

LA PRETENDIDA DOBLE CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES SUJETOS A INSCRIPCIÓN

Esperanza Gallego Sánchez

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, sección mercantil

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Funciones del Notario. A) Introducción. La doble función del Notario en el sistema español. B) La fe pública. C) Asesoramiento notarial. a) Asesoramiento notarial y gestión del Notario. b) El deber de asesoramiento notarial. Manifestaciones. a') Introducción. b') El deber de informar. c') El deber de asesorar en sentido estricto. d') El deber de informar y asesorar. Las "advertencias" y "reservas" notariales. 3. Funciones del Notario y calificación registral. Nota bibliográfica

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No es preciso insistir ahora en los conceptos de seguridad jurídica, seguridad de tráfico y seguridad preventiva sobre los que, desde las distintas perspectivas que admiten, existen muchos y buenos estudios en nuestra doctrina (Por todo, Bolás Alfonso, 1993, 44 y ss; Blanquer Uberos y otros, 1990; Mezquita del Cacho, 1986, 53 a 144; Paz Ares, 1985, 8 y ss; Rodríguez Piñero, 1994; Rodríguez Artigas, 1995; Vallet de Goytisolo, (1980), 223 y ss).

Baste recordar que la seguridad jurídica se consagra en nuestra Constitución no como un mero instrumento técnico del sistema jurídico

sino como un valor, que admite dos dimensiones. Por un lado, en su aspecto objetivo, hace referencia a "un estado de certeza o no incertidumbre de la situación jurídica", a la certeza del Derecho; por otro, en su aspecto subjetivo, a "la posibilidad de que los ciudadanos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus actos", esto es, a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas. Así concebida, se aprecia en ella una doble vertiente que se proyecta sobre el aspecto estático, que interesa al titular actual del derecho, y sobre el dinámico, relativo a la seguridad del tráfico, sin que pueda apreciarse incompatibilidad entre las mismas.

Qué duda cabe de que en la medida en que la certeza y la previsibilidad puedan obtenerse

en un estadio anterior del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas disminuye la eventualidad de los conflictos actuando a la vez como medio de prevenirlos. De ahí que lo que se ha dado en llamar sistema de seguridad preventiva alcance un valor determinante en el contexto del sistema jurídico y las relaciones interpersonales y socioeconómicas.

En este ámbito es afirmación generalizada que las funciones asignadas a notarios y registradores constituyen los pilares básicos de ese denominado sistema de seguridad preventiva.

Existen, en efecto, tres tipos de sistemas registrales (Méndez González, 2008, 37 y ss). Aquellos, propios de área anglosajona, que se limitan a facilitar la labor de búsqueda de la información, constituyéndose en meros instrumentos de investigación para la obtención de la información pertinente. Son, por tanto, sistemas de efectos débiles en la medida en que no son autosuficientes para producir el nivel de seguridad (eliminación de la incertidumbre) deseado y, en consecuencia, exigen que el mercado genere mecanismos complementarios para disminuir la incertidumbre, sustancialmente el seguro. Y, por ende, tienen barreras de entrada de perfil bajo.

Junto a ellos, existen otros, conocidos como sistemas de mera inoponibilidad, que son propios del área francófona, que delimitan o acotan el área de investigación. No informan a quien pretende adquirir un derecho sobre quién es el titular del mismo y demás extremos, sino únicamente de que es necesariamente uno de los varios que el Registro publica. Disminuyen la incertidumbre en comparación con los anteriores pero no la desechan en un grado aceptable por lo que no evitan la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios de aseguramiento.

El último grupo, denominado de intabulación de derechos, es aquel en que el Registro proporciona de forma inmediata y autosuficiente la información relevante: titularidad, delimitación del derecho, cargas que lo gravan y facultades dispositivas del dueño. Allí donde existe, como en España, el mercado no genera

mecanismos complementarios de seguridad, porque, sencillamente, no los necesita. Su radical efecto, el derecho publicado es el único que necesita conocer quien pretende contratar, se consigue directamente, lo que elimina la necesidad de cualquier actividad de vigilancia por parte del dueño para evitar privaciones in consentidas, pues protege el derecho. Mediante la inscripción el titular del derecho transfiere al sistema institucional, representado por el registrador, la responsabilidad de protegerle frente a privaciones in consentidas de sus derechos. Sustituye vigilancia propia por heteroprotección, generándose, por tanto, un alto nivel de certidumbre.

Este esquema se reproduce al tratar del Registro Mercantil, adaptado a su característica peculiar de ser un registro de personas y actos y no de cosas. En los sistemas “fuertes” como el nuestro cabe atribuir dos efectos básicos a la inscripción (Gallego Sánchez, 2000, 187 y ss.). El primero se refiere a su eficacia respecto de terceros y se resume en el principio de publicidad material. El segundo se proyecta en el ámbito interno, en relación con el propio hecho inscrito.

La llamada publicidad material se ocupa de los efectos de la inscripción respecto de terceros, concretándose en que, una vez inscrito el hecho, se supone conocido por todos, pudiendo, en consecuencia, ser opuesto a terceros, dado que se presume su conocimiento, aún cuando éstos de hecho lo ignoren (publicidad material positiva); mientras, que, a la inversa, la no inscripción de un hecho, que debiera haberse inscrito, libera al tercero de la necesidad de conocerlo, equiparándose frente a él la no inscripción con la inexistencia (publicidad material negativa).

En nuestro derecho, no obstante, la producción del efecto positivo requiere, además de la inscripción, la publicación en el BORME. El art. 21 Ccom dispone, como es sabido, que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el BORME, razón por la que es posible hablar en rigor de un “principio de oponibilidad”. Más aún, en la idea de procurar en la medida

de lo posible un conocimiento real se establece que cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. Al respecto hay que indicar, sin embargo, que la publicación determina sólo el momento de la oponibilidad, pero su contenido se rige por la inscripción, de tal manera que no se podrá alegar el desconocimiento de datos cuya publicidad no se exige, pero constituyen el contenido de la inscripción. En este sentido hay que interpretar la norma que permite al tercero de buena fe invocar el contenido de la publicación frente al de la inscripción, si aquel le fuera más favorable (art. 21.3 Ccom). La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que, en efecto, conocía la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 Ccom). En todo caso, quienes hayan ocasionado la discordancia entre el contenido de la inscripción y el de la publicación están obligados a resarcir al perjudicado (art. 21.3 Ccom).

Además de la eficacia que respecto de terceros despliega la inscripción, también ésta puede analizarse desde el punto de vista interno con relación al propio hecho inscrito. La cuestión de si cierto hecho ha de estar inscrito en el RM para tener existencia legal es distinta e independiente de la relativa a que al tercero no le sea oponible ese hecho entre tanto no esté inscrito. Bien es verdad que mientras ese hecho no se inscriba no podrá serle opuesto, pero ésta no oposición nada tiene que ver con la publicidad material negativa (efectos externos), sino con la circunstancia relevante de que ese hecho jurídicamente no existe ni frente a tercero ni frente a nadie (efectos internos).

Desde este punto de vista se distinguen en nuestro Derecho dos tipos de inscripciones: las constitutivas y las declarativas.

Que una inscripción tenga efectos constitutivos significa que la existencia del negocio o acto depende de su inscripción, que actúa como *condictio sine qua non* de la producción de los efectos pretendidos. Ejemplo de este tipo de inscripciones es la relativa a las socie-

dades anónimas y limitadas, que no existen como tales sociedades regulares hasta que no medie la inscripción.

La inscripción es declarativa cuando el acto o negocio existe y produce los efectos que le son propios con independencia de aquélla. Es la regla general en nuestro Derecho. No se admiten, sin embargo en él, las denominadas inscripciones sanatorias; esto es, aquellas que tienen eficacia convalidante de un acto nulo. En efecto, el contenido del Registro se presume exacto y válido (art. 20.1 Ccom y 7.1 RRM), de modo que, una vez inscrito el acto, se presume exacto y válido. Se trata del principio de legitimación. Eso mismo explica que los asientos del Registro estén bajo la salvaguarda de los Tribunales (arts. 20.1 y 7.1 RRM). Pero la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (arts. 20.2 Ccom y 7.2 RRM), por lo que tal presunción puede ser destruida mediante resolución judicial donde se declare su inexactitud o nulidad. Hasta que ésta no sea inscrita, sin embargo, los asientos del Registro continúan produciendo los efectos que les son propios (art. 20.1 Cco y 7.1 RRM). La misma, además, no perjudica los derechos de tercero de buena fe adquiridos conforme a Derecho, entendiéndose adquiridos de tal forma los que resulten de acto o contrato válido con arreglo al contenido del Registro (art. 20.2 Cco y 8 RRM, que añadiendo este último inciso a lo dispuesto en el Ccom con la rúbrica de “fe pública” ha sido objeto de críticas por su excesivo mimetismo con el significado del principio de fe pública que rige en el Registro de la Propiedad, siendo éste un registro de cosas).

Con todo, hay que observar a este respecto que, si bien la inscripción carece en esos términos de eficacia convalidante, la limitación de las causas de nulidad que la Ley ordena en algunos supuestos produce de hecho unas consecuencias similares a la misma. Ejemplo paradigmático de estos casos constituye la disciplina de la acción de nulidad de las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada (arts. 34 LSA, 152 Ccom y 16 LSL).

Pues bien, debido a estos “efectos fuertes”, los registros de esta índole requieren altas barreras de entrada. En este contexto se inscribe la calificación registral, atribuida con carácter exclusivo y excluyente a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La calificación se desarrolla en dos momentos o fases. La primera, única a la que voy a referirme aquí, tiene lugar cuando se solicita la inscripción del derecho, por lo que ha sido denominada “calificación de entrada” (Méndez González, 2008, 43). A ella aluden los arts. 18 LH y 98 del RH y 18.2 Ccom y 6 RRM, conforme a los cuales consiste en el examen o comprobación que de los títulos sujetos a inscripción realiza el registrador para determinar si están o no ajustados a derecho y, en consecuencia, si merecen o no la protección y eficacia del Registro.

Entraña, pues, un juicio de legalidad que debe estimarse ha de ser más amplio cuanto más lo sea la eficacia atribuida a la inscripción. Se comprende, en efecto, fácilmente que el alcance y autonomía de la calificación registral ha de ser directamente proporcional a la eficacia de la inscripción, y, en esa medida, que uno y otra sean especialmente amplios en sistemas como el nuestro en los que se anudan a aquella efectos legitimadores y de fe pública, ya que estos son una consecuencia del principio de legalidad; esto es, de la calificación registral, porque es la calificación del registrador la que permite establecer tales efectos en forma de presunción impropia.

Conforme a ello, la calificación se ciñe al título, a lo que resulte de él y del contenido del registro, de modo que el registrador no puede tener en cuenta datos que conozca extrarregistralmente; pero, circunscrita a esos extremos, su alcance es especialmente amplio (Vidal Francés, 2008, 337, Méndez González, 2008, 43, 44.). Según prevén los textos legales citados, comprende la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los documentos respectivos.

En este contexto se plantea el problema que me propongo tratar. Ciñéndonos al ámbito contractual, salvo en contadísimas ocasiones, el documento de acceso al Registro, sobre el que se produce la calificación, es únicamente la escritura pública. Debido al principio de titulación pública que, como regla, rige en nuestro Derecho, solo en aquélla puede plasmarse el intercambio o esquema negocial ideado por las partes si estas desean la inscripción.

Por tanto la calificación registral se proyecta sobre algo que ya ha sido calificado por otro funcionario, cual es el notario, lo que viene generando una notable tensión en el tráfico económico que, sin duda, pone en entredicho el papel de ambos y la propia eficacia del sistema de seguridad preventiva en el que ambos ejercen sus funciones.

Últimamente con especial crudeza se ha querido presentar esta particular situación como una lucha corporativa entre notarios y registradores que habría obligado a intervenir a la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN) y a la Administración, mediante la reforma del Reglamento notarial; incluso al propio legislador del tan comentado art. 98 de las Leyes 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 24/2005, de 18 de noviembre, de Reforma para el Impulso a la Productividad.

Las cosas, sin embargo, suceden, a mi juicio, de otra manera. No se trata de un fenómeno aislado generado en el ámbito del ejercicio profesional de notarios y registradores, sino un reflejo de la indefinición propiciada por la particular forma de reglamentar, que no de legislar, en que está instalado nuestro sistema actual de generación de normas. Desprovisto de valoraciones coherentes sobre los fines perseguidos y del sistema en que han de inscribirse se ha emprendido una desenfrenada carrera de producción normativa en que se pretende regular hasta el más mínimo detalle en atención a consideraciones concretas apreciadas en contextos reducidos e insertadas en cualquier fuente normativa, prescindiéndose en más ocasiones de las deseables de los instrumentos

jurídicos idóneos, sustancialmente de la Ley y, casi siempre, de su inserción en el que debe ser su propio contexto, tanto desde el punto de vista formal como material. A ello contribuye sin duda la apuesta por la renuncia a redactar los textos correspondientes dentro de su ámbito propio prescindiendo de los organismos que tienen legalmente encomendada la función de elaborar las propuestas de normas y de valorar la opinión de los sectores profesionales implicados en atención a los fines generales que deben presidir la instauración de reformas legales.

En el caso que me ocupa considero, pues, que antes de valorar la procedencia de una reforma, el primer paso que debiera haberse dado tendría que haber sido el de constatar, definir y aclarar las funciones que el ordenamiento atribuye a estos dos funcionarios públicos. Eso es lo que me propongo en estas breves notas. A partir de ahí hubiera sido más fácil decidir lo que se quiere mantener y lo que es procedente cambiar. Pero a estas consideraciones *de lege ferenda* no voy a referirme ahora. Mi propósito, como digo, es mucho menos ambicioso. Trataré únicamente de esbozar unos apuntes introductorios en torno al ámbito de competencias, eventualmente concurrentes, que, en estos momentos, se atribuye a notarios y registradores.

2. FUNCIONES DEL NOTARIO

A) INTRODUCCIÓN. LA DOBLE FUNCIÓN DEL NOTARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Aun a riesgo de simplificar en exceso, conviene advertir que la primera y principal diferencia que existe en la organización de la fe pública en la Unión Europea deriva de la existencia de dos grandes sistemas jurídicos en los países que la integran: el del *common law* y el de Derecho Civil o Continental; que, a su vez, dan lugar, en materia de fe pública, a dos regímenes, el anglosajón o de documento privado y el sistema latino o de documento pú-

blico (Cfr. Resolución de 18 de enero de 1994, número A-0422/93, del Parlamento Europeo sobre “La situación y la organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad”, DOCE 14 de febrero 1994).

Las características comunes a este último sistema son las siguientes:

1.^a) Delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de legalización de los acuerdos y de la prueba;

2.^a) Actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal;

3.^a) Sometimiento de esa actividad al control del Estado o del órgano estatutario designado por la autoridad pública, en lo que se refiere a la observancia de las prescripciones relativas a las escrituras públicas, de la tarificación reglamentada e impuesta en interés de los clientes, del acceso a la profesión o a la organización de la misma;

4.^a) Funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio; estas funciones se llevan a cabo mediante la redacción y autorización de documentos válidos y conformes a la Ley, por lo que respecta a su contenido, y eficaces y ejecutorios, por lo que respecta a su forma;

5.^a) Funciones de asesoramiento y consejo asesor.

Por su parte la STJCE de 26 de marzo de 1987 se refiere a esta cuestión en términos similares advirtiendo de las funciones públicas y privadas que se atribuyen al notario, haciendo hincapié en el carácter dual del mismo como funcionario público y profesional liberal, propio de este denominado “sistema del Notariado Latino”, que es el vigente en la mayor parte de los países europeos, incluida España, y, en cuyo seno, el fedatario, como profesional del Derecho especialmente cualificado, no se limita a redactar y autorizar el documento público, sino que a ello precede una labor de recepción e indagación de la voluntad de las partes y de asesoramiento para adecuarla a la legalidad; constituyendo esta última una nota

de relevancia que los distingue de figuras en cierto modo próximas del ámbito anglosajón, como los *solicitors* o *barristers*, meros funcionarios de la Administración Pública encargados de legitimar documentos, pero sin funciones de asesoramiento e información.

En efecto, incluidos en el sistema latino, los notarios gozan en el Derecho español de una consideración dual. Por un lado, son profesionales del derecho especializados; por otro, funcionarios públicos. En estos términos se pronuncia el art. 1 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944, reformado por el RD 45/2007 de 19 de enero, (en adelante RN). Conforme a él, como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara, a su vez, un doble contenido: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y b) 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”.

A su vez, según el mismo precepto, 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 aquéllos se proponen alcanzar”.

Según declara la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008 esta doble condición de funcionario público y profesional del Derecho se proclamaba ya en el Reglamento de 1935 y en el posterior de 1944 y se viene reconociendo por la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 23 de enero de 1990 y 26 de enero de 1996, haciendo referencia esta última, incluso, al amparo legal de tal consideración cuando dice que: “Junto a la función pública —dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales—, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley. El primero, en cuanto preceptúa que “Los notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas” y, el segundo,

al disponer que “el notario redactará escrituras matrices”; previsiones que se han actualizado con la modificación operada en el art. 17 de la Ley del Notariado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y la inclusión del art. 17 bis por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que aluden expresamente a la adecuación del otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Lo que, en cierto modo, viene a salvar la omisión en que incurre el art. 1 de la Ley citada en tanto omite toda referencia al Notario como profesional del Derecho.

Por otra parte, en relación con esa doble condición de funcionario público y profesional del Derecho, la STS de 23 de enero de 1990, señala que “no corresponde a esta Sala entrar a considerar cuál de las dos vertientes prevalece sobre la otra, baste con señalar, al efecto que nos ocupa, que no es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras de profesional del Derecho, es que ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados en el Notario, lo que determina un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado”.

Según advierte la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008 se viene a significar con ello que, en su configuración legal, el carácter de profesional del Derecho se predica del Notario a efectos del ejercicio de la función notarial en su conjunto o, como resulta del propio artículo 1 del RN, de asesorar y aconsejar a quienes reclaman su ministerio, es decir, a efectos del desarrollo integral de la función que legalmente se le atribuye y no como una actividad autónoma o paralela.

Se trata, en opinión de la doctrina, de funciones indisociables (Gómez-Martinho Faerna, 2001, 5-6; Raposo Fernández, 2001). En atención a ello, tanto da decir, declara la RD-GRN de 16 enero 1996, que el Notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales (cfr. art. 1 de la Ley del Notariado y art. 1 de su Reglamento). El Notario es, conforme a

ello, el funcionario público encargado de dar fe y, simultáneamente y de forma inescindible con ello, un profesional del Derecho encargado de asesorar a las partes intervinientes.

Ahora bien, según expresa la misma RD-GRN, es posible la distinción conceptual de esta doble faceta y, podríamos decir, que no solo es posible sino que es imprescindible en tanto la normativa aplicable a su actuación en cada caso y los efectos que derivan de ella no coinciden.

En los apartados que siguen me propongo comentar el alcance asignado a cada una de estas funciones y su contenido al objeto de contrastarlas, en el apartado III, con las que corresponden a los registradores.

B) LA FE PÚBLICA

A ella alude el art. 1 de la Ley del Notariado (en adelante, LN) al disponer que el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Asimismo, conforme al artículo 17 bis.2. del mismo texto legal, introducido por Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, “la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: **a)** Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes; **b)** Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

Por su parte, el art. 1 RN dispone que la fe pública notarial tiene y ampara un doble

contenido: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y b) 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”.

El art. 143 RN, redactado por el RD 45/2007, de 19 de enero declara que “los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley”, añadiendo que “los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”.

Art. 145 RN, redactado por mismo RD 45/2007, establece que “la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”.

Se observa, pues, de inmediato que la normas transcritas distinguen entre la dación de fe y la formulación de juicios por el notario, señalando en ambos casos su alcance que, en el caso de la dación de fe no puede ser valorado sin interpretarlo en el contexto de su sistema, esto es, en relación con las prescripciones de los arts. 1218 Cciv y 319 LEC (conforme, Carrasco Perera, 2007, 7. Y vid. Montero Aroca, 2003).

En atención a ellos es doctrina y jurisprudencia pacíficas (Asencio Mellado, 2001, 1-521 y ss., Guzmán Fluja, 2001, 2368) que los documentos públicos dan fe, esto es, hacen prueba plena, frente a terceros incluso, de la identidad del fedatario y de los otorgantes, así como del lugar y la fecha en que se produce el otorgamiento. Ahora bien, en cuanto al hecho, acto o negocio incluido en los mismos,

únicamente dan fe de lo que éste ha podido percibir sensorialmente; es decir, de la realidad de celebración del acto en su presencia y de las manifestaciones realizadas por los declarantes en el mismo. La fehaciencia, en otros términos, abarca todo lo llevado a cabo en unidad de acto desde la comparecencia de las partes ante el fedatario público y hasta la lectura y suscripción del documento, así como la realidad de haberse realizado unas determinadas manifestaciones, pero no de que estas sean verdaderas o reales. En modo alguno el documento público acredita, con valor pleno, la veracidad de las manifestaciones o del negocio que se afirma celebrar, ni de las declaraciones particulares que al mismo se incorporen. Todo ello queda fuera de la fe pública por lo que puede ser contradicho por otras pruebas. Aun entre los otorgantes, respecto de los cuales el documento prueba (da fe), igualmente, que realizaron las declaraciones incluidas en el título.

En esta misma línea la STS de 5 mayo de 2008 declara que el art. 17 bis 2 a) LN al disponer la equiparación de los documentos autorizados en soporte electrónico y sobre papel en cuanto a la fe pública de la que gozan y la presunción de veracidad e integridad de su contenido, no hace sino reiterar esa interpretación. Se refiere incluso a los términos del art. 1 RN estimando que, cuando declara que, en la esfera del Derecho, la fe pública notarial ampara “la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”, quiere decir, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1.218 del Código Civil, que los documentos públicos hacen prueba de la realidad de que se han efectuado tales manifestaciones. No se trata, por lo tanto, de acreditar la realidad de tales declaraciones sino de su mera expresión y constancia en el documento, de manera que la fe pública notarial se limita a las manifestaciones de los comparecientes en tal sentido sin otro alcance. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias, sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y, como tal, ha de

valorarse, en su caso, por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o calificación a los efectos oportunos.

C) ASESORAMIENTO NOTARIAL

a) *Asesoramiento notarial y gestión del Notario*

En este ámbito conviene distinguir, en primer término, las actividades de asesoramiento previo en la autorización de los documentos públicos que, como veremos, incluyen los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se somete al notario surta efectos y la posible gestión o tramitación posterior de los mismos; esto es, la asunción por parte del Notario de la ejecución de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial a fin de que, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, desenvuelva plenos efectos, ya sean civiles o administrativos, incluyendo su inscripción en los Registros jurídicos o administrativos correspondientes.

En el primer caso actúa como profesional-funcionario, esto es, en su condición de notario; mientras que, en el segundo, opera exclusivamente como profesional del Derecho, es decir, en un ámbito extranotarial.

En efecto, según reiterada doctrina de la DGRN la gestión o tramitación de los documentos no constituye propiamente una actuación notarial, ni, por tanto, está incluida dentro de las funciones intrínsecamente notariales. No se integran en su función pública, sino que se trata de actividades privadas que, en su razón, se encuentran regidas no por la legislación notarial sino por lo acordado entre las partes dentro de las normas correspondientes al contrato celebrado (depósito, mandato, arrendamiento de servicios...). Entre más cabe citar a este respecto las RrDGRN de 10 y 11 de marzo, 15 y 27 de abril, 14 y 15 de junio de 1994 o de 14 noviembre 1995. La RDGRN de 16 enero de 1996 declara que, no obstante ello, es criterio reiterado de ese Centro Directivo que, al llevarla a cabo, si bien no está actuando, desde luego, “como Notario”, sí lo

está haciendo “por ser Notario”; esto es, que la puede realizar como profesional integrado en un Colegio Profesional, lo que conduce a concluir que, sin perjuicio de las normas jurídico-privadas que regulan la actuación de la gestión, también hay que tener en cuenta que dicha actuación se rige por la Ley de Colegios Profesionales, a través del correspondiente Estatuto, o de las normas de otro carácter, aprobadas por el Órgano Corporativo competente. En ese contexto la RDGRN 14 noviembre 1995 dispone que, por ello, si bien la relación de gestión, fundada en la concreta relación contractual que se haya establecido entre el Notario y su cliente, entra dentro de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, sí es posible que la incorrecta llevanza de la misma por el Notario, causando perjuicios al cliente, o incumpliendo los deberes que como a todo gestor de negocios ajenos le serían exigibles al Notario, dé lugar al desmerecimiento en el concepto público del mismo, que constituiría una falta grave del mismo que debe ser sancionada. En el caso concluyó ordenando a la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Valencia la apertura de un expediente disciplinario al Notario, para determinar a través de él si en los términos indicados u otros pudo haber existido alguna conducta sancionable del mismo.

b) El deber de asesoramiento notarial. Manifestaciones

a') Introducción

A diferencia de esa actividad de gestión o tramitación, extra notarial, que tiene lugar, según lo dicho, tras el otorgamiento del documento notarial, la de asesoramiento sí se incluye en el núcleo de las funciones desempeñadas en su condición de notario, como un deber específico integrado en su estatuto jurídico.

A él aluden, en efecto, los arts. 1, 147 y 194 RN. Conforme al primero de los preceptos, el notario como profesional del Derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más

adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Por su parte, según el art. 147.1 RN, “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes”, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Y a tenor del párrafo 4º, “sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”. Por último, el art. 194 RN se refiere a las reservas y advertencias legales que debe efectuar el notario en el documento que autorice.

Como es común en la legislación notarial, tal y como ahora recuerda el citado art. 147.1 RN, las menciones legales relativas a este deber son mucho más escuetas. En síntesis se reducen a las declaraciones contenidas en el art. 17 bis 2 a) LN, a cuyo tenor “el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Sea como fuere, de todo ello es posible inferir la atribución al notario de un deber específico de asesorar en el cual se integran como mínimo, a juicio de la doctrina, un deber de asesorar en sentido estricto y un deber de informar.

b') El deber de informar

El objeto del deber de informar se extiende, al menos, a todos los requisitos necesarios para la validez y eficacia del negocio jurídico. No

puede restringirse, en efecto, a aquellos que afecten a la formación o conclusión del acto o contrato autorizado, sino que comprende todos los que resulten necesarios o convenientes para que el negocio produzca los efectos específicos queridos por las partes al contratar ya que tiene como presupuesto previo el deber del notario de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes, cerciorándose de que han comprendido el valor y alcance de su redacción. Conforme a ello, informará también sobre los requisitos externos, como autorizaciones administrativas, declaraciones posteriores, pago de impuestos, necesidad de inscripción en los Registros para que se produzcan determinados efectos y, en general, sobre el alcance y consecuencias del negocio que las partes pretenden.

Este deber de información resulta especialmente exigible en sus más amplios términos en el caso de que entre las partes exista una gran asimetría informativa y/o económica, especialmente, aunque no de forma exclusiva, ante condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión en relación con el consumidor. Tal es así que se ha llegado a configurar como un deber específico, distinto del de información, denominado de asistencia (Raposo Fernández, 2001, 8 y ss). A ello alude el art. 147.4º cuando dispone que “el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra (...) y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella (...) y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

Siempre sin perjuicio del deber de imparcialidad que, en relación con las partes, pesa sobre él en todo caso.

A estas cuestiones alude con acierto, a mi juicio, la RDGRN de 26 octubre de 1995, a cuyo tenor esta obligación comprende el deber que tiene el Notario de (...) informar a los otorgantes de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida,

implica “una asistencia especial al otorgante necesitado de ella” (artículos 1.2 y 147 RN).

Por lo mismo, no puedo coincidir con la misma cuando estima que una mera referencia formal en la escritura al dato relevante para la producción de los efectos suponga el cumplimiento del deber. En el caso se trataba de la autorización de una escritura de compraventa de un piso que formaba parte de una finca en régimen de propiedad horizontal, la cual no pudo ser inscrita por faltar la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva y la división horizontal. En la escritura de venta del piso se decía por una parte que “en escritura asimismo a mi testimonio de fecha 21 de febrero de 1984, fue realizada la manifestación de obra nueva y división horizontal del edificio (...)”, y sobre la inscripción se decía “Referencia registral: No consta”. La DG estimó que la actuación del Notario fue, “desde el punto de vista formal, absolutamente correcta, puesto que la escritura reflejaba correctamente la situación documental y registral de la finca objeto de la escritura”.

Decisiones de esta índole vulneran el art. 17 bis 2 a) LN en la medida en que obliga al notario a dar fe de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, lo que compele a entender que el deber de información ha de ser cumplido sustancialmente, cerciorándose el notario de la comprensión por los otorgantes de los pormenores implicados, y no desde un punto de vista meramente formal.

En otro orden de cosas, en la medida en que integra el contenido de la función notarial, la existencia y alcance de este deber no precisa de declaraciones expresas que obliguen al notario a suministrar determinada información. De manera que las concretas previsiones reglamentarias en torno a estas cuestiones han de considerarse simples especificaciones de este deber general. Sucede así, por ejemplo, como recuerda la STS de 20 de mayo de 2008, con el art. 175 RN cuando “impone al Notario la obligación de comprobar (deberá) la titularidad y estado de cargas de los inmuebles correspondientes al acto o negocio jurídico de que se

trate”. Se trata de una “obligación propia de su función notarial”, es decir, “una manifestación del deber impuesto por la Ley del Notariado (art. 17.bis) de dar fe de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes” en la medida en que se refiere a “la debida información a las partes en relación con un elemento esencial del negocio jurídico cual es la titularidad y estado de cargas de los inmuebles y la necesaria comprobación de tales circunstancias por el Notario”.

Por la misma razón entiendo que el fedatario público debe prestar la información en todo caso, aunque no exista concierto expreso con los otorgantes ni petición de los mismos. Y aunque estén asistidas por sus asesores. No puedo, por ello, coincidir con la conclusión a que llega la STS de 14 de mayo de 2008 cuando estima la irresponsabilidad del notario por incumplimiento de su deber de informar sobre una circunstancia que impidió la eficacia del acto autorizado por no constar que los otorgantes solicitasen información de su contenido jurídico al notario con anterioridad al otorgamiento de la escritura ni de la necesidad de su inscripción registral y por haber quedado acreditado que estaban asesorados por su letrado. La responsabilidad del letrado no oscurece la del propio notario por incumplimiento de su deber legal.

Ahora bien, como con acierto declara la STS de 20 de mayo de 2008, los preceptos aludidos generan una obligación del Notario, no de los otorgantes, que, en ese ámbito, ostentan un derecho, por lo que, consiguientemente, no pueden ser compelidos a recibir la información. Por tanto, el deber del notario acaba con el suministro de la información, en su caso, con la comunicación del derecho a obtener información. De manera que los otorgantes pueden lícitamente renunciar a recibirla.

El TS hace esta manifestación en Sentencia de 20 de mayo de 2008, al respecto del art. 175 RN en relación con el deber de informar a las partes sobre la titularidad y estado de cargas de los inmuebles y la necesaria comprobación de tales circunstancias por el Notario. Considera que la imposición de esa obligación ha

de ponerse en relación con el destinatario de la misma, el adquirente, que puede disponer de tal información y considerarse satisfecho al respecto, manifestándolo así al Notario, como resulta del n.º 5.b) del mismo precepto, que se ve liberado con ello de tal obligación de información, la cual no cabe imponer en contra de la voluntad manifestada del destinatario, para el que debe representar una aportación beneficiosa para sus intereses y no una carga. Así entendida la situación, considera que no se justifica la exigencia de que el adquirente haga constar, además, la urgencia de la formalización del acto en la escritura que se autorice, pues ello es tanto como imponerle en los demás casos la obligación de sujetarse a dicha información notarial, aun en contra de su voluntad manifestada y sus intereses, para proceder a la formalización del acto en la correspondiente escritura, lo que resulta contrario a la interpretación del alcance del precepto que ha indicado. En consecuencia entiende la Sala que debe anularse el inciso del n.º 5º del precepto “siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización de acto en la escritura que autorice”.

Estima, además, que la obligación impuesta no tiene otro alcance que el cumplimiento del indicado deber legal del Notario de informar adecuadamente la voluntad de las partes y, por ello, su incumplimiento afectará a la responsabilidad del Notario, pero no constituye una causa ni autoriza al Notario para denegar el otorgamiento de que se trate.

c') El deber de asesorar en sentido estricto

“A este aspecto del deber de asesoramiento aluden los arts. 1 y 147 del RN. Conforme al primero de los preceptos, según se indicó, el notario, como profesional del Derecho, tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”. Por su parte, según el art. 147.1 RN, “el notario redactará el instrumento público conforme a

la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, (...) de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Y a tenor del párrafo 4º, “sin mengua de su imparcialidad, el notario (...). También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

En relación con ello el art. 17 bis 2 a) LN, dispone que “el notario deberá dar fe(...), de que a su juicio, el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

A tenor de los preceptos mencionados, el deber de asesorar en este estricto sentido se diferencia del deber de informar, otra especie del mismo género, por cuanto la información es mera puesta en conocimiento; mientras que el asesoramiento implica el deber del notario de aconsejar a las partes “los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllas se proponen alcanzar”, “indagando, interpretando y adecuando al ordenamiento jurídico” la voluntad común de las mismas.

El deber de asesoramiento del notario constituye una de las facetas más relevantes de la labor que le encomienda el ordenamiento jurídico por cuanto a través de él se logra un alto grado de adecuación del mismo ordenamiento a las nuevas necesidades del tráfico económico. El notario valora los objetivos perseguidos por las partes y, conforme a ello, sirviéndose de su alta preparación técnica, propone la cobertura jurídica que, a su juicio, resulta más eficaz para alcanzarlos. Es bien conocido que muchas de las nuevas figuras negociales que ha generado el tráfico tienen su génesis en esta labor del notariado. Es la práctica notarial, por ejemplo, la que ha creado la tipología de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones solo mencionadas, y muy parcialmente, en las Leyes de sociedades anónimas y limitadas y en el Reglamento del Registro Mercantil. Y muchas otras fórmulas y figuras de diversa índole.

Resulta claro, con todo, que, igual que antes, al deber notarial de aconsejar no corresponde un correlativo deber de las partes de seguir el consejo, ni, por tanto, de otorgar el documento en los términos sugeridos por el notario. En opinión de la doctrina (Raposo Fernández, 2001, 7 y ss, con más referencias), que comparto, este debe informarles de su derecho a requerir el consejo y a contrastarlo con la voluntad libremente formada. Es ésta la única vía que legitima a aquél para revisar los planteamientos que le son presentados desde calificaciones ya preestablecidas por la asistencia asesora de letrados profesionales y para sugerir su modificación, cuando proceda, a resultas de dicha revisión. En modo alguno puede imponerles la solución ideada por él. Desde la perspectiva del fedatario, asesorar es recomendar la estrategia legalmente más adecuada para conseguir los objetivos perseguidos por las partes al contratar, emitiendo un dictamen o consejo imparcial, pero asistencial en relación con la parte débil del contrato.

d') El deber de informar y asesorar. Las “advertencias” y “reservas” notariales

Tras el breve resumen efectuado en los epígrafes anteriores, ha quedado constatado que ni la Ley Notarial ni el Reglamento notarial configuran poderes al notario para imponer a las partes ni el contenido ni el marco jurídico del negocio que se proponen concertar mediante su intervención.

Ambos textos legales le imponen el deber de informar y el deber de asesorar a las partes. Nada más.

Esta conclusión se corrobora si, adicionalmente, recurrimos al Código civil, en la medida en que erige principio fundamental de nuestro sistema jurídico-privado el de libre autonomía de la voluntad. Las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, en los términos prescritos por el art. 1255 Cciv.

Interpretados conforme a este precepto los arts. 1 y 147 RN y 17 bis 2 a) LN no hacen

sino corroborar que el acto o contrato que conforma el documento público es el querido por las partes, en los términos y conforme a la legalidad que las partes consideren de procedente aplicación. El art. 147.1 RN es bastante explícito al respecto cuando dispone que, si bien es el notario quien redacta el instrumento público, debe hacerlo “conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico”. Asimismo el art. 17 bis 2 a) LN, insiste en esa misma programación al declarar que “el notario deberá dar fe (...), de que a su juicio (...); el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Cierto es que la referencia que se encuentra en ambos a que el notario deber adecuar tal voluntad al ordenamiento jurídico puede suscitar alguna duda en torno a los poderes que se confieren al mismo. Ahora bien, resulta claro que, hasta ahora, para efectuar tal adecuación no dispone de un poder coactivo, sino simplemente de un deber de informar y un deber de asesorar cuyo contenido ya ha sido explicitado antes.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, según el art. 2 de la LN, la intervención del notario es obligatoria para él ya que no puede denegar su ministerio salvo que concurra “justa causa”. Y en ninguno de los preceptos indicados se autoriza al notario a denegar el otorgamiento en atención a circunstancias relativas a su juicio sobre la legalidad del acto.

De hecho cuando la ley ha querido prever tal consecuencia lo ha hecho expresamente. Entre otros casos, cabe citar el art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que impide a los notarios autorizar aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.; el art. 4.4 de la Ley 42/1998,

de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, según el cual los notarios no pueden autorizar una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del propio precepto; el art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que impide la autorización de escrituras públicas de declaración de obra nueva sin que se acredite la constitución de las garantías establecidas en el art. 19 de la Ley; o el art. 25.5 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que impide a los notarios autorizar las escrituras de adquisición sin que previamente se acredite la notificación fehaciente a la Administración, que exige dicho precepto.

En el resto de los supuestos, pues, el notario deberá autorizar el acto expresando en su caso su opinión acerca de la eventual vulneración de algún presupuesto legal, conforme al art. 194 RN.

A mi juicio, es ese precepto el argumento determinante para negar que estas cuestiones constituyan justas causas de denegación de la intervención notarial.

En efecto, los deberes de informar y asesorar en relación con las facultades de adecuación de la voluntad de los otorgantes a la legalidad que competen al notario adquiere una dimensión específica a través de las advertencias y reservas que el RN le obliga a efectuar en el momento del otorgamiento de la escritura. Conforme al art. 194 RN, “los notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales”. Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, de-

tallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.

Las advertencias se refieren, pues, al juicio que formula el notario sobre la necesidad de cumplimiento de los requisitos legales necesarios para que el acto o negocio jurídico produzca los efectos deseados por las partes. En su modo ordinario se refieren normalmente a requisitos externos al acto que inciden, no obstante, en la eficacia del mismo, si no son cumplidos por las partes, bien antes del otorgamiento, bien después. Por su parte, las reservas expresan el juicio de disconformidad del Notario en torno al cumplimiento de los presupuestos legales sea de la validez como de la eficacia del acto, así como de cualesquiera normas que, según su opinión, puedan impedir la regularidad o legalidad del acto o contrato documentado.

Según declara la RDGRN de 30 de abril de 1992 “que la autorización sea en principio obligatoria para el Notario ello no implica que todos los extremos que conforman el contenido del instrumento público deban ser expresamente queridos por sus otorgantes. El Notario en el ejercicio de su función tiene también encomendado un importante control de regularidad y legalidad del acto o contrato documentado; por lo que hará constar entre otros extremos, las reservas y advertencias que a su juicio, —nunca al de las partes— puedan incidir en el supuesto concreto, bien para una mayor formación y conocimiento de las partes, bien en su caso para salvaguarda de su responsabilidad”.

Consecuentemente, el control de la legalidad que se dice se atribuye al notario se manifiesta precisamente en las advertencias y, en su caso, reservas que debe hacer en el documento autorizado por él. Si pudiera denegar su ministerio en atención a los pormenores sobre los que debe formular advertencias o reservas, no tendría ningún sentido el precepto que se comenta por cuanto devendría inaplicable. Nunca podrían formularse advertencias ni, sobre todo, reservas, ya que las cuestiones a las que

se refieren constituirían directamente justas causas de denegación de la intervención.

Por otra parte, en defecto de advertencias o reservas, el otorgamiento expresa el juicio del notario sobre la adecuación a la legalidad del acto o contrato que documenta como consecuencia de su labor previa de indagación e interpretación de la voluntad común de las partes y de sus deberes de informarlas, asesorarlas y aconsejarlas y, en su caso, asistirles. Un juicio es una opinión, qué duda cabe. Y es una opinión personal y subjetiva, no imparcial. Tal y como se ha indicado antes, el deber de actuar de forma imparcial que se impone al notario se refiere a las partes, no puede dar un trato de favor a una en detrimento de la otra. Pero no se extiende al contrato que ha intervenido puesto que, al hacerlo sin reservas, tiene ya un interés personal en que no se aprecien en él defectos que lo hagan ineficaz, ya que está ahí implicada su responsabilidad personal y patrimonial. Su opinión personal, por tanto, en torno a la legalidad del acto no tiene otro valor o alcance que la emitida por un profesional altamente cualificado jurídicamente; no se integra en su faceta de fedatario público *stricto sensu*.

Coincidiendo, no obstante, con la publicación de la Ley 24/2001, al amparo de la interpretación del tristemente famoso art. 98 de la misma y, en relación con el alcance del juicio notarial de suficiencia de poderes y correlativa restricción del poder de calificación de que habrían de estar investidos los registradores, la DGRN ha insistido en avanzar otra orientación que, por ahora, ha culminado entre otras, en las RDGRN de 14, 20 y 28 febrero 2007 y de 25 de enero y 12 y 13 de febrero de 2008.

Al hilo de ello, ha sentado una contundente y reiterada doctrina conforme a la cual, “El documento público notarial goza de tres presunciones previstas en una norma con rango de Ley como son las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al notario de la obligación de velar por la regularidad, no sólo formal, sino material del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo

hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública”.

“Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo Código Penal prevé un tipo de falsedad específico (artículos 390 y siguientes)”.

“Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara ésta a rango de totalidad de lo ocurrido”.

“La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquél, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales”.

“Y es que no se debe olvidar, desde esta perspectiva, que a los efectos de documentar el acto o negocio jurídico, el notario controla la legalidad del mismo. Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) no es una mera adecuación

en el sentido de encaje en el ordenamiento jurídico —lo que de por sí tendría gran trascendencia—, sino algo más, esto es, que resulta plenamente conforme a dicho ordenamiento. Así, la presunción de legalidad implica que el documento notarial goza no sólo de autenticidad formal sino también material. Y ello es así porque el Notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las leyes para que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el Notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado; ha de explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; ha de controlar la regularidad del negocio y sobre todo ha de realizar una valoración de los fines perseguidos por si éstos fuesen simulados o fraudulentos; ha de controlar la legalidad vigilando el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y por último autoriza el documento con arreglo a la forma prevista por las leyes. Por todo ello la Ley otorga al documento notarial efectos legitimadores tanto desde el punto de vista formal como material”.

“Y ello, porque lo que sí se le exige taxativamente al notario por su normativa [artículos 17 bis, apartado segundo, letra a) y 24 de la LN y 145 de su Reglamento es que niegue dicha autorización si considera que el acto no resulta conforme al ordenamiento jurídico. Obviamente, si el notario no sólo puede, sino que debe negar su función es porque ejerce un pleno control de legalidad a los efectos de denegar su autorización y documentación pública”.

“Así, lo expuesto (que el documento notarial está investido de una presunción de validez) resulta no sólo del artículo 1218 del Código civil, sino de la LN en sus artículos 1, 17 bis y 24, este último recientemente reformado por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas de prevención de fraude fiscal. Así el artículo 17 bis, apartado a) sostiene que el notario debe velar para que ‘el otorgamiento se

adecue a la legalidad', lo que implica según el apartado b) que 'Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes'; todo ello conlleva según el artículo 24 de la Ley del Notariado que 'los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan', siendo así que la consecuencia es que el notario debe denegar su ministerio, esto es, debe negarse a autorizar o intervenir el acto o negocio jurídico cuando el mismo sea contrario a la legalidad vigente tal y como disponía el artículo 145 del RN en la redacción precedente y preceptúa en la actual. Así, se sostiene de modo taxativo en el número primero del párrafo tercero del artículo 145, según la redacción derivada del Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, cuando establece que 'Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos'.

En síntesis, pues, la DGRN considera que el acto o contrato incorporado en el documento público se beneficia de una presunción de legalidad, de validez, que implica que su contenido es conforme al ordenamiento jurídico, por lo que produce los efectos generales y específicos asignados al mismo, debido al poder-deber que ostenta el Notario de controlar y hacer cumplir los requisitos legales implicados en él. El poder-deber de control de la legalidad supondría, pues, la decisión notarial sobre la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, lo que estaría en condiciones de cumplir básicamente porque se le autoriza a denegar su autorización en otro caso. Todo lo cual se deduciría de las previsiones formuladas

en los artículos citados. Así concebida la presunción, habría que admitir que, por el hecho de estar contenido en el documento notarial, el negocio o acto material reúne todos los requisitos exigidos para su validez (capacidad de las partes, consentimiento no viciado, objeto, causa, forma, en su caso, no vulnera normas imperativas...) y le acompañan todos los demás necesarios para que produzca los efectos generales y los específicos queridos por las partes (poder de disposición del transmitente, ausencia de simulación relativa —donación y no compraventa, por ejemplo—, ha sido objeto de la calificación jurídica correcta —arrendamiento de obra y no de servicios...—).

La DGRN basa sus conclusiones en los arts. 1218 Cciv, 1, 17 bis. 2 y 24 LN y en el art. 145 del RN, según redacción efectuada por el R.D. 45/2007, de 19 de enero.

Pues bien, según se indicó antes, la única virtualidad a asignar a los arts. 1218 Cciv y 319 LEC consiste en que atribuyen a los documentos públicos eficacia probatoria (dan fe) de la fecha y de que las manifestaciones efectuadas por los declarantes se realizaron del modo transcrito en los mismos, pero no de que estas sean verdaderas o reales, ni, mucho menos, de que sean válidas y produzcan los efectos legales generales o específicos queridos por aquéllas. En este contexto, cuando el art. 1 LN dispone que 'el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales', no hace otra cosa que reiterar que esa es la extensión que cabe conferir a la dación de fe.

Por su parte el art. 17 bis 2 a) LN, introducido por la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se limita a disponer que la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia, tal y como se indicó antes, 'a) con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los

otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes’.

Literal y sistemáticamente interpretado el precepto restringe la dación de fe a la identidad de los otorgantes; el resto de las manifestaciones son juicios, opiniones, del notario. Y, en relación al cumplimiento de los requisitos legales de validez y eficacia del negocio, únicamente reitera un aspecto del deber de información que compete al notario en los términos analizados más arriba.

Por lo demás, una interpretación, igualmente literal del inciso *‘el notario deberá dar fe (...) de que ‘a su juicio el otorgamiento se adecua a la legalidad’* y sistemática, en conexión con el párrafo primero del mismo precepto, obliga a estimar que el mismo se limita a reiterar el significado y alcance de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga, como expresión de que el documento público electrónico ha de estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial, según establece en el párrafo inmediatamente anterior, sin que, por tanto, se aluda a modificación alguna del alcance de la dación de fe en los términos de los arts. 1218 del Cciv y 319 LEC. En consecuencia la norma no introduce un control de legalidad ex novo, ni amplía el significado y alcance de la fe pública notarial extendiéndola a la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico. Se limita a reiterar que, entre aquellas garantías, se incluye el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento en sí, no del negocio o acto material incluido en el documento, es decir, el juicio emitido por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193 RN, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 RN y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195 RN.

De otro modo, el juicio sobre la adecuación a la legalidad que eventualmente se advertiría afectaría únicamente a que el Notario ha procedido conforme a la Legislación Notarial en el desempeño de su cargo; que ha redactado debidamente el documento, según al procedimiento previsto al efecto, y que no incurre en ningún defecto que provoque la pérdida de su condición de documento público (conforme CARRASCO 2007, 7).

Sistemática y teleológicamente interpretado, tampoco el art. 24 LN, instaura ese denominado control de legalidad, ni sienta presunción alguna de legalidad o validez del título material. Cuando señala que *‘los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas’*, sus términos han de interpretarse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, a la que debe su redacción, esto es, con la prevención del fraude fiscal. Lo que corroboran los términos del último inciso citado y del párrafo siguiente, en tanto constatan que ese genérico deber de los notarios no tiene otra concreción que la especial obligación de colaboración que les obliga a prestar a las autoridades judiciales y administrativas, cumpliendo los deberes que, con aquel objeto, dispongan dichas autoridades en el ámbito de sus competencias. Y, en especial, con el que instaura la propia norma en los párrafos siguientes en relación con las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Esta última precisión es de la mayor relevancia puesto que pone de manifiesto otra vez que cuando la Ley ha querido atribuir al Notario un poder-deber de control de la legalidad con la amplitud que se pretende lo ha dispuesto expresamente, señalando su alcance. Así se contempla en los distintos supuestos relacionados antes a modo de ejemplo en que

se instauran controles de legalidad con dicha extensión.

Y es obvio que en ninguno de los preceptos comentados se advierte la atribución al Notario del poder para determinar la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados en términos de imposición.

Es verdad que quien redacta el documento es el Notario, pero a efectos de documentar un convenio acordado por las partes, por lo que el intento de sujeción absoluta a los requerimientos de acomodo legal según el juicio del notario, cuando pueden ser varias las interpretaciones, cercena sin duda el derecho a la libre autonomía de la voluntad, elevado a categoría de principio en nuestro sistema contractual (art. 1255 Cciv, entre otros). Se privaría además a los particulares de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 Cciv) y de las correspondientes garantías y eficacia que de ella derivan (arts. 1218 Cciv, 319 y 517 LEC, entre otros); así como de las posibilidades de negociación que tales garantías facilitan y de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17, 18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo del Cciv, entre otros), por citar los aspectos más destacados. Lo que sin duda no deja de tener trascendentes consecuencias para los derechos de carácter patrimonial de los interesados y para el mercado en general, proyectándose además sobre el derecho de propiedad en atención a los efectos que sobre la seguridad del tráfico relativo al mismo despliega la inscripción registral.

De la Ley del Notariado no se desprende, por otra parte, la previsión sobre la posibilidad de denegación por los notarios de su ministerio en casos en que las partes no accedan a sujetar el negocio que pretenden concertar a los requerimientos legales sustantivos impuestos por aquel, ni la revisión de una eventual decisión en tal sentido. El art. 2 del texto legal indicado no puede estimarse como norma ha-

bilitante. Tal precepto impone genéricamente al Notario, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, a prestar su intervención, que no puede negar sin justa causa; de manera que no se contempla la concreta cuestión de denegación en razón de la valoración de la legalidad del acto o negocio de que se trate y, más aun, la excluye en tanto la dación de fe, según se ha indicado antes, no ampara sino los concretos particulares aludidos en los arts. 1218 del Cciv y 319.1 LEC. Y, sobre todo, interpretado conforme al art. 194 RN, no puede justificarse en modo alguno que tales pormenores constituyan motivo de denegación de intervención cuando expresamente solo lo son de formulación de advertencias o reservas.

Desligado el juicio notarial sobre la valoración de la legalidad sustantiva del acto de la función notarial de dación de fe, ha de estimarse que integra un aspecto distinto de su intervención, por lo que la negativa a prestarla en razón de ello exige una concreta habilitación legal que contemple ambas circunstancias, esto es, que le atribuya tal poder y que anude al mismo la posibilidad de negar su ministerio. De hecho, así ha sucedido hasta ahora. Ha sido una concreta habilitación legal la que ha atribuido la facultad de modo específico, señalándose al tiempo las concretas limitaciones de acceso a la autorización notarial de actos o negocios jurídicos.

A falta de disposición legal expresa ha de entenderse, pues, que el control de legalidad con el alcance denegatorio de la intervención notarial que la DGRN pretende no tiene cobertura legal.

Lo que, además, salvando los casos muy aislados de oposición radical del acto o negocio con normas imperativas, sería del todo ineficaz, dado el régimen a que está sujeto el notariado, integrado, como se sabe, por funcionarios de libre elección por los particulares. De este modo, denegada la autorización por un Notario, es perfectamente posible acudir a otro que, efectuando una valoración legal distinta, se pliegue a autorizar el documento en los términos queridos por los interesados.

Y, siendo éste el presupuesto de la pretendida presunción de validez, no parece aventurado afirmar que tal consecuencia desaparece en la misma medida en que lo hace su presupuesto.

La mayor parte de estas consideraciones se encuentran en la base los fundamentos aducidos por la STS de 20 de mayo de 2008 para decretar la nulidad de diversos preceptos del RD 45/2007 de 19 de enero. En especial alude a que todos ellos responden a la atribución directa o indirecta al Notario de un control de legalidad con un alcance que no estima amparado legalmente cuando debiera estarlo y a la pretensión de anudar al documento notarial una presunción de legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico que incluyen, que tampoco encuentra cobijo legal.

En síntesis: la STS utiliza dos argumentos. En primer término, que un control de legalidad que atribuya al notario el poder de decidir sobre la adecuación del acto o negocio jurídico a la legalidad sustantiva, del que deducir una presunción de validez del documento notarial, otorgando a aquel para hacerlo eficaz la facultad de denegar su ministerio por tal motivo constituye una facultad que, por propia naturaleza, y, en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, requiere una habilitación legal expresa que incluya los términos o medida de aquel, así como el procedimiento y régimen de revisión de la decisión. En segundo lugar, que no existe tal habilitación legal.

La reserva legal se fundamenta en los derechos individuales que quedan afectados y en que la decisión del Notario así concebida constituye un acto administrativo.

En cuanto a los derechos, estima que la regulación de los preceptos reglamentarios anulados compromete los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los particulares, menoscabando el principio de libertad de pactos (art. 1255 Cciv), y privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 Cciv) así como de las garantías

y eficacia que de ella derivan (art. 1218 Cciv), de las posibilidades de negociación que tales garantías facilitan, y de la subsiguiente protección registral, lo que se proyecta, entre otros, sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que, por lo tanto, ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

Por otro lado, considera que la atribución al notario del poder de denegar la autorización o intervención en los términos contemplados en los preceptos anulados, se hace en el marco de su condición de funcionario público: en relación, pues, con una actuación administrativa, y la revisión de este tipo de actos está sujeta a reserva de ley por disposición del art. 105 c) CE, según doctrina del mismo Tribunal sentada en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002, que reitera la acuñada en sentencia de 22 de mayo de 2000.

Indica, con todo, que la reserva de ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación, pues, declara, 'como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006 de 5 de abril, con referencia a la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de ley 'entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho', siendo su significado último 'el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes', suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal —por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)—, señalando que no se excluye 'que las Leyes contengan remisiones a normas reglamenta-

rias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador' (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad 'a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley', criterio 'contradicho con evidencia mediante cláusulas legales en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir', criterio que proyecta sobre el derecho de propiedad señalando que este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de ley 'prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada (estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora) por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos''.

El TS concluye en que en el caso no se han respetado estos límites ya que el control de legalidad atribuido al notario en los preceptos que se anulan no está previsto en la Ley del Notariado, ni expresamente, ni puede estimarse incluido en los citados arts. 17 bis y 24 LN, a pesar de su modificación por las leyes 24/2001 y 36/2006, que no sirven de amparo para justificar un control de legalidad en los términos que pretende el Reglamento, ni contienen previsión alguna sobre la posibilidad de

denegación por los notarios de su ministerio y la revisión de una eventual decisión en tal sentido.

Añade que tampoco puede considerarse como norma habilitante el art. 2 LN aduciendo que el art. 3 del propio Reglamento reitera el carácter obligatorio del ministerio notarial, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida, sin ninguna precisión al efecto. En tal sentido, aun considerando que el concepto *justa causa* se refiriera genéricamente a cualquier circunstancia que pudiera calificarse como tal, incluido un juicio de legalidad desfavorable, el art. 2 de la LN, en el mejor de los casos, supondría una deslegalización de la materia, facilitando un desarrollo reglamentario independiente, en cuanto la Ley no contiene la mínima regulación que garantice que los supuestos de denegación de la autorización o intervención notarial responden a la voluntad del legislador, trasladando al ámbito reglamentario la facultad que la Constitución atribuye al legislador para su efectivo ejercicio y propiciando que, por vía reglamentaria, se configure un régimen de denegación de la intervención notarial, en virtud de un juicio desfavorable de legalidad, sin la necesaria precisión en cuanto al alcance de la deficiencia legal en que se sustenta el juicio desfavorable y sin ninguna valoración sobre la incidencia en los derechos tutelados y afectados por dicha denegación, que resulta insostenible como norma reglamentaria que carece de la necesaria cobertura legal.

En razón de ello la Sentencia citada anula, en primer término, la mayor parte del art. 145 RN, dejando vigentes únicamente el primer párrafo y la primera parte del segundo, precisando que ello incluye el último inciso del párrafo segundo en cuanto puede amparar la denegación de la autorización e intervención notarial en virtud de la valoración que pueda hacer el Notario de los amplios términos que se recogen en el mismo; sin que, por tanto, tenga la finalidad de excluir lo que pueda acordarse por aquel a efectos de que se complete la solicitud de autorización o intervención formulada por los interesados en los términos

que legalmente vengan establecidos. Anula, en efecto, por lo que ahora interesa, la excepción relativa a que la autorización e intervención del notario tiene carácter obligatorio “una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello”. Y asimismo la declaración en que se atribuía al notario una “función de control de la legalidad”, a consecuencia de la cual “no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: **1.º** La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos. **2.º** Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan. **3.º** La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes (...). **4.º** En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas. **5.º** El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia. **6.º** Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.(...)”.

De forma coherente con ello, la nulidad alcanza también al art. 147 RN. Deja vigente el párrafo primero, a cuyo tenor “el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado” y suprime el segundo, que disponía que “lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento

según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”; y el inciso en cursiva del siguiente: “asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico anulado y sean conformes a la voluntad de las partes”.

Considera al respecto que la previsión del párrafo segundo responde a la concepción del control de legalidad notarial y su consecuencia denegatoria de la autorización que se recoge en el art. 145 del Reglamento que se ha considerado ilegal en cuanto cercena el principio de libertad contractual, respecto al que existe reserva de ley, al permitir al Notario imponer la alteración del negocio, sin que pueda ampararse en las previsiones del párrafo que le precede en cuanto invoca el art. 17.bis de la Ley del Notariado, pues, “al examinar la impugnación del referido art. 145 ya hemos señalado cuál es el alcance de dicho precepto legal —se refiere únicamente a la legalidad del procedimiento de otorgamiento— que no sirve de cobertura al precepto reglamentario ni por lo tanto a la interpretación que del mismo se refleja en el párrafo primero de este art. 147, lo que lleva a la anulación del párrafo segundo en cuanto se sujeta al referido control de legalidad y también el inciso ‘siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico’, por las mismas razones, en cuanto se condiciona la intervención de la póliza al resultado del juicio de legalidad sobre su contenido efectuado por el Notario que, por su amplia formulación, constituye una nueva función del Notario en materia de pólizas, y es una variante del control de legalidad del art. 145 ya criticado antes”

Asimismo, del art. 197.4 ter, relativo a las pólizas, se suprime la consideración de que el inciso “con mi intervención” implique el control de legalidad por el notario y, en cuanto a las actas, se anula del art. 198.1.1º la referencia “a los efectos de su control de legalidad” y el número 6º en la medida en que disponía que “en todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga refe-

rencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público”. Todo ello por cuanto vienen a amparar una denegación en razón del resultado de ese control de legalidad sustantiva, que no resulta admisible en los términos ya indicados.

Igualmente, anula el último párrafo del artículo 168, conforme al cual “cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al art. 145 de este Reglamento”. El TS insiste en que la supresión se justifica en las mismas razones expuestas al examinar el art. 145, “pues la propia redacción del precepto refiere la denegación de la intervención precisamente a lo dispuesto en dicho art. 145 y, con ello, al control de legalidad en los términos y con el alcance allí establecidos que ha considerado ilegales y determinantes de la nulidad que, en consecuencia, también ha de predicarse de este último párrafo del art. 168, que, contrariamente a lo que se sostiene en la contestación a la demanda, introduce esa modificación sustancial en la redacción del precepto, contenida en el último inciso, al establecer la denegación de la función notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable”.

3. FUNCIONES DEL NOTARIO Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

Las declaraciones contenidas en la STS de 20 de mayo de 2008 corroboran, a mi juicio, la opinión que he sostenido más arriba; esto es, que la valoración de la legalidad sustantiva del acto o negocio por el notario ha de relacionarse con su faceta no de funcionario público, sino de profesional del Derecho altamente cualificado; esto es, con la dimensión asesora que se atribuye a la función notarial, cuyo soporte legal, según se indicó, se encuentra básicamente en el art. 17 de la Ley del Notariado, redactado

por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y en el art. 17.bis 2 a) último inciso, según texto de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que alude expresamente a la adecuación del otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

En este contexto, en relación con el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, el deber de los notarios de velar por la regularidad formal o material de los actos o negocios jurídicos en que intervengan, incluyendo su opinión sobre el cumplimiento de los requisitos legales que les afecten alcanza a dos cuestiones. En primer término, si considera que el otorgamiento es ilegal, está en condiciones y, más aún, ostenta el deber de informar de ello a los otorgantes y de sugerir fórmulas alternativas, pero no de imponer la alteración del negocio, ni el cumplimiento de los requisitos legales que estime pertinentes, debiendo limitarse a intervenir el negocio con las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la ley o, como resulta del art. 194 del propio Reglamento, en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales. Ahora bien, en segundo lugar, si prescinde de las advertencias o reservas eso no supone presunción alguna de legalidad del acto o contrato. Implica simplemente un juicio personal que efectúa en su condición de profesional del derecho, no como funcionario público. Es un juicio formulado por un profesional altamente cualificado, es cierto, pero no goza de fe pública, ni de un valor particular y distinto al de cualquier otro profesional ya que, en este contexto, no es imparcial, sino que está particularmente interesado en defender su legalidad puesto que en ello está implicada su eventual responsabilidad civil, por no mencionar el régimen disciplinario al que está sujeto.

La fe pública, por otra parte, tampoco se extiende a la realidad o veracidad de las manifestaciones de los otorgantes, sino estrictamente, a que aquellas se realizaron en la forma incorporada al documento. Adicionalmente, la presunción de veracidad que se atribuye a las mismas, que se asienta en el juicio no-

tarial, únicamente afecta a las partes y a sus causahabientes, no a terceros, que es el contexto que ha de ser valorado por el registrador, por lo que no puede obligarle. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias en el juicio notarial, sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y, como tal, ha de valorarse por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o calificación a los efectos oportunos.

A efectos del registro, se desvanece, por ello, la presunción de veracidad y, en cuanto, a la de legalidad o validez del acto o contrato documentado, inexistente en los términos indicados el presupuesto que la justificaría, es prudente sostener que también se extingue cuando la Ley no sienta presunción alguna de esta índole. El juicio positivo que formula el notario sobre la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales de validez y eficacia del negocio al intervenir el instrumento que le documenta, en tanto proveniente de un profesional del Derecho especialmente cualificado, puede generar a lo sumo una apariencia de legalidad asimilable a una verdad interina sobre la validez, que, por eso mismo, admite un juicio contrario por quien está habilitado legalmente para formularlo en las condiciones que permita la legislación aplicable al caso.

En el marco del proceso, esas condiciones se inscriben, normalmente, en el contexto de las normas que regulan la carga y valoración de la prueba, a las que hay que remitir, por tanto, el tratamiento de los juicios u opiniones que la legislación notarial obliga a emitir al notario.

En el contexto de lo que se ha venido denominando seguridad preventiva, en especial en relación con el alcance de la calificación registral, el Registrador no está sujeto a aquellas normas, sino a los arts. 18 LH y 98 RH; así como a los preceptos concordantes del Ccom y RRM. Conforme a ello, los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y

la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Limitado su examen a esos extremos, lo que resulte de las escrituras públicas y del historial registral vigente, el Registrador goza, pues, de plenos poderes, a efectos de la inscripción, para formular su juicio en torno a la concurrencia de los requisitos formales y materiales de validez del título y consecuentemente, para aceptar o denegar la inscripción, sin invadir la competencia de los tribunales, cuestión a la que, sin embargo, no voy a referirme aquí.

Hay que insistir que estas consideraciones se aplican a todas aquellas manifestaciones que la legislación notarial obliga a efectuar al Notario cuando les atribuya la condición de “juicios” u “opiniones” o de “presunciones impropias” y no lo dación de fe. Lo que incluye, en los términos del art. 17 bis 2 a) LN y 145 RN, “la capacidad y legitimación de los otorgantes, que el consentimiento ha sido libremente prestado y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes” y, según el apartado b) del mismo precepto, la presunción de que su contenido es veraz e íntegro, “de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”, a los que el precepto atribuye expresamente la consideración de “juicios” o “presunciones”, separándolos netamente de su obligación de dar fe.

Tratándose de una regla general, hay que estimar que resulta de aplicación en todo caso salvo que exista una disposición legal expresa en contra. Esto es lo que sucede, a mi juicio, con las previsiones formuladas en el art. 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, máxime tras la redacción dada por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de reforma para el impulso a la productividad. Conforme a él, el registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ASENCIO MELLADO, "La prueba", en *Proceso Civil Práctico IV*, Madrid, 2001.
- BOLÁS ALFONSO (dir), *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madrid, 1993.
- BOLÁS ALFONSO, "La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil", en *La seguridad y el tráfico mercantil*, Madrid, 1993, págs. 44 a 47.
- BLANQUER UBEROS y otros, *Seminario sobre seguridad jurídica*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madrid, 1990.
- CARRASCO PERERA, "El título notarial se presume válido ¿tiene esta afirmación algún...?", *Aranzadi Civil* 3(2007), BIB 2007/381.
- GALLEGO SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ, "Fundamentos de Derecho Mercantil I. Introducción y Empresa. Derecho de Sociedades (parte general). Sociedades de personas", Valencia, 2000.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, "La profesión notarial en la Comunidad Europea", *Diario La Ley*, 1991, pág. 923, tomo 1, *La Ley Digital* 15886/2001.
- Idem*. "El notario y su función en el momento actual, especialmente en los países pertenecientes a la Comunidad Europea", *Diario La Ley*, 1988, pág. 905, tomo 3, *La Ley Digital* 15883/2001.
- GUZMÁN FLUJA, "Fuerza probatoria de los documentos públicos", en *El proceso Civil III*, Valencia, 2001, págs. 2366 y ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, "La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho" en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)* Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 31 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, "La función notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada", en MEZQUITA DEL CACHO/ LÓPEZ MEDEL, *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 53 a 144.
- MONTERO AROCA, "La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso", *Diario La Ley*, nº 5748, Sección Doctrina, 27 Mar. 2003, Año XXIV, Ref. D-72, *La Ley Digital* 403/2003.
- PAZ ARES, "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176 (1985), págs. 8 y ss.
- PRATS ALBENTOSA, "La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del art. 98 de la Ley 24/2001", *Diario La Ley*, Nº 5827, Sección Doctrina, 18 Jul. 2003, Ref. D-171, *La Ley Digital* 1388/2003.
- POVEDA DÍAZ, "El Registro de la Propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-57, tomo 1, *La Ley Digital* 21811/2001.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, "El asesoramiento notarial y la información en los contratos", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-38, tomo 1, *La Ley Digital* 21810/2001.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, "La fe pública como valor constitucional", en *La fe pública*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior del Notariado, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, "La fe pública y la Unión Europea", *Diario La Ley*, 1995, pág. 1093, tomo 1, *La Ley Digital*, 12350/2001.
- VALLET DE GOYTISOLO, "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes", *Revista de Derecho Notarial* 108 (1980), págs. 223 y ss.
- VIDAL FRANCÉS, "La problemática actual de la calificación registral", en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)* Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. en págs. 326 y ss., 329.