

CAPÍTULO I

La función notarial: fundamento y caracteres. Características del notariado latino. La Ley Orgánica y el Reglamento Notarial

1. LA FUNCIÓN NOTARIAL: FUNDAMENTO Y CARACTERES

La función notarial está ante todo al servicio de la *libertad civil*, principio proclamado en el art. 1.^º de la Constitución. Ofrece a los ciudadanos un cauce privilegiado para que puedan ejercer la autonomía de su voluntad configurando sus relaciones jurídicas del modo que tengan por conveniente y plasmando sus negocios jurídicos en un instrumento público dotado de múltiples cualidades intrínsecas y extrínsecas, como el previo asesoramiento, el control de sus elementos constitutivos, la legalidad de su contenido, la fehaciencia, lo que, a su vez, generará efectos probatorios, traditorios, ejecutivos y otros. Y esas cualidades y efectos resultan de haber sido extendido el documento por un profesional del derecho que, además, es funcionario público. También, por estas mismas cualidades, el instrumento público contribuye eficazmente a la *seguridad jurídica*, a la que se refiere el art. 9.3 de la Constitución, en su variedad preventiva, aspecto este que se viene destacando por la doctrina y la legislación en los últimos tiempos.

En todo caso¹, la esencia del notario es trabajar con negocios jurídicos. Los negocios son el instrumento mediante el cual se hace realidad la autonomía privada, principio que refleja en el mundo jurídico el superior valor de la libertad. A este valor, el de la libertad, es al que está radicalmente adscrito el notario. Por supuesto, la autonomía de la voluntad tiene límites por razones de justicia, igualdad o respeto a la intimidad personal. E indudablemente al notario se le demanda seguridad tanto de las partes como de los terceros -la seguridad del tráfico-, a la que puede contribuir notablemente. Pero la verdadera esencia del notario es hacer posible en el ámbito jurídico el ejercicio de la libertad de los ciudadanos.

1. GOMÁ SALCEDO, José Enrique, «¿Qué he hecho yo todos estos años?», *La Notaría*, n.^º 4, abril de 2001, pp. 52-58.

1.1. Carácteres y principios

A) *Qué hace el notario*

Quizá es prudente comenzar realizando una descripción de lo que en la práctica hace el notario. En este sentido, las RR. de 30 de marzo y 2 de abril de 2007 desarrollan expresivamente los diferentes aspectos de la función notarial: «La autorización del instrumento público por el notario cumple una *función múltiple*: al imponerse al Notario la obligación de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales; de velar para que el otorgamiento se aadecue a la legalidad así como por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, se tutelan, a la vez, numerosos intereses». Así, se protege a las partes contratantes, mediante el asesoramiento y la advertencia; a los terceros, adoptando cautelas en su interés; y a la Administración Pública, siendo un instrumento de cumplimiento de la ley.

– Dicha autorización notarial protege, en primer lugar, a las *partes contratantes* y, en particular –tratándose de transmisión del dominio o derechos reales–, al adquirente, controlando la titularidad y el poder de disposición del transmitente, así como –entre otros extremos–, advirtiendo a las partes de las consecuencias legales y fiscales del acto, con especial asistencia a los consumidores o parte débil en la contratación inmobiliaria. Se trata, así, de procurar una información cabal que permita prestar, en suma, un consentimiento suficientemente asesorado, todo ello con simultaneidad al momento de la transacción económica, para instar seguidamente del Registro, por vía telemática, con carácter inmediato posterior al otorgamiento, sin solución de continuidad, la extensión, en su caso, del correspondiente asiento de presentación.

– Pero el notario interviene para salvaguardar no solo el interés de los contratantes, sino también de los *terceros*. Los efectos de la escritura se producen no solo entre las partes, sino además –como dice el artículo 1218 del Código Civil– en “contra de tercero”. La *tercivalencia* de la escritura pública –*v.gr.* de compraventa de un inmueble– obliga al notario a adoptar numerosas cautelas en favor de los terceros, como la inmediata, tras su intervención, de dejar inutilizados los títulos del transferente (artículos 1219 del Código Civil y 174 del Reglamento Notarial), y muchas otras (*v.gr.*, notificación inexcusable al arrendatario, verificación de la licencia administrativa previa a una segregación o parcelación, consideración de la posible inclusión de la finca dentro de las áreas de retracto a favor del Ayuntamiento, y tantos otros aspectos que el notario debe verificar, aparte comprobaciones administrativas, en materia inmobiliaria, como el certificado del arquitecto o facultativo, o la póliza del seguro decenal en términos legalmente satisfactorios para la cobertura del valor de las viviendas, a la hora de autorizar una declaración de obra nueva o un acta de finalización de obra, incluso en una venta inmobiliaria ulterior, formulando la advertencia correspondiente, si faltara eventualmente la regularización de alguno de estos extremos, sin olvidar la importancia del mercado de viviendas de protección oficial, con precios tasados, limitaciones concernientes a su aprovechamiento o la eventual posibilidad de su descategorización, que el notario debe controlar; etc.).

– Entre los terceros protegidos por la actuación notarial en materia inmobiliaria se encuentran las propias Administraciones Públicas y entre ellas, muy especialmente, el Fisco (*v.gr.*, si se vende

un inmueble situado en España por no residente debe controlar si procede o no que el comprador haya practicado la retención fiscal correspondiente para su ingreso directo en el Erario Público. Debe también controlar la repercusión del impuesto en las operaciones sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. En toda transmisión inmobiliaria es preceptivo –y clave para el funcionamiento del sistema tributario– consignar la referencia técnica catastral del inmueble, teniendo actualmente los notarios posibilidad de comunicación directa por vía telemática con las oficinas públicas del Catastro. Los notarios están obligados a suministrar información a la Administración tributaria, mediante la remisión periódica de índices informatizados, sobre todos los documentos autorizados que contengan hechos imponibles; y también a remitir a los Ayuntamientos las notificaciones para la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos, etc.).

Esa labor que el notario debe desplegar al autorizar una escritura pública, con la siguiente tutela de los diversos intereses concurrentes, la realiza con *imparcialidad* (cfr. artículo 147 del Reglamento Notarial), y le es encomendada por el legislador con independencia de que preste su función en régimen de libre concurrencia y de libertad de elección por el particular. Esa libertad de elección es un modo de organización del servicio público que según demuestra la práctica es óptimo para asegurar la ágil y eficiente prestación del mismo, sin que ese criterio organizativo empañe en modo alguno el ejercicio de dicha función pública².

Es preciso dejar constancia, por otra parte, del impacto en la actividad notarial causado por algunas leyes recientes³. Tras una etapa (hasta 2001) en la que el aspecto del notario como profesional del derecho tuvo en la práctica un mayor predominio, se ha producido, quizás debido al *boom* de la contratación en masa, particularmente inmobiliaria-hipotecaria, un cierto deterioro de la calidad documental (con reflejo incluso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que equipara al público, a efectos probatorios, el documento privado no impugnado), y se han ampliado, culminando una fase política, las funciones de los notarios mediante la fusión con los corredores de comercio. Parece, en suma, haber comenzado una nueva etapa en que, por medio de cambios legislativos acaecidos en los últimos tiempos sobre el quehacer del notario, particularmente las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, se ha alterado de algún modo la naturaleza de la función notarial.

Por un lado, se ha querido acentuar la idea de *control de legalidad* por parte del notario. La Ley 24/2001 establece el juicio notarial de suficiencia de los poderes sin ulterior control registral (lo que provocó una larga polémica), y fija, mediante la introducción de un nuevo art. 17 bis en la Ley del Notariado, la obligación de que el notario dé fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad (en realidad ya incluida en el antiguo art. 1.º) y la necesidad de dar fe «conforme a las leyes» de los contratos y demás actos extrajudiciales. Esta idea se completa con la modificación por la Ley 36/2006 de los arts. 17, 23 y 24 de la Ley del Notariado, acuñando el concepto de «regularidad material» como principio por cuya aplicación el notario

2. Sobre control de legalidad, véase p. 67.

3. Cfr. la evolución histórica que relata Antonio BOSCH Y CARRERA en «Perspectiva de las últimas reformas y sus efectos en la función notarial», *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, 2007, pp. 106 y ss.

ha de velar, de manera que ha de ir más allá de la posición de un testigo privilegiado para procurar que el negocio formalmente realizado se adecue al negocio efectivamente querido, lo cual tiene gran trascendencia en la lucha contra el fraude fiscal y blanqueo de dinero, por lo que este concepto va de la mano del de colaboración con la Administración que seguidamente se verá. En la reforma del Reglamento Notarial operada por el RD 45/2007, de 19 de enero, se recogían profusamente en diversos artículos estas ideas que, sin embargo, han sido en parte anulados por la STS de 20 de mayo de 2008.

Por otro, se ha acentuado el aspecto público de *colaboración con la Administración* mediante el establecimiento de un nuevo sistema de índices informatizados de envío quincenal, la imposición de la obligación de controlar los medios de pago y el número de identificación fiscal, y particularmente la atribución a la Administración tributaria de unas amplias potestades de acceso a los protocolos notariales. Asimismo, se han establecido, ya desde la Ley de 1993, importantes obligaciones en materia de blanqueo de dinero, que mediante la Ley 36/2006 pasan a formar parte del estatuto corporativo y que están recogidas en la actual Ley 10/2010.

Además, se ha impulsado la utilización de las *nuevas tecnologías* particularmente a través de la Ley 24/2001, sobre la base de la creación de un documento electrónico que circula por la red con firma digital y que en principio produce los mismos efectos que el documento en soporte papel.

Se han clarificado las *formas documentales* en la Ley 36/2006 y el reglamento del 2007, cuestión necesaria tras la fusión de los corredores de comercio, y que se lleva a cabo sobre el principio de protocolo.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, supone un cierto cambio cualitativo pues, como dice su Exposición de Motivos, “opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como secretarios judiciales / letrados de la Administración de Justicia, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnán la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados”. En un sentido muy parecido, en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo se atribuye a los notarios la competencia en determinados expedientes de este ámbito. Por su parte, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social introduce el acta extrajudicial de pagos en la Ley Concursal.

Y no cabe desconocer la trascendente reforma, en todos los sentidos, incluido el propiamente notarial, que supone la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El notario queda configurado como un puntal esencial para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica como parte de su dignidad inherente, participando activamente en su proceso de toma y expresión de decisiones, y la expresión, con efectos jurídicos, de su voluntad, deseos y preferencias. En definitiva, la función notarial se configura como un cauce para que la persona con discapacidad ejerza plenamente su libertad.

Estos cambios legislativos suponen sin duda modificaciones concretas en el quehacer del notario y afectan indirectamente o, incluso, directamente a su función, aunque no todos los cambios merecen la misma valoración: en algunos aspectos han sido valorados positivamente, como aquellos en los que se refuerza el control de legalidad, el uso de las nuevas tecnologías o la mayor colaboración con las diversas Administraciones o se le atribuyen nuevas competencias en el marco de la desjudicialización del Derecho; pero en otros han merecido críticas, como por ejemplo en lo que se refiere a la pérdida del control por el notario del secreto del protocolo, como función que se le atribuye para la garantía de la intimidad y privacidad de las declaraciones de los otorgantes y particularmente en las obligaciones impuestas al notario en la legislación sobre blanqueo de dinero que, sin desmerecer la importancia de la finalidad que persiguen, en ocasiones han llegado a desvirtuar la función notarial atribuyendo al notario funciones más propias de otras instancias, como las policiales, con el objeto de rentabilizar al máximo la cercanía de aquel a las operaciones afectadas.

B) Principios que rigen su actuación

Rodríguez Adrados⁴ sintetizó los Principios Notariales de su función pública de la siguiente manera:

- El principio de rogación: el notario no puede actuar de oficio.
- El principio de veracidad, fundamento de la fe pública.
- El principio de inmediación, la asistencia personal y presencia física.
- El principio de legalidad, la adecuación al Ordenamiento de la actuación notarial.
- El principio de profesionalidad, particularmente la adecuación facultativa, el asesoramiento y el consejo.
- El principio de libre elección, del notario por el requirente.
- El principio de imparcialidad: deriva de su función pública su obligación de conservar la equidistancia respecto de los intereses contrapuestos.
- El principio de dación de fe, es decir, la asunción de la autoría del documento.

A lo largo de la exposición se irán examinando estos principios.

4. RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: Principios Notariales, El Notario del Siglo XXI, Colegio Notarial de Madrid, 2013.

C) *La utilidad metajurídica de la forma notarial*⁵

La actuación notarial responde a unos principios jurídicos y produce efectos jurídicos, pero también tiene valor en otros ámbitos, que conviene recalcar: un valor cívico, porque implica someterse a la norma y facilitar su cumplimiento; un valor económico, porque las formas jurídicas permiten crear que representaciones estandarizadas que facilitan el intercambio de activos; y un valor ético, porque recuerdan, al otorgar el documento, ciertos estándares morales.

a) *Valor cívico*

La forma, y particularmente la notarial, es un acto cívico, un acto de responsabilidad, porque implica someterse a la norma y facilitar su cumplimiento. Lo mismo podríamos decir sobre otros actos jurídicos o meras formalidades –incluso simplemente el ir correctamente vestido o el saludar– que tienen también ese sentido cívico de permitir identificar las situaciones, preservar la vida social y resguardar la intimidad.

b) *Valor económico*

Ciertas formas no sólo tienen un valor ético, sino también económico. Las formas son representaciones estandarizadas de una determinada realidad que generan una confianza. Ésta, en una economía moderna, no recae sobre el conocimiento directo de la persona –imperfecto por definición– sino sobre sus representaciones. Si vamos a un hotel, lo esencial no es que el recepcionista me conozca, sino que le exhiba el pasaporte y la tarjeta de crédito, que son las representaciones homologadas para las cuestiones concretas que se dilucidad, que son las que importan al caso. Ciertas formas tienen, pues, un valor económico porque, por los requisitos con que han sido creadas, contienen una representación de la realidad homogénea y estandarizada que generan confianza.

La razón del desarrollo de ciertas ficciones o símbolos, en este caso jurídicos, es que permiten operar con gran un número de individuos. Dice Harari⁶ en su libro *Sapiens* que un grupo humano de hasta 150 individuos –umbral crítico en las organizaciones– “puede organizarse sin rangos formales, títulos ni libros de leyes para mantener el orden”. Pero a partir de ese umbral, las cosas no pueden funcionar tan simplemente. El Homo Sapiens consiguió cruzarlo mediante la aparición de la ficción y la imaginación, a través de las cuales se puede conseguir una cooperación humana a gran escala. Pone, como ejemplo, la existencia de la Peugeot, ente incardinado dentro del género de las ficciones legales y la especie “compañías de responsabilidad limitada”, que es una invención de nuestra imaginación que permite desligarnos de aquello que se ve y se siente (los obreros, el material, el producto) para crear una ficción nueva, en que todos hemos convenido, basada en que hay algo que existe más allá de la corporeidad que hace que todos los elementos cooperen en algo más grande.

5. GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “Elogio de la forma”, *El Notario del Siglo XXI*, número 76, noviembre diciembre de 2017.

6. Yuval Nah Harari, *Sapiens, de animales a dioses*, 2011.

Y la confianza que se genera con esas formas permite el intercambio, base del mercado. Como dice Hernando de Soto⁷, el Occidente rico, después de haber inventado ciertas representaciones, olvida para qué las inventó, y es importante, de vez en cuando, hacer el esfuerzo de tenerlo presente, porque en muchos países poder demostrar que eres propietario de algo mediante un documento es la diferencia que permite de dejar de ser pobre. Y esto es así porque da acceso al crédito y a la transmisión al generar seguridad jurídica, imprescindible en el mercado, a su vez imprescindible para el desarrollo. En este sentido, como dice Hernando, la creación de un sistema de título formal es un argumento progresista, no conservador. Claro que para que esto ocurra las formas han de ser verdaderamente confiables –como ocurre muy particularmente con las notariales– por constar que en su formación han concurrido unos requisitos de fondo (capacidad, titularidad, declaración real, etc.) que permiten la generación de unas presunciones jurídicas muy potentes en las cuales todos han de creer. Y ello revaloriza de una manera exponencial los activos.

Esto es lo que ocurre con la escritura pública, producto esencial del notario. La forma jurídica consistente en su exhibición es también una convención que consiste en aceptar que tal acto debe producir ciertos efectos. Si hay escritura no hace falta profundizar: ella es el concentrado de derechos. Y eso facilita el tráfico, la atribución de derechos y la confianza en el sistema, en definitiva.

c) *Valor ético*

La forma tiene también un efecto respecto de la conducta de aquellos que se sirven de ella. Recientes estudios en el campo de la sociología económica han hecho descubrimientos muy interesantes. Dan Ariely⁸, por ejemplo, muestra los interesantes experimentos que realizó para descubrir cómo la gente miente. La conclusión que saca Ariely es, por un lado, descorazonadora: la mentira está generalizada y es bastante estable. Pero, por otro, esperanzadora: un simple recordatorio de los estándares morales puede cambiar sustancialmente las cosas. Y esto es precisamente lo que pasa con la forma: que te obliga a recordar estándares morales en el momento de otorgar el documento.

Sentados estos principios, es necesario profundizar más para perfilar su naturaleza jurídica. La reflexión doctrinal sobre la esencia y fundamento de la función notarial comienza cuando se promulga la Ley Orgánica y se desarrolla en dos direcciones: de un lado, se aborda directamente el problema de dilucidar qué es lo que realmente hace el notario, en qué consiste su actuación, para qué sirve. De otro, se trata de situar esta función en relación con los poderes clásicos del Estado, concretamente el judicial y el ejecutivo o Administración. Examinaremos ambas cuestiones.

7. De Soto, Hernando: “El valor económico de la propiedad formal”, Escritura Pública, Colegios Notariales de España, 2004.

8. En su libro “The (honest) truth about dishonesty” muestra cómo mediante cierto ejercicio matemático, remunerado según los aciertos, el grupo de voluntarios que no tiene supervisión en su corrección miente más que el grupo que es supervisado, con una media bastante constante. Pero, sorpresa, en un segundo experimento comprueba que el grupo de voluntarios a quienes se les hace recitar previamente al ejercicio los mandamientos (o un código de honor) no miente en absoluto.

1.2. Naturaleza de la función notarial. Teorías

A) La fe pública

La más antigua y clásica teoría sobre la función notarial es la que se apoya en el concepto de fe pública. Sostenida unánimemente por los autores clásicos, desde Gregorio López, en su *Comentario a las Partidas* hasta, en tiempos relativamente recientes, por Fernández Casado⁹ y Torres Aguilar¹⁰, entiende que la función del notario es la de dar fe de ciertos actos, creando así una prueba preconstituida.

Esta doctrina, que explica perfectamente la función notarial cuando se trata de autorización de actas, se revela insuficiente cuando se enfrenta a la escritura pública, cuyo valor y efectos es incapaz de fundamentar.

Observa agudamente Molleda Fernández-Llamazares¹¹ que, aunque del art. 1 de la Ley pudiera desprenderse que lo que hace el notario es dar fe, en realidad no es el notario el que dispensa la fe pública, sino el ordenamiento jurídico el que atribuye dicha fe, no precisamente al notario, sino al instrumento público autorizado por él.

B) Teorías instrumentalistas

La doctrina más moderna busca la justificación de la función notarial y su propia esencia, más que en lo que el notario hace, en el resultado de su hacer: el instrumento público (González Palomino, Núñez Lagos).

La actividad del notario se explica y se fundamenta por la creación de un documento de particular valor y eficacia, tanto en la forma como en el fondo, y que desempeña un decisivo y útil papel en la vida jurídica nacional, no solo en la realización pacífica del Derecho que los ciudadanos llevan a cabo todos los días ejecutando actos y celebrando negocios, sino también en las contiendas que se susciten ante los Tribunales.

Por eso dice González Palomino¹² que «los cuatro puntos cardinales del quehacer del notario son: 1. Redactar el instrumento público. 2. Autorizar el instrumento público. 3. Conservar el instrumento público. 4. Expedir copias del instrumento público».

Las teorías instrumentalistas son las que parecen tener mayor difusión en España actualmente. No tanto en los demás países del notariado latino, en los que se les reprocha que restringen excesivamente el campo de actuación del notario al circunscribirlo al documento.

9. FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de Notaría*, Madrid, Imprenta Sirvent, 1895.

10. TORRES AGUILAR-AMAT, Salvador, *Guía para el estudio de las lecciones de práctica forense y redacción de instrumentos públicos*, Madrid, 1915.

11. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, José Antonio, «La función notarial en la Ley Orgánica y en la actualidad», *Revista de Derecho Notarial*, LXXX, 1973, p. 383.

12. GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, t. I, Reus, 1945, p. 51.

C) *El notario como controlador de la legalidad*

Se ha destacado en los últimos tiempos la faceta de controlador de la legalidad –la función auditora y de *gatekeeper* del notario- que se podría vincular al principio de legalidad del artículo 9.3. En su día, no obstante, fue puesta en duda -al impugnarse algunos artículos de la modificación del Reglamento de 2007- como si en la realidad vivida (y recogida en varias leyes) no fuera adaptar la voluntad de las partes a la legalidad una de nuestras principales funciones y quizá una de las que más perviven en la mente de los ciudadanos, junto con la socorrida de “dar fe”. Hoy, es más, el control de legalidad notarial ha experimentado, a consecuencia de sucesivas normas, un incremento cuantitativo y también cualitativo, pues ahora tiene como objetivo o ideal no sólo la regularidad formal, sino también la material, lo que se manifiesta en una nueva actitud ante las cosas, más vigilante y proactiva.

Pero, aun siendo novedoso e importante, conviene advertir sobre los límites de ese control material; límite que podríamos calificar de constitucional, porque no puede comprender aquellas cosas que están fuera de su alcance jurídico e incluso gnoseológico; por ejemplo, las intenciones no manifestadas ni evidentes –finalidades fraudulentas ocultas- o, incluso, la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que no hayan sido declaradas como tales por la ley o por un juez. El notario sólo debe llegar a lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, han de ser lícitos, claros, coherentes y hasta poco sospechosos.

Pero al notario no le compete realizar presunciones sobre la licitud de las cosas apoyándose en su simple criterio subjetivo. Admitir lo contrario conduciría a consagrarse una especie de “juicio notarial” carente de procedimiento contradictorio, que se incoaría con la única legitimidad de la subjetividad personal del notario ante la concurrencia de sospechas más o menos fundadas, y se sustanciaría sin disponer todos los elementos de juicio, que no podría exigir. Aceptar tales juicios preventivos sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 21.4 de la Constitución; incluso supondría un coartamiento de la autonomía de las partes en oposición al principio de libertad de su artículo 10.2, si partimos de la base de que en un sistema de democrático lo que no está prohibido está permitido (por el valor superior de la libertad consagrado en el artículo 1), por lo que no cabría negarse a autorizar documentos por sospechas, máxime cuando la actuación del notario es obligada de acuerdo quizás, con un cierto derecho a la forma pública que todos los ciudadanos tienen y que se podría entender enmarcado en el artículo 9.3 de la propia Constitución. En resumen, el notario ejerce un control de legalidad, incluso de regularidad material, pero éste no nos define absolutamente porque tiene límites, más allá de los cuales se encuentran los jueces. No es fácil encontrar el límite entre la persecución de la regularidad material y la labor de los jueces, pero hay que buscarla, porque ese es nuestro campo de actuación constitucional.

Tampoco otros aspectos accesorios como el de ser sujetos obligados en materia de blanqueo de dinero y colaboradores con la Administración pueden definir nuestra función, por muy importante que hoy sea y por mucho que hayan suscitado el cambio cualitativo a la regularidad material mediante la incorporación del concepto de evaluación del riesgo en la lucha contra el blanqueo de dinero. Por supuesto, el notario es un evaluador nato por su lugar central en el tráfico; y,

merced a los adelantos tecnológicos, un potente recolector y suministrador de información a todo tipo de organismos públicos lo que, con la ayuda de esas mismas tecnologías, genera un enorme poder: el que surge de la capacidad de vincular datos diferentes para controlar operaciones y personas, pulsar las diferentes situaciones sociales, formular estadísticas y generar planes estratégicos. Y ello cada vez recaba mayor parte de nuestra atención y esfuerzos, pero estas actividades no son, ni mucho menos, las que nos definen ni contienen los valores básicos o constitucionales que desarrollamos. Es más, centrarnos en ellos puede, a veces, distraer la atención notarial de la que se suponga que es su actividad fundamental. Porque el notario no es un policía, pero lucha contra el blanqueo de dinero; no es un juez, pero proscribe prácticas ilegales; no es un inspector de Hacienda, pero ayuda a la regularidad fiscal; no es un abogado, pero asesora a las partes para la consecución de sus fines lícitos... Ninguna de estas profesiones le define totalmente.

D) El notario y la seguridad jurídica

En las épocas más recientes ha sido el valor de “seguridad jurídica” el que más se ha usado para definirnos, al punto de ser representados como abanderados de la seguridad jurídica preventiva o de la seguridad cautelar. Giménez Duart se preguntaba en el VI Congreso Notarial Español de 1997:

“¿Qué somos hoy? ¿Cuál es, dicho sea en términos económicos, nuestro valor añadido? La respuesta es muy clara: la seguridad jurídica, sin duda alguna. El instrumento notarial es, ante todo, instrumento de la seguridad preventiva. Y ello no es decir cualquier cosa, baste pensar que la seguridad jurídica es un valor constitucional recogido en el artículo 9.3 de la Carta Magna. Pero esto es algo que tenemos últimamente muy oído, puede que demasiado, por lo que quizás para algunos se ha convertido ya en un tópico.

Pero hay que insistir en que nuestro campo de actuación, nuestra <<función>> es la seguridad jurídica preventiva a través del instrumento público;...”¹³

Y, sin duda, el notario contribuye a la seguridad jurídica, pero quizás no como elemento único ni esencial, como veremos.

E) El notario y la libertad

No cabe, pues, anudar la función del notario a un valor con una exclusividad suficientemente identificadora de su esencia. La función notarial es abstracta y multifuncional y no es fácil visualizar unitariamente el concepto de redactar actos y contratos, asesorando imparcialmente a las partes sobre el modo más eficaz de obligarse o actuar, mientras que, a la vez, se controla la legalidad y se da fe del contenido del documento, conservando su matriz indefinidamente

13. GIMÉNEZ DUART, Tomás: “La función Notarial en España y su futuro”, Libro de Ponencias del VI Congreso Notarial Español, Madrid 13, 14 y 15 de 1997, página 12.

para garantizar la justificación de los derechos en él contenidos; y, menos, que ello es útil por sus efectos ejecutivos, probatorios y legitimadores. Demasiados conceptos, demasiados valores. De hecho, el carácter adaptable que nuestra naturaleza híbrida provoca ha hecho que, según las diferentes etapas sociales y políticas, se haya resaltado más unos u otros valores.

El control de legalidad es algo que el notario ha de hacer en su faceta de funcionario, pero también ha de asesorar –imparcialmente– y conservar el documento. La seguridad jurídica, por mucho que ésta sea un valor constitucional recogido en su artículo 9.3, es un valor técnico-jurídico, instrumental y, quizás, un tanto de segundo orden, de carácter auxiliar; como dice Gomá Salcedo¹⁴, el notario no se dedica a sustancialmente a proporcionar seguridad jurídica, sino a redactar escrituras públicas, es decir, trabajar con negocios jurídicos y la sustancia del negocio jurídico es la autonomía privada, la autodeterminación, la configuración creadora. Es decir, el valor con el que trata es, fundamentalmente, el de la libertad, con todo lo que ello significa de aire fresco, de creación.

Como decía González Palomino, el notario “pelea en las avanzadillas del Derecho”. Y, por supuesto, con ello crea seguridad, porque al encauzar la voluntad de las partes la depura; al advertirles de los riesgos les previene, al proscribir lo nulo evita contiendas, al imprimir fe pública garantiza su prueba y al conservarlo en su protocolo asegura su pervivencia. Pero no es la seguridad jurídica en sí misma el objeto de su actuación; más bien aquella es una consecuencia natural de ésta: la que resulta del encauzamiento de la libertad de los ciudadanos entre el horizonte de sus intereses y los límites de la ley. Además, la del notario no es la seguridad jurídica del tráfico, más propia del negocio abstracto que del causal, o del predominio de lo declarado sobre querido, o de la inscripción, como triunfo del propietario diligente sobre el real. El notario más bien se mueve en la seguridad jurídica del negocio bien diseñado, porque quiere actuar en el terreno de lo real y no de lo declarado, averiguando las verdaderas intenciones, valorando la capacidad o avisando a terceros inadvertidos. No se trata de sorprender en la buena fe, sino al contrario, destruirla con las advertencias y preguntas adecuadas. Es decir, el notario crea seguridad jurídica afrontando la realidad, no ignorándola.

En definitiva, el notario es una creación de la sociedad híbrida, multifuncional, que a su vez crea productos abstractos y multifuncionales para una sociedad necesitada de formas.

1.3. Ubicación de la función notarial entre las demás funciones públicas. Teorías

A) La que aproxima la función notarial a la actividad administrativa

a) Actividad administrativa normal

Celorio Alfonso¹⁵, y también Montejó,¹⁶ la incluyen entre la actividad administrativa típica, reputándola como un servicio público y calificando los actos del notario como actos administrativos.

14. Ob. Cit. (“¿Qué he hecho yo...”) Págs. 52-58.

15. *La reforma notarial*, La Habana, 1917.

16. Prólogo a la obra de Vicente SANCHO TELLO *Redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1943.

Es difícil, sin embargo, concebir la actividad notarial como acción directa de la Administración. No se da, por ejemplo, la responsabilidad de esta por los actos de sus agentes o funcionarios. En Italia, Vocino pretende orillar este problema mediante la teoría del «órgano indirecto», que ejercería las funciones públicas «por sustitución del Estado» y sin vincular a este.

b) *Administración pública de intereses privados*

González Palomino¹⁷ entiende que la función notarial, junto con la actividad no propiamente jurisdiccional de los jueces –la jurisdicción voluntaria– tiene carácter administrativo, se encuadra dentro de la Administración pública de intereses privados.

B) *Las que la aproximan al poder judicial*

a) *La jurisdicción voluntaria*

Desechada, por supuesto, toda referencia a la actividad jurisdiccional en sentido propio, encomendada exclusivamente a la Magistratura, se pretende que la naturaleza de la función notarial es idéntica, o deanáloga índole, a la que desarrollan los jueces en las actuaciones de jurisdicción voluntaria.

Se recuerda a este respecto que en los orígenes del instrumento público se encuentran los llamados juicios aparentes, en los que las partes, puestas previamente de acuerdo, seguían los trámites del juicio para obtener los efectos de la sentencia firme. Entre esta sentencia que no va precedida de verdadera contención y el instrumento público dotado de eficacia ejecutiva merced a la «cláusula guarentigia»¹⁸ no existe solución de continuidad desde el punto de vista material.

Lavandera¹⁹ y Bellver Cano²⁰ han defendido esta identificación entre función notarial y jurisdicción voluntaria.

Es una corriente doctrinal ampliamente difundida e incluso tiene su eco en el art. 3 del Reglamento, que califica al Notariado como «órgano de jurisdicción voluntaria».

Tropieza, sin embargo, con el grave inconveniente que representa la incertidumbre acerca del concepto mismo de «jurisdicción voluntaria», verdadero cajón de sastre donde se agrupan, por razones de inercia histórica, actuaciones judiciales sin contención pero de naturaleza muy diversa: autorizaciones y complementos de capacidad, fijación de hechos, declaración de situaciones jurídicas, algunas de las cuales, como las autorizaciones, suponen auténtica jurisdicción en el sentido de *imperium* y no procede encomendarlas al notario.

17. Aunque –dice– es una conclusión «que indigna mucho a los autores de derecho notarial» (*loc. cit.*, p. 82).

18. Véase p. 479.

19. «Ministerio Notarial», *Revista de Derecho Privado*, 1915, p. 238; «Instrumento público», ibídem, 1913-14, p. 433; «Rito Notarial», ibídem, 1916, p. 200; «Magistratura Notarial», ibídem, 1917, p. 205; «Proceso Notarial», ibídem, 1917, p. 205.

20. *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, Suárez, s.d.

De otra parte, así como hay actuaciones de jurisdicción voluntaria que no pueden encomendarse al notario, también la función notarial reviste aspectos (investigación de la voluntad de las partes y redacción autónoma por el notario, consentimiento recaído sobre ese texto, unidad de acto) que no encajan en la jurisdicción voluntaria.

Por eso decía Giménez Arnau²¹ que, si bien caben evidentes analogías entre la función notarial y la jurisdicción voluntaria, sobre todo si a esta última se le atribuye un significado de la máxima latitud, el resultado no es muy provechoso desde el punto de vista científico. Por el proteísmo del concepto puede concluirse que, si bien una parte de la jurisdicción voluntaria podría sin dificultad integrarse en la función notarial, esto no significa que todas las actuaciones notariales puedan encuadrarse dentro del concepto de jurisdicción voluntaria.

No obstante lo dicho, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 ha adjudicado al Notariado numerosos expedientes de esta jurisdicción que hasta ese momento habían correspondido a la Judicatura. Cabría decir incluso que, de alguna manera, esta norma cambió la función notarial porque con la atribución de dichos expedientes aumentó cuantitativamente y cualitativamente la función, al incrementar la potestad de realizar los juicios y calificaciones que hasta ese momento se realizaban, pero también la de efectuar valoraciones y tomar ciertas decisiones más propias de la Judicatura. Ahora bien, desde el momento en que tales funciones son oficialmente notariales, la aproximación a la función judicial decae un tanto: se podría decir que ahora el Notariado no es que pertenezca a la Jurisdicción Voluntaria, sino que una buena parte de ella compete al Notariado.

b) *La «iusadición»*

Navarro Azpeitia²² propone que la función notarial quede situada en una zona media o neutral entre la jurisdicción contenciosa y la actividad administrativa, integrando un *tertium genus* que podría llamarse *iuris-additio* o iusadición.

C) *La relación jurídica notarial*

Sanahuja²³ afirma la existencia de una relación jurídica notarial, análoga a la procesal, por la cual el notario, a través del instrumento, fija los hechos, los califica y proclama su validez y eficacia, emitiendo un juicio de valor que excede la misión puramente autenticadora y constituye un acto jurisdiccional. Sobre esta base podría hablarse de una «jurisdicción notarial» distinta y paralela a la judicial.

21. *Derecho notarial español*, Pamplona, I, 1964, p. 139.

22. «Reflexiones acerca de la naturaleza de la función notarial», *Revista de Derecho Notarial*, 1972, LXXVII-LXXVIII, p. 24.

23. *Tratado de derecho notarial*, Bosch, Barcelona, 1945.

D) *Las que la conciben como una función sui generis, distinta de la administrativa y de la judicial*

a) *Poder legitimador*

Castán Tobías²⁴ propone que junto a los tres poderes clásicos del Estado –legislativo, ejecutivo, judicial– se admita otro poder o función, la función legitimadora, que comprendería todas aquellas normas e instituciones por las cuales el Poder público asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos, actos y negocios jurídicos: el órgano más característico de este poder o función sería precisamente el Notariado.

b) *Órgano social al servicio de la seguridad jurídica*

Vallet de Goytisolo²⁵ enmarca al Notariado en un sistema general de seguridad jurídica: es un órgano social al servicio de la seguridad en los negocios jurídicos mediante el ejercicio de su actividad conformadora y autenticadora.

c) *Tutela cautelar*

Font Boix²⁶ observa que el cumplimiento ordenado de las actividades privadas tiene una trascendencia social evidente y es, por tanto, misión del Estado garantizarlo y protegerlo, lo que realiza mediante un conjunto de medidas e instituciones que tienden a asegurar la realización espontánea del Derecho y que pueden denominarse como actividad de «tutela cautelar o preventiva». Se distinguen de la actividad administrativa en que esta tiene por objeto la justicia distributiva, mientras que la tutela cautelar se refiere a la justicia conmutativa. La función notarial, que se integra en esa tutela cautelar, es una función pública, pero se ejerce en un área distinta de la que corresponde a la Administración, el área de las relaciones de los particulares entre sí. No es, por tanto, una función administrativa.

E) *La visión económica: Ingeniero de los costes de transacción y guardabarreras*

La creciente importancia del concepto de eficiencia ha hecho que en los últimos tiempos todas las realidades se examinen desde el punto de vista económico, y el mundo jurídico no ha sido ajena a esa tendencia, dando lugar a disciplinas como el Análisis Económico del Derecho. No ha escapado tampoco a este examen el notariado. La cuestión se ha centrado básicamente en la especialidad del estatuto propio del notario, que puede considerarse, desde el punto de vista económico, protegido, porque conlleva una entrada restringida con *numerus clausus* y una retribución mediante un arancel, más o menos fijo. El notario, sin duda, cumple funciones públicas impuestas por el Estado y, en consecuencia, está sujeto a una tutela especial por parte de éste último (jubilación obligatoria, dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia, prohibición de negarse a atender cualquier requerimiento hecho en legal forma,

24. *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, Madrid, 1946.

25. «La función notarial de tipo latino», *Revista de Derecho Notarial*, 1978, p. 183. «La función del Notariado y la seguridad jurídica», ibídem, 1976, p. 203.

26. «El Notario y la jurisdicción voluntaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XV, p. 255.

especial régimen disciplinario, etc.), pero podría entenderse que tal tutela y dependencia no sería suficiente para justificar la restricción de la libertad de establecimiento y de precios.

Por ello, muchos autores, en la literatura notarial y en la del análisis económico del Derecho²⁷, se han preguntado en los últimos tiempos cuál es la razón de esta protección y si debe mantenerse en un mundo en el que la globalización y la libre competencia son prácticamente dogmas. El análisis de la función se ha concretado en tres cuestiones: primero, si el importe total de costes de transacción que el notario rebaja es superior a los costes que acarrea; en segundo lugar, si existen otras modalidades de organización más eficientes para el ahorro de costes (otras profesiones que pudieran llevar a cabo la función) y en tercer lugar, presuponiendo la función notarial, si hay un modelo organizativo alternativo, sobre todo mediante la competencia en precios, para prestar la función a menor coste.

Desde el punto de vista de la reducción de los *costes privados*, es decir, los que se aca-rrean a las partes, se ha destacado la función del notario como “ingeniero de los costes de transacción”, es decir, el aspecto más técnico de su función facilitadora, allanando el camino que permite la inserción de las transacciones en el sistema jurídico y económico. El notario reduce la incertidumbre y añade valor a las transacciones mediante su función de ejecutor o *enforcer* (la eficacia probatoria y ejecutiva), su función arbitral (solucionando problemas en la negociación), su función mediadora (en el sentido de hacer visible el espacio de la negociación) y su función auditora, (el control de legalidad), aparte de su labor de diseño contractual al completar el contrato, adaptarlo al derecho e innovar mediante la creación de fórmulas.

Desde el punto de vista de la reducción de los *costes sociales* de las transacciones, es decir, el que se puede producir a terceros por las transacciones no ajustadas o contrarias a Derecho, se destaca por los autores no la función facilitadora, sino la función *obstaculizadora* del notario, que se configura en este sentido como un “guardabarreras” o “gatekeeper”, porque el notario baja la barrera ante aquellos casos que no están ajustados a la ley. Esta función de guardabarreras es la que, en buena medida, explica y justifica el estatuto especial del notario.

Si el documento público, principal producción del notario, produce efectos a favor y en contra de terceros que no intervienen en la transacción y que, por tanto, no son los clientes del notario, es de interés social que el notario pueda denegar su función respecto a determinados actos que pueden perjudicar a terceros o a la colectividad. Y precisamente por ello la fijación de la remuneración no puede depender exclusivamente del cliente que le requiere, respecto del cual ha de mantener cierta independencia.

Benito Arruñada, por su parte, ha usado el concepto de las *cuasi-rentas* (definidas como la diferencia de ingresos entre la actividad actual y la esperada), entendiendo que éstas

27. CABRILLO, Francisco, «Análisis económico de la actividad notarial», *Anales de RIN*, 2002, núm. 41; PASTOR PRIETO, Santos: «Intervención Notarial y litigiosidad civil», Colegios Notariales de España, 1995; ARRÚNADA, Benito: «Análisis económico del notariado», CGN, 1995; GARRIDO, Pedro: «La función notarial, sus costes y beneficios», *RIN*, 2001; PAZ-ARES, Cándido: «El sistema notarial. Una aproximación económica», Colegios Notariales de España, 1995.

justifican el arancel y el “*numerus clausus*” en cuanto compensan la inversión inicial del notario (básicamente en años de estudio) y disciplinan la carrera notarial coordinando los incentivos económicos con los principios deontológicos a los que debe estar sometido el ejercicio de la profesión. Precisamente, el papel de los precios fijos es evitar oportunismos que imposibiliten el aplazamiento de las retribuciones diseñadas para ser obtenidas a lo largo de la carrera. Es obvio que la libertad de precios destruiría la pauta retributiva eliminando una parte de los incentivos.

Estos argumentos deben ser completados con la teoría de Akerlof sobre el mercado de “limones”. Las múltiples asimetrías informativas existentes entre clientes, y entre los clientes y el notario, determinan un mercado imposibilitado de funcionar adecuadamente. La parte débil de la contratación financiera e inmobiliaria suele acudir a un notario que no conoce, y pocas veces en su vida. Un sistema de precios libres o de completa libertad de incorporación o establecimiento corre el riesgo de convertir a las notarías en un mercado como el de los coches usados (“*lemons*” en la terminología de Akerlof) en el que existen graves asimetrías informativas y las sanciones reputacionales son inoperantes. Y como el precio se convierte en el único criterio de selección posible, a lo que la competencia da lugar es a un descenso radical de calidad, que termina pagando el consumidor débil y, en el caso de los notarios, también los terceros²⁸.

La conclusión del análisis, en la mayoría de los estudiosos que han abordado el tema, ha sido positivo y, en palabras de Paz-Ares²⁹ la agregación funcional del producto notarial resulta eficiente pues garantiza *ad extra* la minimización de los costes privados y de los costes sociales que originan las transacciones, y *ad intra*, la economía de gama o producción conjunta³⁰. La racionalidad del multiproducto que se fabrica en las notarías no es dudosa. El problema es que la actividad *facilitadora* y la actividad *obstaculizadora* sugieren lógicas organizativas distintas y si se pone el énfasis en una de ellas y no en la otra, se puede dar al traste con la función contraria. Por ello, la hipótesis mixta, más equilibrada, del estatuto actual de organización del Notariado resulta así la más adecuada, o desde el punto de vista económico, la menos mala (*second best*).

En la medida en que está enganchado al Estado, el Notariado obtiene ciertas rentas de monopolio; en la medida en que tiene un pie en el mercado, corre ciertos riesgos de relajar la disciplina del servicio público. Pero es difícil mitigar estos riesgos por completo sin crear otros más graves. Las organizaciones son el resultado de ajustes muy complejos.

28. Véase la exposición resumida que hizo Rodrigo Tena en la serie de posts “Liberalización de las profesiones reguladas” en el blog “Nada es Gratis” en colaboración con el blog Fundación Hay Derecho.

29. Ob.cit. pp. 135-136.

30. Señala este autor que a diferencia del concepto de economía de escala –que hace referencia a la reducción del coste medio de producción como consecuencia del incremento del volumen de producción– el de economía de gama hace referencia a la reducción del coste de producción que resulta de la producción conjunta de diferentes productos o servicios. El saber hacer notarial constituye un input tanto para su función como ingeniero de los costes de producción como para su función de control o gatekeeping. Y con el fin de asegurar la calidad de este doble plano se requieren organizaciones e incentivos particulares (Ob. cit. pág. 134).

En definitiva, el valor de la función notarial en nuestro país, como señala Rodrigo Tena³¹, es que se ha optado por un sistema de seguridad jurídica frente a los de seguridad económica. Si seguridad es lo contrario del riesgo, de la incertidumbre, hay dos grupos de instrumentos para combatir el riesgo: los instrumentos que lo compensan económicamente y los instrumentos que lo evitan. Los dos proporcionan seguridad, pero hay que concluir que su naturaleza es muy diferente, pues no es lo mismo evitar que compensar.

Es evidente que por mucho que un comprador suscriba una póliza de seguro de título (como en el sistema americano) no evitará que el verdadero propietario reivindique la propiedad, aunque se indemnice el daño. El sistema del notariado latino trata de evitar que el daño se produzca, con los beneficios sociales, y también económicos –al ser un sistema más barato–, que ello conlleva.

E) Conclusión: el notario entre las funciones constitucionales

Quizá un buen enfoque final de la cuestión sería intentar situar la función notarial entre las demás del Estado³². Al efecto conviene recordar que la Constitución menciona en su articulado a diversas instituciones sociales que considera relevantes (la Iglesia, los sindicatos, las organizaciones empresariales y profesionales) y lógicamente contempla con más detalle la organización del Estado, porque precisamente es esa una de sus finalidades. Pero no es fácil encuadrar la función notarial dentro de las áreas que regula la Constitución. Y no lo es porque la propia naturaleza del Notariado es híbrida y mestiza. “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho”, dice el artículo 1 del Reglamento Notarial, mostrando una interesante y poco frecuente accesión de funciones, unas públicas y otras privadas, que llevan, por un lado, a considerar al notario funcionario y a limitar su competencia y, a la vez, a ser remunerados directamente de los ciudadanos y responder económicoamente de su actividad.

Pero, si bien como institución social que no formara parte del Estado el Notariado bien podría ser ajeno a la Constitución, sí cabe plantearse en qué área hubiera de estar encuadrado como funcionario público, pues como tal le reconoce el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y el mismo artículo del Reglamento Notarial. Porque, ¿qué tipo de funcionario es? ¿A qué poder del Estado debería entenderse que corresponde? o, mejor, ¿cuál de las funciones –ejecutiva, legislativa o judicial– ejerce? Por un lado, el notario se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia, y concretamente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública con anterioridad denominada Dirección General de los Registros y del Notariado y, desde este punto de vista, pudiera entenderse que corresponde al Poder Ejecutivo, al estar

31. TENA ARREGUI, Rodrigo: «Valor del documento notarial», Colegios Notariales de España, 2003.

32. GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “El Notario, la Constitución y los valores constitucionales”. Revista Jurídica del Notariado, ISSN 1132-0044, N° Extra 11, 2018 (Ejemplar dedicado a: 40º aniversario de la Constitución española), págs. 113-122. También en “El notario y los valores constitucionales”, revista El Notario del Siglo XXI, número 88.

ejerciendo una función administrativa, tal y como hemos visto algunos antiguos notarialistas creyeron. Pero, desde otro punto de vista, cabría entender que en realidad su función se aproxima más a la jurisdiccional, y concretamente a la jurisdicción voluntaria como pretendieron algunos autores y que ya hemos tenido oportunidad de comentar. O, excluida la adscripción al mundo judicial, con un poco de imaginación y voluntarismo, podría llegar a pensarse que el notario participa de las funciones legislativas, en cuanto redacta contratos, que son leyes entre las partes conforme al artículo 1091 del Código Civil y que, con frecuencia, transitan zonas del vida jurídica aun no exploradas, ignotas o recién nacidas. O incluso calificarla, como Castán, como un poder o función autónomos, la función legitimadora, que comprendería todas aquellas normas e instituciones por las cuales el Poder público asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos, actos y negocios jurídicos.

Es un tanto voluntarista suponer –como ha hecho alguna doctrina– que la función notarial constituye un Poder del Estado, uno nuevo y desconocido que ni siquiera aparece mencionado en la Constitución. Pero no deja de ser cierto que la inadaptación de la función notarial a las estructuras dogmáticas tiene un sentido: que el notario surge de la sociedad y no de una norma, aunque es recogida por esta por su utilidad, lo que explica su papel y su funcionamiento. El Notariado moderno surge con el trabajo de los escribanos que redactan los contratos porque saben leer y escribir (cartas de vendidas, o compras, que decían las Partidas). Luego, al aprender de leyes, ayudan a las partes a configurar sus negocios, aclarándoles su voluntad en evitación de pleitos. El Estado, considerándolos fiables, y para facilitar los procesos judiciales, da a los documentos por ellos extendidos el carácter de prueba preferente –la fe pública– y, además, empieza a incorporarlos a su estructura recabando para sí su nombramiento. Finalmente, ya en ella, los usa imponiéndoles la obligación de velar por la legalidad del negocio, en interés del propio Estado y de los otorgantes. Serán, además, una fuente de información de la actividad social y mercantil y conservarán el documento matriz, garantizándose así el acceso al derecho con independencia de la copia del documento, que hubiera podido extraviarse.

Quizá no sea desacertado concluir que la función notarial no encaja definitivamente en ninguno de los poderes constitucionales y que tampoco es uno nuevo y diferente de los clásicos. Pero ello no impide que la institución notarial, híbrida y multifuncional, a medio camino entre la actividad privada y la pública –y siempre en un delicado equilibrio entre ambas– cumple una tarea de tutela cautelar de las relaciones privadas que redunda desde hace siglos, y también en la era constitucional, en una mayor eficiencia y regularidad del tráfico jurídico privado, y que complementa, modesta pero dignamente, la labor de los Poderes constitucionales.

1.4. Concepto de notario: examen del artículo 1º del Reglamento Notarial

Una vez examinado el encuadramiento de la función notarial, conviene examinar de cerca qué sea el notario, para lo que procede examinar más de cerca lo que hace el notario. Conforme al párrafo primero del artículo primero de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales».

El desarrollo reglamentario de este precepto se encuentra en los tres primeros párrafos del artículo primero del vigente Reglamento Notarial, que dicen:

«El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

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.

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función...».

Omitimos el resto del artículo por no ser relevante para el objeto de este Capítulo.

A) *El notario como funcionario*

La declaración del art. 1 de la Ley configura al notario como órgano de la función pública, superando el sistema anterior de los «oficios enajenados» en el que las funciones públicas eran ejercitadas por los particulares en beneficio privado.

Como funcionario, el notario presenta unas características particulares:

- La función pública se presenta inescindiblemente³³ unida a otra de naturaleza profesional: la actividad como jurista.
- Aunque incardinado en la organización notarial, cada notario es de por sí independiente; sus decisiones en el ámbito del instrumento público no son susceptibles de recurso.
- Actúa en régimen de libre elección; salvo excepciones, las partes pueden acudir a cualquier notario.
- El régimen de libre elección entre notarios, rectamente entendido, es la columna vertebral de la institución y la clave de su probada eficacia. El notario –dice Cuenca Anaya³⁴– compite lealmente mediante su preparación jurídica, atención personalizada, diligencia, buena organización del despacho, etc. Pero, como toda

33. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «El Notario. Función privada y función pública. Su inescindibilidad», *Revista de Derecho Notarial*, CVII, 1980, p. 255.

34. CUENCA ANAYA, Francisco, «Competencia leal y desleal», *RJN*, n.º 57, 2006, p. 129.

actividad humana, no siempre se lleva a efecto con la perfección requerida, y, a veces, se dan prácticas viciosas (publicidad indebida, contratación de empleados, dispensas de honorarios, despachos auxiliares no autorizados, facilidades en la autorización de documentos, subsanaciones incorrectas, comisiones) que, aunque afortunadamente solo se manifiestan por ahora de modo esporádico o aislado y son, por regla general, oportunamente corregidas, no dejan por eso de manifestar un peligro que debe ser diligentemente conjurado por las autoridades competentes (Juntas Directivas, Consejo General del Notariado, Dirección General) mediante la rápida y severa aplicación de las sanciones prevenidas por la ley, que se estudian en el Capítulo correspondiente.

- No está remunerado con cargo al Presupuesto del Estado, sino mediante Arancel.

B) El notario como jurista y como profesional del Derecho

La visión simplista de la ley, que se concentra en el núcleo fundamental, –el ejercicio de la fe pública–, es desarrollada y matizada por el Reglamento, que incluye otra dimensión esencial, la actividad como jurista asesor y modelador de la voluntad de las partes, dotando así a la función notarial de una estructura bipolar. En realidad, esta idea está ya implícita en la propia ley, que no habla de dación de fe de hechos, sino de «actos y contratos», conceptos jurídicos que en sí son inaprehensibles por los sentidos y por consiguiente no pueden ser objeto directo de la fe pública.

El notario da fe de hechos que, en muchos casos, constituyen actos y contratos que él mismo redacta por imperativo legal (el art. 17 de la Ley prescribe: «El Notario redactará escrituras matrices...»), «conforme a las leyes» (art. 1 de la Ley), previa la «indagación (*auscultatio*), interpretación y adecuación al ordenamiento jurídico (art. 147.1 del Reglamento) de la voluntad de los otorgantes».

Todo ello trae consigo la utilización de la técnica jurídica, tanto para el consejo a las partes sobre el medio jurídico más adecuado como para la plasmación de este en el propio texto documental.

Rodríguez Adrados advierte que, al señalarse que el notario es un profesional del Derecho, no se está queriendo decir que tenga esta actividad como profesión, lo cual sería una obviedad, sino específicamente que ejerce una profesión liberal, 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» (Lega). Y advierte tanto contra la minusvaloración como contra la exageración de este atributo³⁵.

No falta, sin embargo, alguna voz discrepante como la de González Palomino³⁶, quien sostuvo que «esta segunda manera del quehacer del Notario, aunque la ejerza el Notario por

35. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Principios notariales. El principio de profesionalidad», *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2007, n.º 16, pp. 58-61.

36. *Loc. cit.*, p. 58.

ser Notario y para actuar como Notario eficiente, no forma parte del quehacer del Notario como Notario».

Por su parte, Javier Gomá³⁷, sin la pretensión de ofrecer una visión completa de la función notarial, añade un nuevo punto de vista. A la doble condición de funcionario público y profesional del Derecho, dice, habría de añadirse una tercera, consistente en ser un ejemplo público-privado que ejerce su autoridad y disfruta de prestigio y confianza, entendido esto no como un hecho consumado, sino como una misión que ha de cumplirse. Parte de lo que denomina principio de facticidad, el cual postula que vivimos en una red de ejemplos mutuos y que todos somos ejemplos y modelos para los demás, de forma voluntaria o no, lo que significa que somos responsables de la influencia que ejercemos en ellos. De esta realidad inevitable de nuestra influencia moral nace el imperativo primero y fundamental de toda moralidad: ser ejemplares, imperativo que se acrecienta cuando de notarios –o funcionarios públicos en general– se trata, puesto que de ellos se espera no únicamente la estricta observancia de la ley positiva, sino la práctica de valores como la imparcialidad, la independencia, la equidad, la lealtad, la anteposición del interés general al propio o la probidad del servicio público. Observa dicho autor que en la actualidad esta ejemplaridad del notario se exige siempre de una manera negativa, amenazando con sanciones en caso de no cumplir con las normas, mientras que anteriormente el legislador, además, introducía en aquellas remisiones genéricas a comportamientos de honestidad. Así, el de la necesidad de tener buenas costumbres para ser notario (en el ya derogado art. 10 de la Ley del Notariado); la referencia al decoro en el art. 43 de la Ley, que puede parecer anticuada, pero que remite a algo muy vivo, puesto que proviene del *decorum* romano, el cual significa precisamente ejemplaridad; o la expresión –suprimida en el reglamento– de «desmerecimiento en el concepto público» como causa de sanción al notario, y que remite directamente a la exigencia de un comportamiento modélico.

No podemos terminar sin mencionar una actividad muy frecuente en la faceta profesional como es la gestión de los documentos posterior a su autorización. Tradicionalmente se ha dicho que, aunque no es una actividad propiamente notarial, puesto que las relaciones que provoca son extranotariales, es tan antigua como la propia Ley del Notariado, y ha pasado a ser inherente a la profesión (S. 28 noviembre 2007). Al no actuar como notario, el fondo de la relación de gestión se rige por lo acordado por las partes según el contrato (depósito, mandato, arrendamiento de servicios...), los honorarios están fuera del arancel y las posibles reclamaciones que se originen son ajena al estatus de funcionario (STC de 11 de mayo de 1989, RR. de 10 de marzo de 1994, RR. de 14 de noviembre de 1995, 1 de marzo de 1996, 1 de diciembre de 1997, 15 de septiembre de 1998, 1 de febrero de 1999, 12 de junio de 1999, entre otras)³⁸. Sin embargo, cuando las nuevas tecnologías se convierten en un instrumento habitual para el notario, en especial la firma electrónica, se observa una tendencia por parte del legislador a considerar que determinadas gestiones telemáticas, tanto previas como posteriores a la autorización, forman parte de la normal actividad del notario como tal notario,

37. GOMÁ LANZÓN, Javier, «Ejemplaridad y fe pública», apartado IV en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XLVII, 2009, pp. 163-190, y *Ejemplaridad pública*, Ed. Taurus, 2009, p. 269.

38. Sobre el aspecto arancelario de la gestión documental, véase p. 685.

y tienen carácter obligatorio. Es el caso del envío del Documento Único Electrónico (DUE) y la copia electrónica en las Sociedades Limitadas Nueva Empresa (Ley de Sociedades de Capital), la remisión telemática de la escritura a los registros salvo que los interesados indiquen lo contrario (art. 249 del Reglamento Notarial), la obtención telemática del seguro de vida en caso de herencias (Real Decreto 398/2007), la solicitud de certificación catastral para incorporarla al documento público, o la solicitud del certificado de denominación, la obtención del NIF, la liquidación de impuestos y la remisión obligatoria de copia electrónica a los registros, en la forma y casos que para las sociedades limitadas establece el art. 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

C) *El notario tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria*

Dice Ignacio Gomá Lanzón³⁹ que la enorme variedad y prolíjidad de materias que se encuentran en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a la que se añade la de la reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro por Ley 13/2015, ha generado opiniones muy variadas, tanto sobre el aspecto cuantitativo como sobre el cualitativo. Sin duda, en el aspecto cuantitativo estas normas han supuesto nuevas competencias, en el sentido de que, previsiblemente, actuaciones que antes no se acometían por los notarios ahora sí se van a acometer. Pero el aspecto que más nos interesa destacar no es el cuantitativo, sino el cualitativo: es decir, si los nuevos “expedientes” contemplados en estas nuevas leyes alteran de algún modo la función notarial, una función mixta, compuesta por una parte profesional y otra funcionarial, tal y como acabamos de examinar. Es decir, se trata de discernir si estamos haciendo algo más que esto en el aspecto sustantivo y si, en el formal, estamos acometiendo algo más que las escrituras, pólizas, actas y testimonios, que son los vehículos que para ejercer esas funciones teníamos hasta ahora.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, muchas de las nuevas funciones atribuidas tienen un perfecto encaje en el quehacer sustantivo notarial habitual y son reconducibles a categorías formales previamente establecidas: escrituras y actas (porque de pólizas y testimonios no habrá expediente alguno, por razón de la materia). No obstante, esa afirmación general exige muchas matizaciones, pues cabría encontrar tres grupos de nuevas atribuciones:

- Funciones suponen una nueva atribución sustantiva que propiamente no se tenía antes, pero que pueden fácilmente entrar en la función notarial clásica (matrimonio, separación o divorcio), pues se trata en definitiva de negocios jurídicos en el aspecto sustantivo y escrituras o actas en el formal, que es la competencia notarial clásica, si bien ahora extendida a otras materias.
- Funciones que lo que simplemente hacen es anudar efectos jurídicos a actuaciones que ya se realizaban previamente por los cauces formales habituales (declaración

39. GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “Nuevas atribuciones y función Notarial”, en Jurisdicción voluntaria notarial, coordinada por Concepción Pilar Barrio del Olmo, Aranzadi Thomson Reuters, 2015. P. 41-50.

de herederos, amortización títulos valores), potenciando, eso sí, las facultades de “juicios y calificaciones” que tiene el notario a nuevos expedientes; pero sigue tratándose de actuaciones notariales de constatación de hechos notorios, ahora dotados en algunos casos de efectos jurídicos concretos.

- Funciones sustantivas que no encajan en la función notarial tradicional y en que tampoco el cauce formal elegido es el clásico: hay un grupo de nuevas actuaciones que, aunque desde el punto de vista formal puedan ser reconducidas a las actas o las escrituras, no cabe duda de que suponen un paso más allá del simple juicio de que una cosa es tenida por notoria en el ámbito de proximidad o el círculo de personas que se relacionan con él y que implican una decisión, que se supone que no es subjetiva sino que se somete a las reglas establecidas para el acto de que se trate, pero que sin lugar a dudas no es la constatación de un hecho notorio.

Sin lugar a dudas, estas últimas suponen un cierto cambio en la función notarial clásica.

2. CARACTERÍSTICAS DEL NOTARIADO LATINO

El Notariado, tal como lo venimos describiendo, no es exclusivamente español, sino que, con diversas variantes, se ha desarrollado paralelamente a través del tiempo en varios países cuyo derecho se inspira en el romano, sobre todo los denominados «latinos», y en otros muchos, fuertemente influenciados por la cultura y civilización de aquellos, de tal suerte que constituye una institución ampliamente extendida en grandes áreas del mundo en las que está sólidamente arraigada y desempeña una función capital entre las diversas estructuras jurídicas. En los últimos tiempos esta identidad internacional ha desembocado en un importante movimiento de organización y cooperación internacional que se denomina «Unión Internacional del Notariado Latino».

Por eso dice Martínez Sarrión⁴⁰ que hablar de Notariado latino es una redundancia porque no hay más notariado que el latino. Los llamados notarios anglosajones son meros legitimadores de firmas, a los que ni siquiera se les puede atribuir la calificación de testigos privilegiados.

De este modo, la institución notarial va ganando terreno en el ámbito internacional por medio de la Unión Internacional del Notariado Latino⁴¹ y suscita interés y atracción en na-

40. Escrito inédito para la preparación de oposiciones entre Notarios.

41. La Unión Internacional del Notariado Latino es una asociación fundada en 1948 que agrupa actualmente a setenta y cinco países: De Europa, 34 (Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Polonia, Portugal, República Checa, Macedonia, San Marino, Rumanía, Rusia, Suiza, Turquía, Vaticano); De América, 23 [Argentina, Bolivia, Brasil, Quebec (Canadá), Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Luisiana (USA), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela]; de África, 15 (Argelia, Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Malí, Marruecos, Níger, Senegal, Togo); y de Asia, 3 (Japón, República Popular de China e Indonesia). Más de setenta países, todos con un Notariado similar, formado por profesionales libres, investido de la facultad de dotar de fe pública o autenticidad a los actos en que intervienen.