecho, y en la palabra sujeto incluyo a las personas físicas, a las jurídicas de derecho público y privado y a los centros no personifi-

cados, que se encuentran en una relación de *subordinación* respecto de la Administración Pública”,¹ puesto que necesariamente “la Administración pública se encuentra en una posición de *supremacía* sobre el administrado”;² el Notario, escribió Giacobbe, no se encuentra *super partes*, sino *extra partes*;³ su única superioridad sobre el cliente es la del técnico sobre el inexperto; la única decisión que puede tomar es la de no intervenir, la de no autorizar el instrumento público (art. 145 del Reglamento) o no expedir la copia (art. 231): un funcionario cuya única decisión posible es la de no funcionar.

La cuestión ya se había planteado bajo la Ley vigente, que ahora se trata de reformar. ¿Quedaban fuera de ella los Notarios solamente en virtud del artículo 2-2-c)?; de ninguna manera; la retribución mediante arancel —nos decía Molleda—, es “un dato puramente accidental en relación con la sustancia de la función notarial —aunque importante para su debido ejercicio—”; lo decisivo “es que la función notarial ha sido siempre y debe seguir siendo una función autónoma y descentralizada en relación con la normal función administrativa, monolítica y jerarquizada”, “no ser (el Notario) estrictamente un funcionario de ‘la Administración Civil del Estado’ ”; ⁴ y en el mismo sentido García-Trevijano sostenía que la exclusión del art 2-2-c) “se aplica solamente a quienes, siendo funcionarios, no se remuneran de la forma indicada”, pero no a “los notarios que no lo son”.⁵

Los Notarios no encajan, ciertamente, ni en el artículo 1º de la Ley vigente —“Los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo”—, ni en la Base 1ª-2 del Anteproyecto: “Son funcionarios públicos

1 García-Trevijano Fos (José Antonio): “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, 568 págs.), pág. 455.

2 García-Trevijano Fos, op. cit., en nota anterior, pág. 397.

3 Giacobbe (Loris): “La funzione notarile oggi” (Rivista del Notariato, 1977, págs. 920-934), pág. 921.

4 Molleda Fernández-Llamazares (José Antonio): Informe, Noviembre, 1963.

5 García Trevijano Fos, op. cit., en nota 1, Tomo III, volumen I (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, 624 págs.), pág. 310.

aquellas personas vinculadas a cualquier Administración Pública por una relación estatutaria de servicios, regulada por el Derecho Administrativo”.

Pero no vamos a mantenernos en un nivel de mera exégesis de estos conceptos. Para dar a nuestro estudio la debida profundidad es preciso poner de relieve, ante todo, que los Notarios desempeñan una función privada que es también función notarial; esta función privada es la que convierte a los Notarios en profesionales y la que, penetrando en la misma función pública, viene a modalizarla y hace que, sin mengua del ejercicio de funciones públicas que los Notarios tienen en nuestro Derecho, pueda afirmarse que los Notarios son profesionales. La existencia de una función privada notarial; la condición de profesional del Derecho del Notario; la modalización de la función notarial pública por la función notarial privada; y el desdibujamiento del carácter de funcionario público del Notario; he aquí cuatro razones, a cada cual más poderosa, para situar a los Notarios decididamente fuera de todo Estatuto de funcionarios.

* * *

3. *La Base 1ª-1 y 2.* La complejidad de la figura del Notario que resulta de las consideraciones que preceden, no puede considerarse impedida por la combinación de los dos primeros números de la Base 1ª del Anteproyecto. Comienza ésta definiendo en el número 1 las actuaciones que constituyen la Función Pública, y en el número 2 nos da el concepto, ya transcrito, de funcionario público; en medio, el último párrafo del número 1 dice: “Dichas actuaciones sólo pueden realizarse por quienes tienen la condición de funcionarios públicos”. Toda función pública —podría pensarse—, tiene que ser desempeñada por un funcionario público, en el sentido estricto definido en el Anteproyecto y sometido, por tanto, al mismo Anteproyecto.

El Consejo de Estado, en su dictamen número 11,167, de 6 de febrero de 1953, había afirmado que “los términos funcionarios públicos y función pública son equívocos; admiten muy diversos sentidos, algunos de los cuales pueden alcanzar desmesurada extensión. Es muy difícil concretar en muchos casos dónde termina la actua-

ción privada y empieza la función pública”; ¿será posible que en los últimos veinticinco años se hayan aclarado definitivamente las cosas?; ¿que las expresiones “funcionarios públicos” y “función pública” designen hoy realidades unívocas y, además, interdependientes?; nada menos cierto; empezando porque la distinción entre lo público y lo privado, a cualquier nivel que se intente, siempre resultará afectado por el relativismo del “*duae sunt positiones*” de Ulpiano (Digesto, I-I-2).

Existen, por un lado, una pluralidad de conceptos de funcionario público, que en vano se pretendería reconducir a unidad; recuérdense los diversos conceptos vectoriales o finalistas, el funcionario *in itinere*, etcétera, o los clásicos ejemplos del capitán del buque mercante, del ciudadano que está prestando el servicio militar, del obrero que trabaja en una fábrica del Ejército, de los contratistas de obras públicas, de los concesionarios de bienes o servicios públicos...; ni aun con las dos notas de voluntariedad y titularidad que preconizaba Royo-Villanova dejan de ser ciertas sus propias palabras: “No existe un concepto único de funcionario válido para todos los países. Es más, aun en cada país existen diversos conceptos de funcionarios según la rama del Derecho que lo considera; por ejemplo, el Derecho penal, el Derecho fiscal o el administrativo”;⁶ porque, según afirma Martín Díez-Quijada “no es sólo la doctrina quien no se encuentra acorde en la fijación del concepto de funcionario, sino que el legislador ha contribuido no poco a la confusión reinante, por su oportunismo al definir al funcionario según la finalidad perseguida en cada disposición”.⁷

Y por otro lado, la función pública no es una realidad estática, sino que está; dotada de una gran movilidad; estamos, precisamente, en unos tiempos de rápida expansión de la función pública, como consecuencia de “la constante ampliación del campo de lo público” señalada, con toda la doctrina, por García-Trevijano;⁸ con la par-

6 Royo-Villanova (Segismundo): “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español” (Revista de Administración Pública, núm. 44, mayo-agosto, 1964, págs. 9-23), pág. 10.

7 Martín Díez-Quijada (Ángel): “La remuneración de los funcionarios” (Revista de Administración Pública, núm. 39, septiembre-diciembre, 1962, páginas 151-185), pág. 153.

ticularidad de que con frecuencia la función pública no elimina y suplanta a la función privada, sino que la penetra y la trasciende, resultando de todo punto imposible su neta separación.

Ante esta situación es forzoso dar la razón a Lliset Borrel: “Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el campo del Derecho administrativo, no ya como administrados simples, o incluso como administrados cualificados, sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa —junto con la Administración pública, y como sustitutos o auxiliares de la misma— es algo inconcuso en una época como la nuestra, y como la que se abre en nuestro horizonte histórico, de creciente complejidad en la vida social y de monstruosa expansión de los fines administrativos”;⁸ vicariedad ésta de que también participan las personas jurídicas, como los Colegios y Corporaciones representativos de intereses profesionales o económico-sectoriales; insuperablemente lo ponía ya de relieve el artículo 3º del Real Decreto de 30 de agosto de 1917 reorganizando la histórica Asociación General de Ganaderos: “La Asociación tiene dos personalidades: una como delegada del Gobierno en lo referente a vías pecuarias, en que, según las disposiciones vigentes, interviene en nombre del mismo, y otra como representante de la clase ganadera”.

La tendencia que el Anteproyecto marca es, evidentemente, acertada; pero no podemos atribuirle un radicalismo de que carece, un apriorismo desconocedor y deformador de ésta y de otras realidades.

* * *

4. *Perspectiva constitucional.* Es preciso tener en cuenta, finalmente, que el Anteproyecto no hace otra cosa que dar cumplimiento al artículo 103-3 de la Constitución, por lo que hay que llegar a una consideración constitucional del problema.

8 García-Trevijano Fos, op. cit., en nota 1, Prólogo, pág. VII.

9 Lliset Borrel (Francisco): “La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa” (Revista de Administración Pública, núm. 80, mayo-agosto, 1976, págs. 203-222), pág. 206.

Las normas contenidas en el artículo 103 sobre la Administración Pública y sobre los funcionarios públicos patentizan la exclusión de los Notarios; baste señalar, en su número 1, la sola referencia a los “intereses generales” y a los principios de “jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación”, que nada tienen que ver con la actuación notarial, así como la que hace a la “sindicación” el número 3; igual deducción nace, sin dificultad, del artículo 149-18^a

El mismo artículo 149-18^a atribuye a la competencia exclusiva del Estado la “ordenación de los instrumentos públicos”; están aquí incluidos sus efectos jurídicos y aquellos requisitos de los mismos que son presupuesto de tales efectos, y, entre ellos, los rasgos esenciales de la figura del Notario porque, como escribió Carnelutti, “el documento merece la fe de su autor”;¹⁰ ninguna alteración sustancial del sistema notarial puede vislumbrarse en este precepto que, en lo relativo a los Notarios, hay que conectar con el artículo 36, en el que quedan encuadrados los Colegios Notariales, con las peculiaridades propias de un Colegio de profesionales ejercientes de una función pública; encuadramiento que confirma plenamente el artículo 10, núm. 22 del Proyecto de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

La perspectiva constitucional puede ser más profunda. La Constitución consagra una serie de valores y de principios; la libertad, la justicia, la seguridad jurídica, la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, los derechos humanos, la economía de mercado, en suma el Estado social y democrático de Derecho; ¿qué sistema notarial es el más adecuado a estas exigencias?; la evolución histórica y el Derecho comparado nos están indicando que el Notariado latino es muy superior al Notariado administrativo; jurídica y políticamente; con lo que concluiremos las presentes notas.

II. LA FUNCIÓN PRIVADA DEL NOTARIO

La finalidad que persigue el presente apartado es mostrar que en nuestro Derecho, y en la realidad jurídica española, el Notario tiene, además de su función pública, una función privada, que es también función notarial, y que automáticamente le coloca al margen

10 Carnelutti (Francesco): “Studi sulla sottoscrizione” (Studi di Diritto Processuale, Volumen III, Cedam Padova, 1939, págs. 229-279), pág. 229.

de cualquier normativa que tenga por objeto el estatuto de los funcionarios que desempeñan exclusivamente la función pública.

* * *

5. *La Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento*. Ha sido criticado el artículo 1º-1 de la Ley Orgánica por omitir toda referencia a la función profesional del Notario; pero es preciso tener en cuenta que es la función pública del Notario, el “dar fe”, lo que fundamentalmente compete regular a la Ley; que este precepto “no define al Notario —según hizo observar González Palomino—, sino que delimita el campo de su actuación funcional”¹¹ al separar la fe pública judicial de la extrajudicial; y que, como dijo la Dirección de los Registros en Orden de 14 de marzo de 1950, en el artículo 1º de la ley “se determinan las funciones mínimas, irrenunciables e indelegables del Notario, pero no excluye en modo alguno las demás que presta normalmente el Notario como complemento y desarrollo de su función”; aquella separación no podría entenderse, por otra parte, sin contraponer la función, puramente pública, de los actuales Secretarios Judiciales, y la función, pública y privada, de los Notarios.

Explicado así el silencio del artículo 1º, la función profesional del Notario está patente en otros preceptos de la Ley Orgánica, y, ante todo, en su artículo 17-1: “El Notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos”; la tarea del Notario, su actividad, su función, como ha visto perfectamente Molleda.¹² no consisten en el “dar fe” del artículo 1º, porque la especial eficacia en que esta fe pública consiste no le es atribuida al documento por el Notario, sino directamente por la Ley; la sustancia de la función notarial es esa “redacción” de las escrituras matrices, a la que son accesorias su conservación y su movilización. El Notario, para la Ley Orgánica, no es, pues, un dador de fe, no es un autenticador; es un

11 González Palomino (José): “Instituciones de Derecho Notarial”, Tomo I (Madrid, Reus, 1948, 530 págs.), pág. 193.

12 Molleda Fernández-Llamazares (José Antonio): “La función notarial en la Ley Orgánica y en la actualidad” (Revista de Derecho Notarial, LXXX, abril-junio, 1973, págs. 375-410), pág. 381.

documentador de documentos propios, de documentos que él mismo ha “redactado”, lo que sería absurdo entender limitado a las cláusulas formularias; también el *tenor negotii* es redactado por el Notario, y ello resultaría imposible sin una labor asesora.

Nos proporciona la certeza de esta interpretación el artículo 147-1 del Reglamento, literalmente conservado del precepto del mismo número del Reglamento Notarial de 1935: “Los Notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia”; porque en esa redacción han de confluír, como veremos, la voluntad de las partes y la voluntad de la Ley.

Hay otro precepto más general, porque no mira al documento concreto, sino a la función en sí misma considerada; el artículo 1º-2 del Reglamento de 1935 había ya proclamado la dúplice calificación del Notario que la profesionalidad origina: “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”; y el Reglamento vigente conserva literalmente este texto y, desarrollándolo, entiende la profesión como misión de consejo: “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar” (art. 1º-2).

* * *

6. *La jurisprudencia.* El Tribunal Supremo ha reconocido repetidamente esta misión de consejo; citemos ahora solamente la *Sentencia de 3 de julio de 1965*: “Que el Notario debe autorizar el instrumento público una vez requerido legalmente, siempre que el acto sustancial objeto del mismo sea conforme a la Ley, correspondiendo en la realidad a una relación jurídico formal entre el Notario y los que solicitan su ministerio, llevando consigo, como presupuestos para su ejercicio, la dirección de la voluntad de las partes con miras a su eficacia (art. 147 del Reglamento), la obligación de asegurarse

de la legalidad de la relación jurídica (art. 145) y la de cerciorarse de su legitimidad (arts. 170 y 175), y como elemento básico a dichos fines, la de aconsejar a los interesados, y teniendo como contenido la previsión, nacimiento, modificación y extinción de toda clase de derechos"; "la obligación de aconsejar a los interesados" es, pues, "elemento básico" de la relación jurídica entre el Notario y el requirente, que lleva como presupuesto "la dirección de la voluntad de las partes con miras a su eficacia", esto es, la "labor directiva o asesora" de que hablara Castán, que hacía de nuestro Notariado, según el mismo, "una especie de Notariado mixto" en el que "son igualmente esenciales y destacadas la labor de asesoramiento y la facultad autenticadora".¹³

También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha hablado muchas veces de la "misión de asesoramiento" (*Resolución de 12 de marzo de 1970*), "función de asesoramiento" (*Resolución de 4 de noviembre de 1971*) o "misión asesora", que repite la *Resolución de 28 de noviembre de 1978*.

* * *

7. *La doctrina: el consejo, la jurisprudencia cautelar y la adecuación necesaria.* La doctrina española es unánime; destaquemos, por su carácter monográfico, las dos obras de Castán ("En torno a la función notarial"¹⁴ y "Función notarial y elaboración notarial del Derecho",¹⁵) "La función notarial" de Núñez Moreno¹⁶ y "La función asesora", de Figa Faura.¹⁷

Prefiere nuestra doctrina arrancar de la fórmula genérica del artículo 1º-2 del Reglamento y, recogiendo especialmente las enseñan-

13 Castán Tobeñas (José): "Función notarial y elaboración notarial del Derecho" (Madrid, Reus, 1946, 224 págs.), pág. 51.

14 Castán Tobeñas (José): "En torno a la función notarial" (Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo II, Madrid, Reus, 1950, págs. 367-401).

15 Castán Tobeñas. op. cit., en nota 13.

16 Núñez Moreno (F.): "La función notarial" (Revista de Derecho Privado, año XIV, núm. 169, 15 octubre 1927, págs. 339-346).

17 Figa Faura (Luis): "La función asesora" (Jornadas Notariales de Poblet - Años 1962-1971, Barcelona, 1974, págs. 293-342).

zas de la jurisprudencia y de la doctrina francesas, pone de relieve la estrechez de la formulación reglamentaria; la labor de *consejo* del Notario no se limita a los “medios”, sino que se extiende a los fines a conseguir por las partes, especialmente cuando tienen que abandonar los que llevaban a la Notaría, por ejemplo, por ser contrarios al Ordenamiento; ni se limita a los medios “jurídicos”, ya que la conducta humana se rige por normas de la más variada naturaleza, y los otorgantes no ven en el Notario un mero técnico jurídico, sino un consejero humano; la ilicitud —de los fines y de los medios— no ha de ser considerada por el Notario como un obstáculo que necesariamente conduce, sin más, a la denegación de funciones, porque junto a los medios ilícitos puede haber otros medios jurídicos que sean lícitos, y no demasiado distantes de los fines prohibidos por la Ley pueden existir otros, perfectamente legales, con los que las partes puedan conformarse. Es preciso insistir, especialmente, en que la función de consejo es función notarial; la obligación del Notario de asesorar a sus clientes proviene directamente de la Ley, y no de un encargo especial que éstos le hayan podido hacer; de aquí que, en su principio, es un deber absoluto para el Notario, que no puede alegar, para salvar su responsabilidad, que se ha limitado a dar forma auténtica a las convenciones de las partes; aunque en su aplicación, y según las circunstancias, el deber de consejo pueda agravarse o atenuarse; piénsese, sobre todo, en la condición de las personas.

La función notarial se inserta muy pronto —cuanto más pronto, mejor—, en el proceso formativo del instrumento público; antes, desde luego, de que comience la extensión del documento; el negocio que el documento va a contener es entonces, en todo o en parte, un hecho futuro, que llegará a ser o no llegará a ser, y que podrá configurarse de una manera o de otra, todo ello en virtud del asesoramiento del Notario; la función de consejo del Notario aparece así, en amplios sectores de la doctrina española y extranjera, como *jurisprudencia cautelar*, dirigida a evitar riesgos, a prever incidencias, a poner de manifiesto consecuencias de índole perjudicial; estamos ante el *cavere* de los jurisconsultos romanos, porque, como dice Larraud, “en verdad, el Notario, en el ejercicio regular de su función, no hace otra cosa que eso: adelantarse a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus

clientes”.¹⁸ Es ésta una idea fundamental, porque no solamente contribuye a explicar la función privada del Notario, sino que incide en su función pública, y le separa, como veremos, de los puros fedatarios.

También cabe partir del instrumento público concreto, y del artículo 147-1 que regula la actuación del Notario en su formación, para inducir los rasgos esenciales de la función privada del Notario. Destaca, en esta dirección, la doctrina de la *adecuación necesaria*, dominante en Italia; el Notario tiene, según ella, junto a su función de documentación, una función de adecuación, dirigida a plasmar el material tosco y a coordinar las contingencias prácticas, conformándole a la disciplina que le marca el Ordenamiento positivo; a adecuar, incluso en los detalles, el supuesto de hecho concreto (querido por las partes) a uno de los posibles paradigmas abstractos previstos en las normas positivas; esta función no solamente es *coetánea* al ejercicio de la función documental; puede también ser *preliminar* o *sucesiva*; pero en todo caso, y respecto a su naturaleza, proviene siempre, como dice D’Orazi, “de una obligación genérica que grava al Notario como consecuencia del *officium* de que está investido, o de una específica obligación *ex lege*”;¹⁹ es, en una palabra, verdadera y propia función notarial, no un añadido a la **función** notarial en virtud de un convenio entre el Notario y los clientes.

* * *

8. *Su examen en el procedimiento instrumental.* Quizá la labor asesora del Notario pueda apreciarse mejor, en efecto, en el caso concreto, siguiendo a grandes rasgos el proceso de formación de un instrumento público determinado y la actuación en él del Notario; no será entonces difícil separar, *prima facie*, lo que en esta actuación es función pública y lo que es actividad profesional. Piénsese en una escritura pública cualquiera; una compraventa, un testamento, la cons-

18 Larraud (Rufino): “Curso de Derecho Notarial” (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, 898 págs.), pág. 138.

19 D’Orazi Flavoni (Prof. Mario): “Sul contenuto della prestazione notarile” (Il Foro Italiano, Volumen LXXXII, 1959, págs. 154-162), pág. 157.

titución de una sociedad, etc., que presente los problemas y dificultades normales en tales instrumentos públicos.

El momento inicial del proceso formativo de un documento notarial concreto y determinado está constituido por el requerimiento de prestación de funciones del particular al Notario, que origina una relación jurídica formal entre el Notario, y cada uno de los que han solicitado su intervención, en la que se insertan las obligaciones de aquél.

La primera actuación del Notario consiste en tomar contacto con la voluntad que las partes le traen, unas veces de palabra, otras en minuta escrita, otras incluso en documento privado ya firmado, examinando las notas y documentos que los interesados presentan y escuchando sus explicaciones (*auditio vel auscultatio partis*); pero inmediatamente tiene que tomar la iniciativa —comienza la actividad profesional—, porque esa voluntad que las partes le manifiestan raramente es una verdadera *voluntad contractual*, ni es tampoco la *voluntad verdadera* de las partes.

La voluntad de las partes es, como generalmente se reconoce, una voluntad empírica, dirigida fundamentalmente a los fines prácticos de la vida, y no a los efectos jurídicos; pero este contenido real de voluntad muchas veces se esconde bajo las fórmulas jurídicas orales o escritas utilizadas, y en una labor de verdadera *traducción jurídica inversa* hay que despojar a la verdadera voluntad del ropaje jurídico con el que, voluntaria o involuntariamente, quizá se haya disfrazado; puede ser, para poner un ejemplo, que las personas que pretenden otorgar una escritura de compraventa hayan efectivamente vendido y comprado, de manera que el esquema legal a que se han acogido sea el congruente con su relación fáctica; pero puede también suceder que el que dice que quiere vender, en realidad quiere donar la cosa a la otra parte, o darla en garantía real de la devolución de una cantidad que la adeuda, o simplemente poner su cosa a nombre de otro con las más variadas finalidades. Hay, pues, que *determinar la voluntad empírica de las partes*, que éstas muchas veces, consciente o inconscientemente, empiezan ocultando al Notario.

Pero no basta con determinar la voluntad de las partes; es preciso *estudiar esa voluntad, interpretarla*, como dice el artículo 147-1, y rápidamente aparecerán sus múltiples defectos. Puede ser una volun-

tad *deformada* por los prejuicios y falsos conocimientos jurídicos que, como acabamos de ver, inducen a las partes a seguir caminos complicados, absurdos e ilegales, incluso para aquello que sencillamente puede conseguirse por vía directa. Puede tratarse de una voluntad *errónea*, por ignorancia de la situación preexistente, o de las normas jurídicas dispositivas atinentes al caso. Suele ser una voluntad *incompleta*, porque solamente se han tenido en cuenta los efectos fundamentales e inmediatos, sin reparar en otros que difícilmente podrán ser calificados de secundarios o de accesorios cuando apenas sugeridos surge la indecisión o el disentimiento; una voluntad *imprevisora*, que no ha tenido en cuenta otros efectos a largo plazo, y mucho menos los acaecimientos que pueden sobrevenir, de fundamental importancia en los casos de prestaciones aplazadas, negocios de tracto sucesivo, testamentos, etc.; una voluntad *ilegal*, que choca, en todo o en parte, con el Ordenamiento. Y también una voluntad *discordante*, si se nos permite la expresión, y no solamente a la hora de llenar sus lagunas, sino porque, aun dentro de sus limitadas previsiones, al atribuir distinto sentido, o distinto valor legal, a las expresiones utilizadas, los que creían estar de acuerdo, de hecho están en el desacuerdo más completo. Todo ello da lugar a una serie de actividades del Notario dirigidas a descubrir la verdadera voluntad de las partes, a ponerla de relieve, a contribuir a su formación, que han sido calificadas de mayéutica, como en el diálogo socrático, de pedagogía de la voluntad. Estas actividades no constituyen, evidentemente, una función pública, sino que forman parte de un ejercicio profesional; el Notario, como “*Profesor de Derecho*”, según la antigua terminología española, explica a las partes la normativa aplicable, y deshace sus errores y sus equívocos, de manera que su consentimiento pueda surgir de un conocimiento pleno; contribuye a la *integración* de la voluntad incompleta de las partes y, para ello, desarrolla funciones de clarificación de las distintas posiciones, de indicación de lagunas, de señalamiento de convergencias y de divergencias, actuales o posibles en lo futuro; funciones de sugerencia, de propuesta o de mera exposición de posibilidades para el logro de aquella integración y del perfecto consenso de las partes; funciones también de *conciliador*, e incluso de *árbitro*, cuyos dictámenes suelen ser aceptados precisamente porque vienen de persona que no ha sido impuesta —como es impuesto el funcionario “competente”—, sino que ha sido libremente elegida, y que ha hecho hábito de sus deberes de imparcialidad, de equidad, de ecuanimidad; *previene* de los peligros que pueden presentarse y de los acontecimientos que pueden interferirse; y señala los

medios jurídicos de obviarlos, en la medida de lo posible: siempre hombre de experiencia, de buena fe, jurista práctico; no portador de ninguna función pública.

La investigación e interpretación por el Notario de la voluntad de las partes no es, pues, la de un psicólogo, ni es sólo la de un funcionario al que le ha sido encomendado el control de su legalidad; es, sobre todo, la de un profesional del Derecho que, positivamente tiene que buscar y ofrecer a las partes los cauces por los que aquella voluntad puede discurrir. Los caminos a seguir pueden ser variados, y el Notario no puede olvidar, como dijo Lapeyre que “el valor de un técnico moderno está en función del número de itinerarios que puede ofrecer a su clientela para permitirle, dentro de la legalidad, la satisfacción de sus necesidades”;²⁰ habrá que sopesar las ventajas e inconvenientes que, en cada caso, presenten estos diversos “itinerarios jurídicos”, su mayor o menor adecuación a las finalidades que se pretendan, para que las partes, con pleno conocimiento de causa, puedan efectuar su elección. Otras veces no existirá más que un único camino; pero siempre serán precisas adaptaciones, correcciones, adiciones. Y también puede suceder que no exista cauce legal preordenado para una necesidad nueva, digna de protección; el Ordenamiento, consciente de ello, confiere a los particulares y a sus asesores la posibilidad de intentar una construcción nueva, un negocio atípico.

Tenemos así, en menor o mayor grado de complejidad —negocio único; elección entre diversos negocios; escalonamiento de negocios; combinación de negocios; creación de negocio atípico, etc.—, una serie de actividades notariales del mayor interés para su función, para los particulares que a él acuden y para la sociedad toda, función *con-figuradora o conformadora*, moldeando jurídicamente aquella voluntad de las partes, creando o recreando el negocio para dotarle de la máxima eficacia sustantiva; y función de *legitimación*, conexionando, como dice Vallet,²¹ la situación estática anterior con la actuación dinámica que ante el Notario pretende desarrollarse; problemas de

20 Lapeyre (André): “La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del Notariado” (Revista de Derecho Notarial, LXI-LXII, julio-diciembre, 1968, págs. 133-152), págs. 134-5.

21 Vallet de Goytisolo (Juan): “La misión del Notario” (Revista de Derecho Notarial, XVI, abril-junio, 1957, págs. 393-410), pág. 402.

titularidad, poder de disposición, libertad de cargas, suficiencia de apoderamientos, etc. La primitiva voluntad amorfa ha ido recibiendo forma.

Toda esta *traducción jurídica*, traducción a figuras, conceptos y terminología jurídica de la voluntad empírica de las partes, culmina en la función de *redacción* del documento que el artículo 17-1 de la Ley y 147-1 del Reglamento atribuyen al Notario; no se trata de una mera narración, de una copia o transcripción de las expresiones de las partes; ni de una redacción meramente literaria; estamos ante una actividad jurídica, que implica una técnica también de índole jurídica, y que tiene por finalidad no solamente dar claridad al documento, con la consiguiente seguridad sobre su interpretación, sino afinar todavía más, aprovechando las ventajas del lenguaje escrito, la adecuación del negocio documentado a la voluntad y finalidades concretas de las partes en la situación presente y ante las eventualidades del futuro. Tarea de redacción siempre delicada y a veces de gran dificultad, del mismo género que la actividad del legislador; piénsese en la redacción de los estatutos, reglamentos u ordenanzas de las comunidades de bienes (de locales y pisos en propiedad horizontal, de garajes, de urbanizaciones privadas, de regantes, etc.) o de personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, cooperativas, sociedades civiles y mercantiles, etc.).

Ya tenemos el documento redactado; el camino ha sido largo; las actuaciones del Notario, muchas; y, sin embargo, no ha aparecido por parte alguna la función pública; la función que el Notario ha desempeñado hasta aquí es una actuación profesional, de profesional del Derecho.

Redactado el documento, es preciso proceder a su otorgamiento y autorización. Y aquí, al fin, nos encontramos con la *función pública* del Notario; función de *control de legalidad del documento* y del negocio, y función de *autenticación*, de dación de fe, según la terminología clásica que recoge el artículo 1º de la Ley; más las funciones ulteriores de *conservación* de las matrices y de *expedición de copias*, a que ya nos hemos referido.

* * *

9. *Su naturaleza notarial.* Vista la existencia de esa función asesora, de interpretación y adecuación de la voluntad de las partes al Ordenamiento, su naturaleza presenta dos caracteres esenciales: es función notarial; y es función privada; el Notario desempeña una función, que es verdaderamente función notarial en su sentido más estricto, y que tiene carácter privado: es todo lo que nos proponíamos demostrar en el presente apartado.

Es función notarial porque, como ya hemos visto, no tiene un origen convencional, en un contrato libremente pactado entre el cliente y el Notario, que estaría al arbitrio del Notario no aceptar; sino que tiene un origen legal: artículos 17-1 de la Ley y 1º-2 y 147-1 del Reglamento, fundamentalmente, y también un origen natural, porque deriva de la naturaleza misma del sistema notarial, tal como es entendido por el legislador. Esta obligación legal podrá venir atenuada en las circunstancias del caso concreto (experiencia y cultura jurídica del otorgante, asistencia de abogado, etc.), pero nunca podrá ser eliminada, ni siquiera mediante pacto con el cliente, de manera que en ningún caso podrá el Notario eximirse de la responsabilidad en que haya podido incurrir por infracción de su deber de consejo alegando que solamente había sido requerido para dar forma legal al acto y que, por tanto, ha actuado como mero documentador; porque habría omitido una parte de su función, a la que no puede renunciar.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en que el Notario puede incurrir por quebrantamiento del deber de consejo pone de relieve que estamos ante una función estrictamente notarial; porque no se trata de una responsabilidad contractual, derivada de un contrato entre Notario y cliente añadido a la propia función notarial, sino de una responsabilidad extracontractual, aquiliana, por infracción de una obligación que la Ley pone directamente a cargo del Notario; bien conocida es, al respecto, la jurisprudencia francesa; y el mismo criterio proclama entre nosotros la *Sentencia de 3 de julio de 1965*: "Que el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del Notario únicamente en cuanto se refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurren todas las precauciones necesarias a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta, que aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del Notario en lo que constituye la sustancia

del acto en que interpone su ministerio, por lo que existiendo la correspondiente obligación, ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del Notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera”; “teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5º del artículo 1,903 del Código civil”; expresamente se reconoce “la acción del Notario en lo que constituye *la sustancia del acto* en que interpone su ministerio”, y que la responsabilidad civil que, en consecuencia, tenga el Notario que afrontar tiene “*indudable origen y carácter legal*”, como lo es la “obligación” que el Notario tiene de desempeñar aquella actividad, rigiéndose, en consecuencia por el artículo 1,902 del Código, que regula la responsabilidad extracontractual, aunque el perjudicado no sea un tercero, sino el mismo otorgante del documento, como ocurría en el supuesto debatido en el pleito a que esta Sentencia puso fin.

* * *

10. *Su naturaleza privada.* Sin que ello suponga ninguna contradicción con esa naturaleza notarial, la función de consejo tiene naturaleza privada; la misma *Sentencia de 3 de julio de 1965* que acabamos de citar, habla, en la segunda Sentencia, de la “manifiesta negligencia profesional” del Notario, poniendo así de relieve que se trata de una actividad profesional, de una actuación no funcionarista.

Las *Resoluciones* de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero y 16 de abril de 1969 y de 10 de febrero de 1970 han reconocido este carácter privado, profesional, al declarar cuestión ajena a su propia competencia “la procedencia de los otorgamientos formalizados”; y en el mismo sentido la *Resolución de 12 de marzo de 1970* también entiende que “quedan al margen del expediente los problemas de si se debieron o no autorizar los instrumentos públicos formalizados”, y la *Sentencia de 25 de mayo de 1976* desestima el recurso interpuesto contra la segunda de las citadas Resoluciones “por ser materias no propias en cuanto no susceptibles de recurso en esta vía” —la contencioso-administrativa—, “la discusión sobre la procedencia de los otorgamientos formalizados”.

Esta doctrina jurisprudencial es inatacable. El Notario, cuando participa de funciones públicas, está sometido a la disciplina de su Colegio profesional, y éste es, a su vez, fiscalizado por un órgano administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, “produciendo así unas Resoluciones —dice la *Sentencia de 26 de junio de 1976*—, cuya naturaleza en cuanto a la Corporación es la de actos de control y en cuanto al contenido, de intervención administrativa en el ejercicio privado de funciones públicas atribuidas a los Notarios”, contra las que cabe acudir a la vía contencioso-administrativa. Pero el Notario, como cualquier profesional, es libre en sus funciones de asesoramiento y adecuación, sin control corporativo ni intervención administrativa, de manera que los Colegios Notariales no tienen en este ámbito competencia alguna, como no la tienen la Dirección de los Registros ni la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según expresamente declaran las Resoluciones y la Sentencia antes citadas; no es posible mejor confirmación de que se trata de una actividad profesional, privada. Es el sentido del artículo 1º-3 del Reglamento Notarial al contraponer la “plena autonomía e independencia” del Notariado “en su función”, a la subordinación jerárquica “en su organización”.

Pero el Notario es libre, claro es, bajo su responsabilidad; la adecuación mal efectuada, el consejo erróneo que causen un daño o perjuicio a sus clientes pueden dar lugar a una acción de daños y perjuicios contra el Notario; pero, por tratarse de una actividad profesional, no pública, estamos fuera del campo administrativo; como declaró la *Resolución de 20 de mayo de 1969*, “la responsabilidad civil que se pretende no puede hacerse efectiva por vía administrativa ante este Centro, por ser materia de la competencia de los Tribunales de Justicia”, y precisamente, como vimos en la *Sentencia de 3 de julio de 1965*, de la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

La razón de cuanto antecede radica en que, como resulta a contrario de la *Sentencia de 25 de mayo de 1976*, no estamos ante una “materia administrativa”, sino ante la misma vida civil; son los intereses de los particulares los que están en juego de una manera directa e inmediata, y el interés público sólo se encuentra en que aquellos se desenvuelvan debidamente, en paz y en legalidad; por ello no es competente la Administración, sino la Jurisdicción Ordinaria, según ha puesto de relieve la Dirección de los Registros en

numerosas Resoluciones (5 de julio de 1958, 17 de julio de 1963, 17 de abril de 1971, 30 de mayo y 7 de junio de 1972, etc.).

* * *

11. *La adecuación facultativa.* Este contenido privado de la prestación notarial puede venir aumentando en virtud de encargo especial de los requirentes o de alguno de ellos, libremente aceptado por el Notario. Estamos ante lo que la doctrina denomina adecuación facultativa, que tiene las mismas tres dimensiones temporales; coetánea, anterior o sucesiva a la autorización del instrumento público.

No puede caber la menor duda sobre la naturaleza privada, profesional, de estas actividades del Notario, que tienen su origen en un contrato libremente pactado entre el Notario y el cliente y que, en su caso, darán origen a una responsabilidad típicamente contractual. Al exceder del esquema legal típico de la prestación del Notario podría pensarse que ya no constituían función notarial, pero su íntima conexión con el instrumento público, su contribución a la mayor eficacia de éste, hace que sean encuadradas por el Derecho positivo, con toda lógica, dentro de la función notarial misma.

El caso más patente es el de los depósitos que recibe el Notario, regulados en el Reglamento Notarial en sus artículos 216 al 220, y que pueden formalizarse en acta notarial (art. 217). El carácter facultativo de esta actuación notarial es palmario: “La admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario —dice el art. 216-2—, quien podrá imponer condiciones al depositante”; y en el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, sacando las naturales consecuencias; haremos solamente dos citas. *Resolución del Ministerio de Justicia de 5 de diciembre de 1961*: “la aceptación del depósito es acto voluntario para el Notario autorizante, originándose con su aceptación un negocio jurídico de custodia, de contenido ordinario, regido exclusivamente por el Derecho Común por lo que, en definitiva, se trata de un problema de índole exclusivamente civil ajeno a la competencia del Centro directivo”. *Sentencia de 6 de febrero de 1964*, confirmatoria de la Resolución acabada de citar: “no hallando en la legislación específica del Notariado base ni fundamento comunicador de facultad administrativa para terciar en el discutido punto

de vista de la relación jurídica determinada por el acto de custodia libremente ejercitado por la señora recurrente y más libremente aceptado por el Notario autorizante del acta de depósito bajo condiciones, también fijadas por la primera y aceptadas por el segundo, sin otro vínculo que el de esa mera concurrencia de voluntades para hacerlo nacer a la vida del Derecho; es por demás evidente, que como negocio jurídico que es, ajeno a toda razón de subordinación jerárquica del funcionario autorizante a la Administración superior al mismo, constituye un problema exclusivamente de Derecho común cuanto a dicho negocio concierne; todo lo cual son facetas de interés jurídico privado y, por lo mismo, de naturaleza claramente no administrativa". Quedan, pues, claros, el origen convencional del depósito; su naturaleza privada, no administrativa; la falta de competencia de la Administración, derivada de esa naturaleza puramente civil; y su pertenencia a la función notarial, que proclama el mero dato de su regulación en la Legislación Notarial y que deriva de su finalidad accesoria a las obligaciones contenidas en un instrumento público, "como prenda de sus contratos", que dice el artículo 216-1 del Reglamento.

También queda reconocido, en el artículo 63 del Reglamento, el carácter notarial de una adecuación facultativa sucesiva de gran importancia práctica; la gestión del documento en las Oficinas fiscales y en los Registros públicos, labor tuitiva sin la que los otorgantes quedarían en muchos casos desamparados y no se conseguirían los efectos buscados a través del instrumento público; por ello, la *Orden de 14 de marzo de 1950* declaró que "todo lo referente a la liquidación de impuestos e inscripción en los Registros es función notarial", y la *Sentencia de 14 de mayo de 1970* que es "práctica (del Notariado) tan antigua como su misma Ley y tan trascendente como su alto destino; la mayor eficacia del documento notarial". No es necesario añadir que es una función privada, no función pública; así lo proclamó la *Resolución de 24 de noviembre de 1964*: "no puede ser sometida al conocimiento y resolución de este Centro directivo".

La jurisprudencia ha reconocido muchos supuestos de adecuación facultativa preliminar, especialmente en tema de cuadernos u operaciones particionales (Sentencias de 26 de marzo de 1896, 15 de junio de 1900, 16 de enero de 1936, 8 de febrero de 1940, 2 de diciembre de 1947 y 5 de junio de 1957, y Resoluciones de 22 de enero

de 1959, 25 de marzo de 1965, 9 de julio de 1968 y 21 de diciembre de 1976) y de redacción y revisión de estatutos sociales (Resolución de 5 de noviembre de 1959).

* * *

12. *El asesoramiento autónomo.* Hemos indicado con anterioridad que el momento inicial del proceso formativo de un instrumento público concreto y determinado está constituido por el requerimiento de prestación de funciones del particular al Notario; pero la función notarial puede retrotraerse aún más, de forma que ese mismo requerimiento de prestación de funciones, de que tanto se predica su obligatoriedad para el Notario, puede venir determinado, en su contenido, y en su misma existencia, por la previa labor asesora del mismo Notario.

Es más, puede también suceder que las partes no pretendan, al menos de momento, ningún otorgamiento, sino que simplemente soliciten la opinión, el dictamen del Notario. Puede éste referirse a una situación actual dada; por ejemplo, un defecto de titulación o de cabida de una finca, una sociedad que ha venido operando con órganos caducados, un testamento que hay que interpretar; la consulta está orientada a que el Notario, obrando exclusivamente como técnico jurídico, informe sobre la situación existente y, en su caso, sobre los posibles procedimientos de subsanar los defectos advertidos o de completar lo que se dejó inacabado. Otras veces las partes pretenden modificar esa situación, o crear decididamente una situación nueva; se trata de saber, por ejemplo, qué tipo social será más conveniente para el negocio que se va a iniciar o que ya se está explotando, qué régimen económico será más adecuado para el matrimonio que se proyecta o para otro que ha entrado en crisis o qué medidas habrán de tomarse para que la adquisición que se va a efectuar resulte privativa del cónyuge adquirente y no ganancial de su matrimonio. Tenemos aquí, en la mayor libertad y autonomía, una actividad de consejo del Notario, que es verdadera función notarial y que, evidentemente, es función profesional, privada; los clásicos *respondere* y *cavere* se han desarrollado en toda su amplitud; el asunto puede quedar agotado con el informe del Notario, derivar a otras competencias, especialmente a la esfera judicial, o dar lugar a un requeri-

miento de prestación de funciones —del mismo o de otro Notario—, para la autorización de uno o varios instrumentos públicos, sin excluir, cuando así sea conveniente, la redacción de documentos privados. En la jurisprudencia se han acogido supuestos de “estudios jurídicos” (*Resolución de 11 de febrero de 1974*) o “estudios jurídicos previos” (*Sentencia de 25 de mayo de 1976*), de “resolver las consultas que les hagan los particulares” y “en consecuencia, el Notario, en su actividad de profesional del Derecho, puede, al resolver las consultas, aconsejar como medio jurídico adecuado, el documento privado en los casos en que, por diversas circunstancias, no se pueda formalizar el instrumento público” (*Resolución de 4 de noviembre de 1971*), así como el de emitir, a petición de un tercero, “su opinión jurídica sobre cierto documento privado sometido a su parecer sin formular requerimiento de la prestación de su función notarial” (*Resolución de 9 de mayo de 1978*).

* * *

Con independencia de estos supuestos de adecuación facultativa y de asesoramiento autónomo, que tanto contribuyen a la virtualidad práctica de la función notarial, existe, pues, una función notarial privada normal u ordinaria, que ha descrito recientemente la *Resolución de 28 de noviembre de 1978* con las siguientes palabras: “resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además, en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece, con la protección de todos los intereses en juego”; función asesora; función de adecuación; y, en consecuencia, función promocional, motor de paulatino, pero incesante, progreso del Ordenamiento jurídico.

El Notario tiene, en fin, una función privada, que es también función notarial y que, como al principio del presente apartado indicábamos, le sitúa fuera de cualquier normativa que tenga por objeto el estatuto de los funcionarios que desempeñan exclusivamente la función pública.

III. EL NOTARIO, PROFESIONAL DEL DERECHO

Examinemos las mismas cuestiones, en lugar de hacerlo desde un punto de vista objetivo —la función—, desde un punto de vista subjetivo: la persona que la ejerce; el Notario, por desempeñar también una función privada, es un profesional del Derecho, condición bien alejada de la de los funcionarios exclusivamente encargados de la función pública a que el Anteproyecto se refiere.

* * *

13. *El Notario y su posición entre los juristas.* A simple vista puede comprobarse la peculiar posición del Notario entre los juristas oficiales —Funcionarios públicos— y los juristas libres —Abogados—; esta peculiaridad es consecuencia ineludible de la compleja naturaleza de su función, pública y privada, debida a su vez a la diversidad de intereses, públicos y privados, que está llamada a satisfacer; por ello se da en todos los tiempos y lugares en que se llega a esa forma superior de Notariado —la única que en sentido estricto merece este nombre— que es el Notariado latino.

La función notarial, lejos de ser en su totalidad una función pública, tiene su arranque, como hemos comprobado, en el ejercicio privado de la profesión de jurista libre; y es en este terreno en el que se desenvuelve la mayor parte de la actividad notarial.

El jurista libre, el profesional del Derecho, tiene dos grandes campos de actuación: la pacífica aplicación de la norma y su cumplimiento coactivo a través del pleito. El pleito, el patrocinio procesal para el pleito —el *ostulare* del clásico tríptico romano—, constituye el núcleo de la profesión de Abogado; y a partir de él, y para prevenirle, la actuación del Abogado se va extendiendo al mundo de la voluntaria aplicación de la norma jurídica, pero en concurrencia ya con otros profesionales libres, y entre ellos, en lo que aquí interese, en concurrencia con el Notario. Un utensilio fundamental para esta pacífica vida jurídica está constituido por el documento; y de la misma manera que la *litis* era el núcleo de la profesión de Abogado, el núcleo de la profesión de Notario está constituido por ese tipo

especial de documentos de gran eficacia jurídica que son los instrumentos públicos; pero también aquí, y precisamente para la mayor perfección del documento, para su absoluta adecuación a los mandatos de la norma y a las necesidades y deseos de los particulares, la función del Notario se expande por todo el mundo del cumplimiento del Derecho en la normalidad o sin contienda, en funciones de asesoramiento técnico-jurídico y de consejo humano.

* * *

14. *La Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento.* Si hay una profesión, tiene que haber un profesional; para la *Ley Orgánica*, el puesto de Notario es “oficio” o “cargo”, pero es también una profesión: “el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas” (art. 13-2), las “faltas... que puedan afectar al decoro de la profesión” (art. 43), expresiones que se completan con el reconocimiento de sus rasgos esenciales: libertad profesional (conf. artículos 17-1 y 43), responsabilidad personal (conf. art. 14), retribución por arancel (art. 45) y colegiación (art. 41); pero sin llegar a calificar al Notario de profesional, como hace el Reglamento.

El Reglamento Notarial de 1935 contiene ya esta calificación expresa: “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado” (art. 1º-2); y el Reglamento vigente, conserva este texto literalmente, según dijimos, y lo explicita entendiendo la profesión como función de consejo: “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”. No interesa aquí el contenido de esa profesión, sino solamente el reconocimiento expreso de que el Notario es un profesional del Derecho.

* * *

15. *Otras disposiciones legales.* Fuera de la específica legislación notarial, la profesionalidad de los Notarios está también recogida en numerosas disposiciones, incluso con rango de Ley. Destaquemos las de índole *fiscal*; el Notario siempre ha necesitado “licencia fiscal” para el ejercicio de su profesión, y nunca ha sido considerado fiscalmente entre los funcionarios públicos, sino entre los profesionales; expresamente, el Decreto 512/1967, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, vigente hasta 1978 inclusive, artículo 49; implícitamente, pero con la misma claridad, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, al regular el Impuesto extraordinario sobre determinadas rentas de trabajo personal, en el artículo 15; y también en la vigente Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ya que, en cuanto a la determinación de la renta, no hay que considerar incluidos a los Notarios en la Sección 1ª, Rendimientos del trabajo, sino en la 3ª, Rendimientos de actividades profesionales y empresariales, por lo que tienen que llevar el Libro Registro de ingresos y gastos de profesionales y artistas regulado por la Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 1978; este tratamiento fiscal es doblemente significativo, por su valor jurídico y por el sentido de la realidad que siempre acompaña a las normas fiscales. Destaquemos también la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de *Colegios Profesionales* que, por vía de remisión, expresamente comprendía a los de Notarios (artículo 1º-2-a), doctrina que sigue vigente porque la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, no ha tenido más objetivo, en este punto, que suprimir la referencia a la derogada Ley Constitutiva de las Cortes.

* * *

16. *La jurisprudencia.* El carácter de profesional del Derecho de los Notarios ha sido proclamado repetidamente por el *Tribunal Supremo*, pudiendo considerarse como doctrina jurisprudencial fuertemente asentada. Haremos solamente algunas citas. *Sentencia de 8 de julio de 1965* (segunda Sentencia): “manifiesta negligencia profesional”; *Sentencia de 18 de octubre de 1969*: “el Notario, como profesional del derecho y funcionario público”, “un cuerpo excepcional de técnicos jurídicos”, “deber normativamente impuesto a tal

profesional y funcionario”; *Sentencia de 17 de mayo de 1972*: “ejercita el Notario la fe pública, en las relaciones de derecho privado, sin contienda judicial, y en su doble condición de profesional del derecho y de funcionario público”; *Sentencia de 25 de mayo de 1976*: “los problemas que pueda plantear la aplicación del Arancel Notarial, como forma legalmente reconocida de remunerar la actividad profesional de un funcionario público especial”, “tesis que no contradice la posibilidad de que algunas de las actividades que puede desarrollar el Notario como profesional del derecho (no funcionario), tales como estudios jurídicos previos, suplidos, etc., merezcan otra calificación jurídica de acuerdo con su naturaleza”; *Sentencia de 26 de junio de 1976*: “ejercicio privado de funciones públicas”; *Sentencia de 31 de marzo de 1977*: “ejercicio privado de funciones públicas”. Dejando a un lado la referencia a la adecuación facultativa y al carácter de funcionario, no cabe duda de que, para el Tribunal Supremo, en el caso del Notario, hay una “actividad profesional”, puede haber una “negligencia profesional”, hay un “profesional” y, concretamente, un “profesional del derecho”, “técnico jurídico”, en suma un particular, ya que estamos ante un ejercicio “privado” de funciones públicas.

En el mismo sentido se pronunció el *Consejo de Estado*, en su dictamen número 28,999, emitido el 25 de octubre de 1962 sobre el Anteproyecto de lo que habría de llegar a ser el vigente Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; “no hay razón para excluir, del ámbito de la Ley General a ninguno de los Cuerpos de funcionarios a que se refiere el artículo 3º, salvo los referidos en el apartado a) (personal judicial), dado que no son funcionarios administrativos estrictos y precisan de un régimen propio que garantice la peculiaridad e independencia de su labor, y los del apartado d) (los no remunerados por Presupuesto), que, de ordinario, tampoco son verdaderos funcionarios, sino más bien profesionales que ejercen privadamente determinadas funciones públicas”; nadie desconocerá que estas últimas palabras se refieren, sobre todo, a los Notarios.

La *Dirección de los Registros*, por su parte, no solamente ha considerado “modalidad peculiar” del secreto “profesional” de los Notarios el secreto del protocolo (Resoluciones de 19 de septiembre de 1975 y de 8 de junio de 1977), sino que, en la *Resolución de 12 de marzo de 1970*, ha declarado que el Notario presta, “como profesional del Derecho una misión de asesoramiento a quienes reclamen sus

servicios para aconsejarles medios jurídicos adecuados a la finalidad que pretenden”, y en la *Resolución de 4 de noviembre de 1971*, “que el Notario, conforme al artículo 1º del Reglamento Notarial, tiene el doble carácter de funcionario público y de profesional del Derecho”, insistiendo más adelante, “en su actividad de profesional del Derecho”.

* * *

17. *La doctrina.* Difícilmente encontraríamos entre los notarialistas españoles posteriores a 1935 algún disidente al concepto del Notario profesional del Derecho; precisamente porque el Reglamento Notarial no hizo entonces otra cosa que recoger el común sentir de la doctrina, generalmente expresado en la antigua terminología de “profesor” de Derecho, desde los primeros comentaristas de la Ley Orgánica. Nos limitaremos a algunas citas bien significativas. Ruiz Gómez: “El Notario, antes y más que fedatario, es profesor de una facultad: perito de los actos civiles dichos: persona, hoy jurisconsulto, habitualmente dedicado a perfeccionarlos, o purgar de defectos los proyectos de los mismos en lo que, con la ley, la ciencia y las artes se relacionan y a redactar bien los documentos en que se consignan”.²² Costa: “un Profesor de Derecho que interviene activamente, de un modo positivo, en los instrumentos que autoriza, cuidando de que no falte en ellos ninguno de los requisitos necesarios para su validez”.²³ Fernández Casado: “El Notario es un profesor encargado de presidir y dirigir el establecimiento de las relaciones pacíficas de derecho privado, redactar y autorizar los documentos en que se hacen constar, y dar testimonio de hechos que a su presencia ocurran”, concepto que comienza a desarrollar con las siguientes palabras: “Preferimos la palabra profesor a la de funcionario, porque además de ser, en nuestra opinión, el Notario esencialmente profesor y sólo accidentalmente funcionario, queremos alejar

22 Conf. Fernández Casado, op. cit., en nota 24, pág. 144.

23 Costa (Joaquín): “La reforma de la fe pública”, 2ª edición (Madrid, 1897, 229 págs.), pág. 32.

todo lo posible la idea o concepto de Notario de la de empleado público”.²⁴ Textos todos de las últimas décadas del siglo XIX.

* * *

18. *El concepto de profesional libre.* Si queremos profundizar más, tendremos que partir de un concepto de lo que es, jurídicamente, una profesión liberal. Podemos aceptar el concepto de Lega,²⁵ gran especialista en la materia: “El profesional libre viene ante todo considerado como prestador de obra intelectual efectuada en régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente, con amplia discrecionalidad (bajo el aspecto de la técnica profesional) y con organización de trabajo propia”; o el acogido por la Unión Nacional de Profesiones Liberales de Francia: “Ejerce una profesión liberal el que, teniendo una competencia comprobada, tiene una actividad de servicio de carácter principalmente intelectual, goza de una libertad total en la elección de los consejos que da a su cliente, es libremente escogido por este cliente y compromete su responsabilidad en sus actos profesionales”.²⁶

* * *

19. *La profesión.* El primer requisito para la existencia de un profesional es que exista una profesión; a ello se refieren las expresiones “prestador de obra intelectual” y “actividad de servicio de carácter principalmente intelectual” de las definiciones antes consignadas. Esta profesión, o conjunto de servicios a prestar por el profesional, tiene que ser típica, se ha de poder deslindar de las otras profesiones vecinas, de cuyo intrusismo habrá de defenderse, por lo que las actividades o servicios que la integran han de ser los mismos para todos los profesionales que la desempeñan.

24 Fernández Casado (Miguel): “Tratado de Notaría”, Tomo I (Madrid, 1895, 845 págs.), págs. 146-7.

25 Lega (Carlo): “Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza” (Milano, Giuffré, 1974, 1,000 págs.), pág. 97.

26 Conf. Chappuis, op. cit., en nota 30, pág. 16.

La existencia y contenido de la profesión de Notario, en la realidad jurídica y en las normas positivas, ha quedado demostrada en las páginas que preceden; el intrusismo profesional se da en el zurupetismo iletrado y en las categorías más elevadas a que basta con aludir aquí; el Reglamento lo tiene en cuenta, al atribuir a las Juntas Directivas, entre otras, la facultad de “recabar el auxilio de las Autoridades de todas clases para evitar y poner término a aquellas actividades que impliquen intrusismo profesional, especialmente aquellas formas de publicidad en que se atribuyan funciones notariales o la prestación de servicios o trabajos relacionados con la profesión” (art. 332-7^a); y la homogeneidad de todos los Notarios está proclamada en el mismo artículo 1^o-2 de la Ley: “Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios”; aunque se emplee la palabra “funcionarios”, el principio de jerarquía, propio de éstos, es sustituido por el de la homogeneidad profesional; ni por razón de la materia, ni por razón de la cuantía hay entre los Notarios la menor diferencia funcional: “con idénticas funciones”, dice el artículo 1^o-1 del Reglamento.

Los servicios en que la prestación notarial consiste son ciertamente intelectuales, como exigen las citadas definiciones. rindiendo tributo a la tradición.

* * *

20. *El título.* El requisito sustancial, la profesión, se complementa con el requisito formal, el título, que acota la actividad en que la profesión existe, legítima para su ejercicio al que lo posee y excluye de ella a quien no lo tiene; para lo que necesariamente habrá de ser expedido por el Estado, previa la comprobación de la competencia del profesional, en garantía de los particulares que requerirán sus servicios, y que no están en condiciones de apreciar esa competencia. El título de Notario está regulado en los artículos 11 y 13-1 de la Ley y 34 de su Reglamento.

* * *

21. *La libertad del profesional.* El profesional realiza su actividad “en régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente,

con amplia discrecionalidad (bajo el aspecto de la técnica profesional)", "goza de una libertad total en la elección de los consejos que da a su cliente".

El Notario, según hemos expuesto, es libre en sus funciones privadas de asesoramiento y adecuación, sin control corporativo ni intervención administrativa (Reglamento, art. 1°-3; Resoluciones de 27 de febrero y 16 de abril de 1969 y de 10 de febrero y 12 de marzo de 1970; Sentencias de 25 de mayo y 26 de junio de 1976). Y tiene también libertad frente a su cliente, para asesorarle según sus conocimientos y su conciencia; lo que no obsta para que el cliente tenga también libertad para seguir o no los consejos del Notario, como los de cualquier otro profesional, pues al fin el asunto es suyo; la posibilidad de presentar minuta al Notario, y hasta de insistir en ella, que reconoce a los otorgantes el artículo 147-2 y 3 del Reglamento Notarial, tiene su paralelismo, por ejemplo, en el artículo 29-2 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Decreto de 28 de junio de 1946: "En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas que imponga la tutela jurídica de cada asunto y a las instrucciones que con respecto a la misma reciba del cliente. Si hubiese discrepancia, podrá bien negarse a intervenir, o bien cumplir las instrucciones, recabando en este caso su formulación por escrito para eximirse de responsabilidad".

* * *

22. *Su libre organización.* La libertad del profesional se extiende a aquella "organización de trabajo propia" mediante la que ejerce su profesión. El Notario tiene que establecer su despacho en la población en que está demarcada su Notaría; pero dentro de ella, elige libremente el local en que instalarse, su presentación, mobiliario, maquinaria y, con alguna limitación, derivada de la Legislación laboral, sus empleados y su jornada; aunque para él, como para todo profesional, no hay día ni hora inhábil, salvo para documentos muy excepcionales, como los protestos. Nadie discutirá que el Notario, por su instalación, por sus inversiones, cada día más cuantiosas, por las responsabilidades laborales y sociales por sus colaboradores y, en fin, por su forma de vida, aparece claramente como un profesional.

* * *

23. *La responsabilidad civil.* La libertad del profesional, en su ejercicio y en su organización, tiene como obligada contrapartida su responsabilidad personal, con todos sus bienes presentes y futuros, conforme al artículo 1,911 del Código civil.

En igual forma es responsable el Notario de los daños y perjuicios que cause por su dolo, culpa o ignorancia inexcusable, según establecen, entre otros, los artículos 705 y 715 del Código civil, 22 de la Ley Hipotecaria, 23 de la Ley del Notariado y 146 de su Reglamento. Unas veces —defectos de formalización o de adecuación necesaria—, se tratará de una responsabilidad extracontractual; otras —adecuación facultativa, asesoramiento autónomo—, de una responsabilidad contractual; pero en todo caso es una responsabilidad personal, de índole civil, según la Sentencia de 3 de julio de 1965 y la Resolución de 20 de mayo de 1969, ya citadas; y puede alcanzar sumas tan exorbitantes —piénsese en las nulidades testamentarias o en el error culposo en la fe de conocimiento—, que ha hecho necesaria la creación, dentro del Notariado, por Orden de 24 de abril de 1948, de un servicio de responsabilidad civil, al que para nada contribuye el Estado.

Es el sistema contrapuesto al de los funcionarios públicos. Porque el Estado, que no responde nunca de los daños causados por los Notarios, responde en cambio de los daños causados por los funcionarios, responde directamente al particular lesionado en cualesquiera de sus bienes y derechos, siempre que esta lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aunque el daño haya sido causado por el comportamiento culpable de un funcionario, y aunque éste sea el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, y no un agente especial, porque esta distinción del artículo 1,903-5 del Código ha sido eliminada, primero por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y después por el artículo 40-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto refundido de 26 de julio de 1957), que reconoce este derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado, sin perjuicio claro es, de la acción de regreso del Estado contra el funcionario culpable (art. 42) y de la responsabilidad directa de éste frente al particular

en los casos de culpa o negligencia graves (art. 43). La misma responsabilidad por los hechos de los Notarios tendría el Estado en un sistema de Notariado administrativo.

Ello lleva a García-Trevijano Fos a obtener las lógicas consecuencias en “los casos de ejercicio privado de funciones públicas. De los actos de un Notario, por ejemplo, en el ejercicio de su función, no responde el Estado, y esto, que es una consecuencia, nos sirve para afirmar que los notarios —y supuestos similares— no son funcionarios ni están encuadrados en la organización, salvo por su relación de ejercicio profesional”.²⁷

* * *

24. *La libertad de elección del público.* El profesional es libremente escogido por el cliente; es la última nota de las definiciones indicadas que nos queda por comentar.

Estamos ante un requisito esencial del profesional, que le distancia del funcionario “competente”, impuesto al administrado para cada actuación de índole administrativa. En la raíz de toda profesión liberal está, en efecto, “el dato psicológico: la confianza” de que hablaba Savatier,²⁸ que, en cuanto al Notario, ha sido señalada por la *Resolución de 20 de septiembre de 1962* (“las relaciones entre Notarios y otorgantes, basadas normalmente en la confianza”) y ha sido bellamente expresada por Carnelutti: “Busca el notario, como todo intérprete, en algo que es desconocido; y es, en fin, el alma del hombre; busca porque la parte, ante él, a diferencia de lo que hace con frecuencia delante del juez, parece que se abre, en lugar de cerrarse”.²⁹

La libertad de elección de Notario, implícita en el artículo 2º de la Ley, está expresamente proclamada en el artículo 3º-2 del

27 García-Trevijano Fos, op. cit., en nota 5, pág. 410.

28 Savatier (R.): “Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d’aujourd’hui”; segunda serie: “L’universalisme renouvelé des disciplines juridiques” (París, Dalloz, 1959, 340 págs.), pág. 186.

29 Conf. Buttitta (Giacomo): “L’arte del notaio prima e dopo il rogito”, en págs. 51-62 de los “Scritti giuridici in onore del notaio prof. Vincenzo Baratta” (Palermo, 1967, 262 págs.), pág. 53.

Reglamento: “Los particulares tienen el derecho de libre elección de Notario”, salvo el supuesto de turno oficial, que aquí se indica, y que se desarrolla en los artículos 126 y siguientes; pero este turno de reparto de documentos no es susceptible de interpretación extensiva, puesto que, como declara la *Sentencia de 23 de marzo de 1977*, “tal criterio no se ajusta al principio de libertad de elección de Notario que para los otorgantes proclama, como básico, el citado artículo 3º, que produce, como correlato indispensable, la configuración del turno de reparto de documentos notariales como limitación o restricción de aquél informante principio, lo cual determina, a su vez, una interpretación al menos estricta y no susceptible de extensión ni de analogía”. La libertad de elección del público es, pues, un principio “básico” de nuestro Derecho Notarial.

Otra restricción a la libertad de elección puede verse en el número limitado de Notarios que, con su respectiva residencia, establece la demarcación. Esta limitación de número no implica, ante todo, que el Notariado sea un grupo social cerrado; es un núcleo social abierto a todos aquellos que reúnan las condiciones legalmente exigidas, todas ellas de naturaleza puramente objetiva, y que superen los ejercicios de oposición, que se llevan con objetividad y justicia por todos reconocidas. En cuanto a lo que ahora interesa, al no existir apenas documento que haya de otorgarse en un lugar determinado, la facilidad de las comunicaciones y el uso frecuente de los poderes, hacen que la libertad de elección tenga para el cliente una amplitud más que suficiente.

* * *

25. *La concurrencia profesional.* La libertad de elección del público produce, como consecuencia inmediata, la libre concurrencia entre los profesionales, con sus desviaciones de concurrencia ilícita. El Reglamento fomenta, en beneficio de los clientes, la libre concurrencia entre los Notarios, prohibiendo los convenios de reparto de documentos (art. 137) y sanciona la celebración de convenios de reparto prohibidos, el acaparamiento de asuntos por medios reprobables, el ejercicio no personal de la profesión, el invadir extralegal y subrepticamente el término municipal del lugar en que tenga su residencia otro compañero y, en general, cualquier otro acto de competencia ilícita (arts. 344, 345 y 347); cierto es que en la actua-

lidad la concurrencia entre los Notarios no reviste los negros caracteres de otras épocas, pero los Anuarios de la Dirección General siguen recogiendo casos graves que demuestran la virtualidad de los preceptos reglamentarios citados.

* * *

26. *La clientela.* Consecuencia mediata de aquella libre elección del público, es la formación de una clientela del profesional. También el Notario tiene que cuidar, con su preparación, con su dedicación, con su servicio, que aquellas personas que han acudido a él, quizá por casualidad, vuelvan cada vez que necesiten de un Notario y vayan constituyendo una clientela estable, con lo que, al mismo tiempo, su actuación ganará en profundidad; la conservación de las matrices fomenta la formación de la clientela notarial, pero el cliente no queda unido de manera definitiva al Notario, puede cambiar de Notario a su voluntad, y ello ha de constituir un acicate de superación continua para el Notario; el Reglamento, en materia de permutas (arts. 106-8), de limitaciones a la libre instalación de despachos (art. 42) y hasta de publicidad (art. 71-4), trata de evitar que un Notario se aproveche de una clientela que él no ha formado, con o sin el consentimiento del Notario que la hizo.

* * *

27. *El contrato de profesión liberal.* Jurídicamente, la libre elección del público se concreta en su libre contratación con el profesional, mediante un contrato que en tiempos se consideró mandato o arrendamiento de servicios, y que actualmente se individualiza como contrato de prestación de obra intelectual o sencillamente contrato de profesión liberal; aunque, como en tantos otros sectores, la libertad de contratación tienda aquí también a restringirse.

El Notario y su cliente contratan con toda normalidad en todo el amplio espacio de la adecuación facultativa, ampliando las obligaciones que el esquema legal pone a cargo del Notario; pero también respecto de la adecuación necesaria, a pesar de formar parte del tipo legal de la prestación notarial, es posible el convenio entre el Notario y el otorgante en el sentido de disminuir contractualmente las obliga-

ciones del Notario, reduciéndolas a la mera autorización con arreglo a una minuta presentada, incluso conforme a minuta insistida por el otorgante frente a las objeciones del Notario; nadie duda actualmente de que la obligatoriedad de prestación de funciones del Notario para nada impiden estos contratos, aunque algunos los sigan calificando de contratos forzosos (de parte del Notario); de la misma manera que, dentro de ciertos límites, caben los convenios de exoneración de responsabilidad.

* * *

28. *La retribución.* Este contrato de profesión liberal es oneroso; el cliente tiene que satisfacer al profesional una retribución por los servicios que de él recibe; y a fin de evitar los abusos que, en una y en otra dirección, podrían producirse, el importe de la retribución o los criterios para determinarlo suelen establecerse en un arancel o tarifa, formado mediante la colaboración, en muy diversas formas y medidas, entre la Administración y el Colegio profesional respectivo.

La *Ley Orgánica* conservó este sistema de retribución de los Notarios mediante Arancel (art. 45), que había sido observado entre nosotros sin interrupción por lo menos desde la *legislación alfonsina* (Fuero Real, I-VIII-1; Espéculo, IV-XII-60; Partidas, III-XIX-15); es también el procedimiento seguido en el mundo occidental que nos rodea; así, en *Bélgica*, la tarifa notarial vigente, de 16 de diciembre de 1950, ha sido profundamente modificada por Reales Decretos de 22 de enero de 1971 y de 7 de julio de 1976, e incrementada por Real Decreto de 8 de agosto de 1978; en la *Alemania Federal*, la Ley de Aranceles de 26 de julio de 1957 ha sido modificada por la Ley de Documentación de 28 de agosto de 1969 y por la Ley de 30 de mayo de 1973, modificatoria también del Código civil; en *Grecia*, el Código del Notariado de 25 de agosto de 1977, regula los honorarios de los Notarios en sus artículos 95 al 106, que sustituyen la normativa anterior, contenida en la Ley Notarial de 18 de enero de 1973; en *Francia* la nueva tarifa de los Notarios está establecida por el Decreto núm. 78-262, de 8 de marzo de 1978; los aranceles anteriores eran de 29 de septiembre de 1953, modificados en 17 de enero de 1973; y en *Italia*, en virtud de la Ley núm. 41, de 5 de marzo de 1973, la tarifa se fija por acuerdo del Consejo Nacional

del Notariado, (nuestra Junta de Decanos), aprobado por Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia; y conforme a ella, “la tarifa de los honorarios, derechos, indemnizaciones y compensaciones correspondientes a los Notarios” fue aprobada por Decreto Ministerial de 20 de junio de 1973 y modificada por Decretos Ministeriales de 30 de septiembre de 1974 y de 16 de septiembre de 1976.

El servicio notarial es, en efecto, de interés particular, y debe ser satisfecho por el particular interesado en el mismo; el Estado no tiene por qué pagar el testamento de una persona, las escrituras de compra que haga o los gastos de constitución de las sociedades que promueva para sus fines privados, ni las actas notariales que inste para la mejor defensa de sus derechos; la misma Ley del Notariado Estatal de la URSS, de 19 de julio de 1973, así lo dispone: “Los interesados deberán hacerse cargo de los gastos y honorarios de acuerdo con el arancel notarial en vigor” (art. 25-4); en un sistema de Notariado funcionarizado el arancel no podría desaparecer, sino que subsistiría en forma de tasas, ya que es a los otorgantes a quienes incumbe el pago de los servicios notariales que se les prestan.

En un sistema, como el nuestro, de Notariado profesional, el importe del arancel debe ser cobrado por el Notario mismo que ha prestado los servicios que se remuneran, sin que sea concebible que el Estado se apropiara de la remuneración del trabajo de un profesional, ni aun asumiendo la obligación de satisfacerle un sueldo; así se expresaba la Real orden de 7 de enero de 1911, al rechazar el reparto forzoso de emolumentos entre los Notarios: “porque si bien el Poder público tiene la indiscutible facultad de regular sus derechos (los arancelarios de los Notarios), no le incumbe la de disponer de lo ajeno, como lo sería el hecho de obligar a los que legítimamente han sido remunerados por su trabajo a partir el importe de esa remuneración con los que han sido ajenos a tales servicios, porque esto constituiría un verdadero despojo, de todo punto incompatible con las más triviales nociones de justicia”. Bien es verdad que el Notario desempeña también una función pública y el importe de ésta debe ser cobrado por el Estado; aunque al Estado nada le cueste, por ser los gastos íntegramente satisfechos por el Notario; y así ocurre, porque el Estado cobra al particular tal importe mediante el Impuesto, especialmente el de Actos Jurídicos Documentados, como ponen de relieve aquellos actos que únicamente están sujetos al impuesto si

constan en documento notarial. El Notario, en efecto, cobra mediante el arancel solamente su función profesional y no la función pública.

La sustitución del arancel por el sueldo, como sistema de retribución, encarecería, por tanto, grandemente el servicio notarial; los particulares tendrían que buscar y pagar un asesoramiento, que les es imprescindible y que la Administración no puede, ni debe, darles; y tendrían, además, que satisfacer la tasa notarial. Y no sería el económico el mayor daño, pues habríamos sustituido un Notariado profesional, puesto al servicio de los particulares para encauzar dentro de la Ley su libertad y su creatividad, por un Notariado funcionarizado, al servicio de la Administración, controlador, fiscalizador, de la actividad privada.

Finalmente, y desde un punto de vista ya meramente cuantitativo, los ingresos de los Notarios son muy distintos, a lo largo de su vida profesional y, dada la libertad del público, dentro de la misma localidad; la cóngrua, el turno, el turno desigual y otros mecanismos establecidos o a punto de serlo, fueron evitando primero los casos extremos y luego las desigualdades que se iban juzgando excesivas; el camino es acertado y es preciso proseguirle; pero siendo siempre conscientes de que la desigualdad es producto de la libre competencia, y ésta consecuencia de la profesionalidad del Notario y del derecho de los particulares a su libre elección, libertad civil de que no podemos privarles; como declaró la Real orden, ya citada, de 7 de enero de 1911, ni los Notarios pueden pedir al Estado “una clientela que sólo ha de proporcionarles su inteligencia, su celo, su aplicación, sus buenos servicios y hasta su arraigo y conocimientos sociales en la población donde pretendan ejercer”, ni el Estado puede “obligar a los ciudadanos a utilizar los servicios de determinados funcionarios, a quienes forzosamente tienen que confiar sus secretos más íntimos”. También son variables los ingresos notariales según las coyunturas económicas; disminuyeron grandemente con el Plan de Estabilización, para no remontarnos a la guerra civil; aumentaron con el progreso económico de los últimos tiempos, sin que la actual crisis económica se haya sentido todavía demasiado por la formalización de ventas de pisos construídos hace años. En todo caso, si las ganancias de los Notarios en un determinado momento histórico son bajas, o si son excesivas, es el Gobierno el que tiene que determinarlo, y el que tiene en su mano los medios de corregirlo, especialmente los Decretos de Aranceles y de Demarcación; el Gobierno

puede controlar perfectamente el coste de la función notarial, y en su mano está mantener, aumentar o reducir ese coste; si lo que le preocupa a nuestro Gobierno son las ganancias de nuestros Notarios y no juzga suficiente la corrección tributaria, la solución lógica es, o aumentar el número de Notarios, o disminuir los aranceles, o quizá una combinación de ambas cosas; pero nunca desnaturalizar la función, pues el perjuicio mayor se producirá para todos los españoles, a quienes se priva de un servicio ágil, eficaz, independiente, y de un asesoramiento jurídico que tendrá necesariamente que suplir; de todo lo cual resultará un servicio peor y más caro.

* * *

29. *La colegiación.* Profesión liberal y Colegio Profesional son realidades que se exigen la una a la otra; el Colegio no puede existir sin una profesión que constituya su substancia y la profesión no puede quedar perfectamente definida y defendida si no se articula en un Colegio. El profesional, en efecto, por su formación y superioridad técnica, no necesita protección frente a la persona que contrata sus servicios —como le ocurre al trabajador por cuenta ajena—, sino frente a los otros profesionales: los de su misma profesión —concurrencia desleal—, y los de las profesiones vecinas —instrumentismo—; el Estado fomenta, a su vez, estos Colegios como instrumento de disciplina de unas profesiones que, por definición, son libres; y para ello, la primera de las peculiaridades de los Colegios Profesionales a que se refiere el artículo 36 de la Constitución es la colegiación obligatoria, frente a la libertad sindical proclamada en el artículo 7º. Son, pues, antitéticos los Colegios de profesionales y los Sindicatos de trabajadores por cuenta ajena, y, entre ellos, los de funcionarios públicos, cuyo derecho a la sindicación se reconoce, con peculiaridades, en el artículo 103-3 del texto constitucional; las personas que los integran, el principio a que obedecen, los problemas a que responden, etc., son fundamentalmente distintos; tenemos aquí, por tanto, un criterio más para decidir si estamos ante un profesional o ante un funcionario.

El artículo 41 de la Ley Orgánica conservó el sistema de Colegios de Notarios, cuyo origen entre nosotros se remonta nada menos que a 1238, en que Jaime I el Conquistador creó el Colegio de Notarios de Valencia; actualmente, según ya hemos visto, además de su legis-

lación específica, les es aplicable la Ley de Colegios Profesionales; y su encuadramiento dentro del artículo 36 de la Constitución es indiscutible.

* * *

30. *El trabajo en equipo.* Para no continuar indefinidamente, vamos a tratar de un último punto; el trabajo en equipo de los profesionales —de la misma y de distintas profesiones—, que tanto se está difundiendo en la práctica como única solución a los problemas que afligen a las profesiones liberales y que, respecto de la profesión notarial, ponía de manifiesto la Circular 67-21-bis, de 14 de noviembre de 1967, del Ministerio de Justicia de Francia: “su ejercicio individual resulta cada vez más difícil, debido a la diversidad y a la amplitud de los conocimientos jurídicos que implica, y necesita también más, para ser plenamente eficaz, la modernización y desarrollo del equipamiento de los despachos”.

Ha sido Francia, precisamente, el país europeo que más ha avanzado en esta materia; la Ley 66-879, de 29 de noviembre de 1966, reguló las sociedades civiles profesionales, y bien pronto su aplicación a los Notarios fue desarrollada por el Decreto 67-868, de 2 de octubre de 1967 y por la Circular antes citada. La práctica de los demás países europeos occidentales presenta una evolución favorable al trabajo en equipo de los Notarios, como el de los demás profesionales, y en España la modificación de los artículos 42 y 137 del Reglamento por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio, ha hecho posibles las uniones de despachos, con autorización de la Junta Directiva; pueden verse las Resoluciones de 11 de abril de 1973 y de 11 de enero de 1978.

* * *

Podrán hacerse salvedades; podrá decirse, con Chappuis, que el Notariado es una “profesión liberal de fisonomía particular”,³⁰ o, con Lega, que el Notario “es un particular, profesional libre, que para determinadas actividades, reviste la calificación de oficial pú-

30 Chappuis (Jacques): “Les sociétés civiles professionnelles notariales” (París, 1970, 124 págs.), pág. 27.

blico”;³¹ pero nunca podrá negarse que, de hecho y de Derecho, el Notario es entre nosotros un profesional, condición, como decíamos, bien alejada de la de los funcionarios exclusivamente encargados de la función pública a que el Anteproyecto se refiere; resultaría, además, inconcebible, que en un clima de libertad profesional y de rechazo de una normativa de los funcionarios públicos, unos profesionales jurídicos se vieran privados de su profesión, sin indemnización, en perjuicio de los españoles todos, que quedarían privados de un servicio notarial que es hoy día competente, ágil, eficaz y barato.

IV. LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL NOTARIO

No es éste el lugar de exponer en forma completa la función pública del Notario; pretendemos solamente mostrar cómo la función privada del Notario penetra su función pública y la confiere una naturaleza especial; por ello, la función pública del Notario ya no es una “pura” función pública, ni el Notario es equiparable —ni siquiera en cuanto a su función pública—, a otros fedatarios, puros funcionarios públicos, que, de tener carácter administrativo, han de quedar sujetos al Estatuto de la Función Pública; al mismo tiempo se demostrará que no es posible escindir los elementos públicos y los privados fundidos en la actual función notarial.

* * *

31. *La fe pública.* El Notario viene normalmente considerado como un fedatario público; su función suele resumirse en la frase tradicional “dar fe”; y así lo hace el mismo artículo 1º-1 de la Ley Orgánica: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”; ninguna duda cabe de que estamos ante la función pública que ejerce el Notario.

31 Lega, op. cit., en nota 25, pág. 153.

La fe pública notarial comenzó teniendo, ciertamente, un alcance subjetivo; era el Notario, como testigo privilegiado, el que gozaba de fe pública, y sólo de manera incompleta podía transmitírsela al documento que autorizaba: el testimonio en juicio del Notario era fundamental para mantener el valor probatorio del instrumento público. Actualmente el momento subjetivo subsiste en la evidencia directa e inmediata de la realidad por el Notario —*de visis et auditis suis sensibus*—, pero se ha objetivado en una narración documental, de manera que la fe pública ha de predicarse, más que del Notario, del documento mismo, como una cualidad de su narración, como una eficacia documental.

Esta eficacia consiste en la virtualidad de la narración, del *dictum*, para sobreponerse a lo narrado, a lo realmente actuado, al *actum*, para suplantarlo, mientras que una sentencia penal, o civil en juicio declarativo, no la prive de su fe pública declarando su falsedad; y lo mismo entre partes que respecto de terceros. Estamos, pues, en la esfera de los hechos, a la que corresponde la contraposición entre lo verdadero y lo falso; hechos que han tenido que ser percibidos, sensorialmente, por el fedatario mismo. Es la fe pública en sentido estricto, máxima eficacia del instrumento público, proclamada en el artículo 1.218-1 del Código civil: “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”; en ella consiste, ante todo, la función pública del Notario, según el artículo 1º-3 del Reglamento: “Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos”.

* * *

32. *Crear lo que no vimos.* La fe pública del Notario se adapta perfectamente a estas ideas en tema de actas, sobre todo en las de presencia (art. 199-2) y en las de referencia (art. 208); para que la concordancia siguiese en materia de escrituras públicas, tendríamos que mutilar la función notarial, reducirla al momento final, al acto del otorgamiento, en que presentes ante el Notario los otorgantes y demás intervinientes con el documento preparado, se procede a la lectura, consentimiento, firma y autorización del mismo; la escritura nos aparecería entonces como el acta del acto del otorgamiento.

Pero esta audiencia es sólo, como decimos, el momento final; el Notario ha comenzado a actuar mucho antes, en función estrictamente notarial, y como consecuencia de esta actuación lo que al final va a autorizarse es siempre algo distinto, a veces totalmente distinto, de la voluntad inicialmente aportada por los interesados, voluntad empírica que, según veíamos, frecuentemente es una voluntad deformada, errónea, incompleta, imprevisora y hasta ilegal y discordante. El Notario actúa también aquí en la esfera de los hechos, pero al actuar antes de que los hechos ocurran y al tratarse de hechos humanos, puede y debe influir en su misión cautelar para que, en su caso, lleguen a ocurrir de manera distinta a la inicialmente proyectada. El fenómeno, y su repercusión sobre la fe pública y el instrumento como medio de prueba, han sido repetidamente observados; el Notario, escribía Mengual en la antigua terminología del profesor de Derecho, instruye o enseña lo que debe hacer el hombre y luego “autentica aquello que primeramente enseñó”;³² hasta el Notario “puede no creer en la relación jurídica que la escritura contiene —decía González Palomino—, porque, a lo mejor, él mismo aconsejó que se tomara un camino distinto del que se proponían las partes, para lograr igual y más fácilmente el efecto que se propusieron”;³³ “¿qué prueba tan singular, pues, ésta —pregunta Sanahuja— en que la persona que tiene la misión de testificar no sólo deja de manifestar los hechos tal como han pasado, sino que paradójicamente muchas veces los altera, porque por disposición del Poder público tiene la facultad y aun la obligación de alterarlos a fin de que puedan ser legalmente escriturados?”;³⁴ el sentido de estas frases es certero, aunque su vigor expresivo se logre en detrimento de su corrección; el Notario manifiesta los hechos tal como al fin han llegado a pasar y cree más que nadie en una relación jurídica que su consejo contribuyó a formar; lo que ocurre es que la fe creencia, el “creer lo que no vimos”, ha sido precedida de la fe-creación notarial, el “crear lo que no vimos”, definición de fe de Don Miguel de Unamuno que recuerda el mismo González Palomino.

32 Mengual y Mengual (José M^a): “Elementos de Derecho Notarial”, Tomo II, Volumen II (Barcelona, Bosch, 1933, 700 págs.), pág. 68.

33 González Palomino (José): “Hacia un Derecho Notarial” (Revista de Derecho Privado, año XXI, n^o 252, 15 de septiembre de 1934, págs. 288-292), pág. 289.

34 Sanahuja y Soler (José M^a): “Tratado de Derecho Notarial”, Tomo I (Barcelona, Bosch, 1945, 499 págs.), pág. 2.

* * *

33. *Los puros fedatarios públicos.* Esta modalización de la esencial fe-creencia, objetivada en eficacia, por la interferencia en el estadio previo de la fe-creación originada por la función privada del Notario de asesoramiento y adecuación, es la que separa al Notario de los demás documentadores públicos. D'Orazi lo pone magníficamente de relieve: "Al notario se le encomienda, en efecto, el desenvolvimiento de una actividad dirigida a establecer con exactitud el fin concreto querido por las partes. Cuando éste no sea actuable jurídicamente, la actividad se dirige a identificar los límites de variabilidad del propósito perseguido por las partes mismas, en relación a los esquemas predispuestos por el ordenamiento jurídico, adoptando por tanto el esquema más idóneo y más próximo al intento práctico manifestado. = Así puede justificarse la antigua y aguda intuición, ya recordada por mí, que hace del notario el *dominus negotii*: así se acierta también a poner en evidencia la sustancial diferencia que media entre la *fase de valoración* propia de todo documentador y la *función de adecuación* propia del notario, en conexión con la *función documental* que le compete".³⁵

Hace ya muchos años que, entre nosotros, lo había expuesto Beceña, al comparar las funciones de los Secretarios Judiciales y las de los Notarios: "La función del Secretario es al acto jurídico procesal mucho menos importante que lo es la del Notario al acto jurídico extrajudicial. Legalmente, el Secretario es un mero testigo del acto que el Juez cumple ante él, limitándose a autenticarlo, pero siendo el Magistrado perito en derecho, ni tiene obligación de consultar con aquél, ni el Secretario derecho a intervenir en nada que con la validez del acto se refiera, fuera de su documentación. El Notario, por el contrario, constituye la relación jurídica, con validez formal e interna, aumentando así el ámbito de aplicación pacífica del derecho";³⁶ esta es la razón de fondo por la que la Ley de 1862, siguiendo a la Ley de Ventoso, separó la fe pública extrajudicial de la judicial; el Secretario Judicial es un puro fedatario público, un puro documenta-

35 D'Orazi Flavoni (Mario): "La responsabilità civile nell'esercizio del Notariato", en "Contributi giuridici della Scuola di Notariato "A. Anselmi" nel suo primo decennio (1949-1958)" (Milano, Giuffré, 1958, págs. 37-85), pág. 68.

36 Beceña (F.): "Sobre la retribución de los funcionarios judiciales" (Revista de Derecho Privado, 15 de junio de 1924, págs. 161-164), conf. pág. 163.

dor público, funcionario público que, de no pertenecer al orden judicial, estaría sujeto al Anteproyecto que comentamos; el Notario, antes y además de documentador, es un profesional privado, cuya actuación modaliza, como hemos visto, su misma función pública.

También son puros fedatarios públicos —y sometidos, claro es, al Estatuto de la Función Pública—, los funcionarios a quienes está encomendada la fe pública administrativa, como fácilmente puede comprobarse en los supuestos quizás más admisibles —se hace bien difícil distinguir en la esfera administrativa la fe pública de la mera certificación—, los relativos a los órganos colegiados. Limitémonos al supuesto más general, el regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, artículo 13: “1. Los órganos colegiados nombrarán de entre sus miembros un Secretario. 2. De cada sesión se levantará acta, que contendrá la indicación de las personas que hayan intervenido, así como las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. 3. Las actas serán firmadas por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, y se aprobarán en la misma o en posterior sesión”; ni en éste, ni en los numerosos supuestos particulares, se encomiendan a los Secretarios de los órganos colegiados funciones de asesoramiento jurídico, por la razón evidente de que tampoco el órgano administrativo lo necesita.

El problema pudiera únicamente plantearse respecto de los Secretarios de la Administración Local; el artículo 341 del Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, no sólo atribuye ya expresamente al Secretario la función de “fedatario” en todos los actos y acuerdos, sino que también le confiere la “de asesoramiento de la Corporación y de su Presidente”; pero este asesoramiento aparece desvinculado de la propia función documentadora, según corrobora el Reglamento de Funcionarios de Administración Local (Decreto de 30 de mayo de 1952) en la enumeración separada del distinto carácter y funciones del Secretario que hace en el artículo 140 y en el desarrollo que de él verifican los artículos siguientes; en concreto, el artículo 142 respecto a las atribuciones que el Secretario tiene en su calidad de fedatario y el artículo 143 en cuanto a las que le corresponden como asesor de la Corporación y de su Presidencia; basta leer este último precepto para convencerse, por otra parte, de

que no se trata de una propia función asesora, sino de un limitado control de legalidad; la naturaleza política de los asuntos más importantes a resolver por estas Corporaciones así lo determina.

* * *

34. *La autenticidad de fondo.* El sentido estricto de fe pública antes esbozado, circunscrito a la esfera de los hechos, como fuerte presunción de verdad de la narración, se ve desbordado en la letra b) del artículo 1º-3 del Reglamento Notarial; transcribamos enteramente este párrafo: “Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”; sintéticamente lo había dicho ya el artículo 1º-1 de la Ley: “dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”; hacen plena fe “*de la convention*”, que decía el artículo 1,319-1 del Código de Napoleón; no se trata, pues, de ninguna extralimitación reglamentaria; el mismo artículo 1,218-1 del Código civil, redactado pensando especialmente en los documentos notariales, extiende la eficacia de los documentos públicos al “hecho *que motiva* su otorgamiento”, sin contraerla al “hecho de su otorgamiento”. Hemos salido, pues, de la esfera de los hechos y hemos entrado en la del Derecho; estamos ante la autenticidad de fondo, del contenido negocial del instrumento público.

Esta autenticidad de fondo no tiene particularidad alguna en los documentos judiciales y administrativos, porque su contenido es de naturaleza jurídica pública. Pero los documentos notariales son, en general, de ciclo abierto, contienen declaraciones de voluntad o de ciencia de particulares, de naturaleza sin duda alguna privada; y las dificultades que este hecho presenta son tan grandes que para algunos ilustres autores han resultado insuperables; González Palomino, por ejemplo, defiende la naturaleza plural, en parte pública y en parte privada, del documento notarial, porque “las declaraciones de las partes, aunque consten en un instrumento público, no dejan de ser declaraciones privadas”, por lo que “incluso en el instrumento público hay una parte de documento privado”, “es un documento que hace el

Notario, que lleva dentro uno o varios documentos privados que hacen las partes';³⁷ la duplicidad de naturaleza llega así a romper la unidad documental; y quizá más radicalmente todavía Guasp: "En rigor estos documentos (los notariales), no debieran considerarse públicos, sino privados, por el tipo de realidad que documentan. Pero como se trata precisamente de dotar de una eficacia superior a la meramente particular a esta clase de realidades, el documento notarial, aunque no sea un documento público, sí es un documento auténtico o fehaciente, y la producción de tal autenticidad o fehaciencia es lo que justifica precisamente su creación o reconocimiento por el derecho. En consideración a su eficacia, el documento notarial es, pues, perfectamente equiparable al documento público".³⁸

Las palabras de Guasp ponen perfectamente de relieve que la autenticidad de fondo, que para otros documentos públicos se produce automáticamente, es para los documentos notariales una cuestión de ser o no ser. Y no hay más que una manera de lograrla; hacer que el autorizante no se encierre en el documento, sino que su actividad penetre en el contenido documental, se extienda al acto o contrato documentado, en la forma negativa de control de legalidad y especialmente en las formas positivas del consejo y de la adecuación. Notemos que el precepto reglamentario sitúa esta eficacia de fondo del instrumento público entre las funciones públicas del Notario, entre las que tiene el Notario como funcionario público; pero las ejerce a través de una actividad jurídica, profesional, privada y no habría otra posible forma de ejercerlas. Función pública y función privada aparecen así inescindiblemente unidas; la función pública no puede conseguirse sino a través de una actuación privada; cuanto más profundidad se dé a esta intervención privada, mejor se realizará la función pública, bien entendido que la perfección no se logrará nunca; la autenticidad del contenido nunca llegará al grado de la fe pública de la esfera de los hechos; la falta de veracidad intrínseca de las declaraciones de las partes podrá escapar, por ejemplo, a la apreciación del Notario; pero si alejamos al Notario del contrato y le reducimos al documento no podrá apreciar nunca, ni éste ni otros

37 González Palomino (José): "Negocio jurídico y documento", en "Estudios Jurídicos de Arte Menor", Volumen III (Madrid, 1976, págs. 7-283), págs. 193, 189 y 191 respectivamente.

38 Guasp (Jaime): "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, págs. 425-426.

defectos; la autenticidad de fondo se haría ilusoria, y el instrumento mismo habría perdido su razón de ser.

La diversidad entre los fedatarios puros y el Notario, fedatario y profesional, no deriva sólo de que el Juez o el funcionario que dictan la resolución judicial o el acto administrativo son también peritos en Derecho, en tanto que el otorgante notarial no, sino que, como acabamos de ver, es una exigencia de la autenticidad de fondo, que el Notario tiene que conquistar cada día en su actividad sobre el negocio jurídico documentado, mientras que para aquellos es obvia consecuencia de la naturaleza pública de la declaración documentada.

* * *

35. *El control de legalidad.* Otra función pública esencial del Notario es el control de la legalidad de los documentos que autoriza, que se lleva también al artículo 1º-1 de la Ley, “conforme a las leyes”, y se desarrolla especialmente en el artículo 145 del Reglamento. Es común a todos los fedatarios públicos, aunque tiene mayor energía respecto del Notario por la razón ya apuntada de ser también juristas —y generalmente de mayor jerarquía que sus fedatarios— las personas públicas autores de las declaraciones contenidas en los documentos judiciales o administrativos.

La función privada del Notario también modaliza esta función pública de control de legalidad. Dotándola de mayor profundidad, en cuanto que la intervención del Notario en el fondo del negocio le permite detectar defectos que de otra forma le hubieran pasado necesariamente inadvertidos; incapacidades no patentes a primera vista, errores de hecho y de derecho, coacciones encubiertas, fraudes de ley e incluso muchas veces reservas mentales o simulaciones, absolutas o relativas. Y, desde un punto de vista cualitativo, superando el carácter negativo de todo control para colaborar, positivamente, en el hallazgo del medio jurídico más adecuado, incluso en la creación del mismo dentro de la Ley, pues estamos en el campo de la autonomía que el Ordenamiento reconoce a la persona.

* * *

36. *Eficacia analítica y eficacia sintética.* Estas dimensiones que a la función pública del Notario imprime su función privada—control positivo y profundo de la legalidad; contribución a la autenticidad de fondo; labor creadora—, explican buena parte de la eficacia analítica y prácticamente toda la eficacia sintética del instrumento público.

Se impone, por un lado, el más fino análisis del documento, a fin de decantar, en cuanto a su contenido ideológico o expresivo, la graduada eficacia de cada una de sus menciones. El sujeto del pensamiento documentado puede ser el Notario o pueden ser los particulares que en él intervienen. Si el sujeto es el Notario mismo, y su pensamiento pertenece a la esfera de los hechos, la eficacia de la narración —fe pública en sentido estricto— puede conectarse directamente con la función pública; pero si pertenece a la esfera del Derecho, aunque el autor del pensamiento documentado sea el Notario mismo, a la función pública hay que unir la función privada, que le ha permitido profundizar en los juicios de capacidad, legalidad, etc., en que tales pensamientos consisten; y mayor contribución tiene aún la función privada del Notario en la consecución de la eficacia de las declaraciones de los particulares contenidas en el instrumento, y especialmente en la presunción *iuris tantum* de validez de sus declaraciones de voluntad.

Tras el análisis, la síntesis; el documento en bloque goza de una presunción de veracidad y de legalidad, no limitada al documento en sí, extensiva al negocio documentado, que fundamentalmente se debe a aquella actuación del Notario respecto al negocio mismo, en ejercicio de su actividad profesional privada, y que es la que explica los diversos efectos sintéticos (negociales, probatorios, ejecutivos, traditorios, registrales, etc.), que más que concederle, reconoce la Ley al instrumento público.

* * *

37. *Acto notarial y acto administrativo.* “Hay un hecho incontestable —escribió Núñez-Lagos—: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a ningún régimen de disciplina jerár-

quica ni de recurso administrativo”.³⁹ Si la función notarial fuera exclusivamente función pública habría que remontarse a la teoría de la división de poderes para demostrar que, a semejanza de la función judicial, había quedado fuera del Derecho Administrativo; pero la concurrencia de la función privada y la especificación que ella hace de la misma función pública, lo hacen innecesario.

El concepto de acto administrativo tiene actualmente una gran amplitud; García de Enterría lo define como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”;⁴⁰ y dentro de estos términos no cabe duda de que entran los actos administrativos de certificación, modernamente caracterizados por Martínez Jiménez⁴¹ como actos instrumentales, no finalistas, que envuelven una declaración de conocimiento, y que no son negociales, puesto que su contenido no está investido de discrecionalidad; a estos actos administrativos de certificación hay que reconducir aquellos en que se plasma la fe pública administrativa, los de los puros fedatarios públicos, pero no los notariales.

Las declaraciones del Notario contenidas en el instrumento público no son solamente, en efecto, declaraciones de conocimiento, porque excediendo de la esfera de los hechos, penetran en la del Derecho y se concretan en una serie de juicios parciales, que se integran en el general de legalidad de negocio y documento, juicios que el Notario ha podido lograr, en gran medida, en su actividad profesional, privada. Su instrumentalidad, por otra parte, no lo es a ningún fin específico de la Administración, sino primordialmente a los intereses privados de los otorgantes, y entendido el instrumento público como acto administrativo, no solamente quedaría sin explicar la actividad privada que para él y en él realiza el Notario, sino que quedarían absolutamente fuera todos los efectos sustantivos del instrumento, que se

39 Núñez-Lagos (Rafael): “El Derecho Notarial” (Revista de Derecho Notarial, V-VI, julio-diciembre, 1954, págs. 211-266), pág. 214.

40 García de Enterría (Eduardo) y Fernández (Tomás-Ramón): “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I (2ª ed., 1975, 2ª reimposición, 1978, Madrid, Civitas, 594 págs.), pág. 342.

41 Martínez Jiménez (José Esteban): “La función certificante del Estado” (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, 254 págs.), págs. 84 y ss.

conectan directamente con las declaraciones de las partes, especialmente las declaraciones de voluntad, contenidas en el instrumento y potenciadas por éste.

Estas son las diferencias esenciales, que originan las adjetivas antes indicadas. Frente a la organización jerárquica de la Administración, “cada Notario asume personalmente —dice la *Sentencia de 3 de julio de 1965*— todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del Notario”; el Notario, en cuanto a su función, no se inserta jerárquicamente en la Administración, sino que es independiente, está sometido directamente a la Ley y, por tanto, a los Tribunales de Justicia; aunque no se ventile una ineficacia sustancial, sino una propia nulidad formal; y ello por su propia naturaleza, según puso de relieve la *Orden Ministerial de 31 de agosto de 1963*: “la fuerza del instrumento público estriba, cabalmente, en la privilegiada virtud de la fe notarial, cuyas declaraciones son incontrovertibles fuera de la esfera judicial y, por tanto, toda afirmación en contrario, no solamente no puede, sino que no debe ser tomada en consideración por órgano administrativo alguno, cuanto menos, acordar nada sobre la prueba pertinente, conforme al principio de investigación oficial”.

Lo contrario ocurre precisamente respecto de los actos administrativos de certificación, susceptibles de invalidación por el órgano superior, y de recurso en vía administrativa y contencioso-administrativa; la doctrina sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en *Sentencia de 19 de enero de 1963* es desarrollada por la Sala 4ª en *Sentencia de 24 de enero de 1969*: “en la expedición del certificado que se combate concurren los caracteres del denominado acto administrativo, al ser constitutiva de un hecho jurídico emanado de un funcionario de la Administración Local que por su naturaleza se concreta en una especial declaración de conocimiento y que por su alcance es susceptible de afectar un derecho administrativo del recurrente; actuación, que en contraposición a los denominados actos negocios jurídicos, debe catalogarse como de un mero acto administrativo de certificación”; la naturaleza del acto no puede estar más claramente fijada; pues bien, como dice la segunda sentencia, a pesar de la personalidad del Secretario autorizante de la certificación, dotado, según decía el escrito de recurso, de “la facultad y función exclusiva de fe pública con toda su amplitud de fe originaria y derivativa”, si la certificación es inexacta “y así es estimado

por el Ayuntamiento, éste debe promover la declaración de nulidad de aquella certificación como primer obligado a hacerlo”, y el perjudicado puede interponer los recursos antes citados. Lo mismo exactamente que ocurre cuando el Notario, en ejercicio exclusivo de su función pública, deniega la autorización del instrumento o la expedición de la copia, según los artículos 145 y 231 del Reglamento, ya citados; pero en toda la actuación notarial no podría señalarse otra excepción.

* * *

38. *La teoría estructural del instrumento público.* Un documento es notarial porque ha nacido al mundo del Derecho en virtud de la actuación de un Notario; esta actuación del Notario, también su actividad privada, llegan a la estructura misma del instrumento público; de manera que —valga la paradoja— un instrumento no es público si en su confección el Notario no ha llevado a cabo una actuación profesional, privada.

La teoría estructural del instrumento público tiene variadas dimensiones. En un primer estadio, común a todos los documentos, se trata de determinar si el documento es la misma expresión escrita de las declaraciones de las partes o si solamente puede contener la representación de las mismas. El documento notarial de ciclo abierto presenta un segundo grupo de problemas estructurales, derivados de la distinción entre el acto notarial y el documento notarial, tan fecunda en consecuencias; el documento notarial precisa como requisito intrínseco haber sido creado en un acto notarial, la “audiencia” de los notarialistas de Bolonia, porque en virtud de la raíz sensorial de la función notarial el Notario tiene que ver y oír a las partes. Pero la actuación notarial comienza mucho antes de ese acto del otorgamiento, en la primera entrevista con las partes, en la “primera audiencia”, como la ha llamado Martínez Segovia,⁴² a partir de la cual se desarrolla el procedimiento notarial que desembocará en la autorización del instrumento público, en las tres fases de intro-

⁴² Martínez Segovia (Francisco): “Función notarial - Estado de la doctrina y ensayo conceptual” (Buenos Aires, 1961, 306 págs.), pág. 112.

ducción, instrucción y decisión que señala la doctrina italiana más moderna; como dice Hellge, “parte integrante y central del procedimiento de autorización lo constituye el cumplimiento de los deberes de colaboración y asesoramiento por parte del notario”, y cuando no han sido cumplidos, “puede haber sido dañado de tal manera el objetivo protector de la norma de Derecho material que el procedimiento de autorización prescribe” que aunque el documento es formalmente válido, puede venir afectada la presunción de verdad base de su eficacia probatoria: “por lo menos, existe aquí siempre la posibilidad legal de impugnar la regla probatoria mediante aportación de la prueba de que el procedimiento de autorización no se ha realizado como debiera”.⁴³ No debe olvidarse que una de las razones más poderosas por las que la Ley exige en ocasiones la escritura pública, o por las que las partes acuden a ella sin ser legalmente preceptivo, radica precisamente en la actividad de consejo, de índole privada, del Notario.

Recordemos en nuestro Derecho la nulidad, muchas veces decretada por nuestro Tribunal Supremo, de las donaciones disimuladas bajo una escritura pública de compraventa, por falta del requisito formal de escritura pública prescrita, para los inmuebles, por el artículo 633 del Código civil; en vano se intentará construir, desde el punto de vista estrictamente documental, una específica “escritura de donación”; pero si examinamos la compraventa simulada a través del procedimiento instrumental aparecerá evidente que en muchos casos estará viciada, por estarlo la función privada del Notario, que no habrá podido plantear, o al menos no habrá podido resolver multitud de problemas específicos de la donación, del máximo interés para las partes y para los terceros (prohibiciones de disponer, reserva de la facultad de disponer, reversión a favor del donante o de terceros, revocación por supervivencia o supervenencia de hijos, por ingratitud, por incumplimiento de cargas, inoficiosidad, colación, etc.).

* * *

43 Hellge (Horst Heiner): “Naturaleza jurídica y proceso de formación, requisitos para la validez y efectos jurídicos, así como libertad de circulación de los documentos notariales en Derecho alemán, a la luz del Derecho Internacional Privado alemán” (Revista de Derecho Notarial, núm. C, abril-junio, 1978, págs. 47-98), págs. 61, 77-78 y 78 respectivamente.

39. *Función notarial y jurisdicción.* La existencia de este procedimiento notarial, la independencia jerárquica del Notario y la neta separación que hemos visto entre función notarial y Administración, entre acto notarial y acto administrativo, no deben llevar a una asimilación entre las figuras del Notario y del Juez, entre función notarial y Jurisdicción.

La función notarial es eminentemente anteprocésal y antiprocesal; el procedimiento notarial no puede parangonarse, en absoluto, a un verdadero y propio proceso, por falta de sujeción de las partes y por falta de sucesión, de plazos preclusivos; y el acto jurisdiccional fundamental, la sentencia, tiene una naturaleza totalmente distinta del documento público, y los efectos de aquélla, especialmente la cosa juzgada, formal y material, no pueden predicarse de éste. No es éste el lugar de extendernos sobre estas cuestiones; aludimos a ellas para poner de manifiesto que también aquí es decisiva la consideración de la función privada del Notario, frente a la función, eminente e íntegramente pública, del Juez, que modaliza, incluso, su común nota de imparcialidad, de terceridad como ahora muchas veces se prefiere decir; porque la imparcialidad del Juez es una imparcialidad "pasiva", mientras que la del Notario, por su profesionalidad, es, como han puesto de relieve Morello y sus colaboradores, una imparcialidad "activa".⁴⁴

* * *

Creemos haber demostrado que la función pública del Notario no es nunca función pública pura, sino que aparece inescindiblemente mezclada y especificada por su función privada y que el acto notarial tiene una naturaleza distinta a la del acto administrativo; todo ello separa al Notario de los fedatarios puros, encargados de los actos administrativos de certificación, que son los sometidos al Estatuto de la Función Pública.

⁴⁴ Morello (A.), Ferrari (E.) y Sorgato (A.): "L'atto notarile" (Milano, Giuffrè, 1977, 532 págs.), págs. 345 y ss.

V. EL NOTARIO, FUNCIONARIO PÚBLICO

Las circunstancias de ser el Notario un profesional del Derecho, que ejerce una función privada, y de que esta función privada penetre y modalice la misma función pública, de manera que una y otra resultan inescindibles, ponen en cuestión el carácter mismo de funcionario público del Notario; expondremos ahora esta materia, sin tomar en ella partido más que en un solo punto: el Notario no es, desde luego, ni de hecho ni de Derecho, un funcionario de la Administración Civil del Estado. El Estatuto de la Función Pública no tiene, en consecuencia, nada que ver con los Notarios.

* * *

40. *El artículo 1º-1 de la Ley Orgánica.* “El Notario es el *funcionario público* autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales’, dispone el artículo 1º-1 de la Ley Orgánica del Notariado, confirmada, en el punto a que ahora nos referimos, por multitud de disposiciones del más diverso rango. A pesar de todo lo que a lo largo del presente apartado iremos diciendo, todos los Notarios españoles son funcionarios públicos, como *dato de Derecho positivo*, y no pueden ser privados de esta condición en virtud de una Ley que defina de la manera que juzgue más conveniente a su objeto lo que ha de entenderse por funcionario público, sino solamente por renuncia expresa, pérdida de la nacionalidad española y separación del servicio en virtud de expediente disciplinario o por sentencia judicial, conforme a los artículos 37 y siguientes de la Ley y a la Base 8-2 del Anteproyecto. Lo que sí puede hacer una Ley —una Ley sobre el Notariado—, es transformar todo lo profundamente que se quiera la figura del Notario y el sistema notarial, pero respetando los derechos adquiridos —especialmente, como es sabido, los de índole económica— de los Notarios actualmente existentes; una antigua redacción del Anteproyecto así lo consignaba expresamente; ahora parece que se guarda silencio sobre ello, pero si una Ley de este nuevo ámbito llegara en tal sentido, y perseverara en este silencio, tendrían que hablar los Tribunales de Justicia.

* * *

41. *Algunas notas diferenciales del Notario.* Todo esto sentado, es preciso reconocer que en el Notario se dan una serie de notas diferenciales que difícilmente se concilian con el concepto de un verdadero y propio funcionario público; a todas ellas hemos ya tenido ocasión de referirnos, por lo que aquí nos limitaremos poco más que a una enumeración:

1. El objeto inmediato de la actuación de este funcionario está constituido por los intereses privados de los otorgantes; el interés público sólo aparece mediatamente, radicando en que aquellos intereses privados se desenvuelvan en armonía, en seguridad, en libertad y en justicia, y en la reducción del índice de litigiosidad; no es, pues, un interés público autónomo, sino un interés público conexasionado a los mismos intereses privados que primordialmente ha de atender.

2. Es un funcionario que no actúa de oficio, sino a instancia del particular cuyos intereses se trata de asegurar; incluso después de practicada la rogación, el interesado puede suspender su requerimiento, o desistir definitivamente de él.

3. La voluntariedad para el particular se acrecienta porque muy rara vez la intervención de este funcionario es imprescindible *ad solemnitatem*; en virtud del principio espiritualista, consagrado en el artículo 1,278 del Código civil, su principal campo de actividad, los contratos, son obligatorios "cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado"; el documento privado existe con frecuencia en la vida jurídica; solamente en muy pocos casos se exige por la Ley la escritura notarial como necesaria; pero el tráfico jurídico, especialmente el de inmuebles, se acoge a la mayor protección que da la escritura.

4. Una vez que el particular se ha decidido por la formalización notarial, tiene el derecho de libre elección de Notario; mientras que es impuesto el funcionario competente. La libertad de elección subsiste durante todo el procedimiento instrumental, de manera que hasta la firma misma del documento, el particular puede desistir de su rogación, y llevar el asunto a otro Notario o decidirse, en defini-

tiva, por la documentación privada, o por la no realización del negocio.

5. La amplitud e intensidad de la actuación de este funcionario pende también de la voluntad del requirente, que puede encargarle solamente una parte o un aspecto del asunto total (la adjudicación de uno sólo de los bienes hereditarios; la autorización de la compraventa, pero no la cancelación de la hipoteca previa a la misma; o ni siquiera la compraventa, sino solamente su notificación a un inquilino, etc.), o un acta que no penetra en el fondo del mismo, o un poder para que se formalice ante otro Notario, o en documento privado.

6. Quiere todo ello decir que el Notario no se encuentra *super partes*, como en mayor o menor medida está el funcionario con respecto a los administrados, sino *extra partes*; que el Notario no tiene siquiera la *modica coercitio*, que se reconocía a los funcionarios de la jurisdicción voluntaria; y que, en suma, como dice Giacobbe, será oficial público *quoad officium*, pero de ninguna manera *quoad potestatem*.⁴⁵

7. Esta total carencia de *imperium* hace que el Notario no pueda tomar más que una decisión, la de no intervenir; no autorizar el instrumento público (art. 145), no expedir la copia (art. 231); un funcionario cuya única posible decisión es, como decíamos, la de no funcionar.

8. En contraposición, el Notario es también libre en la manera de ejercer su oficio, con sujeción solamente a las reglas de la técnica porque se rige y a las disposiciones de la Ley.

9. Y por ser libre, es responsable personalmente de los daños y perjuicios que causare; es, pues, un funcionario al que no se aplica el principio fundamental del Derecho Público moderno que hace al Estado responsable directo y solidario de los daños y perjuicios causados por sus funcionarios.

45 Giacobbe, loc. cit., en nota 3.

10. Es un funcionario que celebra un contrato con el particular que acude a solicitar sus servicios. En virtud de este contrato es posible ampliar el esquema legal de actuación del funcionario, encargándole otros servicios relacionados con su función, que pueden generar una responsabilidad de índole contractual. Y también es posible disminuir en virtud de ese contrato la actuación típica del Notario, hasta reducirle a la mera autenticación. En virtud de este contrato, y como contraprestación a sus servicios, recibe la remuneración del particular.

11. Es un funcionario que ejerce una profesión; pero no una profesión separada, que nada tenga que ver con su condición de funcionario, sino una profesión inescindiblemente unida a su misma función pública.

12. Es un funcionario puesto en situación de libre concurrencia con los otros funcionarios de la misma clase, con los otros Notarios; un funcionario que puede incurrir, en consecuencia, en competencia desleal para con sus compañeros.

13. Es un funcionario que tiene una clientela particular.

14. Es un funcionario cuya forma organizativa, permitida desde siempre, es el Colegio; frente a los sindicatos, contemporánea forma de organización de los funcionarios públicos.

15. Es un funcionario al que solamente se le marca la localidad donde tiene que desempeñar su oficio y al que no se le otorga medio material alguno para verificarlo. Dentro de esa localidad, se establece dónde y como quiere; elige su oficina y demás instrumentos de trabajo; contrata sus empleados; y todo ello a su costa.

16. Es un funcionario que puede actuar aisladamente o trabajar en equipo con otros de la misma clase (unión de despachos).

Podríamos seguir; pero nadie negará que ya son suficientes las particularidades indicadas.

* * *

42. *La dirección mixta.* Estas particularidades tenían que producir necesariamente dudas a la doctrina —notarialista y administrativista, española y extranjera—, a la jurisprudencia y hasta al mismo legislador.

El artículo 1º del *Reglamento Notarial*, conserva para el Notario, como hemos visto, el carácter de funcionario público que le atribuye la Ley, pero añadiéndole el carácter de profesional del Derecho. En el mismo sentido se ha producido la *jurisprudencia*; *Sentencia de 18 de octubre de 1969*: “el Notario, como profesional del derecho y funcionario público”, “tal profesional y funcionario”; *Sentencia de 17 de mayo de 1972*: “en su doble condición de profesional del derecho y de funcionario público”; *Resolución de 4 de noviembre de 1971*: el Notario “tiene el doble carácter de funcionario público y de profesional del Derecho”.

Esta postura mixta, no uniformemente entendida, está ampliamente difundida en nuestra doctrina. Destaquemos, entre los notarialistas, a Sanahuja: “El Notario tiene carácter público y privado al mismo tiempo. Y el Notario es un funcionario público y un profesional del Derecho. un funcionario del Estado y un funcionario de los particulares, todo a la vez. La antítesis que se manifiesta en los puntos de vista estudiados podemos convertirla sencillamente en una síntesis doctrinal, si tenemos en cuenta: a) que el notario es un órgano del Estado que ha de merecer la confianza de la comunidad social a quien sirve; y b) que es un órgano de la comunidad social y ha de merecer la confianza del Estado que lo nombra”.⁴⁶ Y entre los administrativistas a Baena del Alcázar: “personas cuya situación está a medio camino entre la del funcionario y la del profesional”,⁴⁷ sin que sea posible separar estas dos condiciones, porque la función notarial que ejercen tiene naturaleza unitaria, al estar inescindiblemente fundidos sus elementos publicísticos y privatísticos.

* * *

46 Sanahuja, op. cit., en nota 34, pág. 248.

47 Baena del Alcázar (Mariano): “Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales” (Revista de Administración Pública, n° 74, mayo-agosto, 1974, págs. 55-111), pág. 62.

43. *El Notario, oficial público.* El carácter de funcionario público del Notario no puede para muchos conservarse ni con la adición del carácter de profesional del Derecho, ni con la mezcla de los elementos funcionariales y profesionalistas; y en este sentido se habla del Notario oficial público, no funcionario público.

“*Les notaires sont les fonctionnaires publics*”, comenzaba el artículo 1° de la Ley de 25 de Ventoso del año XI; pero, como ha demostrado recientemente Ponde,⁴⁸ ello carecía de precedentes y se debía únicamente al hundimiento, en la Constitución de 1791, del antiguo régimen gremial, con el que se confundió el corporativismo notarial, mientras que en su preámbulo se magnificaba a los funcionarios: “ninguna otra superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”. Pero la doctrina francesa fue poniendo de manifiesto que el Notario no debía calificarse de funcionario público, sino solamente de oficial público, y así se consagró en la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, modificadora de la Ley de Ventoso y actualmente vigente, que inicia su artículo 1°: “*Les notaires sont les officiers publics*”.

Es también una doctrina muy difundida en Italia, y, desde luego la que, en su forma mixta: “*vublice ufficiale e libero professionista*”, ha sido indefectiblemente adoptada en los siete Anteproyectos italianos posteriores al fascismo, desde el de 1952-53, del Ministerio de Gracia y Justicia, al Anteproyecto Gonella de 1972.

* * *

44. *El ejercicio privado de funciones públicas.* El equilibrio entre el funcionario u oficial público y el profesional del Derecho, se quiebra en favor de éste cuando la actuación del Notario viene explicada, según la conocida tesis de Zanobini, como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas.

El *Tribunal Supremo* ha adoptado modernamente esta concepción; *Sentencia de 26 de junio de 1976*: “ejercicio privado de fun-

48 Ponde (Eduardo Bautista): “Tríptico notarial”, Buenos Aires (Depalma, 1977, 369 págs.), véanse págs. 258 y ss.

ciones públicas atribuidas a los Notarios”; *Sentencia de 31 de marzo de 1977*: “ejercicio privado de funciones públicas, cuales las desempeñadas por los Notarios”. Antes, según vimos, lo había hecho el *Consejo de Estado* en su dictamen número 28.999, de 25 de octubre de 1962, sobre el anteproyecto de lo que iba a ser texto articulado de la vigente Ley de Funcionarios Civiles del Estado, al afirmar, en cuanto a los funcionarios excluidos como no remunerados por Presupuesto, “que, de ordinario, tampoco son verdaderos funcionarios, sino más bien profesionales que ejercen privadamente determinadas funciones públicas”, palabras que están referidas, en primer término, a los Notarios.

En la doctrina notarialista, esta posición fue parcialmente mantenida por Núñez Moreno: “Por lo que se refiere a la relación jurídica, la función notarial es una función *técnica* y es una función *social*. Con relación al documento es una función *pública*, pero de *ejercicio privado*”.⁴⁹ Más éxito ha tenido entre los administrativistas; Santamaría Pastor entendió que era “dudosa” la “naturaleza funcional” de los Notarios, que “desempeñan su función de modo similar a profesionales libres”⁵⁰ y en tema de responsabilidad Fernández y García de Enterría nos dicen: “Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los Notarios”;⁵¹ García-Trevijano Fos sostiene, según también hemos visto, que la exclusión que el artículo 2-2, c) de la Ley vigente hace de “los funcionarios que no perciban sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”, se “aplica solamente a quienes, siendo funcionarios, no se remuneran en la forma indicada”, pero no a “los notarios... que no lo son”;⁵² y, como ya

49 Núñez Moreno, op. cit., en nota 16, pág. 340.

50 Santamaría Pastor (Juan Alfonso), en “Apuntes de Derecho Administrativo”, Cátedra del Profesor García de Enterría, 1º, II (Madrid, 1976-77, 335 páginas), pág. 74.

51 García de Enterría (Eduardo) y Fernández (Tomás-Ramón): “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II (1ª ed., 1977, reimpresión 1978, Madrid, Civitas, 606 págs.), pág. 332; la redacción base corresponde en este punto a Fernández, pero corregida y aceptada por ambos autores; conf. prólogo, op. cit., en nota 40, pág. 7.

52 García-Trevijano Fos, loc. cit., en nota 5.

hemos dicho. igualmente excluye la responsabilidad de la Administración en “los casos de ejercicio privado de funciones públicas. De los actos de un Notario, por ejemplo, en el ejercicio de su función, no responde el Estado, y esto, que es una consecuencia, nos sirve para afirmar que los notarios —y supuestos similares— no son funcionarios ni está encuadrados en la organización, salvo por su relación de ejercicio profesional”.⁵³

* * *

45. *Concesión, sustitución, auxilio.* Entre las doctrinas administrativistas que tratan de concretar la forma de producirse ese ejercicio privado de funciones públicas, o de remozar, en general, esta doctrina, han tenido algún eco entre nosotros las indicadas en el presente enunciado. La teoría de la *concesión* ha sido moderadamente acogida por Martínez Jiménez, en la mejor obra de conjunto sobre “La función certificante del Estado”: los Notarios son “concesionarios de la fe pública certificante”; “se trata de una profesión liberal ejercitada a través de una concesión especial. Esta concesión es de una función, la función de la fe pública”.⁵⁴ La teoría de la *sustitución*, iniciada por Giannini y muy difundida actualmente en Italia, ve en los Notarios uno de los supuestos más claros de “ejercientes por sustitución una actividad pública”, desde una “posición de extraneidad al organismo administrativo”, desde “la no participación orgánica en la estructura de los entes del Estado” (Vocino).⁵⁵ Por su parte Alessi encuadra a los Notarios entre los sujetos *auxiliares* de una función pública en base de una profesión, en contraposición a aquellos que lo hacen en base a una concesión. Recordemos entre nosotros en el primer sentido la “vicariedad” de Lliset Borrel ⁵⁶ y en el segundo a Royo-Villanova: “ejerce, sí. una función pública, pero que ésta tiene un carácter auxiliar... de fe pública en la vida jurídica de los particulares, asumiendo cierto aspecto profesional”.⁵⁷

53 García-Trevijano Fos, loc. cit., en nota 27.

54 Martínez Jiménez, op. cit., en nota 41, págs. 38 y 39.

55 Vocino (Corrado): “La funzione processuale del Notaio”, en los “Contributi”, cits. supra, nota 35 (págs. 297-318), pág. 303.

56 Lliset Borrel, op. cit., en nota 9.

57 Royo-Villanova, op. cit., en nota 6, pág. 15.

Estas doctrinas no pasan de tener una significación meramente descriptiva, desde una perspectiva exclusivamente administrativista. Pero no penetran en la esencia de la función notarial, que no tiene una naturaleza “administrativa”, de manera que la Administración pudiera llevarla a cabo por sus propios funcionarios, aunque por razones de oportunidad la hubiera “concedido” a unos profesionales o hubiese autorizado a que éstos “sustituyesen” a aquellos. De ninguna manera puede hablarse de sustituir o de conceder respecto a toda la función privada, profesional, de los Notarios, que los funcionarios administrativos no podrían realizar; ni tampoco en cuanto a su función pública, porque no es una “pura” función pública, sino que está modalizada por la función privada, de la que no es separable, y porque en ningún caso tiene carácter “administrativo”, ya que, por respeto al orden jurídico privado, siempre se ha estructurado con independencia de la Administración. A este orden jurídico privado está dedicada primordialmente la función notarial, y es por tanto su aspecto público el que tiene carácter de “auxilio” de la actividad profesional, según ponen de relieve las mismas palabras de Royo-Villanova, por lo que el error de enfoque de la tercera de las doctrinas aludidas no puede ser más palmario.

* * *

46. *La actividad profesional con trascendencia pública.* Una doctrina de gran interés ha sido expuesta recientemente por García de Enterría: “la denominada función pública del Notario —en nuestro sistema jurídico— no es, propiamente, una función que corresponda al Estado y que éste delega a determinados profesionales, sino que, más bien, es una actividad profesional con trascendencia pública de modo que quien la ejercita, por razón de ejercerla legalmente, asume *ipso iure* una función pública, sin que sea posible hablar de un fenómeno de transferencia, concesión o delegación de funciones. El Estado reglamenta y tutela esa actividad que, como dice la doctrina italiana, implica el ejercicio de una función pública en base al desempeño mismo de una profesión”.⁵⁸ Todas las profesiones liberales, incluso la del Abogado o del Médico, son, en efecto, como decía Savatier, “para-públicas”,⁵⁹ tienen un marcado interés

58 García de Enterría (Eduardo): “Dictamen sobre la naturaleza de la función notarial desde la perspectiva del Derecho Público”, Enero de 1979.

59 Savatier, op. cit., en nota 28, pág. 208.

público, que se acentúa en el caso del Notario; pero no cabe desconocer que la mayor parte de los problemas que modernamente afectan a la profesión notarial son enteramente semejantes a los que presentan en general las profesiones liberales.

* * *

47. *Funcionario público y funcionario del Estado.* En nuestra doctrina notarial, desde otro punto de vista, ha estado muy difundida la tesis que copcentúa al Notario como funcionario público, pero no funcionario del Estado. “Se puede pensar —exponía Sanahuja— que el notario no es un órgano del Estado, sino un órgano de la comunidad jurídica que funciona sin intervención directa del Estado y de la cual son manifestaciones, en materia de normación, el Derecho consuetudinario, y en materia de ejecución, ciertos residuos de acción directa reconocidos por la legislación. Las consideraciones que abonan este punto de vista —añade— no dejan de tener cierto peso”.⁶⁰ “Nosotros vemos clara la distinción entre funcionario público como un concepto genérico, y funcionario del Estado, que tiene un carácter específico —sostenía Núñez Moreno—. Funcionario público es, en términos generales, el que ejerce para el bien común, habitual o transitoriamente, una función pública reconocida por el Estado (o que debe reconocer), interesándole a éste directa o indirectamente. Funcionario del Estado es el que ejerce una función pública que directa e inmediatamente interesa al Estado. Todo funcionario del Estado es un funcionario público; pero no todo el que ejerce una función pública, es funcionario del Estado”.⁶¹ En la misma línea se produce la moderna construcción de Salvatore Romano; el reconocimiento del principio de autodeterminación de los particulares, de su autogobierno, de su autonomía, implica el reconocimiento del ordenamiento privado, con inclusión de su órgano certificante, que es el Notario; éste es oficial público, pero no en sentido estatal, sino en cuanto coopera a la formación del ordenamiento privado, que sería anticonstitucional no reconocer.⁶²

60 Sanahuja, op. cit., en nota 34, pág. 244.

61 Núñez Moreno, op. cit., en nota 16, pág. 343.

62 Romano (Salvatore): “La distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell’ufficio notarile”, Milano, Giuffré, 1963, 48 págs.

* * *

48. *Funcionario público y funcionario de la Administración.*

En muchas de estas concepciones late la necesidad de no confundir al Notario con los funcionarios de la Administración; y no solamente por la consideración de índole política de mantener la independencia del Notariado frente a la Administración, sino porque su naturaleza es, efectivamente, distinta.

En este sentido se produce nada menos que el *Código civil*, en su artículo 1,216 definatorio del documento público: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”; nótese bien que no habla de un Notario u “otro” empleado público, sino que contrapone Notario y empleado público, expresión entonces sinónima de la de funcionario público, que usa en el artículo 1,227; según ha hecho observar García-Trevijano Fos incluso la Colección Legislativa utiliza como índice la voz “empleado” hasta 1891, en que empieza a hablar de “funcionario”;⁶³ el intento —fallido— de distinción entre funcionario y empleado vino posteriormente; pero en todo caso se trataba de empleado o funcionario de la Administración del Estado. No otra cosa quiere decir la *Sentencia de 25 de mayo de 1976* para la que el Notario es “un funcionario público especial”, las especialidades, como hemos visto, no pueden ser mayores.

Sin necesidad de volver sobre esas particularidades específicas del Notario, baste recordar los principios de “*jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*”, de acuerdo con los cuales tiene que actuar la Administración Pública según el artículo 103-1 de la Constitución; nada tan distinto al Notariado: “Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios”, dice el artículo 1º-2 de la Ley, todos “con idénticas funciones”, explica el artículo 1º-2 del Reglamento, de manera que, como dice la *Sentencia de 3 de julio de 1965*, ya citada, “cada Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del Notario’. El Notariado no está vinculado, respecto a su función, a una Administración Pública.

63 García-Trevijano Fos, op. cit., en nota 5, pág. 427.

* * *

El desdibujamiento, al menos, de la condición de funcionario público del Notario es evidente; y, desde luego, el Notario no tiene nada que ver con el funcionario de la Administración Civil del Estado; son realidades muy distintas, el Estatuto de estos funcionarios no puede, en conclusión, aplicarse a los Notarios.

VI. HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

Esta unión de lo funcional y de lo profesional en la persona del Notario es debida, según Martínez Jiménez, a “razones coyunturales”;⁶⁴ no tenemos a mano mejor ejemplo de la desorientación existente en nuestro tema; la Historia y el Derecho comparado demuestran, por el contrario, que precisamente esa unión constituye la esencia de la forma de Notariado que, a partir del siglo XI, domina en el Derecho continental europeo, se difunde por América en el siglo XVI y en nuestros días sigue en continua progresión; el llamado Notariado latino, único que merece el nombre de Notariado.

El estudio histórico pone, además, de relieve que el Notariado no fue creado por el Estado, o, en general, por el Poder Público, como hubiera sucedido de considerarse un servicio público, sino que surgió espontáneamente en la sociedad; su punto de partida no es, pues, el de un funcionario que con el tiempo fue asumiendo funciones privadas, sino el de un profesional del derecho, dedicado privadamente a la redacción de documentos; el Poder público interviene *a posteriori* para reglamentar esta profesión, como tantas otras, y cuando al fin atribuye fe pública a estos profesionales y a sus documentos, no hace otra cosa que reconocer el especial valor que en la sociedad y en los Tribunales habían conquistado, sin intentar con ello mediatizar la independencia del profesional.

Y el estudio comparatista nos muestra el Notariado latino en los países de sistemas jurídico, político y social semejantes al nuestro, especialmente en aquellos países europeos en los que tendemos a integrarnos. Y nos muestra también otros sistemas pseudonotariales,

64 Martínez Jiménez, op. cit., en nota 41, pág. 38.

de Notariados subdesarrollados o frustrados, propios de distintos sistemas jurídicos (Notariado anglosajón) o de opuestos sistemas políticos o sociales (Notariado administrativo).

* * *

49. *El "tabellio" romano.* La denominación de Notariado "latino" no es inadecuada, aunque en Roma el Notariado fuera desconocido, porque el presente inmediato del Notario actual se encuentra en el tabelión del Derecho postclásico y justiniano.

La oralidad, en el ámbito de la forma y en el de la prueba, fue esencial para el Derecho Romano; la documentación se desarrolló, en consecuencia, tardíamente, en el Derecho postclásico, por influencias helenísticas; y es entonces cuando van surgiendo y difundiendo estos escribas jurídicos profesionales, los *tabelliones*, dedicados fundamentalmente a la escrituración de los negocios jurídicos entre los particulares y que, como dice Alvaro d'Ors, relevaron primero a los jurisconsultos en su función cautelar y después en su misma función jurisprudencial.⁶⁵

Los tabeliones no eran funcionarios, ni tenían el *ius actorum conficiendorum*; los documentos tabeliónicos no eran, por tanto, *instrumenta publica*, sino que eran lo que hoy llamaríamos documentos privados, que fueron poco a poco subiendo en consideración y en eficacia, primero de hecho, y en tiempos de Justiniano, especialmente en virtud de la Novela LXXIII, también de Derecho; no llegaron, sin embargo, a ser *instrumenta publica*, sino sólo *instrumenta publice confecta*, que precisaban en todo caso de la confirmación jurada del tabelion en el juicio; sin alcanzar nunca, por tanto, la *fides publica*.

Justiniano reguló fundamentalmente el documento tabeliónico en el Código, IV-21-17 (año 528), en las Novelas XLIV (año 537) y XLVII (año 537) y en la ya citada Novela LXXIII (año 538); en

⁶⁵ D'Ors (Alvaro): "Documentos y Notarios en el Derecho romano postclásico", Centenario de la Ley del Notariado, Sección 1ª, Volumen I (Madrid, Reus, 1964, 722 págs.), págs. 79-164; conf. pág. 92.

ellas se recogen también algunos de los derechos y obligaciones de los tabeliones y se hace referencia a su organización; todos los tabeliones de la capital, Constantinopla, formaban una corporación, presidida por el maestro del censo. Cuatro siglos más tarde, un Edicto del emperador León *el Filósofo* vino a reglamentar, a la vez que otras corporaciones profesionales de Constantinopla, la de los Notarios; su número era el de veinticuatro, y su arancel notoriamente superior al de la Ley de Tasas de Diocleciano.

* * *

50. *Origen del Notariado de tipo latino.* En Occidente, los tabeliones sobrevivieron, al igual que otras corporaciones profesionales, a la caída del Imperio, produciéndose una fragmentación territorial recientemente estudiada entre nosotros por el Notario José Bono⁶⁶ a base de distinguir cinco áreas documentales fundamentales: ravenatense, lombardo-toscana, franca, alemana y visigoda; en cuanto a ésta, el *Liber Judiciorum* (VII-5-9), ya contrapone los *notarii* a los *notarii publici* o del oficio palatino; la elevación de aquellos —los antiguos tabeliones— de simples *scriptores* a *notarii publici*, y la correspondiente transformación de la *charta* en *instrumentum publicum*, dotado de fe pública, se realiza sin bruscas mutaciones merced al influjo de los glosadores, que crean una propia doctrina notarial, y de los canonistas que, paralelamente, la aceptan y mantienen; el fenómeno surge en Italia, a partir del siglo XI, y el mayor florecimiento de la ciencia notarial tiene lugar en el siglo XIII, en la Universidad de Bolonia, con Rainero de Perugia, Salatiel, Rolandino, etc.

* * *

51. *Desarrollo del Notariado de tipo latino.* También en el siglo XIII empiezan las principales ordenaciones legales del Notariado latino: en 1231, la contenida en el *Liber Augustalis* del Emperador

⁶⁶ Bono (José): "Historia del Derecho Notarial Español", I-1, Madrid, 1979, 376 págs.; conf. págs. 58 y ss.

Federico II para el Reino de Sicilia; en 1232 la Ordenanza del duque Mateo II para el Ducado de Lorena, y limitándonos a nuestro Derecho, con importantes precedentes en los Fueros extensos, especialmente en los de la familia Cuenca-Teruel, Jaime I dicta en 1240 una ordenación notarial para el reino de Valencia, contenida en los *f'ori regni Valentiae*, y en 1247 otra para Aragón, que forma parte de la Compilación de Huesca; inmediatamente después se produce la insuperable obra de Alfonso X para Castilla, con el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas.

Es, pues, el Notariado latino consecuencia de la implantación del Derecho romano común, y a la vez concausa de la misma, pues las fórmulas notariales contribuyeron grandemente a su arraigo; por ello el Notariado latino llega hasta donde alcanza el fenómeno de la recepción y, sin que sea obstáculo esa denominación de "latino", en el siglo XIV se expande por Alemania, siendo regulado en 1512 por la *Reichsnotarordnung* del emperador Maximiliano I.

España llevó el Notariado latino a la América española, como por su parte hicieron Portugal (Brasil) y Francia (Louisiana, Quebec). Y en nuestros días, el sistema latino de Notariado se difunde por países de culturas bien distintas, como Turquía o el Japón, y tiende a abrirse paso en el tercer mundo.

En todas partes, la fe pública se había unido al documento sin mengua de la profesionalidad de su autor (que llegó en muchas partes al grado extremo de la venalidad del oficio) y de su consiguiente independencia de la Administración pública.

* * *

52. *Sistemas jurídicos y sistemas notariales.* En el mundo actual, dejando a un lado otros sistemas de base preferentemente religiosa o filosófica, como el musulmán o el hindú, más alejados de nosotros, existen tres sistemas de familias —para seguir la expresión de René David—⁶⁷ de Derecho; la familia romano-germánica, basada

⁶⁷ David (René): "Les grands systèmes de Droit contemporains", París, Dalloz, 1964, 630 págs.; conf. pág. 13.

en el Derecho romano, la familia anglosajona o de la *common law* y la constituida por los Derechos socialistas.

A estos tres sistemas jurídicos corresponden otros tantos tipos de Notariado totalmente diferenciados; al sistema romano-germánico, el Notariado propiamente dicho o Notariado latino; al sistema de la *common law* el no evolucionado Notariado anglosajón; y al sistema socialista, el Notariado estatal, fundamentalmente, Notariado administrativo, mera consecuencia del colectivismo. También aquí más que verdaderos “sistemas” notariales, nos encontramos con “familias” de Notariado, con diferenciaciones individuales a veces notables. Y nos encontramos también con formas de Notariado, generalmente residuales, extrañas al sistema jurídico del país: su incongruencia con la lógica del sistema indefectiblemente conduce al defectuoso funcionamiento del Notariado y también a la deficiente aplicación práctica del Ordenamiento, puesto que el Notariado es el más importante de los medios para la realización del Derecho en la normalidad.

* * *

53. *El Notariado latino*. La esencia y difusión del Notariado latino ya han sido puestas de manifiesto suficientemente en las páginas que preceden; nos limitaremos aquí a contemplarlo en las legislaciones más características, especialmente las más próximas a nosotros; labor muy facilitada por la publicación, en 1975, por la Fundación para el progreso de la Ciencia Notarial de Amsterdam, de un libro grandemente interesante: “Le Notariat latin de demain”.

1. *Italia*. País origen del Notariado latino, lo ha mantenido a lo largo de toda su historia; la función privada del Notario está reconocida en el artículo 47-3 de la Ley Notarial, de 16 de febrero de 1913: “Spetta al notaio soltanto d’indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell’atto” y en el artículo 67-1 de su Reglamento, de 10 de septiembre de 1914: “Spetta al notaio di dirigere la compilazione dell’atto dal principio alla fine, anche nel caso che lo faccia scrivere da persona di sua fiducia; a lui solo compete d’indagare la volontà delle parti e di chiedere, dopo di aver dato ad esse lettura dell’atto, se sia conforme alla loro volontà”; con esta base positiva, desde luego no excesiva,

se ha edificado toda la teoría bifrónica dominante, del Notario "*pubblico ufficiale e libero professionista*", expresamente acogida en el artículo 1º del último de los proyectos de reforma redactados en Italia, el GONELLA-1972.

Doctrinalmente, y especialmente a partir de la Mesa Redonda tenida en junio de 1975 en la Universidad de Camerino,⁶⁸ se ha desarrollado, frente a un conservatismo que ve en el Notariado fundamentalmente un productor de certeza, un progresismo jurídico notarial, que ve en el Notario un operador jurídico de primera fila, reservándole un papel positivo en la reconstrucción de la sociedad y llegando a propugnar el "Notario social" iniciado, incluso, en el uso alternativo del derecho; este progresismo ha reforzado la misión controladora del Notario, como control de mérito y no de mera legalidad y, en lo que aquí interesa, lejos de atentar a la función privada del Notario, la ha potenciado para la mejor consecución de sus finalidades, hablándose de adecuación creciente, de adecuación del contenido del contrato a los valores constitucionales, en suma, de lectura del Código civil en clave constitucional, en una función promocional del Notario. Pueden verse los trabajos de Andrini Tamborini, Atlante y Panvini, Barcellona, Cantelmo, Donisi, Giacobbe, Laurini, Lipari, Metitieri, etc.

2. *Francia.* La máxima aportación francesa al Notariado latino está constituida por Lev de Ventoso; el silencioso que su artículo 1º guardaba sobre la función privada del Notario fue rápidamente llenado por la jurisprudencia francesa —especialmente la jurisprudencia en tema de responsabilidad civil— con base en los mismos materiales legislativos revolucionarios y en las declaraciones de tributo Favart y del Consejero Real; su calificación de los Notarios como "fonctionnaires publics" ha sido rectificada según hemos visto, por la Ordenanza de 1945: "officiers publics". Mientras escribimos estas páginas se ha celebrado en París el XV Congreso Internacional del Notariado Latino y la concepción notarial latina ha sido defendida al más alto nivel francés; los Notarios, ha dicho el Ministro de Justicia Mr. Peyrefitte, "combinan armoniosamente en su estatuto

68 Conf. "Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale", Università degli Studi di Camerino, 1976, 139 págs.

un aspecto liberal y un aspecto de autoridad pública”; y el Primer Ministro, M. Barre: “Como el Jano bifronte de nuestros antepasados latinos, el notario es ese personaje ambivalente, en la encrucijada del servicio público y de la iniciativa individual, en la confluencia del mundo del derecho y del mundo de la economía, en el punto de encuentro de la administración y del administrado”; es “titular de una parcela del poder público... pero, porque participa de la gran tradición de las profesiones liberales, el notario desempeña también una función de libertad, por el papelpreciado de asesor, de árbitro y de conciliador que juega entre las partes. Este concepto de vuestra profesión, lo ha hecho suyo el Gobierno francés desde hace mucho tiempo y se atiene al mismo sin ambigüedades. Para nosotros, el estatuto del notariado excluye toda idea de funcionarización”. M. Barre no ha podido estar más terminante.

3. *El Benelux*. Lo que acabamos de decir de Francia puede extenderse a los tres países del Benelux, puesto que en *Bélgica* rige, aunque modificada, la misma Ley de Ventoso y directamente se inspira en ella la Ley Notarial de los *Países Bajos* de 9 de julio de 1842: en *Luxemburgo* la antigua Ordenanza de 3 de octubre de 1841, también inspirada en la Ley de Ventoso, ha sido sustituida por la vigente Ley de 9 de diciembre de 1976, cuyo artículo 1º, en pos de la Ordenanza francesa de 1945, ya califica a los Notarios solamente de “*officiers publics*”; el reconocimiento del carácter profesional de los Notarios es unánime.

4. *Alemania Federal*. La unidad notarial no ha sido aún conseguida en la Alemania Federal. Subsiste un Notariado estatal en Baden y Stuttgart, donde no llegó la recepción del Derecho romano; y un Notariado mixto con la Abogacía, el *Anwaltsnotariat*, típico de Prusia, desarrollado a partir de la Instrucción de 1771. Pero el más difundido territorialmente es el llamado precisamente Notariado “puro”, *Nurnotariat*, de los *Länder* de Baviera, Renania-Palatinado, el Sarre, Hamburgo, parte de Renania del Norte-Westfalia, incluidos los territorios de Colonia y Düsseldorf, etc.; la vigente Ordenanza Notarial Federal (*Bundesnotarordnung*) de 24 de febrero de 1961, aunque respetando, por razones obvias, aquella diversidad, se inclina decididamente por el sistema de Notariado puro, y lo mismo hace la Ley de Documentación (*Beurkundungsgesetz*) de 28 de agosto de 1969; es también el sistema prevalente en la doctrina, para la que el

Notariado estatal es puramente residual y el Notariado mixto no tiene justificación ni defensa posible.

Este Notariado puro es un Notariado latino típico, muy semejante al español; en la doctrina, Feyock ha defendido que el Notario ejerce una profesión liberal⁶⁹ y Ohler que se trata de una profesión “próxima” a la profesión liberal;⁷⁰ el artículo 1º de la Ordenanza de 1961 literalmente conceptúa al Notario como “titular independiente de una función pública” (*unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes*), de donde resulta que el Notario no es un funcionario (*beamter*), sino un portador, ejerciente o titular (*Träger*), con carácter independiente (*unabhängige*) de una función pública.

5. *Otros países europeos.* El Notariado latino se extiende también a numerosos *Cantones Suizos*: Ginebra (1912), Vaud (1940), Valais (1904), Neuchâtel (1973), Friburgo (1930), Berna (1937), Soleure (1921), Argovia (1930), Bâle-Ville (1913), Uri (1911) y Tessin (1940). En *Austria*, bajo un Gobierno socialista, ha sido reformada, en 1962, la antigua Ordenanza notarial de 1871, reforzando su carácter latino, y reconociendo expresamente el Ministro de Justicia Broda, en aquella ocasión, que solamente un Notariado de esa naturaleza puede cumplir su misión en un Estado de derecho democrático.⁷¹ También *Grecia*, en el reciente Código del Notariado de 25 de agosto de 1977, ha subrayado su adhesión al tipo latino de Notariado.

6. *América Latina.* El sistema latino de Notariado se extiende por toda la América Latina, incluidos, según hemos dicho, por su ascendencia francesa, el Estado de Louisiana (USA) y la provincia canadiense de Quebec. Solamente dos excepciones es preciso señalar; *Venezuela*, que en 1836, en circunstancias de extrema pobreza y consiguiente ausencia de transacciones, abandonó el sistema latino, creando un sistema híbrido, mitad Notaría y mitad Registro, “incapaz

69 Feyock (Jorge): “Los fundamentos de la posición del escribano en la vida jurídica”, *Revista Internacional del Notariado*, Año IV, n° 16, octubre-diciembre, 1952, págs. 273-291.

70 Ohler (Klaus-Jürgen): pág. 9 de “L’Allemagne”, en págs. 7-21 de “Le Notariat latin de demain”, Amsterdam, 1975, 227 págs.

71 Conf. pág. 24 de “L’Autriche”, por Klaus Woschnak, en op. cit., en la nota anterior, págs. 23-53.

—dice Moles Caubet— para cumplir íntegramente ninguno de tales cometidos';⁷² y *Cuba*, en la que el 29 de octubre de 1873, durante la Primera República Española, siendo Presidente Don Emilio Castelar, se promulgó con ligeras variantes la Ley Notarial española de 1862; en la evolución ulterior destaca el Código Notarial cubano de 20 de febrero de 1929; perdurando el sistema latino hasta que la revolución de Fidel Castro derivó hacia la implantación de un régimen comunista. Todos los demás países hispano-americanos conservan el sistema latino de Notariado de inspiración española, destacando por su pujanza y profundidad jurídica países como Argentina, Méjico, etcétera; modernamente es digna de destacar Guatemala, con su Ley de 5 de noviembre de 1977, la más avanzada en la atribución a los Notarios de competencia en asuntos de jurisdicción voluntaria, demostrativa de todo lo que puede dar de sí el sistema latino de Notariado.

Un peligro evidente se cierne sobre estos países, desde tantos puntos de vista, y también desde el punto de vista jurídico-notarial: la penetración de prácticas y de normas inspiradas en el sistema estadounidense de Notariado; peligro especialmente grave en aquellos países (Perú, Ecuador y Chile) en que con más o menos rigor, con más o menos excepciones, se exige minuta previa a la escritura firmada por un Abogado, "originando —dicen Lansky y Chamorro— una inexplicable *diminutio capitis* para los notarios latinos";⁷³ ejemplos que citamos para poner de relieve a dónde conduce naturalmente el Notariado funcionarizado.

7. *Otros países.* Fuera del área cultural de la romanidad, que le es propia, el Notariado latino tiende a extenderse por sus bondades intrínsecas; destaquemos *Turquía*, cuya Ley Notarial 3,456, de 1 de septiembre de 1938, sancionada por Atatürk, tomó de modelo a la Ley francesa, perfeccionándose el sistema latino en la Ley vigente, número 1,512, que entró en vigor el 5 de mayo de 1972; y *Japón*,

72 Conf. pág. 334 de "Venezuela y el mundo del Notariado Latino", por Antonio Rafael Yanes, en págs. 331-37 del n° 71 (1972) de la Revista Internacional del Notariado.

73 Lansky de Weinschelbaum (Norma) y Chamorro (Eduardo): "Penetración en los países organizados según el sistema latino por normas extraídas o inspiradas en el Derecho estadounidense en materia de transmisión y constitución de derechos reales. Estudio comparativo y crítico del sistema estadounidense", págs. 41-72 del n° 74 (1977) de la Revista Internacional del Notariado; conf. pág. 55.

que tomó también de ejemplo la legislación francesa en la Reglamentación notarial de 1886, combinándola con la influencia alemana en la Ley 53/1908 que, con modificaciones, continúa vigente. Los países del tercer mundo miran cada vez con más interés nuestra forma de Notariado, procurando acercarse a ella.

* * *

54. *La Unión Internacional del Notariado Latino.* Los Notarios de tipo latino no están aislados; desde 1948 están agrupados en la Unión Internacional del Notariado Latino, integrada por treinta y seis países, entre los cuales, además de los lingüísticamente de raíz latina, se encuentran Alemania Federal, Austria, Holanda, Grecia, Turquía y Japón; otros países envían observadores a sus Congresos y son varios los que tienen solicitada o desean solicitar su admisión, intentando al propio tiempo acercarse a la organización notarial latina.

La Unión, como dice el artículo 1º de sus Estatutos, “representa la unidad espiritual del Notariado Latino”, y el concepto que tiene del Notario quedó ya acuñado en el Primer Congreso Internacional (Buenos Aires, 1948): “El Notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”; al conmemorarse su XXV aniversario, el XII Congreso Internacional, reunido por segunda vez en la capital argentina, emitió la llamada Declaración de Buenos Aires, en la que se reitera que “es finalidad de la Unión lograr para todos los países miembros un desarrollo armónico de la actividad notarial en donde se conjugan: . . . El ejercicio de su misión en el doble aspecto de profesionales del derecho que dan forma jurídica adecuada a la voluntad manifestada por las partes, y fedatario por delegación del Estado que otorgó al notario y sólo a él la investidura para legitimar y dar autenticidad a las convenciones, fijándolas en el tiempo, de manera tal que por la forma que las contiene produzcan plena fe”, y añade: “Que esta caracterización del Notario de tipo latino, independiente en el ejercicio de su función, libremente elegido por los particulares y direc-

tamente retribuido por éstos es incompatible con la organización del Notario directamente dependiente de la Administración Pública y retribuido por ésta como cualquier otro funcionario”.

Son órganos de la Unión la Asamblea de los Notariados miembros y el Consejo Permanente, con un Presidente, que es el Presidente de la Unión, y tres Vicepresidentes, uno para cada una de las siguientes zonas: Europa y otros países no americanos; América del Norte, América Central y Caribe; y América del Sur. Hay una Comisión de Asuntos Europeos, con una sección del Mercado Común, y una Comisión de Asuntos Americanos. Cuenta, como instituciones, con la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI), para la difusión, intercambio, información y edición de la Revista Internacional del Notariado y de otras publicaciones, y con los Secretariados Permanentes, para la recopilación, sistematización, circulación y archivo de toda la documentación relativa a la Unión; hay un Secretariado Permanente Americano, con sede en Buenos Aires, y otro Europeo, con sede en Milán. Organiza los Congresos Internacionales —el XV Congreso se acaba de celebrar en París, mayo de 1979—, y patrocina las reuniones profesionales que excedan del ámbito meramente nacional. Y ostenta la representación del Notariado ante todos los Organismos Internacionales.

Para dar idea de la importancia que, en este ámbito internacional, tiene la Unión Internacional del Notariado Latino baste hacer resaltar que ha sido reconocida como Organismo Consultivo no Gubernamental en 1977 por la UNESCO y el 5 de mayo de 1978 por la ONU, y que está representada ante la FAO, la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo de Europa y Parlamento Europeo, el Mercado Común Europeo, el Mercado Común Americano, los Organismos de Ginebra, la Asociación Latino Americana de Libre Comercio (ALALC), el Pacto Andino, la Conferencia de La Haya, Unidroit, la International Bar Association, la International Law Association y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional; por lo que respecta al Mercado Común Europeo son de destacar sus actuaciones en tema de Sociedad Anónima Europea y de unificación de poderes.

España pertenece a la Unión Internacional del Notariado Latino desde su fundación, desempeñando en ella un papel de primera fila; aquí se han celebrado dos Congresos Internacionales de la Unión,

el II (Madrid-1950) y el XIII (Barcelona-1975), y durante seis años (1959-1964) se editó su Revista Internacional del Notariado; el Notariado español es siempre invitado a las reuniones de la Sección del Mercado Común y de Presidentes de los Notariados de los Seis Países de la C.E.C., alguna de ella celebrada precisamente en Madrid; en el último Congreso de París, el Presidente y el Secretario han sido dos Notarios de Madrid; cuatro gruesos volúmenes ocupaban, al tiempo del Congreso de Barcelona, las ponencias del Notariado español en los Congresos Internacionales, referidas a los más variados y actuales temas jurídicos.

* * *

55. *El Notariado anglosajón.* Las tareas que lleva a cabo el Notario en los países latinos no son llenadas en *Inglaterra* entre las tres diversas categorías de profesionales concurrentes en este campo: el *solicitor*, el comisario para juramentos (*commissioner of oaths*) y el *notary o public notary*; porque cuando nos preguntamos cuál de ellos es el verdadero Notario, la respuesta más acertada es que no lo es ninguno de los tres. y la respuesta completa es que tampoco lo son los tres juntos, porque es frecuente que la misma persona reúna las tres cualidades. Baste recordar que el *Common Law* desconoce el documento auténtico y su eficacia de fe pública, de manera que, como dice Galgani refiriéndose en concreto al *public notary*, su intervención sólo confiere al documento “un color de particular veracidad”, por lo que el *public notary* únicamente puede llegar a ser considerado como “testigo cualificado”;⁷⁴ la comparación parece, por tanto, que ha de centrarse en el documento en sí y en la actuación profesional para el mismo, prescindiendo de la eficacia que la Ley le atribuya.

El profesional inglés que, en tesis general, más se aproxima, quizá, en el sentido indicado a la figura del Notario latino es el *solicitor*, jurista que tiene, entre otras, una función de documentación atribuída por la misma Ley, por lo que su actuación se aleja de la

⁷⁴ Galgani (Sergio): “Notary or public Notary - Una voce del’ Enciclopedia britannica”, en los “Contributi”, *cits.*, *supra*, nota 35 (págs. 167-70), págs. 168 y 169.

que entre nosotros llevan a cabo los Abogados y demás consejeros privados; casi podríamos decir que estamos ante el tabelión romano, documentador sin fe pública, en un estadio altamente desarrollado como consejero jurídico, pero, paradójicamente, embrionario como tal documentador, porque no asume en el documento mismo su paternidad o autoría. Y sin embargo, como una prueba más de la primacía, en el Notario latino, de lo profesional sobre lo funcionarista, *The Law Society of England*, que organiza y disciplina corporativamente a los *solicitors*, ha sido admitida como “miembro correspondiente” de la Sección del Mercado Común por acuerdo del Consejo Permanente de la Unión, en sesión celebrada en Madrid del 26 al 28 de mayo de 1973; no, claro es, como miembro de derecho, porque “las funciones de *solicitor* no corresponden a las características del Notariado Latino, aunque su actividad se dedique —según decía el comunicado del Consejo Permanente—, en una amplia medida, cómo la de los notarios de tipo latino, a la redacción de actos y contratos así como a la liquidación de las sucesiones”.

El *notary*, o *public notary*, a pesar de su denominación, está aún más alejado del verdadero concepto de Notario y, al menos de hecho, su actuación está limitada al comercio exterior, a autenticar los documentos que han de ser utilizados en el extranjero y, especialmente, a protestar las letras de cambio procedentes del extranjero en los supuestos de falta de aceptación y de falta de pago. Pero, como ya advertíamos, ésto ha de entenderse en tesis general; porque junto a los Notarios generales y los Notarios de distrito de Inglaterra y el País de Gales, existe una tercera categoría, los *Scriveners Notaries* o Notarios de Londres. Notarios generales con exclusiva actuación en la capital londinense y en un radio de diez millas en torno al *Exchange Royal*, reducido número de profesionales altamente cualificados, cuya *Society of Public Notaries of London* ha sido recientemente invitada a asistir como Observador a las reuniones de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión; estamos ante una mezcla, característicamente inglesa, de tradicionalismo —siguen siendo nombrados por el Arzobispo de Canterbury—, y de pragmatismo: las continuas dificultades que la ausencia de un verdadero sistema notarial inglés producía en las relaciones entre Inglaterra y los países del Notariado latino han sido obviadas mediante el desarrollo en Londres de un Notariado específico para esas relaciones internacionales, inspirado en el Notariado latino; los *Scriveners Notaries* redactan pues, los documentos que han de surtir efectos en el extranjero de conformidad a las

normas, documentales y de fondo, del Derecho extranjero de que se trate, incluso utilizando las fórmulas usuales del país extranjero y el idioma extranjero mismo, de manera que más que Notarios ingleses para el exterior podría decirse que son Notarios extranjeros en Londres; hasta Notarios latinos en Londres, porque se ha llegado a sostener que sus documentos, que carecen de fe pública en Inglaterra, la tienen en el país extranjero a que están destinados, en virtud de la *lex fori* de éste, o incluso en virtud de la ley inglesa. Aquí sólo nos interesa mostrar los problemas que la instauración de un sistema notarial peculiar podría plantearnos.

Los *Estados Unidos* suponen un nivel notarial todavía más bajo que el de Inglaterra; prescindiendo de las variedades existentes entre los distintos Estados de la Unión (y aparte, claro es, el Estado de Louisiana, cuyo sistema notarial latino ya ha sido puesto de relieve), afectantes a la duración del cargo, a la autoridad que los nombra y otros aspectos en realidad accesorios, podemos decir que el Notario estadounidense es un mero legitimador de firmas. Su función “no es más que una sola: dar fe —decía a Diego Hidalgo, J. Justín Franco—. . . Es, pues, un funcionario público, quizá el último, el más bajo en la obligada escala social; pero es preciso que esté dotado de moralidad, no de ciencia; que cuando da fe de que conoce a una persona y de que ésta ha firmado un documento ante él, aquello sea verdad. = Y esto se exige de manera inexorable. = Ahí comienza y ahí acaba su actuación; ni tiene protocolo ni lo necesita; ni es letrado, ni redacta contratos, ni testamentos, ni conserva los originales, ni interviene como asesor de las partes; es simplemente un ciudadano honrado que autentica firmas, que toma juramentos y declaraciones, que notifica y protesta y nada más”.⁷⁵ Claro es que el documento sigue siendo privado, y que no garantiza en absoluto la capacidad de los otorgantes, su legitimación, su voluntad, el respeto a las normas imperativas, el cumplimiento de los requisitos legales, etc., etc., en una palabra, su validez y su eficacia jurídicas; las normas existentes en los Estados Unidos, genéricamente conocidas por *Statute of Frauds*, que exigen la forma escrita, bajo sanción de nulidad, para las compraventas de inmuebles y para las hipotecas, no

75 Hidalgo Durán (Diego): “El Notariado en los Estados Unidos y especialmente en el Estado de Nueva York” (Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo V, Madrid, Reus, 1959, 960 págs.), págs. 339-381; véase pág. 355.

han podido producir los resultados apetecidos porque a falta de Notarios, redactores especializados de tales documentos, pocas veces se acude a los Abogados y son los corredores inmobiliarios y los empleados legos de las compañías de seguros de títulos los que los redactan; los Registros inmobiliarios han resultado imposibles; y al fin, la falta de Notarios ha tenido que ser suplida mediante la fórmula del “seguro de títulos”, contrato por el cual la empresa aseguradora se obliga, mediante el pago de cierta prima, a abonar al adquirente de un inmueble o de un derecho real inmobiliario, una indemnización dineraria para el caso de pérdida total o parcial del derecho, por evicción debida a vicios de su título; los graves inconvenientes del sistema han sido puestos de relieve en numerosos trabajos con motivo del tema III del XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala-1977).

* * *

56. *El Notariado estatal.* Un tercer tipo de Notariado es el rígidamente estatal, integrado por Notarios puros funcionarios públicos, con formas de origen tradicional, que tienden unas veces a la esfera judicial y otras a la administrativa, central o local, y con carácter claramente residual, lo hará que no nos ocupemos de ellos. Pero hay dos sistemas de Notariado administrativo que a nuestros efectos presentan especial interés.

El primero es el que concuerda con el *sistema jurídico colectivista*, del que podemos tomar como prototipo el Notariado de la URSS. En Rusia existía un Notariado de tipo judicial, que tuvo su más importante manifestación en la Ley Notarial de 14 de abril de 1866; tras la Revolución se establecieron Secciones Notariales en los Soviets, pero ya el 4 de octubre de 1922 se crea el Notariado estatal y el 14 de mayo de 1926 se dicta un decreto, de 16 artículos, conteniendo los “principios fundamentales de organización del Notariado del Estado”; sus más modernas regulaciones son el Reglamento Notarial ruso de 30 de septiembre de 1965 y la Ley del Notariado Estatal de 19 de julio de 1973. Ninguna duda cabe de que, como nos dice Reghizzi este Notariado “es un sistema de órganos

estatales”, y el Notario soviético “un verdadero y propio burócrata y un empleado del Estado”.⁷⁶

Y el segundo, en paradoja más aparente que real, es el correspondiente a los *sistemas políticos autoritarios*, pues como ha puesto de relieve la Moción presentada por la Comisión “Pietro Micheli” que por acuerdo unánime del Congreso de París forma parte de la Exposición de Motivos de los Estatutos de la Unión Internacional del Notariado Latino, “los ataques a las libertades individuales más o menos solapadamente han incidido también en la respectiva institución notarial”, de manera que “cualquiera de los países que intentase desconocer o vulnerar los principios (del Notariado latino) acogidos como maestros por todos los pueblos civilizados, cualquiera que fuese el pretexto aducido para ello, dejaría palpable muestra de su endurecimiento totalitario, y del cercenamiento de la vida libre de sus miembros”. El Notariado latino tuvo dificultades, de tendencia funcionalizadora, en la Italia fascista, ya en 1927, y modernamente en el Brasil de Kubitschek y en el Chile de Pinochet. Pero en el único país en que esas tendencias han triunfado es en *Portugal*, bajo el régimen de Salazar, y debido especialmente a la influencia de Marcelo Caetano que habría de ser su sucesor. El Notariado portugués, aunque se remonte al Rey Don Dinis (1305), no acababa de cuajar en los tiempos modernos; su primera reglamentación es bien tardía, 23 de diciembre de 1899; a partir de ella, se suceden con ritmo vertiginoso: Decreto de 14 de septiembre de 1900, de “Reorganización de los Servicios del Notariado”, Decreto de 18 de septiembre de 1922, titulado “Nueva Reforma del Notariado”. y “Códigos del Notariado” de 2 de abril de 1928, 18 de diciembre de 1930, 26 de noviembre de 1931 y 24 de noviembre de 1935. El Código del Notariado vigente fue promulgado por Decreto-Ley núm. 42933, de 20 de abril de 1960; pero más importantes desde nuestro punto de vista son el Decreto-Ley núm. 44063 y su Reglamento anexo, Decreto núm. 44064 (éste sustituido por el Decreto 314/1970), ambos de 28 de noviembre de 1961, cuyo conjunto fue primeramente titulado “Ley orgánica de los servicios de registro y notariado” y actualmente “Servicios de Registro y del Notariado, Orgánica y Regla-

⁷⁶ Reghizzi (Gabriele Crespi): “Il Notariato sovietico (Evoluzione, principi e riforma 30 Sett. 1965)”, *Rivista del Notariato*, 1967, págs. 556-610; véase pág. 604.

mento”, que, como dice Veiga da Gama, “quebró los últimos hilos que ligaban el Notariado a la organización judicial” y “la Institución se *funcionarizó*”.⁷⁷

En el siguiente y último apartado de este trabajo compararemos el Notariado latino con estos Notariados administrativos modernos, especialmente los de la URSS y el portugués, como prototipos de sus respectivos sistemas.

* * *

El Notariado español no es, pues, un “residuo feudal”, como se ha llegado a insinuar, sino uno de los modelos del tipo latino de Notariado, que es el Notariado más avanzado y el único que en realidad merece este nombre. Otra conclusión creemos que se deduce del estudio histórico y comparatista que precede; ni la Historia ni el Derecho comparado tienen, desde luego, valor normativo para nuestro legislador; pero muchas y muy poderosas razones habrán de acumularse para abandonar una tradición histórica secular y para intentar trazar nuestras instituciones —“provincialismo” lo llama René David—⁷⁸ al margen de los países de nuestras mismas concepciones culturales, jurídicas, políticas y sociales, obstaculizando la integración a que estamos llamados.

VII. NOTARIADO LATINO Y NOTARIADO ADMINISTRATIVO

La aplicación del Anteproyecto a los Notarios supondría —creemos haberlo demostrado— cambiar subrepticamente el sistema notarial. La ordenación del Notariado, y su punto de arranque, la opción entre los diversos sistemas notariales existentes o posibles, no es competencia de una Ley de la Función Pública, sino de la Ley del Notariado; solamente si la Ley del Notariado se decidiera previamente

⁷⁷ Veiga da Gama Vieira (Abel Augusto): “Portugal. Régimen actual del Notariado portugués”, *Revista Internacional del Notariado*, n° 54 (28 de mayo de 1962), págs. 235-250; véase pág. 250. También Th. M. de Jongh: “Notariat portugais... Notariat fonctionnarisé”, *La Haya*, 1964, 433 págs.

⁷⁸ David, *op. cit.*, en nota 67, pág. 11.

por un Notariado administrativo, la Ley de la Función Pública ampliaría su competencia a los Notarios, con las especificaciones que se estimara habían de establecerse. Ya hemos aducido las más variadas razones en contra de esa elección funcionarista; pero parece conveniente sistematizarlas mediante una comparación del Notariado latino y del Notariado administrativo, que evidencie la superioridad de aquél desde todos los puntos de vista, con lo que podremos dar por concluído el presente estudio.

* * *

57. *La función privada y el carácter profesional.* En el Notariado de tipo latino el Notario tiene una función privada, que se añade a su función pública y la modaliza, y que hace que el Notario sea un profesional del Derecho, además de ser un funcionario público, e incluso que deje de ser, en su sentido rígido o estricto, un puro funcionario público y sea fundamentalmente un profesional; es la esencia misma del Notariado latino.

En el Notariado administrativo, por el contrario, el Notario es, pura y simplemente, un funcionario de la Administración del Estado, encargado de una función pública *stricto sensu*; el Notario, hasta por definición, no podría ejercer una función privada en conexión con su función pública, ni podría ser profesional del Derecho además de ser funcionario público; menos todavía podría imaginarse que la función privada afectase a la función pública y el carácter de profesional a la naturaleza del funcionario.

El artículo 1º del Código del Notariado portugués señala, en efecto, la esencia pública de la función del Notario: “La función notarial tiene esencialmente por fin dar forma legal y conferir autenticidad a los actos jurídicos extrajudiciales”; el consejo habrá de buscarse por los otorgantes fuera de la Notaría y antes de acudir a ella, sin que el Notario se interfiere, según pone de manifiesto la regulación de los otorgamientos conforme a minuta: “Los notarios deben reproducir las minutas, salvo en aquello en que infringieren leyes de interés y orden público”; “las minutas, una vez reproducidas en el acto, quedan archivadas, después de rubricadas por los otorgantes o de haber sido puestas en todas sus hojas las respectivas impresiones digitales” (art. 58º-2 y 4).

En un sistema político autoritario, en el que, fuera del ámbito del interés político, subsiste un cierto clima de libertad profesional, los particulares pueden, ciertamente, buscar otros asesores; pero ello no les es posible en un sistema colectivista en el que, al igual que ocurre con los Notarios, también están funcionarizados los Abogados y, en general, cualquier consultor jurídico; se ha dicho, en consecuencia, que en la URSS los Notarios tienen también función de consejo, pero la "función de control" que les está atribuida lo impide totalmente; como ha escrito Reghizzi, "la ingerencia notarial en los actos jurídicos privados es ciertamente más intensa y extensa que en los ordenamientos occidentales y una semejante función de vigilancia va indudablemente en menoscabo de aquella que el notario podría desenvolver como consultor de las partes";⁷⁹ lo que ha querido llamarse función de consejo no es otra cosa que la función de asistencia de todo funcionario, recogida en el artículo 8º-1 de la Ley del Notariado Estatal de 1973.

* * *

58. *El interés público y el interés privado.* Y es que el Notariado, en el sistema colectivista, es una institución directa e inmediatamente destinada a la satisfacción de un interés público, y más en concreto, de un interés estatal; bien lo pone de manifiesto el mismo artículo 1º de la Ley del Notariado Estatal: "La función del notariado estatal consiste en la protección de la propiedad socialista, de los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos, establecimientos del Estado, empresas y organizaciones, granjas colectivas y otras entidades de carácter público, la consolidación de una legalidad socialista".

También es perfecta la congruencia entre el sistema latino de Notariado y el sistema de libertad, de democracia y de economía social de mercado propio del mundo occidental; el Notariado tiende aquí a la satisfacción de los intereses de los particulares, en cuyas iniciativas el Estado confía, y cuya dignidad de personas respeta; y sólo de manera indirecta o mediata aparece, según dijimos, el

⁷⁹ Reghizzi, op. cit., en nota 76, pág. 606.

interés público, que no es autónomo de aquellos intereses privados, sino que radica en que estos intereses de los particulares se desenvuelvan en paz, seguridad y justicia; nada más lógico, por tanto, que encomendar esta función pública al mismo profesional del Derecho al que los particulares han confiado sus propios intereses.

La congruencia quiebra en los sistemas autoritarios; su régimen económico y social guardaría mejor correspondencia con un Notariado latino; pero el control político de las actividades de los particulares a que siempre tienden es lo que les lleva al sistema del Notariado administrativo. Y la incongruencia sería total si el Notariado administrativo se introdujera en un Estado democrático.

* * *

59. *Algunas consecuencias funcionales e instrumentales.* De este diferente punto de partida y de aquella existencia o supresión de la función privada, derivan una serie de consecuencias que separan radicalmente, desde el punto de vista del Derecho Notarial, el sistema latino y el sistema administrativo.

1. En el sistema administrativo el Notario es por esencia un fedatario; su función puede ampliarse hasta llegar a ser un documentador, un creador de documentos, cuando no se limita a extender una diligencia pública en un documento ajeno, sino que confecciona él mismo el documento, pero en virtud de minuta o instrucciones completas ajenas. En el sistema latino el Notario es también un documentador, pero como dice Carnelutti, "ser documentador es una parte de la profesión del Notario",⁸⁰ es "el punto terminal de la actividad del Notario, cuyas funciones tienen mucho más lejanos orígenes y una estructura mucho más compleja", según ha puesto de manifiesto Giuliani;⁸¹ la conclusión de Carnelutti es terminante: si reducimos al Notario a un documentador "su figura aparece mutilada".⁸²

80 Carnelutti (Francisco): "La figura jurídica del Notario" (Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII, Madrid, Reus, 1954, págs. 373-396), pág. 384.

81 A. G. (Andrea Giuliani): "Postilla" al trabajo de Amato (G.): "Atto pubblico e scrittura privata: evoluzione o crisi del Notariato?", Rivista del Notariato, 1961, pág. 962.

82 Carnelutti, op. cit., en nota 80, pág. 386.

2. El *iter* instrumental, dilatado en el sistema latino, aparece fuertemente recortado en el sistema administrativo. “La función notarial —ha escrito refiriéndose al primero de ellos Martínez Segovia— no comienza con la escritura sobre el infolio. Empieza en la primera entrevista con las partes”.⁸³ En el sistema administrativo, por el contrario, la función notarial se retrasa hasta el momento en que se inicia la confección material del documento, “la escritura sobre el infolio” del gran notarialista uruguayo, lo que no puede tener lugar hasta que el negocio está ultimado hasta en sus menores detalles; pero para esto sobra toda entrevista con el Notario, que es un mero documentador; y todavía se retrasa más la intervención del Notario si lo consideramos como puro fedatario, reducido a intervenir documentos ya confeccionados.

3. La distinción entre el *instrumentum* y el *negotium*, el documento y el negocio jurídico que constituye su contenido, se mantiene en ambos sistemas notariales. Pero en el sistema latino estas realidades no están tajantemente separadas, no están aisladas la una de la otra, sino que, como enseñó Núñez-Lagos, entre el plano del negocio y el plano del instrumento se producen continuas “interferencias”,⁸⁴ y ello hace que, aunque en diversa medida, el Notario y los otorgantes tengan que colaborar en uno y en otro; en lo que aquí interesa, el Notario latino no puede encerrarse en el plano documental, declinando toda responsabilidad sobre el negocio documentado, porque en virtud de su función privada, que es también función notarial, su actividad tiene que extenderse a éste. En el sistema administrativo por el contrario, el Notario no puede tener sobre el negocio documentado otra actuación que la derivada del control externo de su legalidad.

No cabe dudar, desde este punto de vista tan importante, de la superioridad del sistema latino sobre el administrativo; porque igualmente lamentables e inadmisibles serían un negocio perfecto vertido en una forma documental nula y un documento formalmente irreprochable conteniendo un negocio ineficaz; la función notarial no puede

83 Martínez Segovia, op. cit., en nota 42, pág. 120.

84 Núñez-Lagos (Rafael): “Los esquemas conceptuales del instrumento público” (Revista de Derecho Notarial, I-II, julio diciembre, 1953, págs. 49-151); véanse, especialmente, págs. 68-69.

estar limitada a proporcionar la forma perfecta que, como cáscara vacía, pueda albergar cualquier contenido; “el negocio perfecto en el documento perfecto”; es la fórmula de d’Orazi⁸⁵ a que la función notarial debe necesariamente tender; y para ello, y muy especialmente para la perfección del negocio, es indispensable que el Notario intervenga profesionalmente en la etapa de predocumentación, lo que hace que no pueda ser considerado simplemente como un documentador.

4. La función notarial tiene, evidentemente, una raíz sensorial; pero en el sistema latino, se expande por el mundo del Derecho a fin de lograr la autenticidad de fondo, la autenticidad de contenido del documento; en el sistema administrativo, por el contrario, la función notarial queda encerrada en la esfera de los hechos, porque las mismas declaraciones de voluntad de las partes que constituyen el negocio contenido en el documento son para el Notario meros hechos, hechos materiales o del mundo exterior que han acaecido a su presencia en el acto del otorgamiento, en los que para nada ha intervenido.

5. El sistema administrativo conduce a la unidad de los géneros instrumentales, puesto que la actuación del Notario en todos ellos es idéntica, una actividad fedante. En nuestro Derecho, por el contrario, todo el sistema notarial está basado en la distinción entre la escritura pública y el acta notarial; la escritura pública es el género instrumental ideado para “las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases” (Reglamento, art. 144-2), a fin de permitir, conforme al sistema latino, la máxima intervención del Notario en el contenido negocial del documento y proporcionarle una mayor eficacia jurídica, que no puede nunca ser suplida por el acta notarial, comprobatoria de hechos; bien lo pone de manifiesto el artículo 205-3 del Reglamento: “Las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en su contestación tendrán solamente el valor probatorio que los Tribunales aprecien dentro del conjunto de la prueba; pero, por sí solas, no establecerán nunca una relación contractual, ni producirán efecto

85 D’Orazi Flavoni, op. cit., en nota 35, pág. 68.

ejecutivo”; el precepto, evidentemente, se excede; la relación contractual no cabe duda de que puede surgir; pero el contrato no estará consignado en “escritura pública”, ni se producirán los efectos (ejecutivos, traditorios, registrales, etc.) de ella, porque las declaraciones de voluntad han sido tomadas en el documento como meros hechos. Suprimida, en el sistema administrativo, toda la actuación notarial respecto al contenido negocial, automáticamente desaparece el género instrumental superior, la escritura pública, y no nos queda más que el acta notarial; la escritura pública no sería, en efecto, otra cosa que un acta notarial, el acta del acto del otorgamiento, el *procès-verbal*, acta levantada por un oficial público, como en sus tiempos defendió Colmet de Santerre;⁸⁶ la desaparición de la escritura pública sería, por otra parte, totalmente lógica, porque habríamos retrocedido a un sistema notarial inferior.

6. “El documento notarial —escribió D’Orazi—, tiene un *príus* lógico innegable: el Notario”;⁸⁷ un documento es notarial porque ha nacido al mundo del Derecho por la intervención de un Notario, y su valor especial lo recibe precisamente por la actuación del Notario. El sistema notarial administrativo reduce, como hemos visto, la actuación del Notario; la conclusión es obvia: el documento notarial de un sistema administrativo es “menos” documento notarial que el de un sistema latino; su proceso formativo, en cuanto tiene de notarial, se ha acortado; su estructura se ha simplificado, al eliminarse de ella el impacto de la actuación profesional del Notario; y su valor, su eficacia jurídica, como necesaria consecuencia, ha disminuído, aunque dentro de sus fronteras el legislador se empeñe en mantenerla. lo que, claro es, no puede ni intentar en la vida internacional; así lo ha puesto de relieve Hellge: “El principio... *locus regit actum* (*formam*) dispensa al notario extranjero de la observancia del derecho procedimental extranjero (en su caso el alemán) en la redacción del documento notarial, pero ello tan sólo si el procedimiento de autorización según el Derecho del Estado extranjero es “objetivamente equiparable”. Al respecto se trata aquí de comparar, esencialmente,

86 Colmet de Santerre (E.): “Cours analytique de Code civil, par A. M. Demante, continué depuis l’article 980 par E. Colmet de Santerre”, 2^e ed., T.V., París, 1883, pág. 519.

87 D’Orazi Flavoni (Mario): “L’autonomia del Diritto Notarile”, en “Studi in memoria di F. Vassalli”, I, 1960, págs. 585-615; véase pág. 601.

la “preparación” del notario extranjero y su “posición en la vida jurídica” del Estado extranjero. = Al discutir la cuestión de la “equiparación de la posición del notario en la vida jurídica” hay que tener en cuenta también la cuestión de la “equiparación y capacidad de reconocimiento del procedimiento de autorización extranjero”, es decir, la participación del notario en la configuración del documento. Y en este contexto habrá que examinar ante todo, bajo los aspectos propios del Derecho alemán, si se han cumplido en forma parecida, equiparable, no necesariamente igual, los deberes de asesoramiento y colaboración... que en el Derecho procedimental alemán ocupan un lugar central”;⁸⁸ la libertad material de circulación de un documento notarial de sistema administrativo podría ponerse, pues, en entredicho en el ámbito del sistema latino; los ingleses ya se habían encontrado con este problema y, como hemos visto, lo han resuelto estableciendo, solamente en Londres, y exclusivamente para las relaciones internacionales, esos *Scriveners Notaries*, verdaderos Notarios extranjeros en Inglaterra, no alejados de los Notarios latinos.

7. En un sistema de Notariado administrativo, el interés jurídico y humano de la actividad del Notario resulta grandemente disminuído; su papel en la vida jurídica, rebajado; su preparación acabaría siendo también inferior; y hasta podrían llegar a tener razón los partidarios de la teoría representativa que pregonan la inferioridad de los documentos escritos, incluso los notariales, frente a los formados con las modernas técnicas audio-visuales; éstos son para Carnelutti⁸⁹ “documentos directos, porque la representación se obtiene inmediatamente, sin pasar a través de la mente de un hombre” mientras que aquellos son documentos “indirectos”, más próximos al testimonio, más falibles, al intervenir la mente de un hombre, aunque este hombre sea Notario; así ocurriría con el Notario de tipo administrativo, el “notario simple documentador, diferente del registrador automático —en frase del procesalista Satta— sólo por su menor precisión”;⁹⁰ pero nada semejante podría decirse del jurista que es el Notario latino.

88 Hellge, op. cit., en nota 43, pág. 93.

89 Carnelutti (Francesco): “Sistema di Diritto Processuale Civile -I- Funzione e composizione del Processo”, Padova, Cedam, 1936, págs. 683 y 693.

90 Satta (Salvatore): “Poesia e verità nella vita del Notaio” (Rivista di Diritto Processuale, 1955, págs. 264-73), véase pág. 268.

* * *

60. *La independencia y la subordinación jerárquica.* La inde-

pendencia profesional del Notario en el sistema latino, consagrada en nuestro artículo 1º-3 del Reglamento, se contrapone a la subordinación jerárquica propia de toda Administración Pública; las consecuencias de esta dicotomía son también numerosas; nos limitaremos ahora a las de tipo organizativo.

1. La actuación del profesional es personalísima, al estar basada en la confianza del cliente; los funcionarios son, por el contrario, fungibles; la función notarial en el sistema administrativo se despersonaliza; en el sistema latino, propiamente, no hay Notarías, sino Notarios; y en el sistema administrativo lo que hay son Notarías y funcionarios que las sirven; lo mismo en Rusia que en Portugal el nombre del Notario ha desaparecido hasta del sello.

2. El sistema de libre elección de Notario del sistema latino apenas puede sobrevivir en un sistema funcionarizado, basado en el funcionario competente. En Portugal, por ejemplo, en todas las poblaciones en que haya más de una Notaría, excluidas Lisboa y Oporto, los servicios notariales funcionan en régimen de Secretaría (art. 12º D-L 44,063), esto es, de Notaría Unica, y los asuntos son repartidos, por turno o semanalmente, entre los diversos Notarios, de forma que sólo los testadores, los donantes y los adoptantes pueden elegir Notario (art. 6º del Código).

3. La burocratización se incrementa vertiginosamente en el sistema administrativo. En Portugal, según los artículos 10, 12 y 13 del Código del Notariado, los Notarios tienen que llevar nada menos que diecisiete libros: ocho de actos notariales, cuatro de oficina y cinco de Secretaría; y las obligaciones burocráticas periódicas que, en 1963, consignaban Pires y Saraiva⁹¹ eran cuatro semanales

91 Pires do Rio (José Eduardo) y Saraiva (Viriato Benjamín): "Código do Notariado" (Coimbra, 1963, 283 págs.), págs. 259-65.

(3 en los 2 primeros días hábiles y 1 en los 3 primeros días hábiles de la semana), veintiuna mensuales (1 en los dos primeros días hábiles, 1 antes del día 5, 3 antes del día 8, 4 antes del día 10, 1 del 10 al 20 de cada mes, 9 antes del día 15 y 2 antes de fin de mes) y ocho anuales (1 antes del 5 de enero; 1 antes del 10 de enero; 1 antes del 30 de enero; 1 del 1 al 8 de febrero; 1 antes del 15 de febrero; 2 antes de fin de febrero; y 1 en el mes de marzo): más de 450 envíos anuales de partes, índices, estadísticas, etc., además de los correspondientes a documentos concretos; es de suponer que esta complicación burocrática habrá ido en aumento.

4. La agilidad del profesional no puede pedírsele al funcionario; muchas actas notariales obedecen a que no es posible esperar el tiempo que exige el desplazamiento de un Juez, o de un Inspector; un Notariado funcionarizado no sería una ayuda, sino una rémora para el mundo de los negocios.

5. La organización por Colegios es propia del Notariado latino de profesionales libres; de ahí los Colegios Profesionales; en un Notariado de tipo administrativo, los Notarios habrían de seguir el sistema sindical de los funcionarios públicos frente al Estado empleador.

* * *

61. *Control de legalidad y control político.* El Notario desempeña, en el sistema administrativo, una sola actuación respecto del negocio contenido en el documento, el control de su legalidad; podría pensarse que, desde este punto de vista, gozaba de una superioridad sobre el Notario latino, ya que su independencia de las partes le permitiría un mayor rigor; pero al haber estado alejado de la formación del negocio, su control es, como hemos visto, meramente externo y son numerosos los vicios (incapacidades, errores, fraudes, etc.) que pueden pasarle desapercibidos; por eso se explica que el artículo 192 del Código del Notariado portugués, que tantas veces hemos puesto de ejemplo de este sistema, no permita a los Notarios denegar su intervención en los supuestos de nulidad relativa del acto a documentar, aunque con ello cae por tierra toda la presunción de validez del instrumento público.

Podría citarse en contra la amplitud del artículo 19-1 de la Ley soviética del Notariado Estatal: “Al determinar en el ejercicio de sus funciones, violaciones a la ley, por ciudadanos o funcionarios, el notario o quien desempeñe funciones de tal, deberá informarlo a la oficina, empresa, organización o al fiscal competentes, a fin de que tomen las medidas necesarias”; pero lo que aquí aparece, más que un control de legalidad, es un control político del Estado. “El notario soviético —dice Reghizzi— se coloca por tanto en el mismo plano del *prokuror*, encargado del control general sobre la observancia de las leyes soviéticas, y de las numerosas comisiones del partido, estatales y “sociales” a quienes está confiada la vigilancia sobre la marcha de la vida económica y jurídica del país o sobre sectores particulares de ella”.⁹² Es también el control político el que persigue la funcionarización del Notariado en los países autoritarios.

* * *

62. *Los principios de legalidad y de jerarquía normativa.* Este control político que se persigue mediante la funcionarización del Notariado, pone de relieve otra dimensión, más profunda jurídicamente, de la subordinación jerárquica del Notario en el sistema administrativo. En el sistema latino, como hemos visto, el Notario solamente está sometido a la Ley y a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria; en el sistema administrativo, el Notario está sometido además, a sus superiores jerárquicos y, por tanto, a las circulares y a las órdenes de ellos; citemos de nuevo la Ley soviética, artículo 6º: “Los notarios estatales y otros funcionarios que realicen tareas notariales procederán de acuerdo con las leyes de la URSS, Uniones o Repúblicas autónomas, decretos del Presidium del Soviet Supremo de la URSS, los Presidiums de los Soviets Supremos de las Uniones o Repúblicas autónomas, las decisiones del Consejo de Ministros de la URSS, Consejos de Ministros de las Uniones o Repúblicas autónomas, *Ordenanzas e instrucciones* del Ministerio de Justicia de la URSS, Ministerios de Justicia de las Uniones o Repúblicas autónomas, y *resoluciones* emanadas de otros Organismos del Poder Estatal y entes de la Administración Estatal dentro del ámbito de su competencia”; “fuente de derecho notarial es indudablemente la Circular”,

92 Reghizzi, *op. cit.*, en nota 76, pág. 573.

comenta Reghizzi;⁹³ y con ello los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa (art. 9-3) caen por tierra, ya que pueden realizarse las mayores modificaciones jurídicas sin más que ordenar o prohibir a los Notarios la inserción de determinadas cláusulas en los documentos respectivos.

* * *

63. *Notariado y régimen democrático.* La misma concordancia que hasta aquí hemos contemplado entre sistema administrativo de Notariado y regímenes colectivistas y autoritarios, de izquierda y de derecha, existe entre Notariado latino y libertades públicas y privadas, entre el sistema latino de Notariado y régimen democrático. Hace un par de años, en la sesión inaugural del 74º Congreso de los Notarios de Francia (Niza, Mayo-1977), el Ministro de Justicia francés, Mr. Alain Peyrefitte, resumía perfectamente este importante papel del Notariado latino en nuestras sociedades democráticas: “je voudrais vous redire ma conviction qui est la conviction du Gouvernement, que le Notariat de France, qui est à la pointe des professions libérales, est essentiel à notre société libérale. = Le jour où notre société libérale serait mal en point, bien vite le Notariat lui-même serait mal en point. Le jour où le Notariat serait gravement atteint, c’est bien vite notre société de liberté elle-même qui serait gravement atteinte”. De aquí que, como ya hemos visto, el Primer Ministro francés, Mr. Raymond Barre haya declarado en su alocución al XV Congreso Internacional del Notariado Latino (París, 21-Mayo-1979) que “porque participa de la gran tradición de las profesiones liberales, el notario desempeña también una función de libertad, por el papel preciado de asesor, de árbitro y de conciliador que juega entre las partes”, añadiendo: “Este concepto de vuestra profesión, lo ha hecho suyo el Gobierno francés desde hace mucho tiempo y se atiene al mismo sin ambigüedades. Para nosotros, el estatuto del Notariado excluye toda idea de funcionarización”. Tratemos de explicar brevemente esta conexión entre régimen democrático y Notariado latino.

* * *

93 Reghizzi, op. cit., en nota 76, pág. 570.

64. *Las libertades civiles.* “Dondequiera que florece el Notariado —nos dice la Moción de la Comisión “Pietro Micheli”—, allí hay también un reconocimiento y un respeto a las libertades individuales, protegidas por el Estado y desenvueltas y hechas efectivas en gran medida por medio de la actividad de los notarios”. El Notariado latino confiere ante todo a la persona una libertad civil que, según hemos comprobado, muy difícilmente puede sobrevivir en un Notariado funcionarizado; el derecho a la libre elección de Notario.

Este derecho, esta libertad, es un derecho fundamental de la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar, íntima, que muchas veces tienen los asuntos sometidos a la intervención notarial. Y es garantía indispensable para el normal funcionamiento de las restantes libertades civiles. Piénsese en lo que quedaría de la libertad testamentaria sin la libre elección de Notario: tendría que refugiarse en el testamento ológrafo; como tantas y tantas libertades, ante el Notario impuesto, se refugiarían en el documento privado.

Esta defensa de las libertades y de los derechos civiles tiene lugar mediante actas notariales y en las mismas escrituras públicas; baste citar, como ejemplo bien reciente, las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 y de 4 de mayo y 22 de noviembre de 1978, sobre derechos civiles de la mujer casada; la supresión de la licencia marital por Ley 14/1975, de 2 de mayo, en conformidad con la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 7 de noviembre de 1967 y del principio general de la igualdad o no discriminación por razón de sexo, habría resultado inoperante sin los recursos interpuestos por los Notarios manteniendo su actuación profesional —cuya existencia misma sería inconcebible en un Notariado funcionarizado—, y sin los trabajos doctrinales publicados por los Notarios Aguilar, Caicoya, Cámara, Díez Gómez, Fosar, Menéndez-Valdés, Pérez-Jofre, Pérez Sanz, Rodríguez Adrados, Sanz Fernández, etc., etc.

* * *

65. *El modelo económico.* Entre estos derechos civiles están los de índole económica, sustancialmente, “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” que reconoce el artículo 38

de la Constitución, que es la que corresponde al Notariado de tipo latino, frente al Notariado administrativo, propio, como hemos visto, de una economía colectivista o al menos fuertemente intervenida. En el XV Congreso Internacional del Notariado Latino, recientemente celebrado en París (mayo, 1979) se han tratado especialmente estos problemas a través de tres temas: “La empresa y la función del Derecho; sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del Notario en su satisfacción”; “La vida jurídica de la empresa individual”; y “Formas jurídicas de la empresa social”. Baste remitirnos aquí a las ponencias de los Notarios españoles (Antonio de la Esperanza Martínez-Radio; José Luis Espinosa Anta; Francisco Lucas Fernández; Luis Roca-Sastre Muncunill; Isidro Lora-Tamayo Rodríguez; Luis Rojas Montes; Juan Romero-Girón Deleito), y a las conclusiones adoptadas.

* * *

66. *Los derechos políticos y administrativos.* También los derechos políticos han encontrado frecuentemente la garantía del Notario latino, mientras que el Notariado administrativo ha sido utilizado con éxito para su control gubernativo. Baste recordar, en el proceso democratizador español, que el Notariado ha sido llamado a garantizar el derecho de asociación política (Ley 21/76, de 14 de junio; Real Decreto-Ley 12/77, de 3 de febrero) y el de asociación de los funcionarios (Conf. Decreto 1839/76, de 16 de julio), así como el derecho de voto (Real Decreto-Ley 20/77, de 18 de marzo), intervención esta última que se remonta a los tiempos de la primera República (O. 11-abril-1873; D. 17-abril-1873; O. 6-mayo-1873) y de la que habría de decir la Exposición del Real Decreto de 26 de mayo de 1901: “entre los varios medios que el legislador ha ideado para garantizar la pureza y sinceridad del sistema electoral, ninguno tan eficaz como la intervención de los Notarios en las operaciones que con él se relacionan, porque la confianza que inspiran los funcionarios de la fe pública y su sola presencia en los Colegios, basta, en la mayor parte de los casos, para evitar los atropellos, abusos y coacciones que con frecuencia se cometen para falsear la voluntad del elector”; actuación que se complementa con su concurrencia a las Juntas del Censo, Central y Provinciales (Real Decreto-Ley 20/77, de 18 de marzo, arts. 7-6° y 8-3), a las que son ajenos, por defi-

nición, los funcionarios de la Administración, entre los que se contarían los Notarios del sistema administrativo. Puede verse sobre esa colaboración notarial en esos momentos cruciales de la democracia que son las elecciones, mi trabajo "Las actas electorales en su perspectiva histórica".⁹⁴

Por lo que hace referencia a la esfera administrativa, séanos permitido citar otra vez al Ministro francés Peyrefitte: "le notaire, parce qu'il n'est pas un fonctionnaire, est lui-même une protection contre le césarisme bureaucratique et par conséquent contre ce qu'on a appelé 'Le mal Français';" el cesarismo burocrático no es, ni mucho menos, un "mal francés", sino un generalizado mal que también aparece entre nosotros; y uno de los apoyos del individuo para luchar contra él está constituido precisamente por el Notariado libre, el de tipo latino, aunque no siempre haya sido prestado con toda la amplitud deseada, porque la misma Administración, en beneficio propio, ha pretendido equiparar la esfera administrativa a la judicial en la exclusión de la función notarial (R. O. 24-junio-1880; Resolución de 16-marzo-1963); aunque la misma Ley reconoce con frecuencia la intervención notarial en defensa de los derechos de los administrados, mediante la autorización de las correspondiente actas (por ejemplo, art. 52-3ª de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954), así como la intervención notarial en la contratación administrativa, pues no sería propio del ciudadano, sino del súbdito. el tener que contratar con el Estado ante un Notario perteneciente a la propia Administración estatal; y aunque otras muchas veces la Administración busca la intervención del Notario para demostrar su imparcialidad (por ejemplo, Decreto 2926/78. de 1 de diciembre, tramitación de expedientes de concesión de pensiones a familiares de fallecidos como consecuencia de la guerra civil), o cuando ella misma, o sus funcionarios, se encuentran injustamente atacados.

* * *

67. *Los demás derechos humanos.* También el Notariado ha estado coartado desde este punto de vista. Una Orden de 12 de junio de 1939 dispuso que los Notarios "se abstuvieran de autorizar

94 Revista de Derecho Notarial, XCV, enero-marzo, 1977, págs. 297-402.

documentos que por su finalidad sean ajenos a la función notarial, comprendiéndose entre éstos cuantos se refieran a consignar antecedentes de encartados o condenados en causas criminales', ya que los testimonios "deben ser vertidos directamente ante los Jueces, a quienes incumbe discernir su admisión"; sin embargo, han sido numerosas las intervenciones notariales en la materia, que serían inconcebibles en un Notariado administrativo; puede verse el trabajo de José M^a Segura Zurbano "Las actas y los requerimientos notariales, sus problemas deontológicos y reglamentarios",⁹⁵ y en tema de escrituras públicas el de François de Tinguy y André Lapeyre "Le tiers témoin au service des Droits de l'Homme".⁹⁶

* * *

68. *Las relaciones internacionales.* La funcionarización del Notariado español, lejos de homologarnos con los países que nos rodean, especialmente los del Mercado Común supondría una barrera más que nos aislaría de ellos y de la "aproximación de Legislaciones" preconizada en la tercera parte del Tratado de Roma; piénsese en la Sociedad Anónima europea en forma notarial, en los poderes internacionales para la consecución de la libre circulación de personas y bienes dentro de los países de la Comunidad, en el testamento internacional, etc. Supondría un obstáculo para el otorgante extranjero, especialmente para el inversionista extranjero, al encontrarse con un funcionario de la Administración en vez de con un asesor profesional a la hora de formalizar públicamente sus actos. Y llevaría también consigo la salida de España de la Unión Internacional del Notariado Latino, pues al ser ésta Organismo Consultivo No Gubernamental de la UNESCO y de la ONU. no pueden formar parte de ella Notariados integrados por funcionarios de la Administración Pública.

* * *

69. *El costo del servicio notarial.* También desde el punto de vista de su costo, el Notariado latino se muestra muy superior al Notariado administrativo.

95 Revista de Derecho Notarial, LXXXIII, enero-marzo, 1974, págs. 501-539.

96 París, 1979, 41 págs.

El costo puede considerarse, ante todo, desde el punto de vista del Estado. En el sistema administrativo del Notariado todos los gastos de instalación y sostenimiento de las oficinas notariales tienen que ser a cargo de los Presupuestos del Estado, mientras que conforme al sistema latino todos estos gastos son satisfechos por los Notarios, sin que el Estado abone absolutamente nada, ni siquiera por razón de jubilaciones. El problema sería prácticamente insuperable en el momento de tránsito de sistema, con la instalación *ex novo* de todas las Notarías, adquisición o arriendo de locales, material de oficina, mecanización, sueldos de Notarios, sueldos de los empleados —cuyo alto nivel no sería fácil rebajar—, seguridad social de éstos, asunción de todas las obligaciones mutualistas para con Notarios y empleados jubilados y los familiares de los fallecidos, etc. Pero aun sin considerar este momento del tránsito, las obligaciones que el Estado asumiría difícilmente se compensarían con la tasa notarial en la que, además —así ocurre en Portugal, art. 36 del Decreto-Ley núm. 44,063, de 28 de noviembre de 1961— tendría que acabar dando participación a los Notarios para conseguir la agilidad necesaria.

También desde el punto de vista del usuario del servicio notarial es más favorable el sistema de Notariado latino que el administrativo, pues la única percepción arancelaria del Notario latino se vería fuertemente superada por la tasa establecida por el Estado más el arancel del profesional de quien se solicitase el asesoramiento. Los documentos, en efecto, no se hacen solos; los particulares no pueden hacérselos a sí mismos; tendrían forzosamente que acudir a otras personas, los Notarios consuetudinarios, de que habló Costa,⁹⁷ sean los extraoficiales —corredores de fincas, agentes de seguros, empleados de inmobiliarias, etc.—, o los oficiales, los que debieran estar únicamente al servicio de la Administración. Y, repetimos, el otorgante tendría que pagar además la tasa Notarial al Estado, con la que éste tampoco se resarciría del costo del servicio.

* * *

97 Costa (Joaquín): "Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia", Obras Completas, Volumen XIII (2ª ed., Madrid, 1917, 310 págs.), pág. 11.

70. *La función promocional del Notario.* La reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1978, que ya hemos citado, hace constar que el problema discutido “resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además, en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego”. Séanos permitido terminar estas notas con una referencia a esta tarea promocional o de colaboración del Notario latino, con su labor profesional, a la evolución del Derecho. El fenómeno es bien conocido; fue ya estudiado por Castán,⁹⁸ y siempre se ha puesto de manifiesto que muchas instituciones jurídicas han tenido su origen en la jurisprudencia cautelar de los Notarios y han vivido en los protocolos notariales, hasta que el legislador las ha impreso su consagración; la propiedad horizontal y las sociedades de responsabilidad limitada son los ejemplos más citados, pero lo mismo puede decirse de las sociedades anónimas, de los pactos nupciales, de las urbanizaciones privadas y de tantas otras instituciones del Derecho privado. Pero vamos a ver el fenómeno en pequeño, en las compraventas con precio aplazado garantizado con condición resolutoria a que se refiere la Resolución de 1978 acabada de citar.

El acceso a la propiedad de sectores numerosos de población, típico de los tiempos modernos, no habría sido posible sin los aplazamientos de precio; ni éstos lo habrían sido sin una garantía real, sobre la misma cosa vendida; la práctica notarial acudió a la llamada condición resolutoria explícita del artículo 1,504 del Código civil, mucho más sencilla que la constitución de una hipoteca en garantía de la parte de precio aplazada; el vendedor —el acreedor—, quedaba así garantizado. Pero el artículo 1,504, sobre todo en su interpretación por el Tribunal Supremo, estaba dotado de un gran rigorismo, de manera que practicado el requerimiento al comprador que no había pagado a tiempo, ya no podía éste pagar, ni siquiera en el acto mismo del requerimiento porque no se trataba de un propio requerimiento, sino de una notificación por el vendedor al comprador de que la venta quedaba resuelta; la práctica notarial prontamente

98 Castán Tobeñas, *op. cit.*, en nota 13, págs. 95-137.

vino a corregir estos excesos, admitiendo que el comprador podría pagar durante el plazo reglamentario para contestar al acta (conf. Resolución 13-junio-1962) o durante los quince días siguientes (conf. Resolución 18-junio-1962) o durante los treinta días hábiles (conf. Resolución 27-septiembre-1962); así quedaba protegido el deudor, el comprador, lográndose un más perfecto y equitativo equilibrio de intereses. Pero había otro interés del comprador que había que cuidar; el referente a la cancelación de la condición resolutoria cuando el precio fuera pagado; las dificultades para que el vendedor otorgase la correspondiente escritura muchas veces eran insuperables, y entonces se difundió la cláusula por la que el vendedor prestaba su consentimiento para la cancelación mediante acta notarial que acreditase que estaban en poder del comprador las letras de cambio que representaban el precio aplazado; el comprador podía ya obtener por sí solo la cancelación; el procedimiento era bien sencillo, pero requería que existiesen tales letras de cambio; un paso más consiste en el pacto de cancelación automática por el transcurso de un plazo concretamente establecido, de grandes dificultades teóricas, que fracasó ante la Resolución de 11 de diciembre de 1974 y que, retocado, ha sido al fin admitido en esta Resolución de 28 de noviembre de 1978. He aquí un buen ejemplo de cómo el Notariado latino hace progresar el Derecho, y de que su labor no es sólo de seguridad, como muchas veces se dice, sino de justicia.

* * *

La superioridad del Notariado latino frente al Notariado administrativo es, pues, clara, desde todos los puntos de vista. Su introducción sería, en los momentos actuales, especialmente perjudicial, al privar a los españoles del asesoramiento notarial en vísperas de tantas reformas legislativas como van a afectarle.