

## **LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL CAMPO DE SU ACTUACIÓN: ECONOMÍA DE MERCADO, LIBERTADES ECONÓMICAS Y GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA**

*Por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (Notario de Valencia)\**

---

\* Trabajo presentado en el VI Congreso Notarial Español, celebrado en Madrid en 1997.

Como Coordinador General del VI CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL deseo que mis primeras palabras sean de agradecimiento a mis compañeros Decanos que confiaron, inmerecidamente, en mí, para esta tarea; a quienes como Ponentes, o desde la callada, pesada y fundamental labor de organización, han dedicado mucho tiempo y esfuerzo para que este Congreso sea una realidad; a los Notarios comunicantes y a quienes contestaron la encuesta; y especialmente, a los que con vuestra presencia demostráis amor al Notariado, interés por su futuro, y deseo de provecho de esta reunión que obedece a una actitud responsable de introspección, estudio y revisión, que todas las instituciones están efectuando como preparación para el Tercer Milenio.

Estamos viviendo tiempos nuevos, prólogo de los que se avecinan, caracterizados por el incremento de las libertades personales, singularmente económicas, y en que la intervención estatal en los mercados va cediendo a un rabioso liberalismo.

Se ha dicho que las dos grandes tendencias económicas de este fin de siglo son la transición de los países del socialismo real al sistema capitalista, y la globalización de la economía.

Las economías nacionales dependen cada vez más de los mercados internacionales y menos de las decisiones de los gobiernos de cada país: Aumentan las fusiones internacionales de empresas, las empresas transnacionales, la contratación en mercados situados en extremos opuestos de la tierra merced a la utilización de las autopistas de la comunicación que permiten la contratación en tiempo real, los grandes desplazamientos de inversiones de unos países a otros por la integración de las plazas financieras y de las bolsas de valores de todos los países de la Tierra, y sobre todo por el fenómeno de las integraciones regionales, y de los grandes movimientos migratorios.

Esa internacionalización tiene efectos positivos, especialmente para aquellos países en los que de seguir aislados del resto no hubiera circulado, nunca la riqueza, pues la expansión del libre comercio acelera el ritmo de crecimiento mundial, y por tanto también el de ellos.

En la 9ª reunión de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, celebrada en Johannesburgo en junio de 1996 los Países En Desarrollo (PED) y especialmente los Nuevos Países Industriales (NPI) alabaron la globalización y la apertura de los mercados, ensalzando el papel de las grandes empresas transnacionales ya que como dijo su Secretario General RUBENS RICUPERO, la liberalización de los intercambios aportará cierta prosperidad, por primera vez en la historia, a unos dos mil millones de personas en las economías en desarrollo más dinámicas; la propia empresa transnacional es el motor del crecimiento y el cambio y su fomento es sinónimo de fomento en general.

Pero la globalización tiene también unos efectos negativos: el poder de los intermediarios financieros privados oscurece el de los bancos centrales, o lo que es más grave, de los políticos democráticamente elegidos, con lo que se pone en cuestión el propio para qué de los procesos electorales, y hasta el propio concepto de la soberanía nacional.

Hemos pasado del estado del bienestar, fruto del consenso entre socialdemocracia y democracia cristiana para combatir los postulados marxistas, en que se protegían las necesidades básicas desde la cuna hasta la tumba, a una política rabiosamente neoliberal en la que han adquirido un protagonismo extraordinario las doctrinas elaboradas por los llamados *think-tanks* o grupos de estudio como la Hoover Institution on War, Revolution and Peace de Stanford, que apoyan a George Stigler o Milton Friedman, el American Enterprise Institut de Washington, la Heritage Foundation que apoyó la política de Reagan, el Adam Smith Institute londinense, la Sociéte Mont Pelegrin, y por no hacerlo más largo el Foro Económico Mundial que desde 1970 reúne en Davos a jefes de Estado y de Gobierno, banqueros, líderes de opinión, empresarios y políticos, y en donde se ha obtenido el mínimo común denominador de la política económica que, con más o menos graduaciones, se puede calificar de ortodoxa. Los países u organizaciones que osan desafiarla son inmediatamente castigados por los mercados. Y ello, como dice ESTEFANÍA, sin ningún determinismo conspirativo, sino por la fuerza de los hechos.

Se habla ya de *pensamiento único*, en el que se predica, cualquiera que sea el color del equipo gobernante lo siguiente:

a) La liberalización de los mercados nacionales para que nazca un mercado global donde haya libre competencia, y libertad de circulación de mercancías, capitales, servicios y personas.

b) Son la oferta y la demanda quienes determinan las orientaciones económicas y no el Estado a través de los representantes populares.

c) El Estado debe desregular, limitándose a establecer las normas necesarias para que los operadores económicos puedan fijar las reglas de juego y seguir el imperativo de la competitividad, y a lo sumo decidir los conflictos provenientes de la inobservancia de las reglas del mercado, y garantizar la seguridad del mismo y de las inversiones. Por ello dice BEL I QUERALT que la desregulación ha producido efectos favorables sobre los precios y sobre la eficiencia, pero al igual que la privatización ha originado una característica común, que es la necesidad de reregulación.

d) El Estado debe dejar de ser empresario y privatizar los amplios sectores de la economía que se hallaban en su poder y lo constituían en empresario distorsionador de un mercado en que se condicionaba o prohibía la actuación de los demás operadores económicos: Transportes urbanos, ferrocarriles, transporte aéreo, sanidad, hospitales, educación, sector financiero, seguros, cultura, etc... La privatización ha tenido, como ha dicho BEL I QUERALT como prioridad fundamental la obtención de ingresos para la Hacienda Pública, y el debilitamiento de sectores adversos al mismo proceso privatizador como los sindicatos. Pero se corre el riesgo de que los monopolios se limiten a pasar de manos y continúen distorsionando los mercados al eliminar la competencia.

La consecuencia de todo ello es como dice ESTEFANÍA que en el interior de muchos países se extiende la sociedad dual y aumentan las desigualdades, el paro, los límites del Estado del Bienestar, la crisis del valor trabajo y, como consecuencia, se multiplica la exclusión y se rompe la cohesión social. Al lado de esos ciudadanos que utilizan las redes informáticas para multiplicar sus ahorros o las ventajas de la mundialización se sitúan, como hermanos siameses, el chabolismo, los conflictos étnicos y la destrucción medioambiental. Se está dando lugar a sociedades en las que crecen la marginación, el paro juvenil y el de larga duración, y aboca a un siglo XXI en el que la excepción será disponer de trabajo estable.

Muchas cosas, pues, están cambiando en este mundo, y sin embargo pervive en él el deseo, y se incrementa la necesidad, de que los Estados garanticen la seguridad jurídica de los ciudadanos en general, y específicamente en sus relaciones jurídicas personales y patrimoniales privadas; también es creciente de la exigencia de protección mediante la legislación adecuada de los consumidores

—piénsese en el artículo 51 de la CE— frente a las consecuencias de las conductas arrolladoras propiciadas por las libertades comerciales.

Por ello, la Constitución española de 1978 en su artículo 93 afirma que dicha norma constitucional garantiza la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica puede garantizarse de forma represiva, cuando ya el Derecho ha sido alterado; sistema propio del *common law*, que exige una judicatura enormemente eficiente ante la multiplicación de los litigios, con gran costo para el Estado, y para los particulares que tratan de evitarlos.

Pero también existe la llamada seguridad preventiva, anterior al propio Estado, consistente en el establecimiento de instituciones que colaboran a que las normas jurídicas aplicables a las relaciones privadas personales y patrimoniales sean conocidas, cumplidas y aplicadas por los ciudadanos en su vida diaria, y que mediante un riguroso control de la legalidad de sus actos y contratos, se evite, o al menos se disminuya la litigiosidad.

En nuestra cultura jurídica viene siendo su existencia, exigencia y perfección una aspiración constante: desde el Derecho Romano, a través de la llamada jurisdicción voluntaria, en que el magistrado decía el derecho aplicable —de ahí las palabras *iuris-dicere*, *iuris-dictio*— y controlaba la adecuación al mismo de los actos y contratos, es decir, controlaba su legalidad, hasta nuestros tiempos, en que la seguridad jurídica preventiva ha sido el objeto y fundamento de las funciones públicas notariales, judiciales en sede de jurisdicción voluntaria y registrales.

Es, pues, dentro de esa “seguridad jurídica preventiva” o cautelar, donde se ha encuadrado siempre —a lo largo de toda la Historia con mayúscula— nuestra función notarial.

En definitiva en la concreción en el campo del Derecho del dicho “más vale prevenir que curar”.

Y en colaborar al conocimiento y aplicación del Derecho en la normalidad evitando la conflictividad y colaborando a la paz social, radica nuestro mayor valor, es decir lo que en términos económicos se denominaría “valor añadido” de la función notarial.

Lo que vamos a cuestionarnos en este VI Congreso Notarial Español es si en una economía libre de mercado, globalizada, sigue siendo un valor estimable el de la seguridad jurídica preventiva como obligación de Estado; si la respuesta es afirmativa, si el notariado español, como delegado de la soberanía nacional a estos efectos, reúne los requisitos de idoneidad para cumplir ese cometido o

qué adaptaciones debe realizar para ello en su seno; si deben introducirse reformas en la regulación de la función notarial y del instrumento público en que normalmente se materializa nuestra actuación; si deben ser incrementadas las competencias notariales mediante la atribución a los notarios del ejercicio de aquellos actos de la mal llamada jurisdicción voluntaria que siendo esencialmente notariales son ejercidos por un simple arrastre histórico por los Jueces, integrando definitivamente nuestra función; si no sería conveniente para la seguridad jurídica una mejor delimitación de funciones con otros cuerpos que en aspectos distintos también la prestan; si no debían suprimirse discriminaciones injustificadas como la de negar la posibilidad de ser árbitros lo que constituye precisamente forma normal de actuar del notario; y en fin si todo ello se puede lograr mediante simples retoques de la Ley de 28 de mayo de 1862, o es necesaria una nueva ley que en cualquier caso debería ser respetuosa —entre otras cosas por el temor al día de después: no se puede experimentar con la seguridad jurídica preventiva— con los grandes valores de la actual y que ha sido causa de los grandes logros obtenidos con ella.

Un hecho importante ha acaecido recientemente: el Instituto de Estudios Económicos, entidad de extraordinario prestigio, tras la realización de dos encuestas sobre la fe pública en España (entre la población general y entre Jueces, Abogados, asesores jurídicos de entidades financieras y Directores de Riesgos y Créditos de Bancos y Cajas de Ahorro) en abril de 1997, convocó un Seminario sobre Fe Pública y Vida Económica, del que extrajo cuatro consecuencias:

La seguridad jurídica preventiva es percibida y valorada por usuarios y expertos como una contribución decisiva a la vida económica, y no como una traba arbitraria o prescindible.

Se considera a tal fin como más adecuado el sistema de Notariado Latino tal y como aparece configurado en nuestro país, en la práctica totalidad de la Unión Europea, y cómo es definido por la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 del Parlamento Europeo.

Se reconoce la función que desempeña el fedatario público, identificado fundamentalmente con el notario, que con los retoques que puedan ser precisos debe ser mantenida y preservada. Tales retoques hacen referencia a costes, agilidad y, sobre todo, la búsqueda de una solución de convergencia que ponga fin a la típica existencia entre nosotros de una fe pública parcialmente compartida (entre Notarios y Corredores de Comercio).

Pues bien, al hilo de estas afirmaciones, considero necesario efectuar alguna reflexión, evitando la intromisión en terrenos correspondientes a las ponencias que serán defendidas por mis compañeros.

La primera reflexión hace referencia al propio sistema: Se ha dicho que hay en nuestra Patria una apuesta firme por el sistema de seguridad preventiva que desarrolla el notariado como en los países de todo el mundo con sistemas jurídicos derivados del Derecho Romano Germánico, y que se está expandiendo a los países del Este de Europa (en estas mismas fechas están celebrando un Congreso similar a éste en Budapest).

Sin embargo no es infrecuente que en ciertas instancias económicas, y a veces sociales, quiero pensar que por falta de un cabal conocimiento de lo que significa la seguridad jurídica preventiva, se pretende aplicar a nuestra actuación normas no pensadas para una función pública, sino para el mercado, como las relativas a costes del producto, libre competencia, libertad de establecimiento, etc., que en la mayoría de los casos sólo benefician a los grandes operadores económicos. Contra ello ya previno la Declaración de la Asamblea General de los Notarios miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Santo Domingo el 31 de mayo de 1997 al afirmar que la función notarial se distingue netamente, por el contenido cultural y por el relieve social que le son pertinentes de la actividad de la empresa y por lo tanto, sería un grave error otorgar una automática extensión a ésta de las reglas del mercado y de la libre competencia que comprometería irremediablemente la seguridad jurídica.

El Notariado debe incrementar su comunicación con el entorno social y económico para que lleguen a conocerse las ventajas no sólo jurídicas —paz social por disminución de la litigiosidad— sino también económicas, de la seguridad jurídica preventiva, tanto para los usuarios directos del servicio notarial, como para los terceros que, indirectamente, se benefician de él al evitar el control de legalidad que sin su conocimiento sea dañado su derecho, y para el Estado por ser más económica la seguridad cautelar que la represiva, siempre que la función notarial se preste en condiciones de seriedad, rigor y eficacia, incompatible con la lucha de precios y los procedimientos agresivos usuales en la economía libre de mercado para la captación de la clientela.

Este sistema de seguridad jurídica preventiva, “en la conciencia social de nuestro país”, según el informe del Instituto de Estudios

Económicos antes referido, tiende a ser identificada fundamentalmente con el Notario, pero añadiríamos nosotros, con el Notario tal y como aparece configurado en nuestra legislación, y reconoce el Parlamento Europeo: Licenciado en Derecho, titular de una función pública por delegación parcial de la soberanía del Estado que ejerce profesionalmente, tras haber sido seleccionado, en nuestro caso, mediante una rigurosa oposición.

Tales requisitos no pueden ser en modo alguno dulcificados si se pretende que la calidad del servicio se mantenga al nivel de eficiencia que justifica su existencia; es más debe incrementarse el nivel de conocimientos en derecho comparado e internacional privado, ante las consecuencias de los principios de libertad de movimiento y establecimiento.

Un segundo aspecto a resaltar hace referencia a la función notarial en sí misma considerada en la economía del libre mercado:

Se piensa que la actuación notarial en esta etapa de la Historia debe ofrecer la misma respuesta de agilidad y velocidad que caracteriza a los mercados económicos.

Sin embargo considero que el notariado, en estos nuevos tiempos, no debe abdicar por una mal entendida agilidad, antes bien potenciar, lo que constituye la esencia de la función, y lo que la sociedad espera o debe esperar de ella, y en todo caso se merece.

La agilidad del tráfico jurídico actual, caracterizado por el incremento de la contratación en masa, bajo condiciones generales, y en muchas ocasiones con carácter transnacional, puede, y es posible que deba, suponer un aligeramiento de las formas documentales, que dicho sea de paso no es conveniente que lo sea en aspectos esenciales que desnaturalicen el instrumento público; también implicará la utilización de las autopistas de la información en aras a obtener una mayor seguridad en las transacciones inmobiliarias y en las relaciones con las administraciones públicas, e incluso la utilización para las transacciones electrónicas, hoy ya una realidad en materia de valores, de lo que denominan, por ejemplo, Valerio y Luc Weyts, el documento desmaterializado, *tertium genus* junto al privado y al público, propio de la figura que alumbró la Sección de Ciencia y Tecnología del Colegio de Abogados de Estados Unidos llamada *Ciber-Notario* o Notario electrónico, en fase de estudio y desarrollo.

Pero la agilidad del tráfico no debe jamás justificar la merma, sino reafirmar, los que han constituido los grandes valores del Notariado Latino: la presencia del notario junto a los otorgantes —¿será ahora a veces electrónica?— y el riguroso cumplimiento de

las obligaciones que la ley nos impone, configuran la función y justifican su existencia.

Debemos continuar siendo ahora, si es posible —que siempre lo es— todavía más rigurosos en la identificación de los otorgantes (por la facilidad de las falsificaciones de documentos de identidad), y en la comprobación de la existencia y capacidad de las partes; pacientes e intuitivos en la indagación de su voluntad, ayudando a conformarla; pulcros en la información; honestos en el consejo; independientes e imparciales en toda nuestra actuación, elevando el nivel de conocimientos jurídicos del más necesitado para que la situación contractual sea de efectiva igualdad con el contratante fuerte; fieles controladores de la legalidad; redactores claros del documento propio o responsables del ajeno asumido por nosotros y custodios diligentes de los instrumentos que autorizamos.

De nuestra correcta actuación, precisamente, deriva la fe pública que la ley otorga al documento notarial y por tanto su eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva.

Podemos y debemos ser ágiles, pero seguros y ello justifica que exijamos que se nos permita la utilización de todos aquellos medios —especialmente los informáticos en relación con los Registros Públicos, no sólo los de la Propiedad y Mercantiles, sino también municipal, catastral, e incluso de la Hacienda Pública, etc.— que pueda potenciar la seguridad que de nosotros se espera, ofreciendo a nuestros clientes un servicio lo más completo posible, pero siempre sin olvidar:

- que no somos una empresa de servicios, con libertad de establecimiento y para prestar el servicio, sino un servicio público, de prestación obligatoria, salvo causa justificada, y tan sólo en el territorio que nos designa nuestro título;
- que el servicio debe ser impecable por ser público;
- que debe ser lo todo lo ágil que el mercado exija, pero la seguridad permita, porque lo rápido no siempre es sinónimo de lo mejor, y ni siquiera de lo bueno.

Resulta también fundamental para la agilidad del tráfico y la seguridad jurídica una declaración legal —he ahí uno de los fundamentales motivos que se aducen para desear una nueva ley notarial— que afirme que los hechos propios o comprobados por el Notario, y sus calificaciones están bajo la salvaguarda de los Tribunales al serlo por funcionario público en el ejercicio profesional de su función.

Y ello sin menoscabo del debido respeto a otras funciones públicas cautelares, que no deben asumir *de facto*, en menoscabo de

la notarial, funciones jurisdiccionales, que puedan conducir a la inseguridad jurídica, especialmente por el lento servicio de recursos gubernativos, que adolece de iguales defectos que la justicia, y lo hacen también incompatible no ya con la agilidad del tráfico, sino con la propia seguridad jurídica.

La función pública notarial de control de legalidad debe asimismo extremarse en esta nueva etapa, y adaptarse a la proclamada libertad de movimiento. La economía de libre mercado supone la necesidad de reconsiderar, desde el tratamiento de la libre circulación de servicios, la garantía de la libre circulación del documento notarial latino. La función notarial al hallarse incluida como delegación de la soberanía del Estado en el artículo 55 del Tratado de la Unión Europea, dificulta la libertad de establecimiento y de prestación de servicios notariales en país distinto de aquel a que pertenece el Notario, pero sí existe la necesidad de que en determinadas condiciones, como las señaladas por la Conferencia de Presidentes de Colegios Notariales de la Unión Europea, se reconozca la posibilidad de circulación del documento, con control de la legalidad del negocio por notario del país de recepción.

También deberían establecerse mecanismos de comunicación internotariales que eviten las ya frecuentes falsificaciones de documentos de otros países.

La última reflexión es la relativa a la actitud del notario en la economía de mercado con relación a nuestros clientes, o personas—como dice el *Diccionario de la Real Academia Española*— que utilizan con asiduidad nuestros servicios.

Es bien cierto que normalmente son prestados con mayor asiduidad a los grandes operadores económicos que a los ahora llamados consumidores; sin embargo y derivado del carácter público de nuestra función, nuestra legislación nos encomienda el cuidado de los más débiles, aunque frecuenten menos las notarías, y ello sin mengua de nuestra imparcialidad, como exige el artículo 147 del Reglamento Notarial.

Para ello es necesario, en primer lugar, insistir en la necesidad de potenciar el principio de la libre elección del notario como garantía de su libertad e independencia, porque la independencia favorece la imparcialidad. Decía GUY DE VEL, Director de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa que el notario por su imparcialidad y especialidad contribuye a proteger al individuo en sus relaciones familiares y patrimoniales y a garantizar la seguridad jurídica necesaria para el funcionamiento armónico de la sociedad democrática y el desarrollo de la economía de mercado.

En la encuesta de población general del IEC, el 43% de los encuestados siempre había escogido al notario, frente al 29% al que siempre se lo habían escogido. Se percibe por tanto que el derecho de libre elección de notario va siendo poco a poco una realidad. Pero hay que potenciarlo: generalmente se atribuye a los grandes operadores económicos las trabas que existen al principio de libre elección cuando muchas veces no es así; el Reglamento Notarial lo intuyó cuando dijo que “los notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual”.

No obstante, y ello debe satisfacerlos, cuando la elección del Notario no dependió del entrevistado, a la pregunta de si tuvo la sensación de que el Notario actuaba con la misma independencia e imparcialidad que cuando él lo había elegido, el 49% contestó que sí, mientras tan sólo el 8% consideraron que no.

En segundo lugar es necesario extremar la prudencia en la autorización notarial en los despachos de los grandes operadores económicos, pues puede producir al consumidor la impresión —y así fue declarado por un representante de los mismos en la VII Jornada Notarial Iberoamericana de Salamanca— de inclinación del notario hacia la parte fuerte, o al menos la confusión sobre si el notario es un funcionario público o un empleado de la entidad.

El problema no se circunscribe a nuestro país, donde se han producido reacciones significativas contrarias a la presencia del Notario en las oficinas bancarias, como la del Colegio de Sevilla, para dicha ciudad, pues incluso en Rumania, el artículo 48 de su Ley Notarial establece que “las escrituras serán otorgadas en la sede del estudio del Notario público, durante el horario de servicio de atención al público, anunciado de manera adecuada. Un acto notarial puede ser realizado fuera de la sede del estudio, dentro de los límites de su distrito territorial, si hay un gran número de personas implicadas o si la parte que solicita el documento está impedida, por razones justificadas, para acudir a la sede del estudio...” y en su artículo 49, apartado e) obliga a consignar en el instrumento “si ha sido realizado fuera del estudio notarial... las circunstancias que justificaron la realización del acto en el lugar especificado”.

En tercer lugar, sin olvidar que la función notarial, como función estatal, se halla al servicio de todas las personas físicas o jurídicas, tengan o no la consideración legal de consumidores, debe incrementarse el buen servicio a estos últimos; para que gocen de

nuestro asesoramiento, información y consejo que les sitúe en igualdad a los contratantes fuertes, y lograr así que se cumpla respecto de ellos cuanto ordena la legislación establecida en su defensa, colaborando con sus Asociaciones.

Los consumidores —y entre ellos permitidme que tenga una especial deferencia con los desplazados de sus países por razones de subsistencia— son en esta economía de mercado la mayor justificación de nuestra existencia y de nuestra función, y cualquier esfuerzo del notariado para mejorar la calidad de nuestro servicio para con ellos siempre será insuficiente.

Pero que nos perdone la sociedad la inmodestia si afirmamos que cuando los consumidores no eran llamados consumidores, sino ciudadanos, vecinos, paisanos, labriegos, hombres y mujeres en fin, los notarios hemos estado viviendo junto a ellos y para ellos por todo el territorio nacional, siendo durante cientos de años la fuente principal, y en muchísimas ocasiones la única, de información, de asesoramiento y de consejo jurídico, y además con carácter gratuito cuando nuestra actividad no concluía en la autorización de un instrumento público, como reconocía el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de diciembre de 1929 cuando se refería al notario como profesor de jurisprudencia de las clases humildes y consejero prudente de los individuos y de las familias.

Esa labor callada que realizamos los notarios, si bien más perceptible en las poblaciones medianas y pequeñas que en la vorágine de las grandes urbes despersonalizadas y frías, sigue siendo hoy una realidad.

Sin olvidar lo que en el pasado hemos sido y lo que en el presente somos, preparémonos para continuar ejerciendo nuestra función, en el siglo que se avecina, cada vez mejor, y continuaremos gozando del aprecio de la sociedad a la que siempre hemos servido.