



LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL (DOCTRINA CLÁSICA)

José Castán Tobeñas
Juan Vallet de Goytisolo
Antonio Rodríguez Adrados
Juan Francisco Delgado De Miguel
Rafael Núñez Lagos

JIMMY PISFIL CHAFLOQUE
COMPILADOR



1° edición: Lima, junio de 2017

tiraje: 1000 ejemplares

© Jimmy Pisfil Chafloque

© De esta edición: La Fe Pública Editores E.I.R.L.

Para su sello editorial ***Gaceta Notarial***.

Av. Brígida Silva de Ochoa N° 181, Pando - San Miguel, Teléfono: 01 6278996

E-mail: gacetanotarial2012@hotmail.com

Diagramación de cubierta e interiores: Carlos Arturo Porles.

Diseño de la Colección: Maac

Detalle de la Carátula: *El Palacio de Versailles en construcción, en tiempos de la muerte de Luis XIV. 1722.* Pierre-Denis Martin. Museo de Versailles.

Cuidado de la edición: Miguel Ángel Arévalo

Impresión: Gráfica Kapüüt S. A. C. Cal. Las Begonias Mza. 39 Lote. 19 Urb. Ciudad Satélite, Ventanilla, Callao. Celular: 989889657

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2017-05670

ISBN: 978-612-47247-4-9

La ciencia del Derecho Notarial

Introducción

Jimmy Pisfil Chafloque

Sin duda, una de las mayores instituciones profesionales es la del notariado. Su actuación a través del tiempo ha sido fundamental para construir las bases de la seguridad jurídica en las actuales sociedades, pues su credibilidad y capacidad de asesoramiento le da en el mundo contemporáneo una sólida imagen.

Dice el maestro Neri que en los albores de la humanidad no había organización estatal que rigiese la defensa de los intereses individuales a la vez que colectivos -y por tanto- no existía la función fedataria: el Derecho era una fantasía. Había una latente incertidumbre jurídica. Mas tal estado de cosas, como es lógico, no podía subsistir. El conglomerado humano -y con él la sensatez de las gentes que lo formaban, alentaba una civilización, preconizaba un ordenamiento más justo. Luego, apremiadas por la necesidad de fijar un imperativo social que preestableciese un justo equilibrio -garantizador de los intereses individuales y colectivos derivados de las relaciones sociales- esas gentes columbraron la necesidad de la ordenación jurídica. Y como recurso científico salieron de su estado natural y sentaron las bases del contrato social cuyo objetivo no era otro que el de reducir el pueblo a un estado civil regido por un imperativo común: la ley. Fue de esa manera como nacieron las instituciones. Con ellas se corporificó el Derecho, se arraigó la fe, se afianzó el progreso y se amplió la civilización. Y con la fuerza del Derecho se vigorizó

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

la notaría. Y con ella surgieron los elementos que habrían de dar gobierno y disciplina al notariado, primero, alma y vida al Derecho notarial después. O para decirlo de otro modo: se procrearon los fundamentos y principios que determinarían la existencia de un haz jurídico, orgánico y disciplinado, capaz de elevar al notariado a un plano de consideración científica. Sentencia Neri que, luego, no hay ninguna razón valedera para renegar de la existencia del Derecho notarial. Éste existe y su reconocimiento es ya proverbial. Por ende, resulta muy atinado, agrega, que los estudiosos del Derecho ponderen toda la energía jurídica que trasunta la función fedataria, y declaren *urbi et orbi* que el Derecho notarial es ya una organización disciplinada y singularmente autónoma. ¹ Y es que la idea del Derecho notarial no es reciente, data desde hace varias centurias. La idea madre de su existir la dio Rolandino en el siglo XIII: tomando como cepa a la función notarial señaló que la notaría es ciencia y arte, y que su plano de sustentación estaba en el notariado. En verdad, este aserto fue un acierto. Amén de constituir un alzamiento contra la indiferencia de los juristas de la época, que no intuyeron el carácter científico de la notaría, Rolandino sacó al notariado del estado de opacidad en que se hallaba para convertirlo -virtualmente- en el ente legal que habría de organizar y disciplinar la ciencia y el arte de la notaría, además de definir y jerarquizar a su órgano funcional, el notario, y a su producción específica, el instrumento público. Señala Neri que por algo Rolandino fue un genio esclarecido: su fina coherencia de ideas, su espíritu selectivamente notarial, lo llevó a exaltar su profesión, haciendo del notariado una ciencia y de la notaría un arte. Ciencia, de probada revisión, por su atrevida postura. Y arte, de reconocida sensibilidad, por ser la instrumentación pública no sólo cuestión de mecánica notarial sino también asunto de creación intelectual. ²

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer

¹ NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*. Vol. I Parte General. 3ra ed. Depalma. Buenos Aires, 2000, pp. 313-4.

² *Ibidem*, pp 315-6.

INTRODUCCIÓN

y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.³

Dice el profesor Allende que el notariado debe evolucionar hacia la especialización. Añade: "...nos declaramos partidarios de un 'aggiornamento notarial', adecuando la institución al imperativo de la misión social que la época le impone."⁴

Igual que la figura del Estado, el Derecho Notarial ha evolucionado. Hoy, sus principios, originados en el Derecho Público, han alcanzado jerarquía constitucional. No necesariamente por su inclusión en el texto constitucional sino, más bien, por su reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el caso peruano, la corte constitucional ha declarado, a través de reiteradas sentencias, la importancia de la función notarial como factor de seguridad jurídica. No solo eso. Se reconoce la función que desarrolla el notario como valiosa y necesaria en el propósito de otorgar legalidad y certeza a los actos en los que él interviene.

Ya se ha señalado que la certeza de los hechos jurídicamente relevantes de la vida de los individuos estaba dada por la intervención del oficial público que actuaba en nombre del rey. La participación de este funcionario imprimía visos de legalidad a los actos que él refrendaba. Hoy, igual que ayer, el notario otorga legalidad a los actos jurídicos que ante él se celebran. Sería inimaginable un mundo sin la actuación de este profesional del Derecho.

El Derecho no es estático: las normas se adecúan al cambio continuo de los hechos. Así, el notario enfrenta hoy el desafío de avenirse a los nuevos tiempos que han reemplazado el formato papel por el del parte notarial electrónico. Lo que da lugar a la novísima figura de la 'fe pública informática', que en esencia no es otra cosa que la misma

³ ARRACHE MURGUÍA, José. *El notario público función y desarrollo histórico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Porrúa. 13ª. ed. México, 1999, p. 514 y ss.

⁴ ALLENDE, Ignacio M. *La institución notarial y el Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, p. 43

fe del *scribae* o del *tabulari*.

Por lo tanto, la función fedataria del notario debe responder al mundo cambiante de hoy. Piénsese tan solo en las nuevas formas delictivas que el Estado debe combatir. Por ejemplo, los cometidos en la red, los delitos informáticos. Aquello exige, de parte de la administración, nuevas formas de colaboración del notario con el Estado.

No resulta exagerado afirmar, entonces, que la actividad notarial se constituye en baluarte del ordenamiento jurídico. Veamos, sino, cómo podrían devenir en ineficaces los documentos privados que carecen de la certificación notarial. O en los actos públicos que el notario presencia, éstos podrían ser objeto de tacha o cuestionamiento.

La ampliación de la competencia del notario en materia de asuntos no contenciosos revela cómo se ha comprendido el rol de la actividad notarial desde el poder público. Es decir, el legislador es consciente que la administración de justicia no se da abasto por sí sola para resolver los asuntos que tiene a su cargo. Se hacía imperativo descongestionar esa carga. El divorcio en sede notarial es muestra de ello.

Todo lo expuesto hasta aquí nos lleva a una conclusión: la función notarial debe estar presente en todas y cada una de las actividades del Estado.

Si no existiera la institución del notariado, los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio porque es a través de ella que se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario. El notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, que como vimos anteriormente tendrán que solicitar la actuación del notario para que pueda actuar conforme a la

INTRODUCCIÓN

ley. El maestro Luis Carral y de Teresa expone la siguiente idea para dejar en claro la necesidad de la intervención de los notarios en una sociedad: “La labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño”.⁵

El notariado latino en la actualidad ha crecido vertiginosamente, tanto en su desarrollo profesional como en el número de países que lo integran, en la actualidad son 87 las naciones que conforman la Unión Internacional del Notariado (UINL), que desde su creación ha resaltado la valía de la función notarial en el mundo contemporáneo. El reconocido notario mexicano, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, dice que a pesar de las características que unen e identifican al notariado de tipo latino son varias, cada nación conserva su autonomía y peculiaridades de acuerdo con las circunstancias e idiosincrasia propias. Así por ejemplo, en cierto lugares la forma de acceso al notariado es por medio de examen de oposición, pero en otros no es requisito indispensable, basta el título profesional de abogado o realizar algún posgrado, sea doctorado o especialización; en otros más, la autoridad es quien graciosamente nombra a los notarios. Igualmente en algunos países la actividad notarial es incompatible con la de litigante y en otros no, así como también el cargo de fedatario puede ser temporal o vitalicio, pero en otros se restringe cuando éste cumple 65 o 70 años de edad. Lo anterior no significa que bajo los principios que norman la Unión Internacional del Notariado, los cuales han quedado plasmado en las resoluciones de los congresos, se concluya o determine que el acceso a esta importante disciplina jurídica sea mediante un examen de oposición, que los notarios no sean litigantes o que el cargo resulte vitalicio; no obstante, es obvio que tales criterios son ideales para el eficaz funcionamiento de esta actividad de tan valiosa trascendencia social.⁶

⁵ CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho Notarial y Derecho Registral*. Porrúa, primera edición. México 1965.

⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Doctrina Notarial Internacional*. Editorial Porrúa. México, 2013.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Cada institución jurídica tiene su respectiva esencia y sus finalidades específicas. Así, el Estado, como ente soberano, jerárquicamente superior a cualquier otro sujeto de Derecho tiene a su cargo garantizar la convivencia armónica de su población, pues ésta es la razón de su existencia; el matrimonio por su parte, tiene también reconocidas sus pretensiones asociativas en la pareja integrada por individuos del sexo opuesto, que unen todos o casi todos los aspectos de su individualidad para realizarse integralmente. Y en el mismo orden de ideas, el notariado tiene su función en el complejo jurídico. Le corresponde velar por los actos jurídicos de los particulares, a fin de que se realicen en observancia de todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la ley para ello, y así, de esa realización se obtengan realmente los efectos pretendidos por quienes intervinieron como interesados en la misma y vean regladas sus conductas por los efectos de dichos actos, porque éstos satisficieron en realidad todas esas exigencias de celebración y están vigorosamente estructurados, lo que les permite salir airosos de los ataques de quienes después de otorgarlos o de celebrarlos, se arrepientan de haberlo hecho y quieran desconocerlos.⁷

Finalmente quiero comentar que los textos aquí compilados, han sido recogidos de diversas publicaciones especializadas, que son muy difíciles de adquirir, y se han convertido en unas verdaderas joyas de la doctrina notarial contemporánea. Compilar a un jurista de la talla del maestro Castán Tobeñas, o maestros del derecho notarial, como Rafael Núñez Lagos, Juan Vallet de Goytisolo, ex presidentes de la Unión Internacional del Notariado, es un verdadero honor. Además sin dejar de mencionar a Juan Delgado de Miguel, honorable y reputado notario español, que trabajará duramente en darle un marco teórico a los principios éticos y deontológicos en el notariado. Y finalmente al reconocido notario español, todavía presente entre nosotros, Antonio Rodríguez Adrados, un referente actual de la doctrina notarial de nuestros días. Este libro no es solo una compilación de lo mejor de la doctrina notarial española, sino un homenaje a estos insignes maestros.

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A. *El notario, asesor jurídico calificado e imparcial, redactor y dador de fe*. Editorial Porrúa. México, 2007.

Hacia la constitución científica del Derecho Notarial (Notas para un esquema doctrinal)

José Castán Tobeñas

Sumario: I. La labor del último decenio. II. Principales direcciones que se han seguido entorno a la conceptualización del derecho notarial. III. Conclusiones.

I. La labor del último decenio

Augurábamos no hace muchos años, en presencia de los meritorios esfuerzos que se estaban haciendo en “nuestra patria para construir de un modo sistemático el Derecho notarial, que en un porvenir no lejano podría brillar con luz propia el concepto científico de esta nueva rama del Derecho. «Si bien es verdad -decíamos- que incluso doctos escritores que se ocupan de temas notariales no suelen creer en la autonomía de aquel supuesto Derecho, hay que reconocer, sin embargo, que, consciente o inconscientemente, están todos aportando preciosos materiales para su elaboración. Los trabajos muy recientes de NÚÑEZ LAGOS sobre el Instrumento público, al lado de otros, no cabe duda que están preparando un futuro y quizá no lejano alumbramiento científico del Derecho notarial». ¹

¹ *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid. Instituto Editorial Reus, 1946, pág. 173.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Los primeros atisbos de construcción sistemática del Derecho notarial han coincidido con los albores de nuestro siglo. Es de notar que, en las postrimerías del anterior, FERNÁNDEZ CASADO parecía ya presagiar que una nueva ciencia notarial se estaba fraguando. «Hoy -apuntaba- la Notaría es una ciencia de aplicación, que ha llegado a la mayor edad y necesita emanciparse del Derecho civil, por tener condiciones de vida propia -e independiente». ² No acertó, sin embargo, este ilustre escritor a descubrir el verdadero carácter que había de tener la nueva disciplina.

Pocos años después, en el 1901, el notario de Tortosa ANTONIO MONASTERIO GALÍ, en un originalísimo trabajo titulado «Biología de los derechos en la normalidad y de su representación», ³ tuvo el acierto de enfocar el contenido de la función notarial, ligándola a la necesidad que el Estado tiene de disponer de una función especial y de un órgano para atender al aseguramiento y garantía del Derecho en su estado de normalidad.

Seguidamente, los trabajos de LAVANDERA sobre el acto público ⁴ vienen a señalar nuevos rumbos a los estudios notariales y sientan ya algunas bases, más o menos certeras, para una constitución científica del Derecho notarial. En ellos se discriminan y analizan los elementos del acto notarial, distinguiendo netamente los elementos sustanciales (relación jurídica, esencia del acto) que suministra el Derecho civil, y los elementos de tutela jurídica (jurisdicción, órgano y procedimiento) -que corresponden al Derecho público.

Pero ha sido en los dos últimos lustros cuando el Notariado español ha realizado los más vivos esfuerzos para levantar la gran obra de arquitectura jurídica que ha tomado a su cargo, dando con ello

² *Tratado de notaria*, Madrid, 1895, t. 1, pág. 6.

³ Tortosa, 1901. El trabajo de Monasterio se publicó también, con el título “Biología de los derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de actos de la vida civil», en la *Revista Jurídica*, iniciándose su inserción el tomo VIII, año 1910, págs. 605 y sigs.

⁴ Recuérdense, entre otros, sus artículos “Acto público”, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1915, pág. 228 y sigs. y “Proceso notarial», en la misma *Revista* 1917, págs. 1 y sigs.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

nuevas y cada vez más patentes pruebas de su vitalidad y capacidad científica creadora.

Han sido en este período muy sobresalientes los volúmenes de la revista *La Notaría*, de Barcelona, y los de *Cursos y Conferencias de los Colegios de Barcelona y Valencia* y, sobre todo, de la *Academia Matritense del Notariado*, de Madrid,⁵ que contienen tantas y tan valiosas aportaciones para el Derecho privado y para la Ciencia notarial.

A estos años corresponden también los diversos estudios del agudo jurista, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS sobre el Instrumento público,⁶ tema central del Derecho notarial, con los que ha quedado arrinconado para siempre el viejo punto de vista que ligaba exclusivamente el instrumento público a la teoría de la prueba. A NÚÑEZ LAGOS debemos el toque de atención sobre el problema de la relación entre el instrumento público y el negocio jurídico que le precedió o que se encuentra subyacente en aquél. Con razón se ha dicho, aludiendo al trabajo de NÚÑEZ LAGOS que abrió la serie de sus investigaciones sobre el valor del instrumento público, que “no hay ninguna otra obra que la supere, ni siquiera que se le asemeje en valor sistemático, técnico y lógico, ni por la riqueza de materiales que contiene. Su importancia no se concreta a la que su título expresa, sino que se extiende a todo el Derecho notarial. Es un libro que tanto vale por lo que enseña como lo que sugiere, provocando reacciones favorables o discrepantes. Varias de sus conclusiones han sido recibidas inmediatamente por el Tribunal Supremo de Justicia”.⁷

⁵ El tomo I de los magníficos *Anales de la Academia Matritense del Notariado* apareció en 1943, El tomo VII, último de los publicados, es del año 1953.

⁶ Véanse: «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial (Notas de Historia y exégesis)», en el t. I de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, y en ed. separada, Alcalá de Henares, 1945; «Documento público y autenticidad de fondo», sep. de la *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 1947; «Hechos y derechos en el documento público», Madrid Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1950; «El documento medieval y Rolandino (Notas de historia)», Madrid, 1951; “Los esquemas conceptuales del instrumento público», en la presente Revista.

⁷ GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, t. 1, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, pág. 18.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Han aparecido, en este decenio, varias obras valiosas y de nuevo cuño, a saber: la *Introducción al Derecho notarial*, de GIMÉNEZ ARNAU,⁸ el *Tratado de Derecho notarial*, de SANAHUJA y SOLER,⁹ y el tomo I de las *Instituciones de Derecho notarial*, de GONZÁLEZ PALOMINO, redactadas para la contestación al Programa de Notarías, pero con vuelos científicos muy apreciables.

Se ha dado carta de naturaleza al Derecho notarial como disciplina de rasgos propios en la Nueva Enciclopedia Jurídica, a través de un interesante artículo de RIERA AISA.¹⁰

Se ha organizado el segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, que se celebró brillantemente en Madrid, en octubre de 1950, y que ha dado ya sazonados frutos.

Y para broche de tan brillante y copiosa labor, acaba de fundarse esta **Revista de Derecho Notarial**, que ha de servir maravillosamente de acicate y vehículo a la producción científica.

Vea el lector en las páginas que siguen, de mera y muy breve exposición de doctrinas, una mera expresión del cariño que profesamos al Notariado español y a la oportunísima publicación con que enriquece ahora el acervo de nuestra cultura jurídica.

II. Principales direcciones que se han seguido entorno a la conceptualización del derecho notarial

No es tarea fácil señalar y agrupar las orientaciones existentes a propósito de la formulación del concepto de esta incipiente rama de la ciencia jurídica. Todavía no se han formado observa RIERA AISA-verdaderas escuelas notariales, y de lo más que puede hablarse es

⁸ Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. Del mismo año es el artículo sobre “El instrumento público; concepto y fines», que publicó el propio autor en la *Revista de Derecho Privado*, t. XXVIII, páginas 518 y sigs.

⁹ Dos vols. Barcelona. Bosch, 1945.

¹⁰ «Derecho notarial», en el t. I de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1950, págs. 809 a 831.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

de «posiciones doctrinales, sin carácter excluyente y perfectamente acomodables, las más de las veces, las unas en las otras». ¹¹

No obstante, perécenos, con las reservas que son obligadas en esta delicada materia, que hay algunos puntos de vista, un tanto definidos, que pueden servir de criterios para una primera diferenciación de doctrinas. Separaremos así una concepción de tipo legalista enciclopédico, una concepción administrativista, una concepción de base u orientación procesal (que tiene, a su vez, dos variedades, según se apoye en la noción de jurisdicción o en la de relación notarial) y una concepción funcionalista o instrumental que aspira a caracterizar con elementos propios no tomados de otras disciplinas la función notarial.

Y señalaremos después, apropósito de esta última orientación, determina “dos matices que parecen marcar otras tantas variantes, no siempre, empero, de fácil deslinde.

A. La concepción legalista o enciclopédica.

La generalidad de las obras sobre el Notariado, anteriores a nuestro siglo, no reflejan ni vislumbran siquiera una concepción del Derecho notarial, como no sea la de tipo meramente legalista y rituario. Se trata de guías o recopilaciones, más o menos extensas, para el ejercicio profesional, que sólo recogen preceptos legislativos, principalmente de Derecho privado, y fórmulas o modelos para la aplicación de los mismos.

La disciplina notarial (a la que se daba, a veces, el nombre de Notaría) era una ciencia de aplicación, FERNÁNDEZ CASADO, en su famosa obra, excelente y progresiva en muchos aspectos, entendía por Notaría “el arte que enseña a redactar, con precisión y claridad, y con arreglo a las leyes, los actos y contratos de los particulares”. ¹² Y el profesor TORRES AGUILAR, en el año 1915, todavía afirmaba que el Derecho o Ciencia notarial comprende “los preceptos del Derecho civil, del mercantil, del administrativo, del internacional y del canónico, las costumbres y prácticas jurídicas, y el conocimiento

¹¹ Loc. cit., pág. 811.

¹² Op. cit., t. I, pág. 24.

de la voluntad de los que celebran actos o contratos; y consta como rama de la, ciencia general de principios y reglas propias para aplicar el Derecho a los hechos y para determinar la forma y los efectos de la autorización de los instrumentos públicos".¹³

Fue un notario muy estudioso, José M. MENGUAL y MENGUAL, quien realizó, quizá por primera vez, un esfuerzo serio para convertir la antigua Legislación notarial y la correlativa enseñanza de tipo ritarario que figuraba en el plan de estudios de la Facultad de Derecho con el nombre empírico de Redacción de instrumentos públicos, en la disciplina jurídica, estructurada científicamente, que recibió el nombre de Derecho notarial.¹⁴

Pero MENGUAL y, en general, los escritores de su época no acertaron todavía a captar bien el contenido específico del Derecho notarial. Conceptuaba MENGUAL a este Derecho como una disciplina integrada por dos grandes y distintas figuras jurídicas: el Derecho notarial formal y el Derecho notarial contractual (o negocial, como quizá debía haberle llamado, en atención a que no sólo hace referencia a los contratos, sino, en general, a los distintos negocios jurídicos que son objeto de intervención notarial). El primero se subdivide en Derecho notarial formal subjetivo, que estudia la organización y régimen del Notariado, y Derecho notarial formal objetivo, que comprende la teoría del documento notarial. El segundo se diversifica, a su vez, en dos categorías: Derecho notarial contractual subjetivo, que estudia la persona física o jurídica (capacidad; incapacidades, representaciones), y Derecho notarial contractual objetivo, que se ocupa de los actos y contratos que son materia de autorización notarial

¹³ *Guía para el estudio de las lecciones de Práctica forense y Redacción de instrumentos públicos*, Madrid, 1915, "Introducción", pág. 5.

¹⁴ Con anterioridad habían utilizado esta denominación, entre otros escritores: MARIANO CASTAÑO, en su *Manual de Derecho notarial español* (Madrid, Editorial Reus, 1918), que responde a una mera orientación legislativa; RAFAEL AZPITARTE, en sus *Estudios de Derecho notarial* (Contestaciones a los programas de oposiciones a Registros, Madrid, Instituto Reus, 1926, y a *Notarías*, Madrid, s. f.), que procuran ya aunar legislación y ciencia; VICENTE SANCHO TELLO, *Derecho notarial de España*, 2º ed., Valencia, 1900, y MATEO AZPEITIA, *Derecho notarial extranjero*, «Italia y Portugal» (Madrid, Editorial Reus, 1929).

en las varias ramas del Derecho.¹⁵

En el Prólogo al libro de que se trata, decíamos nosotros: «En el campo del Derecho, como en el de todas las ciencias; es ley biológica la división del trabajo, con sus secuelas de especialización y formación de nuevas disciplinas. Pero quizá el señor Mengual va demasiado lejos en la determinación del ámbito que corresponde al Derecho notarial, como disciplina propia e independiente. Nosotros limitaríamos la sustantividad y la autonomía del Derecho notarial al que nuestro autor llama Derecho notarial formal. No negamos que sea conveniente, para fines didácticos y profesionales, agrupar, como lo hace él, las normas de ese Derecho notarial formal con las del Derecho notarial material o contractual. Mas esto no autoriza, a nuestro juicio, para reconocer a favor de estas últimas una rigurosa autonomía científica. ¿Cómo atribuir a los preceptos que rigen la capacidad y la validez intrínseca de los distintos actos notariales, principios propios, diversos de los principios del Derecho civil, el mercantil o el administrativo que sean aplicables a cada uno de dicho actos, según su naturaleza?». ¹⁶

En la actualidad, la dirección que podemos llamar totalitaria o enciclopédica del Derecho notarial está ya abandonada en el plano teórico. Es hoy opinión general que el Derecho notarial no puede ser una amalgama o colección de las más diversas disposiciones o instituciones de Derecho público y privado, unidas por la circunstancia común de su posible aplicación por los Notarios. Basta para que nos convenzamos de ello, como escribe RIERA, «la simple consideración de que el Derecho positivo civil, mercantil o de cualquier otra clase no pierde su naturaleza ni sus caracteres por el hecho de ser aplicado por el Notario». ¹⁷

B) *La concepción administrativista*. Apenas ha tenido partidarios en España esta dirección. Asusta a nuestros fedantes el peligro de que

¹⁵ *Elementos de Derecho notarial*, t. 1, «Preliminares», Barcelona, Librería Bosch, 1931, págs. 19 a 21.

¹⁶ Op. cit., t. 1, pág. XI.

¹⁷ *Derecho notarial*, loc. cit., pág. 812.

el Notariado se convirtiera, merced a la acentuación del carácter administrativo de su función, en una rueda más de la máquina burocrática.¹⁸

Sólo cuando se plantea el problema del encuadramiento de la función notarial dentro de la esfera de los Poderes del Estado y se considera la imposibilidad de reconocer a dicha función carácter jurisdiccional, se acepta, irremediablemente, la significación administrativa de la misma.¹⁹

Lo cierto es que el Notariado tiene una configuración muy especial. Es patente, decíamos nosotros, «que la función notarial reviste características especiales y que la organización del Notariado funciona con una independencia muy destacada. En uno y otro aspecto-el funcional y el orgánico-, el Notariado, sea cualquiera la posición que se adopte ante el problema de Ciencia política, y que aquí nos interesa poco, de la división de los Poderes, tiene un relieve propio que le hace inconfundible y le separa, muy visiblemente, de la función y de la organización netamente administrativa».²⁰

«La institución notarial -escribe SANAHUJA- es una realidad creada por la tradición con unas características que no permiten

¹⁸ A este temor responden las concepciones del Notariado que han tenido tanto arraigo entre los escritores patrios -por ejemplo, FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, cit., y NÚÑEZ MORENO, «La función notarial», en la *Revista de Derecho privado*, 1928, pág. 339- y que acentúan en la función notarial el aspecto social, técnico y profesional sobre el rígido administrativo.

¹⁹ El profesor Montejo veía en la actividad notarial «uno de los servicios públicos que el Poder administrativo está llamado a realizar, (Prólogo a la obra de SANCHO-TELLO, *Redacción de Instrumentos Públicos*, 3ª edición, Valencia, 1943, t. 1, págs. 8 y sig.).

GONZÁLEZ PALOMINO, al hablar de la llamada jurisdicción voluntaria y después de estudiar ampliamente su concepto, dice así: «El concepto de jurisdicción voluntaria, inútil en el Derecho procesal civil, no se muestra de mayor eficiencia para el Derecho notarial. La única consecuencia útil que sacamos del precedente repaso, es una que indigna mucho a los escritores de Derecho notarial. A saber: *que la función notarial es de carácter administrativo*. Exactamente como lo es la función no jurisdiccional de los Jueces.» (*Instituciones de Derecho notarial*, cit., t. 1, pág. 82). En la pág. 119, al definir la función notarial, dice que es ésta «una función pública de carácter administrativo... »

²⁰ *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, cit. pág. 38.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

incluirla dentro de las concepciones corrientes elaboradas por la Ciencia jurídica, como no sea desfigurándola o transformándola profundamente. El empeño de darle asiento dentro de los principios del Derecho judicial o del administrativo engendró aquella idea equívoca del cargo de Notario como un auxiliar de la Administración de justicia o aquella "otra que lo considera como un empleado de la Administración pública, sujeto a todas las medidas y restricciones inherentes a una organización burocrática. Y si la primera ha sido ya abandonada, la segunda continúa lubricando con dificultad las ruedas del sistema».²¹

C) *Las concepciones de base u orientación procesalista.*

a) La idea de jurisdicción.- La concepción jurisdiccional de la función del Notariado ha tenido gran arraigo entre los escritores patrios. LAVANDERA ha defendido con gran insistencia, que la actuación notarial es función de justicia o función jurisdiccional, pues lleva consigo la facultad de aplicar las leyes y administrar justicia en los negocios civiles, con una especie de jurisdicción prorrogada, por conformidad de las partes, para la declaración del Derecho verdadero y justo.²² Y BELLVER CANO sostiene igualmente que la función notarial es jurisdiccional, porque va encaminada a declarar el Derecho. Constituye una de las tres clásicas jurisdicciones que ejerce el Estado: la penal, la litigiosa y la voluntaria. Es la propia jurisdicción voluntaria, cuyas finalidades especiales, al declarar la regla, son: a) hacerla aplicable al acto jurídico propuesto; b) recogiendo la voluntad de los sujetos; c) por sí y erga omnes; y d) fijando las consecuencias y derivaciones del mismo.²³

Ha contribuido no poco a la aceptación que ha llegado a tener,

²¹ *Tratado de Derecho notarial*, cit., t. 1, pág. 2.

²² "Acto público: Ministerio notarial", en la *Revista de Derecho privado*, 1915, págs. 228 y sigs., especialmente 232 y 233. Recogen también el mismo concepto de ser el Notario un funcionario que ejerce funciones jurisdiccionales los artículos del propio LAVANDERA, "Instrumento público», en la citada Revista, 1913-14, pág. 433; Rito notarial, 1916, pág. 200; *Magistratura notarial*, 1917, pág. 205, Y Proceso notarial, 1919, pág. 1.

²³ *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, Suárez, s. a., págs. 16 y sigs.

incluso entre escritores muy actuales, la concepción procesalista del Derecho notarial, el deseo de buscar contacto -entre la actividad notarial y el proceso, como vía adecuada para que se llegue a reconocer al Derecho notarial la independencia misma que ha conquistado en los últimos tiempos la Ciencia procesal. Pero, en definitiva, el camino que se seguía -era de resultados contrarios, pues podía conducir lógicamente a la absorción del Derecho notarial por el procesal. Lo cierto es que la tesis jurisdiccional ha tenido numerosos contradictores y, en la actualidad, está casi del todo abandonada.

VÁZQUEZ CAMPO, ya hace algunos años, señaló las grandes diferencias que existen entre la función del Juez y la del Notario.²⁴

GIMÉNEZ-ARNAU, más recientemente, sostiene que la actuación del Notario no puede ser asimilada a la judicial porque tiene una finalidad distinta (preventiva de toda contienda judicial) y porque carece del *imperium*, que es característico de la intervención judicial.²⁵

SANAHUJA, que da muestras casi siempre de una posición muy compleja, admite, en principio, que la función notarial, en cuanto función de legalización o legitimación, es función jurisdiccional: mediante ella se declara, por modo oficial y público, la validez del negocio, quedando subsumido el hecho dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica.²⁶ Pero no deja de advertir que ese proceso de subsunción o legalización realizado ante el Notario «queda en varios aspectos jurídicamente abierto, de suerte que en cualquier momento puede someterse al conocimiento del juez, y es éste únicamente quien puede dar a su conclusión, por voluntad del Estado, la fuerza de cosa juzgada». ²⁷ En conclusión, estima que «la función notarial es autónoma -tiene sus formas y efectos peculiares- y no cabe incluirla dentro de la jurisdiccional. Si algunos actos de jurisdicción voluntaria caen dentro de la competencia notarial, no es

²⁴ *Ideario notarial* (Naturaleza y desenvolvimiento del Poder legitimador del Estado), Burgos, 1928, pág. 101 y sigs.

²⁵ *Introducción al Derecho notarial*, cit., págs. 186 y sigs.

²⁶ *Tratado de Derecho notarial*, cit., t. I, pág. 20 y sigs.

²⁷ *Idem*, íd., pág. 22.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

porque el Notario deba ejercer tal jurisdicción, sino porque se trata, en rigor, de actos de legalización». ²⁸

Y GONZÁLEZ PALOMINO afirma rotundamente que «el concepto de jurisdicción no tiene sentido en Derecho notarial». ²⁹

El problema de la naturaleza jurisdiccional de la función notarial ha sido dificultado, sobre todo, por las grandes dudas que ofrece la caracterización de la llamada jurisdicción voluntaria. Mas no hemos de repetir aquí lo que tenemos dicho en otro lugar acerca de esta doble cuestión: la de si la función notarial; indudablemente separada de la jurisdicción contenciosa, encaja, cuando menos, en el cuadro de la llamada, jurisdicción voluntaria, y la de si esta última es verdadera y propia jurisdicción. ³⁰

b) *La idea de relación jurídica notarial.*- La importancia: que el concepto de la relación jurídica ha tenido en la moderna sistemática del Derecho privado y la que la idea de relación jurídica procesal ha logrado alcanzar en la del Derecho procesal, contribuyendo tanto a su consideración autonómica, ³¹ nos explican que se haya intentado aplicar también al Derecho Notarial una categoría que se muestra tan fecunda.

La noción de relación jurídica notarial sedujo ya mucho a GONZÁLEZ PALOMINO en alguna de sus primeras labores ³² y tiene alguna aceptación en la doctrina extranjera. ³³ Pero, ha sido, entre nosotros, SANAHUJA quien le ha dado verdadero desarrollo e importancia capital. Asienta este autor, en efecto, el Derecho

²⁸ Idem, *id.*, pág. 88.

²⁹ *Instituciones de Derecho notarial*, cit., pág. 71.

³⁰ V. nuestra Función notarial, cit., págs. 25 a 32.

³¹ V. sobre la noción de la relación jurídica formal o procesal, distinta de la relación de Derecho material, las referentes de NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico el documento notarial*, cit., pág. 9 y sig. de la ed. separada, y las obras recientes de Derecho procesal.

³² V. *Hacia un derecho notarial*, en la Revista de Derecho privado. 1934, pág. 291.

³³ V., en la literatura italiana, DONA, *Elementi di Diritto notarile*, 2º ed., Milán, 1933, págs. 43 y sigs.

notarial sobre la relación jurídico-notarial, concebida como «una proposición lógica que, con sus premisas-referidas al sujeto, al objeto y a la forma y sus consecuencias afectantes al valor del instrumento público, encuadra los textos legales vigentes en España sobre Derecho notarial». ³⁴ Así, tras una primera parte dedicada a las ideas fundamentales, hay en su obra una segunda consagrada a la relación jurídico-notarial, en la cual sendos títulos estudian sucesivamente: a) los Supuestos de la relación jurídonotarial que hacen referencia al sujeto; b) los Supuestos de la relación jurídonotarial que hacen referencia a la forma; c) los Supuestos de la relación jurídonotarial que hacen referencia al objeto, y d) las Consecuencias de la relación jurídonotarial. «El material normativo -nos dice- incluíble en el Derecho notarial, obedece a una ordenación lógica: es, en sus líneas generales, una relación jurídica fundamental que se quiebra a su vez en otras varias referidas a los diversos elementos de que se compone». ³⁵

Reconoce Sanahuja que la autonomía del Derecho notarial es menos clara que la del Derecho procesal. En efecto: «la relación procesal es autónoma, es decir, prescinde del resultado final del proceso. Y esta sustantividad del proceso se manifiesta particularmente en que sus condiciones -los llamados presupuestos procesales- son independientes de la acción que se ejercita. En cambio, la relación jurídica notarial, y con ella el instrumento público, se halla ligada a la relación sustancial; de suerte que la validez de ésta es una de las condiciones o presupuestos de la autorización notarial». ³⁶ Pero, de todos modos, su naturaleza accesoria no es obstáculo para que sea tratada como institución, en cierto modo autónoma, dentro de la sistemática del Derecho. «En rigor -concluye-, la relación jurídonotarial es una relación accesoria, de pura garantía de la sustancial; más ello no obsta a que tenga sus condiciones propias, distintas, en parte, de ésta». ³⁷

³⁴ *Tratado*, cit., t. I, pág. 10.

³⁵ *Idem*, íd., t. I, pág. 225.

³⁶ *Idem*, íd., t. I, pág. 178.

³⁷ *Idem*, íd., t. I, pág. 425.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

Los puntos de vista de Sanahuja no han logrado, sin embargo, obtener muchas adhesiones. Por el contrario, se han dirigido contra su teoría críticas contundentes que parecen condenarla al ostracismo. GONZÁLEZ PALOMINO, que en algún momento, según hemos visto, aceptó la idea de la relación procesal, dice hoy que falta en el instrumento público lo más característico de la analogía con la relación jurídica procesal: la dialecticidad, la sucesión de actos, la duración. El concepto de relación jurídica notarial -añade- es inoperante como base del sistema, según lo acredita la aplicación misma que pretende hacerse de ella. «Centra Sanahuja la relación jurídica notarial en el poder de dar fe: la función atribuida por el Estado al Notario. Y la desenvuelve a través del uso que el Notario hace de esta función-poder (ejercicio del poder de dar fe), y, como consecuencia, en el examen del valor del instrumento público. En este esquema incluye todo el Derecho notarial.

Pero salvo la relación del funcionario con el Estado, no se ve relación alguna. Y la relación del funcionario con el Estado, propiamente hasta podría ser considerada como ajena al Derecho notarial». ³⁸ «El Derecho notarial -escribe también NÚÑEZ LAGOS- no se puede organizar en torno a una supuesta relación jurídica notarial». Las razones las verá el lector en el maravilloso trabajo que ha traído a las páginas de esta revista.

D) *La concepción funcionalista o instrumentalista.*- Desprestigiadas en gran parte las orientaciones que acaban de ser reseñadas y que, en realidad, no dan base para la elaboración científica del Derecho notarial como disciplina de principios propios, los actuales escritores tienden a levantar la construcción del Derecho notarial sobre el sólido pedestal que proporciona la consideración de los particularidades propias de la función del Notario y consiguientemente las que son peculiares del instrumento público.

Tiene la orientación actual, como vamos a ver, muchos matices por razón del ángulo visual en que los diversos escritores se colocan. Pero sea cualquiera la idea dominante en las distintas teorías, todas ellas

³⁸ *Instituciones*, cit., t. 1, pág. 75 y sig.

tienen fundamentales puntos de coincidencia y todas convienen en el intento de atribuir un sistema propio a las normas notariales.

No faltan, por lo demás, al lado de las teorías simples, que toman en cuenta un solo elemento o una sola idea para dar base científica al ordenamiento notarial, otras, que podemos llamar mixtas o complejas, las cuales se sirven de varias ideas combinadas. Sobresale, entre ellas, la concepción de Sanahuja, que, aun respondiendo fundamentalmente, como ya vimos, a la concepción procesalista del Derecho notarial, recoge otros elementos. Entiende, en efecto, Sanahuja que “los diferentes aspectos de la función notarial poseen una cierta independencia, y su estudio sería muy deficiente si no se trataran separadamente como otras tantas ideas fundamentales del Derecho notarial”³⁹ y desarrolla como tales, en capítulos sucesivos, los conceptos de autenticación, legalización, legitimación, configuración jurídica, ejecutoriedad, exteriorización del Derecho en la normalidad y forma jurídica, para pasar después al estudio del Derecho notarial en su naturaleza, en su evolución histórica y en sus manifestaciones positivas.⁴⁰

a) *Las ideas de legitimación, justicia reguladora y seguridad jurídica.*- Ya aludíamos antes a la importancia que ha tenido en nuestra doctrina la teoría de la actividad notarial como función de justicia reguladora o legitimadora, iniciada por Antonio MONASTERIO en aquel libro que llegó a ser famoso, titulado *Biología de los derechos en la normalidad y de su representación*. El punto de partida de su concepción es la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad o visibilidad, una representación externa, que facilite su evolución natural y normal y refleje los acaecimientos y modificaciones que vayan sobreviniendo en su día. Para atender a ella, el Estado ha de disponer de una función, distinta de la judicial, destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del Derecho en estado normal, y que corresponde al Notariado.

³⁹ *Tratado*, cit., t. 1. pág. 23.

⁴⁰ Es también, en gran manera, posición mixta o compleja, integrada por la combinación de varios elementos, la de Riera Aisa (V. su artículo Derecho notarial, cit. especialmente pág. 824 y sig.).

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

Esta original doctrina acerca de la misión y significación pacificadora y preventiva de la función notarial, que abarca así todo lo relativo a la manifestación normal del Derecho (*justicia reguladora* frente a la *justicia reparadora* de los Jueces) ha tenido, entre nuestros escritores, enorme resonancia. VÁSQUEZ CAMPO, desarrollando y ampliando la idea de MONASTERIO, concibió la función notarial como función legitimadora, ejercida por uno de los órganos del Poder legitimador del Estado, dentro del cual viene a ser el Notario el jurista oficial de la legitimación preventiva en el campo, especialmente, del Derecho privado.⁴¹ MENGUAL acepta, con más fidelidad todavía, la tesis de MONASTERIO y ve el fundamento del Derecho notarial en la necesidad de la manifestación del Derecho en la normalidad.⁴² OTERO y VALENTÍN estima en mucho el concepto de justicia reguladora, considerándolo «de especial valor especulativo» y de «exacta apreciación, en consideración al objetivo de la función autorizante instrumental».⁴³ GARCÍA MARTÍNEZ sigue las huellas de MONASTERIO, adscribiendo la función que ejerce el Notario a la de justicia reguladora.⁴⁴ Y GONZÁLEZ PALOMINO reconoce que la doctrina de las formas jurídicas seguida por él, tenía ya vida en el ensayo de MONASTERIO, siquiera su tesis estuviese planteada en el plano sociológico más bien que en el de la técnica jurídica.⁴⁵

En algún sector de la doctrina actual la teoría que tratamos ha resurgido bajo nuevas envolturas, cual la idea de seguridad jurídica, que es en el fondo la misma de justicia preventiva, pacificadora o reguladora. Así SANAHUJA, que no deja de considerar como una de las bases de la función notarial la exteriorización del Derecho en la normalidad,⁴⁶ ve en el Derecho notarial una red de conceptos

⁴¹ V. su obra *Ideario notarial (Naturaleza y desenvolvimiento del Poder legitimador del Estado)*, Burgos, 1928.

⁴² V. sus *Elementos de Derecho notarial*, cits., t. II, vol. 1º; págs. 13 y sigs.

⁴³ *Sistema de la función notarial*, Igualada, 1933, págs. 58 y sig.

⁴⁴ “La competencia jurisdiccional del Notario”, Conferencia dada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 25 de febrero de 1945, publicada en la Revista *La Notaría*, 1945, pág. 7 y sigs.

⁴⁵ *Instituciones*, cits., t. 1, pág. 88.

⁴⁶ V. *Tratado*, t. 1, pág. 81 y sigs.

jurídicos, encaminada a la seguridad del Derecho civil sustantivo.⁴⁷ La idea resulta subrayada en la misma definición que este docto escritor nos da del Derecho notarial, al decirnos que «el Derecho notarial es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen». ⁴⁸ La misma idea de seguridad late en la fórmula de RIERA AISA, que conceptúa el Derecho notarial como «aquel complejo normativo que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica». ⁴⁹

Ciertamente la teoría inicial de MONASTERIO tiene puntos débiles y no puede ser íntegramente aceptada. GIMÉNEZ-ARNAU, que la analiza detenidamente, ha dicho que falla la base fundamental de dicha teoría por la obstinación del ilustre autor en separar, como aspectos de la relación jurídica, las tres ideas, de forma, prueba y representación externa, haciendo de esta última una entidad autónoma y no un resultado de las otras dos. En segundo término, hace notar GIMÉNEZ-ARNAU, en contra de dicha teoría, que la representación o exteriorización externa de los derechos no es suficientemente diferenciadora, pues «esa misma función representativa de hechos o de actos viene a llenar los demás medios de prueba que no sean el testimonio oral». ⁵⁰

Pero hemos de reconocer que ha contribuido no poco la doctrina de MONASTERIO y sus continuadores al desarrollo del Derecho notarial, y mucho también podría aportar a la teoría; más amplia y todavía de contornos muy borrosos, del llamado Derecho legitimador. Apuntábamos a este propósito, en alguna otra ocasión, que «la misión del Estado en orden a la realización del Derecho, no sólo supone formular en abstracto la norma jurídica (función *legislativa*) y declarar el Derecho, en concreto en los casos de violación o desconocimiento, o, en general, cuando por iniciativa de una de las partes se pide esa

⁴⁷ V., por ejemplo, t. I, pág. 108.

⁴⁸ T. I, pág. 113.

⁴⁹ *Derecho notarial*, loc. cit., pág. 820.

⁵⁰ V. *Introducción al Derecho notarial*, cit., págs. 211 y sigs.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

declaración (función *jurisdiccional*), sino que exige además coadyuvar a la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen. Puede, pues, concebirse una nueva función del Estado, la función legitimadora, y una nueva rama del Derecho, el Derecho *legitimador*, que comprende aquellas normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los *derechos* que son su consecuencia». ⁵¹ Nada se ha hecho todavía en el sentido de esta construcción, sin duda difícil, aunque la idea a que responde no ha dejado de tener valiosos adeptos en estos últimos años. ⁵²

b) *La idea de autenticación.*- Es muy meritorio el esfuerzo realizado por NAVARRO AZPEITIA en el sentido de destacar en la función del Notario la idea de autenticación, haciendo de ella el eje del Derecho notarial. «Entre las funciones encomendadas al Notario -nos dice- es la de más trascendencia pública la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás, aquella que consiste en investir todos los actos en que interviene de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo, del Estado». ⁵³

RIERA AISA acepta, fundamentalmente, esta misma posición, y haciendo gala de un concepto muy amplio de la autenticación; resume en esta idea todas las funciones del Notario y todos los, fines del instrumento público. «Esta función autenticadora -escribe- no puede concebirse como algo independiente y separado de las demás que

⁵¹ *Instituciones de Derecho civil, Introducción y Parte general*, Madrid, Editorial Reus, 1930, pág. 73 nota; *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, cit., pág. 36.

⁵² GONZÁLEZ PALOMINO estima que el sistema de la disciplina notarial forma parte, a su vez, «de un sistema más amplio (y aún menos maduro; el de las formas jurídicas, en él que tendrían -o deberían tener acogimiento, además la jurisdicción voluntaria y, en parte, los Registros Públicos» (Instituciones cit. t. 1, pág. 22.)

⁵³ «Teoría de la autenticación notarial», en la Revista de Derecho privado, 1942, pág. 678.

el Notario realiza; quizá una de las causas de la discrepancia que en torno a su naturaleza se observa sea la de excesivo interés en marcar como funciones independientes momentos de un desarrollo que en progresión única llega a su punto culminante en la autenticación, pero que tiene como precedentes necesarios la asesoría y consejo y la conformación del acto, y como consecuencias inmediatas el efecto producido por el instrumento público». ⁵⁴

Ciertamente-hemos dicho nosotros ⁵⁵ - esta función final del Notariado que supone todas las demás y, en cierto modo, las comprende en sí, es la que ha dado nombre a la institución notarial. Por otra parte, es dicha función la que más propiamente responde al origen histórico y al concepto entre nosotros del instrumento público, ligado a la teoría de la prueba preconstituída, y la que con mayor grado de generalidad se manifiesta en todas las actuaciones notariales. Pero, así y todo, resulta excesivo dar a la función de que se trata esa pretendida primacía y ese exagerado predominio sobre la función formativa, a la que va normalmente unida como una consecuencia propia. Tiene así alguna explicación que GIMÉNEZ-ARNAU haya tachado de anticuada la doctrina de NAVARRO AZPEITIA, en cuando parece querer resucitar la teoría de la prueba preconstituída como finalidad esencial característica del instrumento público. ⁵⁶

c) *La idea de la forma jurídica.*- La teoría de la forma jurídica como núcleo sistemático de la función del Notario y base, por ende, del Derecho notarial la utilizó ya, a principios -de siglo, MONASTERIO GALÍ, con su doctrina, ya antes referida, de la representación de los derechos. Más tarde, en 1934, expuso GONZÁLEZ PALOMINO

⁵⁴ *Derecho notarial*, loc. cit., pág. 825.

⁵⁵ *Función notarial*, cit., pág. 54.

⁵⁶ “El estudio de NAVARRO AZPEITIA, tan valioso y tan interesante para determinar el alcance de la competencia material (o por razón de la macería), del Notario, resulta un tanto anacrónico, pues parece retrotraer la función exclusiva típica (sin perjuicio de que reconozca otras funciones subalternas no esenciales), a lo que fue origen del instrumento: la prueba, La cuestión de la forma del negocio queda relegada a un alejado segundo término» (GIMENEZ ARNAU, “Instrumento público: concepto y fines”, en la *Revista de Derecho privado*, junio de 1944, pág. 520).

la teoría de que se trata en un importante artículo de revista;⁵⁷ y recientemente ha insistido en esta misma orientación en sus Instituciones,⁵⁸ obra en la cual considera como objeto propio del Derecho notarial, por ser materia típica y exclusiva de la función notarial, el instrumento público en relación con la idea de forma. «La doctrina de las formas jurídicas-nos dice-es la base del Derecho notarial y el punto de apoyo para poner en movimiento la función notarial». ⁵⁹ «La función notarial consiste en dar *valor formal* a ciertos documentos, que adquieren su valor por la forma y en el campo de la forma jurídica». ⁶⁰ En consonancia con su punto de vista, formula PALOMINO una definición del quehacer profesional del Notario en estos términos: «La función notarial es función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario hecha, en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas». ⁶¹

Va indudablemente bien encaminada la concepción que liga el instrumento público a las formas jurídicas. Se ha de notar, sin embargo, que el problema de la forma, aunque pueda utilizarlo como básico el Derecho notarial, está fuera de él como problema general y previo al del instrumento público, ya que se refiere no sólo al documento, objeto propio del Derecho notarial, sino también al negocio jurídico, materia del Derecho civil. El mismo GONZÁLEZ PALOMINO escribe lo siguiente: «El notario es el órgano genérico de las formas jurídicas. Pero hay más formas jurídicas que la del instrumento público. Sólo muy pocas materias tienen que adoptar la forma jurídica -de ser o de valer- del instrumento público. En la

⁵⁷ “Hacia un derecho notarial”, en la Revista de Derecho Privado, pág. 288 y sigs. “La teoría de las formas jurídicas -decía en la pág. 292- es la cantera fecunda para la creación de un Derecho notarial nuevo”.

⁵⁸ V. t. 1, págs. 11 y 13.

⁵⁹ *Instituciones*. t. 1, pág. 88.

⁶⁰ *Idem*, *íd.*, pág. 115.

⁶¹ *Idem*, *íd.*, pág. 119.

generalidad de los casos, la forma de ser o de valer puede ser otra». ⁶²

d) *La idea instrumentalista.*- Decíamos hace años que «los -efectos de la función notarial se sintetizan y resumen en la -producción del instrumento público». ⁶³ Y si esto es así, ¿qué duda cabe que el Derecho notarial no puede tener otra idea central que la del instrumento público?

Tan obvio es esto que parece envolver una puerilidad. Pero lo cierto es que muchos autores de Legislación y Derecho notarial apenas se han preocupado de estudiar la esencia del instrumento público, y otros, como hemos visto, destacan en el documento público aspectos parciales o que no son los verdaderamente fundamentales.

La doctrina actual parece coincidir ya en la exacta apreciación del contenido instrumental del Derecho notarial.

GIMÉNEZ-ARNAU, aunque atribuye un objeto doble al Derecho notarial (al definirlo como «conjunto de doctrinas, o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público»), ⁶⁴ considera sin duda al aspecto funcional como el más importante. Así, en algún pasaje dice terminantemente que «toda la significación y el alcance de la función notarial puede resumirse en el instrumento público». ⁶⁵ Por lo demás, concibe GIMÉNEZ ARNAU la función notarial, encarnada en el instrumento pública, como un fenómeno de fines complejos que se desenvuelven no sólo en el terreno de la prueba, sino también en el de la forma y, como resultado, en el de la eficacia legal.

Muy análoga es la orientación de PEDRO JESÚS DE AZURZA, para quien «la máxima y más característica actividad del Notario grana, efectivamente, en el instrumento público, que condensa en sí la savia y la medula de aquella función». La dificultad de la

⁶² *Instituciones* cit., t. I, pág. 142.

⁶³ *Función notarial* cit., pág. 59.

⁶⁴ *Introducción* cit., pág. 13.

⁶⁵ *Idem*, íd., pág. 183.

HACIA LA CONSTITUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

teoría del instrumento público nace, a su juicio, de las dos vertientes que éste ha llegado a tener en su madurez: la dación de forma y la preconstitución de prueba.⁶⁶

GONZÁLEZ PALOMINO indica que «no todo el quehacer del Notario es objeto del Derecho notarial. Ni siquiera la mayor y mejor parte de su quehacer profesional: su actuación como jurista. La actuación notarial no se agota en el instrumento público. Por tradición, por fuerza vital e incluso por preceptos: expresos, hay otras funciones a su cargo. Muchas de ellas no las cumple el Notario como Notario, por razón de su cargo y con exclusividad de ejercicio; aunque las cumpla por ser Notario». Pero el instrumento público es «lo funcionalmente típico y exclusivo del Notario». Se ha de considerar el instrumento público como «núcleo de la función notarial y centro del sistema».⁶⁷

La posición actual de NÚÑEZ LAGOS la verá el lector en esta revista. Para él la clave del Derecho notarial está en la teoría del instrumento público, distinta de la teoría del acto o negocio jurídico. «El primer paso hacia la autonomía del Derecho notarial es deslindar, en el documento público, el aspecto formal o instrumental, del aspecto sustancial, de fondo, negocio, acto o contrato que contenga.: «El plano del *negotium* -dice más adelante- pertenece al Derecho material o sustantivo, civil o comercial. El plano del *instrumentum*, al Derecho notarial, que es un Derecho no sustantivo, un Derecho formal.»

A diferencia de muchos expositores recientes (GIMÉNEZ ARNAU, SANAHUJA, RIERA AISA, etc.) que incluyen, de una u otra manera, la organización del Notariado dentro del Derecho notarial, NÚÑEZ LAGOS reduce el contenido de esta rama jurídica, si ha de ser autónoma, al «conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulen el instrumento público y la actividad documental del Notario». «De cuantos preceptos –advierte– se refieren a la organización de los Notarios, muy pocos únicamente los que se

⁶⁶ «Dación de forma y preconstitución de prueba» (sep. de La Notaria), Barcelona, Publicaciones del Colegio Notarial, 1946, págs. 3 y sigs.

⁶⁷ *Instituciones* cits., págs. 20 a 22.

reflejan en su intervención válida en el instrumento público, lo que se llama con frase clásica «Notario hábil», o requisitos habilitantes para la actuación notarial; competencia *ratione personae, loci et materiae* corresponden al Derecho notarial. Los demás pertenecen al Derecho administrativo nacional.»

III. Conclusiones

No nos hemos propuesto -ni podíamos hacerlo- lanzar ideas originales, sino recoger las que anidan en los escritos de nuestros más doctos notarialistas.

A la vista de ellas podemos proclamar con satisfacción que existe hoy una coincidencia sustancial en la apreciación del camino que ha de conducir a la autonomía del Derecho notarial.

No importa que exista una discrepancia en cuanto a las materias que constituyen el contenido de este Derecho. En definitiva, hay razones prácticas y de índole didáctica que aconsejan no prescindir en absoluto de todo aquello que, aun sin pertenecer a la pura Ciencia notarial, puede contribuir a la plena formación del funcionario y facilitar su labor. Las cuestiones de organización notarial tienen perfecta cabida, si no, en el propio Derecho notarial, cuando menos en la Introducción al mismo.

Tampoco tiene grande importancia que haya división de opiniones en cuanto al reconocimiento del carácter sustantivo o adjetivo del Derecho notarial.⁶⁸ Las palabras *sustantivo* y *adjetivo* son equívocas y, por ende, requieren oportunas aclaraciones. El carácter adjetivo del Derecho notarial no quiere decir que el instrumento público tenga un

⁶⁸ Asignan carácter sustantivo al Derecho notarial Mengual (*Elementos*, t. I, pág. 452) y Riel-a Aisa (loc. cit., pág. 819). Nosotros, en cambio, lo catalogábamos dentro del gran sector del Derecho público adjetivo, o sea, en el Derecho de la tutela jurídica o Derecho para el Derecho (Prólogo a la obra de Mengual, t. I, pág. X). Atribuyen también naturaleza adjetiva al Derecho notarial NAVARRO AZPEITIA, *Teoría de la autenticación notarial*, loc. cit., pág. 677; OTERO VALENTÍN, *Sistema de la función notarial*, pág. 411; GIMÉNEZ-ARNAU, *Introducción*, pág. 17 y siguiente, y Sanahuja, *Tratado*, t. I. págs. 114 y sigs.

tinte meramente adjetivo y probatorio. Tiene también un aspecto que se puede considerar sustantivo, en cuanto tiene como finalidades no sólo facilitar la demostración del acto o negocio, sino también dar a éste una forma que ha de ser base de su eficacia. Pero esto último no es óbice para que el Derecho notarial corresponda: al sector del Derecho *adjetivo* (como antes solía decirse) o *formal* (como preferentemente se dice hoy) y no al del Derecho *sustantivo* o *material*. Los procesalistas se cuidan mucho de explicar el sentido en el que el Derecho procesal ha de ser conceptualizado como *adjetivo* o *formal*, no en una acepción peyorativa, de Derecho secundario, accesorio, de inferior categoría, sino en su característica de instrumentalidad, de medios necesarios para lograr otro fin, cual es la normalidad de la vida del Derecho y la seguridad jurídica.⁶⁹ Basta con que los cultivadores del Derecho notarial hagan análogas salvedades.

Claro es que el haber iniciado una buena orientación para: la caracterización del Derecho notarial, no quiere decir que esté ya el mismo plenamente alumbrado. Los más doctos escritores hacen del instrumento público el objeto de sus preocupaciones; pero hay que ahondar mucho todavía en su análisis jurídico.

Para que se haga así, nace esta **Revista de Derecho Notarial**, si bien su misión no puede quedar reducida a este quehacer. Es necesario atender a la construcción del puro *Derecho notarial*, pero sin abandonar por ello el cultivo del *Derecho privado material* que tanto espera y recoge siempre de la aportación de los miembros del Notariado. Y será muy conveniente no olvidar tampoco la relación del Derecho notarial con el Derecho hipotecario o registral inmobiliario. La colaboración de Registradores y Notarios puede ir preparando para el futuro, no la fusión de aquellas disciplinas, pero sí su coordinación y encaje en un superior *complexus* científico.

¿Hará falta todavía algo más? A nuestro juicio urge el establecimiento de cátedras de Derecho notarial, y cabe ir pensando en la conveniencia de instaurar las Escuelas de formación profesional del Notariado, que

⁶⁹ V. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal*, Parte I, “Derecho procesal civil”, t. I, Madrid, 1952, págs. 54 y sigs.

han reclamado ya voces muy autorizadas.⁷⁰

En definitiva, sea cualquiera el juicio que se adopte acerca de si habrán de tener o no realidad, en un futuro próximo, las Escuelas de esta clase, no deja de ser sorprendente el hecho de que el Derecho notarial carezca hoy de acoplamiento en los planes de nuestras Facultades de Derecho. No bastan las someras referencias, no siempre acertadas, que al instrumento público pueden hacerse y se hacen todavía en las cátedras y en los libros de Derecho civil.⁷¹ El Notariado español, que ha sabido crear la **Revista de Derecho Notarial**, no puede regatear sus esfuerzos para que la Ciencia notarial tenga entrada de un modo o de otro, en los cursos de la Universidad española. Ha de ser ésta, en definitiva, la que dé un impulso decisivo a la cristalización científica del Derecho notarial, ya tan preparada por el esfuerzo aislado de doctos juristas y profesionales de la Notaría.

⁷⁰ En nuestra obra *Función notarial*, pág. 211 y sigs., hacemos referencia a las propuestas que acerca del particular han formulado TAULET, VELASCO, MENGUAL, BELLVER CANO y hasta alguna Comisión legislativa. Con posterioridad, ha defendido la creación de tales Escuelas SOLS GARCÍA, El ingreso en el Notario, pub. en la *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, enero de 1952 y en ed. separada.

⁷¹ Nuestros antiguos civilistas exponían en la Parte general del Derecho civil la teoría de los actos notariales. (V. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. II, pág. 604 y sigs., y CALABUIG, *Estudios sobre el Derecho civil español*, t. I, “Parte general”, Valencia, 1912, págs 451 y sigs.)

Planiol y sus continuadores, en la doctrina francesa, exponen todavía la doctrina de los actos notariales en un sitio menos apropiado, el de la redacción del contrato. (V. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, t. II., ed. de 1952, núms. 376 y sigs., págs. 141 y sigs.) Nos recuerda esta posición.

La función del notariado y la seguridad jurídica

Juan Vallet de Goytisoló

Sumario: I. ¿Qué caracteriza al notario latino?. II. La educación y formación del notario. III. El notario, la sociedad y el Estado. IV. La seguridad jurídica. V. La función social de los notarios y problemas de la prioridad.

No vengo aquí realmente, a pronunciar una conferencia, sino tan sólo a repasar, con todos ustedes, unas cuantas ideas generales de lo que históricamente, creo yo, ha constituido y sigue constituyendo lo esencial del Notariado latino y para buscar las bases firmes que han de servir para resolver la problemática que, con ligeras diferencias y matices, todos nosotros vivimos en esta época, tan repleta de novedades, tan acelerada, como es la actual.

I. ¿Qué caracteriza al notario latino?

Fundamentalmente creo que para determinarlo debemos contemplar cual es nuestra función.

Esta indudablemente, tiene dos vertientes,

- Una vertiente autenticadora, en virtud de la cual damos fe de aquello que percibimos por nuestros sentidos y que constituye el

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

contenido de cuanto redactamos y exponemos en el instrumento público.

- Y otra vertiente, en la que desarrollamos nuestra función conformadora, que consiste en ser dado de forma.

Esta función conformadora se caracteriza porque la efectuamos mediando entre personas que, ya inicialmente, están de acuerdo para realizar un contrato, o bien, actúan por sí solas disponiendo en la esfera de su propia competencia, es decir, realizan lo que modernamente hemos denominado negocios jurídicos, concepto en el que se incluye también los otorgamientos de disposiciones de última voluntad, e, incluso, la formulación de una oferta que, mediante su ulterior aceptación, sirve de base para perfeccionar después un negocio jurídico bilateral.

Esta es una función que realizamos en la vida, sin que se produzca contienda.

Es decir, nosotros actuamos como una rueda de la dinámica jurídica para que los negocios jurídicos funcionen bien, sin chirriar, evitando que el aparato negocial se estropee, y, por lo tanto, que se produzcan enfermedades en el funcionamiento biológico de la sociedad en los intercambios que desarrollamos los seres humanos en nuestra vida social, cuando compramos, vendemos, permutamos, testamos, aceptamos y partimos herencias, etc.

Esto determina que ocupemos una posición característica en el desarrollo y ordenación del tráfico jurídico, que implica y nos impone el deber de imparcialidad entre ambas partes, y nos diferencia del abogado que siempre aboga por una de ellas.

También marca una de las diferencias que nos distinguen, por ejemplo, de los solicitors ingleses, de los cuales nos diferenciamos también porque además de esa función, que corresponde específicamente a la nuestra conformadora, desempeñamos la facultad y función autenticadora. En cambio, la simple función de autenticar firmas en Inglaterra la desempeñan los notarys. Es decir,

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

que allí la función de autenticar y la de dar forma se hallan separadas.

Nuestra función redactora, que desarrollamos en la vida normal, es fundamentalmente una función de traducción jurídica. Quienes vienen para que les redactemos su testamento o un contrato que tienen convenido, llegan a nosotros con una determinada voluntad práctica, empírica, tratan de alcanzar cierto resultado. Lo que piden de nosotros es que les traduzcamos en términos jurídicos aquello que ellos empíricamente pretenden realizar.

Para hacerlo, fiel y escrupulosamente, algunas veces no sólo debemos traducir lo que nos exponen verbalmente o en notas escritas y que conscientemente quieren quienes solicitan nuestro ministerio. A veces también tenemos que alumbrar el subconsciente de cada uno de ellos. Así ocurre particularmente en los testamentos, pues los testadores vienen, a veces, con unas ideas muy claras pero incompletas, ya que únicamente han contemplado determinados aspectos de cuanto deben prever para cuando ocurra su fallecimiento, teniendo lo demás en la obscuridad. Nosotros debemos preguntarles, hacerles autoindagar, para que piensen y se les iluminen todas las sombras que rodean lo que simplícidamente ven claro, para que, al completar su perspectiva, rectifiquen si fuere preciso aquello que inicialmente solo creían tener claro porque no habían contemplado totalmente cuándo tenían que decidir, ni habían alumbrado lo que en su subconsciente pretendían.

Esta labor de alumbramiento, viene a ser algo así como un presupuesto previo de la tarea que nosotros debemos realizar de dar traducción jurídica a las voluntades empíricas de las partes. Luego comienza la labor de conformación de los medios a los fines, eligiendo alguna figura jurídica típica o bien desarrollando nuestra construcción en el ámbito de lo que atípicamente es permitido en la vida jurídica. Se trata de lograr el resultado que más adecuado sea para la finalidad pretendida, compartida por ambas partes cuando éstas son dos, o, si son más, en un negocio plurilateral, para mejor institucionalizar lo que ellas persiguen. Es una labor configuradora en la cual debemos insertar las cláusulas y engarzar las garantías

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

que sean precisas para la plenitud de la perfecta, pacífica y segura realización de estos fines queridos, en cuanto sean lícitos. Es decir, en cuanto justos y en tanto queridos, en el ámbito en que pueden moverse libremente las voluntades de los otorgantes. O bien, delimitándolos dentro del marco de lo jurídicamente posible, adecuándolo a los límites que la ley, la moral y los principios generales imponen a lo que quieren los otorgantes, ya que en caso de que los traspasaran escaparían de lo lícito.

En nuestra labor conformadora, por lo tanto, tenemos que movernos entre la voluntad de las partes, de un lado, y la ley y el orden natural de las cosas, de otro. La ley a veces es un muro. Otras veces un carril que resulta la única vía a través de la cual podemos discurrir, porque sólo pasando por ella tenemos libre el paso, ya que de seguir por otro camino nos encontraríamos con el muro de una prohibición. Otras veces, simplemente hallamos en la ley unos medios que podemos utilizar, unas pautas que nos facilitan distintos caminos y nos señalan directrices para ir efectuando esa labor de adaptación que constituye nuestra tarea.

Labor de adaptación en la aplicación de medios jurídicos a fines empíricos lícitos, que en su conjunto constituye nuestro arte.

No olvidemos que, precisamente, cuando nació y se desarrolló el Notariado de tipo Latino, en la Edad Media en Bolonia y en casi todos los países del Mediterráneo, los que hoy llamaríamos “Tratados de Derecho Notarial” entonces no se llamaban así, sino “Ars Notariae” o “Suma Artis Notariae”, es decir “Arte Notarial”, y esa diferente denominación ya nos muestra un distinto enfoque del propio contenido y una metodología distinta para plantearlo y llevarlo a la práctica. No hace mucho, casualmente, al repasar una de las obras de un famoso jurista catalán en la primera mitad del siglo XV, hallé su comentario a una disposición del rey de Aragón, Pedro el Ceremonioso, fechada en la segunda mitad del siglo anterior, que exigía a todos los notarios que tuvieran un Arte de Notaría, ya fuese el de Rolandino o bien el de Salatielle, aparte de haber cursado dos o tres años en un Estudio General, o practicando un tiempo equivalente

con un Notario experto en conocimientos tanto de teoría como en práctica.

II. La educación y formación del notario

Si el derecho es realmente el arte de lo justo, la labor nuestra en concreto es el arte de traducir y configurar la voluntad de los otorgantes en la elaboración de aquellos negocios que constituyen la dinámica de la vida jurídica. Por lo tanto, la educación del Notario debe de ser la precisa para ser un buen artesano del derecho en nuestra tarea, es decir, en aquel aspecto del arte de lo justo que constituye nuestra función de traducción y configuración jurídicas. En consecuencia, todo Notario, en cuanto tal, debe de conocer las leyes de la naturaleza y las leyes humanas. No nos olvidemos que todo arte, como el arte de la música, como el arte de la estética, tiene sus leyes ajustadas a su propia naturaleza, al orden específico que los rige objetivamente. Nosotros, además estamos sometidos a otras leyes, las positivas, que también a veces quizás se nos interfieren en nuestra libre interpretación de aquellas leyes de la naturaleza o naturales que constituyen las genuinas normas del arte de lo justo. Estas leyes positivas son el carril o el muro de los que hemos hablado antes.

Así, además de conocer las leyes positivas, y comprender las naturales, a fin de adecuarlas y aplicarlas en el desarrollo de nuestro arte, debemos alcanzar y saber ejercitar el sentido de lo justo.

Toda manifestación de cualquier arte tiene como guía un sentido propio del mismo arte y que si bien tenemos ínsito en nosotros, debemos educarlo. El gran músico tiene un afinado sentido de la armonía, como el pintor lo tiene de la vista para la apreciación y de la combinación de los colores.

En el jurista es importantísima una específica educación de su sentido de lo justo. Precisamente lo que caracteriza el sentimiento de lo justo de un jurista, lo que cualifica su diferencia de nivel con respecto al sentimiento vulgar de justicia, general en cualquier profano, radica ante todo en la más amplia perspectiva de ese

sentido bien educado. Es algo que Heck había expresado, hace años, advirtiéndolo que cuando un profano habla de justicia, al contemplar el caso que vive, su perspectiva es tan corta como la de un caminante de noche con una linterna en la mano, que ve muy claro cuando su luz le ilumina, pero nada advierte de aquello que queda fuera del espacio iluminado por la linterna.

Nuestra educación del arte de lo justo requiere, pues, que la visión de lo concreto no nos nuble ni nos impida la visión general del problema, que lo enfoquemos dentro del orden jurídico total en el que se halla inserto. Pero también es preciso que no nos limitemos a esa visión genérica, que ésta nos lleve a aplicaciones mecanicistas resultantes de unas deducciones, puramente lógico-formales, de principios abstractos, que deshumanicen el derecho por olvidar lo que de concreto tiene nuestra personalidad de hombres que vivimos en un lugar geográfico y en un momento histórico, cultural y político determinado, soslayando así los datos especiales y concretos que matizan la cuestión planteada. Esa visión equilibradamente general y específica, a la vez, creo que constituye un logro fundamental de nuestra educación del sentido de lo justo.

Finalmente, como todo arte, el nuestro tiene unas normas formales específicas, precisas para que se plasmen los negocios jurídicos que autorizamos y a los que damos forma con la redacción del instrumento público. Si el escultor, el pintor, el músico tienen unos modos de expresar su arte, nosotros también tenemos una manera de realizar el nuestro, es decir de estructurar y redactar la voluntad empírica de los otorgantes en el instrumento público.

III. El notario, la sociedad y el Estado

El notario se halla inserto en una sociedad y también en un Estado. ¿Cuál es la posición del Notario en su respectiva sociedad?, ¿Cuál es también su posición en el Estado al que pertenece?

Una visión panorámica, a través de la historia y en toda extensión del derecho comparado, nos permite contemplar al Notario ya sea

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

como un profesional, libre o corporativamente regulado, o como un funcionario estatal. Aún como profesional libre normalmente deberá colegiarse, pero tal vez también el algún sistema pudiera no ser así. Hay, quizás, en la aceptación de este último supuesto de no colegiación una visión de la sociedad tremendamente individualista; contrapuesta a la que nos ofrece la visión del notario como un mero funcionario público, insertado como una pieza en el aparato administrativo del Estado.

Sin embargo, en estas dos posturas extremas no se agota la realidad de nuestra función, ni por tanto la actuación que socialmente desarrolla el notario de tipo latino. No olvidemos que el notario es muy anterior al Estado, en el concepto y sentido que tiene hoy el Estado moderno. El Notario nace y se desarrolla, específicamente con nuestra tipología, durante el Medioevo en determinados países del área Mediterránea, al mismo tiempo en que se formaron los Municipios, y para llenar unas necesidades vitales y sociales. Especialmente eran estas necesidades, y siguen siéndolo, las de dar seguridad jurídica mediante dotar de formas adecuadas a los negocios jurídicos, y, al mismo tiempo, de mediar en una sociedad pactista que, ella misma, iba tejiendo su derecho. A la sazón del derecho no emanaba del Estado –entonces encarnado en la Corona- sino que el Estado –el Rey entonces- lo reconocía como tal y velaba por su realización. No nos olvidemos que la consideración del derecho como un producto del Estado es algo muy moderno, pues durante siglos se estimó que le trascendía, que era algo que le venía dado.

En la época de mayor grandeza del derecho, éste era alumbrado por los juristas, la función al respecto del Estado era la de proteger su recta aplicación y cumplimiento. Su creación no era obra del Estado, excepto disposiciones muy concretas, necesarias para dar un preciso golpe de timón cuando evidentemente algo andaba mal, o para aclarar aquello que resultaba dudoso o inseguro, si no podía lograrse un indispensable consenso de modo espontáneo. El notario nació en un ambiente y una mentalidad jurídica como las indicadas, en la época que el Derecho Romano era aplicado no como derecho legal sino como derecho racional, como producto modélico de la

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

buena razón. Y, en tal contexto, los mismos notarios ayudaron a constituir costumbres para adaptarlo a las específicas realidades y a ir tejiendo un entramado de relaciones jurídicas que fueron forjando un derecho estatutario que, superpuesto al fondo del *ius commune*, constituyó el entramado vigente en esos países que constituyeron la civilización históricamente conocida por la Cristiandad.

Y ahí nos aparece la figura del Notario, que surge como profesional, organizado en Colegios, –con el refrendo de la Corona- ejerce una función pública, pero no una función estatal. No como un elemento de la jerarquía administrativa, sino como un órgano social encargado de una función pública e investida de una misión configuradora y conformadora y de la potestad de dar fe pública inseparable de aquella función.

Ello permite que el Notariado sea un jurista imparcial, incluso también entre el Estado y los particulares; y que resulte un elemento de coherencia social entre ciudadanos que contratan libremente, que disponen libremente de sus bienes y establecen libremente su régimen económico familiar no se trata de una pieza de un sistema de masificación social.

Esto, creo, constituye uno de los caracteres claves del notariado latino, basado propiamente en una concepción biológica de la sociedad, contrapuesta a toda concepción mecanicista. Es decir, no responde a una concepción en la cual una tecnocracia dirige y manipula unas masas amorfas para estructurarlas a su agrado, sino una concepción según la cual debe el pueblo actuar con su propia estructura que debe ser tejida mediante sus contratos, sus agrupaciones, sus comunidades naturales y sus asociaciones, obra éstas últimas de su artificio pero obedientes a necesidades y fines naturalmente sentidos, actuaciones en las cuales la función del Notario se inserta realizando una labor importantísima.

No nos olvidemos de que nuestra actual sociedad, por muy masificada que esté, si tiene vida es porque no es pura masa y porque no sólo es movida por mera mecánica articulada y manejada por el

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Estado, sino porque en ella alienta todavía vida propia, pues en el momento en que no la tuviera todo se descompondría como en una máquina oxidada, tal cual expresaba Ortega y Gasset al explicar porque cayó el Imperio Romano, como una máquina herrumbrosa que ya no podía funcionar, como una estructura mecánica de un peso tal que la sociedad masificada no tenía ya fuerzas para sostenerla.

IV. La seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, soporte imprescindible de la justicia y del orden social, presenta dos caras. Una atiende al aspecto dinámico de toda vida contractual, y la otra cuida de las situaciones estáticas, que duran, aunque en un momento dado pueden insertarse en aquella actividad contractual. Por eso, en su doble actuación debe producir una armonización, nunca una contraposición, entre uno y otro aspecto de la seguridad jurídica.

Aquí puede resultarnos útil recordar la distinción, formulada hace unos años por Carnelutti, entre hecho y situación jurídica. La situación jurídica, es reflejada por él, en una imagen, como una fotografía que recoge algo de cierto relieve jurídico, mayor o menor, si nos muestra como tal un propietario con su fundo, tenemos reflejada una situación jurídica de propiedad inmobiliaria. A su vez, el hecho jurídico lo explica Carnelutti como un filme que nos refleja el tránsito de una situación a otra situación distinta. Ese tránsito se puede producir, por la muerte del titular, que da lugar a la transmisión de su herencia y nos muestra, entonces, el cambio de sujeto producido ya sea en una determinada relación o en un conjunto de relaciones jurídicas. Pero el hecho jurídico se produce también en virtud de ciertos contratos que modifican una situación jurídica dando lugar a otra distinta; así, en una situación inicial vemos un propietario de un fundo determinado, y concluido el hecho jurídico –generalmente un negocio dispositivo- nos aparece otra situación en la cual el propietario que tenía su propiedad libre de cargas nos aparece ahora con su propiedad gravada con una hipoteca, con un censo o una servidumbre.

Vemos, ahora, cómo nuestra función engarza la doble finalidad de salvaguardar armónicamente la seguridad jurídica, en sus aspectos estático y dinámico.

a. La función del Notario de precaver la seguridad jurídica.

La dinámica del hecho, que produce el tránsito de una situación a otra situación, requiere una seguridad jurídica en todos sus aspectos que allí donde funciona notariado latino, su previsión y salvaguardia, es fundamentalmente misión y responsabilidad suya. Consiste esa seguridad en el logro de que el resultado jurídico corresponda, sin engaño, al fin ilícitamente propuesto.

Esa seguridad jurídica precisa, en primer lugar, que la gente que contrata sea fielmente informada de las normas de derecho que rigen la materia objeto del negocio que pretende efectuar, que sepa qué debe hacer para obtener jurídicamente el resultado práctico que requiere conseguir. Requiere, también, que se adopten las medidas que deban tomarse para que el resultado querido no falle, ni sea defraudado.

En este aspecto de la realización contractual, cuando prestamos nuestra intervención los Notarios, el lado dinámico de la seguridad jurídica es de nuestra responsabilidad. Pero resulta que estos negocios jurídicos, que nosotros instrumentamos dándoles forma, como hechos jurídicos que genéricamente son, parten de una situación jurídica inicial, que como hemos dicho puede ser la de una propiedad libre o una propiedad gravada, de modo tal que de la exactitud de esa situación inicial dependerá básicamente la seguridad jurídica del hecho negocial, al que damos forma, puesto que constituye uno de sus presupuestos.

En una sociedad de ámbito reducido, en una sociedad poco movable, era fácil que entre la posesión y los títulos se pudiera cubrir satisfactoriamente esa seguridad jurídica. La visibilidad de la posesión, cuyo *animus* puede resultar evidente en ámbitos reducidos donde todo el mundo se conoce y todo el mundo sabe quién labra y con qué justificación –ya sea por ser heredero de su padre, o porque compró la finca, o porque es un arrendatario o un

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

enfiteuta, permitía que, tanto en su aspecto estático como también en su aspecto dinámico, fuera corroborada la certeza de la escritura que constituía el título del transmitente y, con ambas, la titularidad previa de un acto dispositivo. Así también resultaba cubierta la regularidad de la transmisión en cuanto era garantizada naturalmente por la intervención notarial, que con la autorización de la nueva escritura, justificativa de la titularidad del adquirente.

Notemos que para determinar el grado de libertad de aquella propiedad, o mejor dicho para señalar sus cargas y gravámenes, se disponía del conocimiento facilitado por el título del transmitente, pues si eran anteriores aquellos debían constar en él y si eran posteriores debían ser anotados, al margen del mismo, por el Notario que autorizase la escritura en que se constituyera la hipoteca o el otro gravamen que la afectase. Y este título, que debía presentarse al Notario para que éste autorizara la transmisión, era una garantía para que el adquirente así como la principal fuente de los datos que el Notario debía de tener en cuenta para advertir a las partes y al redactar el contrato. En cambio, el dato posesorio era un dato que, en principio, corría por cuenta del adquirente conocer adecuadamente, así como a la persona con la cual él contrataba.

Naturalmente en una sociedad como la actual estos medios de publicidad no resultan suficientes, necesitan ser completados y por ello ha habido que recurrir a otros signos que la patenticen, si no con evidencia, por lo menos con una apariencia que para todo tercero de buena fe pueda transformarse en una garantía plena y total. El medio fundamental arbitrado para ello han sido los Registros de la Propiedad, que comenzaron por ser simples registros de cargas ocultas (es decir, que no fueran servidumbres aparentes) porque todavía se consideraba que la posesión deparaba una suficiente publicidad para evidenciar quien podía transmitir o gravar la propiedad que se adquiría o hipotecaba; publicidad que era insuficiente para el conocimiento de sus cargas no aparentes. Estos Registros, a partir del pasado siglo, se han ido transformando en Registros de la propiedad en los que se inscriben todos los títulos traslativos del dominio y los constitutivos de gravámenes reales.

b. El riesgo de que el sistema registral produzca un desequilibrio en la seguridad, en detrimento de la estática, dando excesiva prevalencia a la dinámica.

Advirtamos que este riesgo está implícito en la elección del sistema registral, puesto que la seguridad jurídica no debe limitarse tan sólo a la seguridad jurídica dinámica. Y aún, en este terreno, podemos distinguir la seguridad jurídica para el que adquiere la cosa y la seguridad dinámica del que adquiere un derecho real de garantía para asegurar una cantidad sobre la cosa, pues esos intereses pueden llegar a estar en pugna entre sí o bien en colisión con otros intereses.

No nos olvidemos, al tratar de arbitrar en la pugna de seguridades, de que las casas son hechas más para habitarlas que para venderlas y los campos son primero para labrarlos o para alimentar el ganado que para venderlos. La venta es algo accidental que puede no darse; la finalidad de los inmuebles es su habitación o la explotación de la riqueza que puede producirse en ellos. Por tanto, repitémoslo, uno de los problemas más serios que se plantean en el derecho actual es el de conseguir el equilibrio que debe mantenerse entre una y otra seguridad jurídica. Eso, ya de por sí, nos muestra la posibilidad de diferentes enfoques de cómo debe ser establecido y regulado el sistema registral inmobiliario y de cual de ser la eficacia de que debe dotarse a la inscripción en el mismo.

Como complemento de seguridad jurídica, allí donde funciona un notariado de tipo latino, parece lógico, según lo que hemos venido viendo, que el Registro de la Propiedad sea, ante todo, un eficaz auxiliar para calificar la legitimación dispositiva del sujeto transmitente o constituyente de algún derecho y para el conocimiento de las cargas que gravan aquella propiedad de la que se trata de disponer.

Pero, al mismo tiempo, lo expuesto nos advierte de la gravedad que puede dimanar de que ese medio pueda transformarse en algo sustantivo que deforme nuestra función, e incluso que deforme el derecho, por dar lugar a que el destino primordial de las fincas –de

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

ser habitadas o explotadas- quede supeditada a su destino accidental de ser objeto de tráfico jurídico.

c. Crítica de algunos pretendidos sistemas de seguridad dinámica.

Pero, sobre todo, recalquemos, que, con ese mecanismo de sustitución, nos olvidamos fundamentalmente de la facultad personal del hombre de adecuar, con su propia labor, en contacto con las cosas, su relación de responsabilidad por razón de las que le son propias.

Precisamente, la diferencia entre el régimen de propiedad personal y el sistema capitalista radica en esto. La propiedad es una institución que, en su esencia metajurídica, se funda en la incorporación a nuestra personalidad del cuidado y responsabilidad por las cosas que nos son propias, con su forma y su medida. Saint Exupéry, resulta natural que se hunda un capitán con su barco, un empresario con su empresa; pero cuando el concepto es puramente capitalista, numérico, lo habitual es que se venda el barco antes de emprender aquel viaje en el que se presume que pueda hundirse, haciendo previamente una orquestada propaganda de cuán buen negocio es para poder venderlo por mucho más valor del que tenga, dejándolo luego hundirse sólo. O sea, vemos dos concepciones completamente distintas y completamente antagónicas.

En los antípodas de la primera posición tenemos también otros sistemas de seguridad que podemos calificar de registrales constitutivos que, a pesar de su modernidad y perfección técnica, implican un nuevo formalismo que nos hace retroceder en este aspecto a épocas muy ancestrales de la historia, cuando la forma o fórmula se imponía a la realidad. O mejor dicho, es más, que hacen realidad de la apariencia pues invisten a la fórmula de valor sacramental. Esta, si en el Derecho Romano antiguo era constituida por una "mancipatio" o una "in iure cesio", ahora consiste, en cierto tipo de sistemas registrales, en la inscripción en un determinado Registro jurídico.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

No olvidemos de que la seguridad jurídica que proporciona la publicidad registral depende completamente de la exactitud del título y de la correcta perfección jurídica del negocio en él expresado. Sin ésta perfección, la publicación del Registro sería un engaño si, como es de razón, no perfecciona los actos y contratos nulos que en el mismo se inscriban, y sería un instrumento de defraudación si los sanara. Por eso, un verdadero Registro al servicio de la plena seguridad jurídica únicamente puede ser un Registro de títulos, y de títulos válidos, que incorporen negocios jurídicos justos.

Toda la labor de humanización del derecho, de su adaptación a la realidad, con ponderación de las seguridades estática y dinámica, cuando la realidad viva desaparece y se borra, es sustituida por un nuevo mecanismo insertado en una sociedad que, al masificarse, tiende a anquilosarse. Así en ella el clásico *esprit de finesse*, se transforma no ya en un *esprit mathématique* sino en una mentalidad mecanicista planificada sobre la base de meras apariencias convencionales. Por esa vía, esa sociedad, ya masificada es manipulada más y más por tecnócratas.

Nosotros formamos parte integrante de una Unión Internacional del Notariado Latino. Subrayo el calificativo *latino*, por su perspectiva.

Nosotros luchamos para conservar nuestra esencia característica del Notariado Latino, pues creemos que, es el más adecuado por la labor artesana que implica, el mejor. Por eso no podemos admitir en la Unión, sin desvirtuarla, Notarios que no correspondan a nuestro tipo. No caben en ella, ni el Notario que sea mero funcionario administrativo, ni otro tipo alguno de Notario que no subsuma en su función la doble labor autenticadora y conformadora, ni el Notariado que no se integre en un esbozo, al menos, de colegiación corporativa.

En cambio, en una Unión Internacional de Registradores sin tipo definido de sistema registral podríamos encontrar registradores que actúen en sistemas tan antagónicos como son los del Acta Torrens, del sistema francés y del sistema alemán.

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

El hecho tiene su importancia, pues, si un día se llegase por síntesis a un sistema, teóricamente tan perfecto registralmente como imperfecto en su adaptación a la vida jurídica, que incluyera una organización del Registro de la Propiedad semejante a la que tienen en Buenos Aires, con la deseable fidelidad topográfica del sistema australiano, el ámbito y poder de la función calificadora que tienen los Registradores de la Propiedad en España e imponiéndose la inscripción obligatoria y de valor de constitutivo, como en el sistema del Acta Torrens o en el alemán, resultaría que no sólo el medio se convertiría en fin y la apariencia se impondría a la realidad, sino que se habrá acabado la libertad del mundo. El Estado sería dueño de manipular tal como él quisiera todo cuanto se contuviera en aquel Registro que impondría su contenido como única verdad, pues dispondrá con él de un medio de dominación como jamás lo ha tenido Estado alguno en el mundo. No olvidemos el cuidado que mostraron los autores de la primera Ley Hipotecaria española de que la verdad civil no se enmascarase por temores políticos o fiscales. Con el criterio contrario, las razones políticas y fiscales aplastarían la libertad civil y, con ella, la justicia en las relaciones privadas.

Observemos también qué sistema subsidiario que suple dinerariamente los defectos de la seguridad jurídica, con o sin Registro auxiliar, es el que podríamos llamar sistema capitalista norteamericano, que procura la seguridad jurídica mediante el seguro. Seguridad jurídica por el contrato de seguro que prescinde de contemplar al hombre en su realidad con sus afecciones concretas, que le son substituidas por un capital indemnizatorio, aunque todo capital en épocas de inflación resulta –como estamos viendo y sufrimos con evidencia- una cosa tan vaporosa, desde el momento en que su valor es incorporado a papel que lo transforma en una cinta elástica que se va distendiendo, cuando no en humo que se va disipando.

V. La función social de los notarios y problemas de la prioridad.

Volvamos, después de esta digresión, a lo que apuntábamos antes acerca de nuestra función social. Nosotros representamos un sistema de artesanía jurídica, consiste en guiar, vigilar y conducir el negocio

jurídico del principio al fin. Una de las cuales fundamentales, para ello necesarias, es el aguzado sentido de la justicia respecto de cuanto en concreto corresponde a nuestra función. Su sentimiento ha de regir nuestro arte, con el *esprit de finesse*, no con un pretendido *esprit mecanique*. Es decir, no nos corresponde ser una rueda de una estructura mecánica y rígida que, cada vez más, masificaría la sociedad, haciéndola pasar por unos moldes preestablecidos en los que iría asfixiándose su vida propia, su propia iniciativa. Se agotaría el ingenio, no sólo el nuestro, sino también incluso el de las personas que contratan, que ya no podrían configurar negocios jurídicos, sino realizar meros actos jurídicos en sentido restrictivo, porque las relaciones contractuales vendrían reguladas y predeterminadas totalmente por la ley, sin posibilidad de adecuación específica por las partes a sus respectivas conveniencias recíprocas. Se trataría entonces de adoptar una fórmula, que implicaría el efecto que la ley nos marcara; de tal modo que si adoptáramos tal fórmula la ley nos aplicaría tal resultado y si adoptáramos tal otra forma, la ley nos aplicaría tal otro resultado; pero nunca tendríamos más posibilidades de adecuación. Todo brocha gorda, no ya arte.

Y, al llegar a este punto, engarzamos con un problema que en todos los sistemas notariales ha sido y es fundamental y gravísimo el de la prioridad, el diamante del principio *prior tempore potioriure*, que puede dejar en el aire la transmisión autorizada por nosotros si se le anticipa otra en su ingreso en el Registro. Por eso, ha sido siempre una de nuestras cruces. Sin embargo, parece que muchas veces las ayudas que algunos Cireneos prestan para soportar la cruz, llegan a resultar para nosotros argollas más pensadas que la misma cruz bien llevada.

Es decir, que aquella labor de diligencia y de vigilancia que nos exige y nos impone una responsabilidad –que nos obliga a torear con cierto riesgo, pero también a dominar el arte para superar aquel riesgo de nuestra responsabilidad, que también constituye nuestra grandeza y prestigio-, al ser sustituida por unas pretendidas soluciones consistentes en cierres registrales o en boletos anotados en el Registro, que dan prioridad pero facilitan bloqueos con fines

LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

no previstos y no siempre correctos, ya no sólo mecanizan nuestra función –de la que, en perjuicio público, casi tiende a despegarse nuestra labor conformadora-, sino que además, al reducir nuestra responsabilidad, también reduce inevitablemente el valor de nuestra función y menoscaba su prestigio público.

Es algo que debiéramos meditar todos muy profundamente, sopesando cuanta ponderación es siempre preciso tener cuando se nos ofrece el remedio de acudir a medios auxiliares, si éstos al mecanizar nuestra función deterioran su prestación y nos imponen un modo de ejercitarla menos depurado y humano en lugar de servir a su mejor desempeño.

En la época moderna el hombre constructor de aparatos se está convirtiendo en servidor de esos aparatos, en esclavo suyo, en una pieza de ellos mismos que van configurando el modo como uno debe moverse y cómo debe pensar.

Evitemos que a nosotros, los Notarios, nos pase lo mismo con esos medios auxiliares, que se nos brindan para mayor comodidad y facilidad. Al contrario, tengamos los más posible pero manteniéndonos siempre señores de ellos; procuremos utilizarlos pero siempre a fin de que nuestra función sea mejor desempeñada. No los usemos como escudo de nuestra responsabilidad, porque en este momento nosotros seremos servidores de esos medios, que de medios se transformarán a fines.

Los otorgantes no vendrán a nosotros para que les formalicemos o autoricemos una escritura –sin perjuicio de que además nos pidan que se la cuidemos hasta que sea inscrita, en su caso- sino que nos mirarán sólo como mediadores de un trámite formulario para tener inscrito en el Registro un determinado derecho. Nosotros seríamos, en ese caso, unos simples intermediarios, pero no intermediarios entre la vida social y económica y su formulación jurídica, sino para introducir la moneda legalmente acuñada en un Registro público en el cual la depositaríamos. Nuestra función ya no sería lo que ha venido siendo siempre, arrancando de la información y el consejo que

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

dan seguridad a los otorgantes, ya antes de formalizar la escritura, acerca de los resultados de lo que pretenden hacer, y seguida de la labor conformadora a la par que autenticadora que da fijeza a lo dispuesto. No sería ya la tarea que hemos venido realizando un beneficio de la dinámica jurídica, en unos pueblos libres, y con una mentalidad deseosa de que la justicia sea servida por la seguridad pero no absorbida por esta.

Esto es lo que he querido pensar en voz alta con todos ustedes para que ahora, en coloquio, lo completemos y me digan, ustedes, si ando muy desvariado o muy equivocado en lo que he expuesto –que no se concreta al Derecho español ni de ningún otro país determinado-, pues lo hemos contemplado a la luz de los principios esenciales de lo que, a través de la historia, ha representado y creo debe seguir significando el Notariado latino. Pensemos si constituimos una pieza básica de una civilización que va desapareciendo y por ello debemos transformarnos, o bien si se trata de algo que debemos salvaguardar en su esencia, aunque adecuándolo siempre a las nuevas necesidades y aplicando los nuevos medios de que hoy disponemos, pero sin supeditar nunca a ellos la esencia humana de nuestra tarea social.

Visión panorámica de los Protocolos Notariales ¹

Antonio Rodríguez Adrados

Son muchas las veces que he oído a una persona comenzar su intervención en un acto público con la “protesta” más solemne por haber sido calificada su disertación de “conferencia”, cuando no iba a ser otra cosa que una “charla”; aunque con frecuencia terminara dando una conferencia. Y por más que quiera huir del tópico, ésta es la situación en que me encuentro; el programa habla de conferencia, pero en estas horas del atardecer de un día de finales de julio no está para conferencias nadie, ni el presunto conferenciante ni los oyentes. Por esta naturaleza de mi disertación, y para tener más libertad en el desarrollo del tema, elegí un amplio título para mi charla, “Visión panorámica de los protocolos notariales”, y aquí quien se equivocó fui yo, pues desde este parador no puede haber más “visión panorámica” que la de Toledo. El traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito de Toledo, que aquí nos reúne, bien merece, sin embargo, que todos nos esforcemos un poco.

“Se entiende por protocolo -dice el artículo 17.4 de la Ley del Notariado- la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados...”; el protocolo es, pues, una colección; y es una colección encuadernada, de documentos notariales, originales y extensos, precisión esta última

¹ Palabras pronunciadas en Toledo, el 22.7.1997, con ocasión del traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito.

importante desde el punto de vista histórico. En todos los países de Notariado latino es esencial la conservación de los documentos originales por el notario; pero los ordenamientos europeos suelen detenerse en esta conservación, acompañada de un repertorio; la obligación de encuadernar, que asegura al máximo aquella conservación, es en realidad una peculiaridad española, que desde Castilla pasó prontamente a América, incluso con mayor rigor: en Méjico, por ejemplo, los libros de protocolo tienen que estar previamente encuadernados, y en la Argentina las escrituras deben extenderse en cuadernos previos de actuación protocolar; entre nosotros, por el contrario, las matrices se extienden en hojas o folios sueltos, que deberán quedar encuadernados en los dos primeros meses del siguiente año.

Empecemos nuestra visión de estos protocolos por el examen de la palabra misma y -estamos en la patria de San Isidoro, y de Alfonso el Sabio- de su etimología, que nos servirá de punto de partida para trazar una breve introducción histórica². “Protocolo” es, evidentemente, una palabra griega, que nos ha trasmitido la Novela 44 de Justiniano, año 537. La Novela 44, como la gran mayoría de las Novelas, estaba íntegramente redactada en lengua griega; en Constantinopla, en aquella época, el uso del latín estaba en franca decadencia. Casi seis siglos después, hacia el año 1100, la Novela 44 se traduce del griego al latín en Bolonia, formando parte, como constitución 45, de una colección de 134 Novelas a la que se denominó *Authenticum* por creer que era el texto original; y por suerte, dentro de esta versión latina, se conservó en griego el término de “protocolo”. “*Protos*”, todos lo sabemos, quiere decir “primero”. Pero en aquel punto de partida este “primero” se refería al inicio de cada documento, en su materialidad física, y después en su contenido expresivo. En la Edad Media, al partirse por gala en dos el documento notarial, “primero” no es ya el inicio del documento, sino el documento inicial, en toda su integridad; el primero de los dos documentos. Y en los albores de la Edad Moderna, puesta la

² Conf. mi “La Pragmática de Alcalá, entre fas Partidas y la Ley del Notariado”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VII, pp. 517-813 y en *Escritos Jurídicos*, I, pp. 123-396.

atención en el conjunto de esos documentos iniciales, por protocolo pasa a entenderse la colección de documentos notariales iniciales, y no el documento aislado. “*Protos*” nos ha proporcionado la línea de la evolución semántica, según ha quedado simplificada. El significado de *kallan*, el segundo componente, no es tan claro y las opiniones, al menos entre los juristas, no han evolucionado mucho desde el siglo XVI. Antonio de NEBRIJA, nuestro gran gramático, el máximo representante español del más *gallicum*, en sus “AENIGMATA” o “LEXICUM IURIS CIVIUS” dedicado a combatir “los insignes errores de ACCURSIO”, entiende que “*kollon*” procede de *kolon*, que significa miembro; de manera que protocolo sería el primer miembro o primera membrana del documento³. El toledano DIEGO DE COVARRUBIAS, Presidente del Consejo de Castilla con Felipe II, obispo de Segovia y designado de Cuenca, quizá el mayor jurista español de todos los tiempos, y también gran notarialista, en su *Practicarum quaestionum Liber Unus* se inclina por *kolla*⁴ que significa “pegar”, “encolar”; la primera pegada. A mi manera de ver, ambas etimologías vienen a proporcionarnos un significado coincidente, porque los libros, y los documentos, adoptaban entonces la forma de “rollo” o “volumen” (del latín *volvere*), esto es, de larga tira enrollada alrededor de una varilla de madera, hueso o marfil, denominada *umbiculus*, ombligo; y esas tiras se formaban encolando sucesivas hojas obtenidas del papiro. La Novela 44, alegando razones de autenticidad, y callando razones fiscales, dispone que en Constantinopla la primera hoja de los documentos tabeliónicos, a la que se irán pegando las demás, sea de las expedidas, con expresión de la fecha y otras menciones, por el Conde de las Sagradas Larguezas, que es como se denominaba, sin saberse bien por qué, al encargado de la Administración fiscal. Protocolo era, pues, la primera membrana de la tira documental, a la que se iban pegando las otras, y que Justiniano prohibía cortar. Pronto dejó de tener esa primera hoja, incluso en Constantinopla, caracteres de signo oficial, para volver a ser una hoja blanca, igual que

³ NEBRIJA, Elio Antonio de: *Léxico de Derecho Civil, textos latino y castellano, notas y prólogo* de Carlos Humberto Núñez, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, p. 583, voz “Protocolo”, La primera edición del *Lexicum* de Nebrija es la de Salamanca, 1506.

⁴ Capítulo XIX.2; conf. “Opera Omnia”. Genevae, 1782. p. 579.

las demás; y “protocolo” pasó a significar sencillamente el comienzo de la escritura, aquellas expresiones iniciales en que el notario solía resumir, a manera de epígrafe, el contenido del instrumento.

La estructura del documento tabeliónico se caracterizaba por su unicidad; existía un solo documento para cada acto notariado. Los problemas de seguridad jurídica originados por la pérdida (u ocultación) y por la falsificación de los documentos, que actualmente se resuelven con toda sencillez mediante la expedición de nueva copia, o el cotejo de la copia con su matriz, obrante en el protocolo, eran entonces de muy difícil solución; recuérdese que los títulos *De fide instrumentorum* del Digesto (22.4) y del Código (4.21) llevaban a su misma rúbrica el problema de la pérdida de los documentos, *De fide instrunentorum et amissione eorum*; que los borrados, añadidos y tachados en los testamentos son objeto de otro título del Digesto (28.4: *De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inseribuntur*) y que los mismos problemas, y ya con carácter general, reaparecen en el título *De fide instrumentorum* de las Decretales (2.22), especialmente en los capítulos 3, *Ex litteris*, y 6, *inter diletos*.

Desde un punto de vista práctico esta unicidad obligaba a la improvisación, a una repentización imposible de lograr ante un documento complejo, y daba lugar al documento “sucio”, lleno de correcciones, y por tanto sospechoso. Por ello, aunque Justiniano, en su ley *Contraetus* del año 528 (CJ, 4.21.17, IJ, 3.23, pr.) había quitado todo valor para los instrumentos *in scriptis* a las cédulas (*sehedae*) que los tabelios solían extender, la práctica continuó, o resurgió, en la Edad Media, y acabó teniendo carácter jurídico según aparece en el *easus* y en la glosa *Scriptura conficiuntur* al texto de las Instituciones de Justiniano 3.23.pr, en el que se recoge, según hemos citado, la doctrina de la ley *Contractus*: la costumbre (una costumbre que se hace retrotraer a BULGARO, el primero de los Cuatro Doctores discípulos de IRNERIO) es que primero se hace la *imbreviatura*, y después de hace la *munda*, la “limpia”, que es una nova scriptura principalis, una escritura principal nueva; el sistema se ha tornado bi instrumental, puesto que para cada acto notariado hay dos documentos, y lo que es también muy importante, un sistema de doble redacción, porque

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

el primero de esos dos documentos es sucinto y el segundo extenso; es el sistema alfonsino, del Fuero Real (1.8) y de las Partidas (3.18-19) con su distinción entre la nota y la carta. El protocolo ya no es la parte inicial del documento, sino que en el Derecho común se denomina protocolo a todo el documento inicial, el que el escribano redacta cuando las partes le manifiestan su voluntad, esto es, a la nota, “las notas primeras” del Fuero Real.

El sistema distaba mucho de ser perfecto; porque en el segundo documento, en la carta que se entregaba al interesado, había que extender, que “alargar”, aquel breve contenido de la nota, conservando, claro es, la sustancia del hecho; bien se comprenden los riesgos que encerraban los etcéteras (“Dios te libre de «etcétera» de escribano”) con 386 que los escribanos hacían en la nota la llamada a estos añadidos, sobre todo cuando había pasado tiempo hasta la expedición de la carta, o ésta tenía que expedirse por escribano distinto. El Derecho común evolucionó en el sentido de exigir la temprana “extensión” o “alargamiento” de la nota en un libro o cuaderno del escribano, y ello se recibió en los territorios españoles de la Corona de Aragón, a mediados del siglo XIV (Aragón, Fuero *Statuimus* de 1348, Pedro IV el Ceremonioso en Cortes de Zaragoza; Cataluña, Pedro III en Cortes de Perpiñán, 1351; Valencia, Fuero de Pedro II, Pedro IV el Ceremonioso de Aragón), con lo que el sistema pasó a ser tri instrumental, porque entre la nota y la carta se había intercalado un asiento en un libro, llamado en general “cabreo”, “manual” en Cataluña, “natal” en Valencia, y denominado también con frecuencia “protocolo” por contener la primera redacción extensa, aunque, claro es, no se trataba de la verdaderamente “primera” redacción; es más, en Valencia el sistema llegó a convertirse en cuatri instrumental al desdoblarse el libro de notas en “rebedor” y “protocolo”, a los que seguían el natal y el instrumento o carta.

El perfeccionamiento del sistema instrumental no estaba, sin embargo, en su complicación, sino en su simplificación: mantener la bi instrumentalidad, para que el documento inicial quedara en poder del escribano; pero terminar con la doble redacción, instaurando una redacción única, de manera que el documento inicial, la nota,

contenga ya el texto completo del documento y del negocio; y esto es una de las cosas que hace la Pragmática de Alcalá, dada por Isabel la Católica (no por los Reyes Católicos) en Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503: “ordeno e mando que cada uno de los dichos escribanos hayan de tener e tenga un libro de *prothocolo* encuadernado de pliego de papel entero; en el qual haya de escribir e escriba por extenso las notas de todas las *escripturas* que ante él *passaren*”. La gran innovación de la Pragmática de Alcalá en el punto que tratamos fue precisamente éste, que las notas fueran “extensas”, de manera que al expedir las cartas, las “escrituras signadas” según las denomina, los escribanos “ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripción”; y esta novedad arraigó, a pesar de los intentos de reintroducir los “minutarios”. La colección, la llevanza del libro de notas no supone, por el contrario, verdadera innovación, pues ya está en las Partidas, 3.19.9: “primeramente, que deben haber un libro por registro, en que escriban las notas de todas las cartas”; pero sí implica un mayor rigor (libro “encuadernado”) y una denominación técnica, la de “protocolo”, que tardaría en abrirse paso en secular lucha con la de “registro” de las Partidas y que al fin triunfaría en la Ley del Notariado. Lo cierto es que la antigua denominación de “registro”, de res gesta, cosas hechas, resultaba inadecuada incluso en las Partidas, ya que su contenido estaba constituido por documentos iniciales, aunque abreviados y no por asientos de actos anteriormente realizados. Recordemos la fecha de la Pragmática de Alcalá, 1503; cuarenta años antes de que, entre 1540 y 1545, se inicie la gestación del Archivo de *Simancas*, el primer ensayo logrado de organizar en Castilla un depósito de documentación oficial⁵.

Resumamos la historia ulterior, bien conocida. La Ley del Notariado de 1862 atribuyó al Estado la propiedad de los protocolos (art. 32), aunque reconociendo indemnizaciones a favor de los particulares que tuviesen en su poder depósitos de escrituras (DT 2º), con lo que se ponía fin a la corriente, procedente del Derecho común, que atribuía

⁵ Conf. PLAZA BÜRES, Ángel de la: *Archivo General de Simancas. Guía del Investigador*, 4.a ed. corregida, Ministerio de Cultura, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Dirección de Archivos Estatales, Madrid, 1992, p. 380 + Índice de láminas y láminas.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

la propiedad de los protocolos al notario autorizante. El Decreto de 8 de enero de 1869 (con fuerza de ley, pues todavía no estaban reunidas las Cortes Constituyentes ulteriores a la Revolución de Septiembre), siendo Ministro de Justicia Don Antonio Romero Ortiz, ejecutó lo dispuesto en la Ley del Notariado, y creó, junto a los archivos de cada notaría, los archivos de distrito. El Decreto de 12 de noviembre de 1931 (ratificado por el de 12 de enero de 1939), siendo Ministro de Justicia Don Fernando de los Ríos y de Educación Don Marcelino Domingo, creó los Archivos Históricos de Protocolos con los de más de cien años de antigüedad, a cargo de funcionarios del Cuerpo Facultativo de Archiveros, sin perjuicio de las facultades de los notarios para la expedición de copias. Y el Decreto de 2 de marzo de 1945 reorganizó las Secciones Históricas en los Archivos de Protocolos.

Las comunidades autónomas han conseguido en la generalidad de los casos la “gestión” de los protocolos notariales históricos, que es lo más que podía transferir el Estado de unos archivos de clara titularidad estatal; y una vez obtenidas estas competencias, han ayudado a la conservación y puesta a disposición de los investigadores de sus fondos protocolares y han promocionado los archivos en variadas maneras; la Comunidad de Madrid, por ejemplo, editó en 1991 un libro sobre el Archivo de Protocolos de la Capital, magníficamente presentado⁶. Los estudios locales o regionales proliferan actualmente, tomando como base con mayor frecuencia cada día los protocolos notariales, que se prestan sobre manera, en efecto, a la localización geográfica.

Sin embargo, en cuanto a su naturaleza, es preciso tener bien presente que los archivos de protocolos no son archivos administrativos, sino que como dijo JOAQUÍN DE PRADA, constituyen “un archivo privado en manos públicas”⁷, porque el contenido de los documentos

⁶ “*Madrid en el Archivo Histórico de Protocolos*, que contiene la Guía del Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, además de ciertas noticias sobre el pasado de la Villa y Corte de Madrid y su Comunidad, con algunos documentos de los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX de interés para el erudito y curioso lector”; “Introducción” (pp. 3-7) por Ana OUPÍA DEL MORAL; Dirección y coordinación: Ana DUPLÁ DEL MORAL; Comunidad de Madrid, Centro Regional de Archivos, Madrid, 1991, pp. 246 + 1.

⁷ PKAUA GUNZÁLEZ, Joaquín de: “La función notarial y el protocolo”, *Anales de la*

que los forman es de índole privada. Hay que matizar, a su vez, esta afirmación en atención a los aspectos públicos de la función notarial; por esto tienen derecho a copia, además de los otorgantes, cuantos tengan interés legítimo en el documento; salvo la incidencia del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 18 de la Constitución.

Las finalidades jurídicas del protocolo no podrían conseguirse sin asegurar su conservación. Precisamente a esta mejor conservación está encaminada la introducción del protocolo, la colección encuadernada de las escrituras. No vamos a detenernos en el examen de los textos legales que han venido imponiendo a los escribanos la obligación de custodiar el protocolo, a partir del Fuero Real, y de aquellos otros que regulan el momento crucial, la recogida de los protocolos del escribano muerto, o que por cualquier otra causa ha cesado en el oficio, y su entrega al escribano sucesor: Partidas, Pragmática de Toledo de 12 de julio de 1502, Ordenamiento de Cortes de Segovia de 1532 y Recopilaciones Nueva y Novísima. Nos limitaremos a decir algo sobre los resultados obtenidos por el legislador, en los tiempos anteriores y en los posteriores a la Pragmática de Alcalá.

A. Suele afirmarse que los territorios de la Corona de Aragón nos han conservado algunos protocolos notariales a partir del siglo XIII, mientras que hay que esperar a comienzos del siglo XVI para que tengamos protocolos en los territorios castellanos.

Ciertamente, en 1200 comienzan a aparecer los más antiguos, los fondos notariales del Archivo de Gerona; y a lo largo del siglo XIII surgen Vich, 1230; Baleares y Barcelona, 1232; Valencia 1285; a comienzos del siglo XIV, en 1315, Zaragoza, donde están perfectamente instalados y clasificados en el Colegio Notarial, etc. Téngase en cuenta sin embargo que, aunque con modalidades, en estos territorios regía según hemos dicho un sistema tri-instrumental, de manera que entre la nota y el instrumento había una redacción intermedia, en los cabreos, manuales o natales, y son precisamente

Academia Matritense del Notariado, XXIX, pp. 197-239 y *Revista de Derecho Notarial*, 39, enero-marzo 1988, pp. 183-225.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

estos libros los que han llegado a nosotros; no se trata, por tanto, de verdaderos protocolos, aunque a veces se les dé esta denominación, porque sus documentos no son los iniciales, no son los documentos consentidos por los otorgantes, sino extensión o alargamiento de los documentos iniciales. Los protocolos, en estos territorios, no existen hasta que la Pragmática de Alcalá se fue extendiendo a ellos, en sí misma o en sus principios: Navarra, Ordenanza de 1527, del obispo de Tuy; Valencia, Decreto de Felipe V de 1707; Cataluña, Reales Ordenanzas de 1736; Baleares, Instrucción de 1753; y Aragón, en fecha no determinada, al ser su introducción consuetudinaria, posterior al Fuero de 1528 y muy anterior a la Guerra de Sucesión. Antes de tales fechas, no pueden haber llegado a nosotros protocolos de estos territorios, porque en ellos no existía el protocolo.

La otra afirmación, la de que en los territorios castellanos no se había conservado protocolo alguno hasta comienzos del siglo XVI, es cierta si se concreta a los verdaderos protocolos, creados en 1503; pero es errónea si se la refiere, como suele hacerse, a cualquier colección de documentos notariales. La Fundación Matritense del Notariado lo ha demostrado mediante la publicación, en su colección *Acta Notariorum Hispaniae*, de registros notariales castellanos de los tiempos medios, encontrados en sitios a veces inverosímiles, y que nos ha transcrito el catedrático de Historia del Derecho Don ROGELIO PÉREZ-BUSTAMANTE. Se trata, insistamos, de colecciones de verdaderos documentos iniciales, los otorgados por las partes; no de extensiones de los documentos iniciales, pero tampoco de documentos iniciales extensos (protocolos), sino de documentos iniciales abreviados. El siglo XV ha quedado en alguna forma cubierto:

- El Registro Notarial de Dueñas (Palencia), comprende 52 notas, entre los años 1412 y 1414, y apareció en el Archivo de los Duques de Alba fichado como "Contratos y varios procesos ante Alcaldes. Treguas entre particulares, inventarios, tutorías, particiones, poderes, testamentos, 1414-1418"⁸.

⁸ PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *El Registro Notarial de Dueñas*, Diputación Provincial de Palencia - Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1985, pp. 146+ 1.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

- El Registro Notarial de Santillana (Santander), es un cuaderno de papel en cuarto, sin foliar, que comprende 271 notas, de los años 1419-1420, que fue encontrado en el Archivo de Simancas, por haber sido aportado en 1503 en el “Pleito de los Valles”, en que fue parte el Duque del Infantado⁹.

- El Registro Notarial de Madrid, contiene 1587 notas o asientos correspondientes a los años 1441 a 1445; apareció en el Archivo de Villa, en el Centro Cultural Conde Duque de Madrid, donde quedan sin editar otros cuatro libros, hasta 1558; yo colaboré en su transcripción, con el Prof. PÉREZ BUSTAMANTE, en poca medida por no saber paleografía, aunque fui familiarizándome con la letra, pero sobre todo porque los conocimientos histórico-jurídicos me hacían suponer en muchos casos lo que allí podía decirse; y redacté, además, un “Estudio documental”¹⁰.

- Esta labor ha sido completada por JOSÉ BONO y CARMEN UNGUETI BONO con la publicación, con motivo del V Centenario, de Los Protocolos Sevillanos de la Época del Descubrimiento¹¹, obra de gran interés histórico que contiene mil sesenta extractos de documentos notariales, debidamente catalogados, de los que se transcriben ciento, comprendidos entre los años 1441 y 1500, con notas de los registros notariales, a veces muy sucintas, cuando se trata de documentos de tipicidad muy acusada y difundida, mientras otras notas son extensas, o incluso contienen el texto íntegro del negocio. Hemos llegado así, desde 1412 hasta las vísperas de la Pragmática de Alcalá, y además hemos comprobado que la innovación de la Pragmática de Alcalá estaba en alguna medida preparada por la práctica notarial; y también por la teoría notarial, en cuanto a los instrumentos in scriptis.

⁹ PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *El Registro Notarial de Santillana*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1984, pp. 249 + 1.

¹⁰ *Los Registros Notariales de Madrid - 1441-1445*, Madrid, 1995. *Transcripción y Panorama histórico* por Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE; *Estudio documental* por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, pp. 155-214 y *Escritos Jurídicos*, 1, pp. 509-61.

¹¹ BONO, José, y UNGUETI BONO, Carmen: *Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Colegio Notarial de Sevilla, Sevilla 1986, p. 459.

B) ¿Y en la Castilla del siglo XIII? La Fundación Matritense del Notariado ha publicado también la obra de Pilar OSTOS y María Luisa PARDO, *Documentos y Notarios de Sevilla en el siglo XIII*¹², que comprende 134 documentos notariales de la Sevilla castellano-leonesa entre 1253, a bien pocos años de su conquista, y 1300; la mayor parte de estos documentos pertenecen al Archivo de la Catedral de Sevilla; y a pesar de la vinculación sevillana a Alfonso X, simbolizada en el “*No madejado*”, no se trata de notas de un registro, sino de instrumentos públicos, de cartas.

Son muchos, por otra parte, los instrumentos públicos de dicho siglo que han llegado a nosotros, y que con diversos motivos se han ido publicando en los Apéndices Documentales de las obras del más variado contenido; incluso de antes, de los tiempos prenotariales o protonotariales. Y han sido objeto de interesantes estudios, sobre todo desde el punto de vista diplomático; citemos especialmente el VII Congreso Internacional de Diplomática, celebrado en Valencia en 1986 sobre el tema Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV¹³. Como vemos por esta rúbrica, para la Diplomática los documentos notariales son documentos privados, al ser documentos de particulares; tampoco están exentos de confusionismos terminológicos los estudios de los historiadores del Derecho, proclives en exceso a la influencia francesa; de manera que, por ejemplo, llaman “actas” a las escrituras públicas, “minutas” a las matrices, y “gruesas” a las primeras copias. Los peligros que presentan para la investigación histórica estos instrumentos públicos sueltos, no integrados en una colección, son el anverso de las ventajas que la colección proporciona:

- Son muchísimos los documentos perdidos; a veces porque se han hecho desaparecer; hasta el punto de que las iglesias, monasterios,

¹² OSTOS, Pilar, y PARDO, María Luisa: *Documentos y Notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Fundación Matritense del Notariado, 1989, p. 463.

¹³ *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV*, Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática, Valencia, 1986, p. 1330, distribuidas en dos tomos, Generalitat Valenciana, 1989. Destaquemos el Discurso de Apertura de Ángel CANELLAS LÓPEZ; *El notariado en España hasta el siglo- XIV: Estado de la cuestión*, 1, pp. 99-139.

concejos, comunidades y los miembros de la nobleza reunían, con sus privilegios reales, las escrituras de su pertenencia, bien originales, o sencillamente copiados a la letra, en sus tumbos, becerros o carturarios.

- Estas transcripciones simples, y por parte interesada, incrementaba el riesgo de falsificación, de alguna parte de los documentos y de documentos enteros; de manera que el primer problema con que se encuentra la crítica histórica es el de determinar si son falsos o genuinos. Tomemos como ejemplo, entre tantos posibles, de los riesgos de los documentos sueltos la colección diplomática del Monasterio de Belmonte publicada por FLORIANO; “de los 118 documentos estudiados -concluye FLORIANO-, 103 son auténticos, originales o copias; lo están interpolados; uno es refacción; y tan solamente 6 son notoriamente falsos”¹⁴. Ello sólo quiere decir, claro está, que han de ser utilizados con cuidado.

Los registros notariales, al formar colección, ofrecen una base mucho más firme; pero al estar abreviados, en el tenor *negotii* y en sus publicaciones, tenían que ser “extendidos”, por el mismo escribano autorizante e incluso por su sustituto o sucesor -según algunos-, en el instrumento público que se entregaba a las partes, con evidentes riesgos para éstas y para el historiador posterior. No cabe, pues, duda de que, lo mismo desde el punto de vista jurídico que desde el punto de vista histórico, la mayor seguridad nos la ofrece el protocolo, con la redacción extensa de las matrices que constituyen el libro.

C) La entrada en vigor de la Pragmática de Alcalá fue un éxito; en la primera década del siglo XVI ya encontramos verdaderos protocolos a todo lo largo y ancho del territorio castellano-leonés; en Madrid capital, por ejemplo, el primer tomo conservado es de 1504; aquí en Toledo, hay un protocolo, del escribano Antonio Flores, del mismo año 1503; aunque tampoco pueda generalizarse y afirmar que el cumplimiento de la Pragmática fuera instantáneo, pues según SAN ROMÁN en Toledo “desde 1503 hasta el año 1540, próximamente,

¹⁴ FLORIANO, Antonio C. *Colección diplomática del Monasterio de Belmonte. Transcripción y Estudio*, Instituto de Estudios Asturianos, Oviedo, 1960, pp. 457 + 1; las palabras citadas, en que por cierto no coincide la suma, en p. 22.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

... se conservará a lo sumo la décima parte de los protocolos..., y una tercera parte habrá de los años 1540 a 1560; desde 1560 hasta el final del siglo están casi todos, es decir, los del período cuya custodia, en realidad, pertenece ya a los escribanos del siglo XVII¹⁵.

Puede suceder también que muchos protocolos se formaran y que no se conservaran. Son desde luego muchos los protocolos que se han perdido, por las más variadas circunstancias, por la falta de medios, por incendios o por acontecimientos bélicos; y también, hay que reconocerlo, por la incuria de los escribanos respecto de los protocolos que habían dejado de tener interés jurídico, en alguna medida explicable por el desconocimiento, incluso por los historiadores, de su importancia como fuente histórica; y también aplicando el antiguo “examen de comparación” estudiantil, pues no cabe desconocer que parte de la importancia histórica de los protocolos se debe a la destrucción prácticamente total de los documentos de orígenes no notariales.

La mentalidad al respecto hace mucho que ha cambiado. Recordemos, como símbolo, la construcción en los años 1885 y 1886, con materiales incombustibles, del Archivo de Protocolos de Madrid, obra del arquitecto JOAQUÍN DE LA CONCHA ALCALDE; como anécdota, la de JOAQUÍN COSTA, al exigir en el proyecto de Ley de Bases de su Reorganización del Notariado la instalación de “un depósito de agua y una bomba” en las proximidades del Archivo¹⁶; y como simple detalle anecdótico, el dorso de la carpeta de las escrituras de un notario de Lima de nuestro tiempo: “Notaría Pública - Oficina que conserva su Archivo en bóveda incombustible”.

La utilización de los protocolos para los estudios históricos, salvo supuestos esporádicos, no se remonta más allá de la segunda mitad

¹⁵ SAN ROMÁN, Francisco de Borja: *Los protocolos de los antiguos escribanos de la Ciudad Imperial. Notas e índices*, Madrid, 1934, p. 174; las palabras citadas, en p. 35.

¹⁶ COSTA, Joaquín: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Obras Completas, vol. XIII, Z. ed., 1917; había aparecido como libro en 1893.

del siglo XIX¹⁷. A esta falta de utilización contribuyó, desde luego, la mala instalación de los archivos, en lamentables locales, en que se amontonaban los tomos de protocolo sin orden ni concierto. La situación ha cambiado radicalmente, y sigue mejorando todos los días, como bien nos muestra el motivo del acto que celebramos. La labor de los investigadores se ve facilitada también por la catalogación de los fondos existentes, y de otra documentación complementaria.

- Muchos de los índices, catálogos o inventarios están incluso publicados. Ya hemos citado los del distrito de Toledo, que publicó en 1934 el benemérito FRANCISCO DE BORJA SAN ROMÁN, el primer Director del Archivo Histórico, a raíz de la Ley de 1931, con interesantes notas sobre el antiguo Colegio Notarial de Toledo, que subsistió hasta la Ley de 1862¹⁸. Más modernamente, MERCEDES MENDOZA ha publicado el de la provincia de Toledo, con notas, esta vez, del antiguo Cabildo de escribanos de Talavera de la Reina¹⁹. Y tengo que citar, naturalmente, al Archivo de Protocolos de Madrid, que gracias a la continua labor del que fue su Director, ANTONIO MATILLA TASCÓN, cuenta con un *Inventario General*²⁰ y otros sectoriales: *de testamentos y documentos afines* (codicilos, memorias testamentarias, poderes para testar, particiones, etc.), *de testamentos y documentos afines de Nobles*, de los referentes a la Iglesia y Eclesiásticos, o a las Cédulas y provisiones reales que figuran como documentos unidos a las escrituras que, claro es, también son protocolos, y de los *Papeles sueltos, que ya no lo son*²¹.

¹⁷ Conf. BARREIRO FERNÁNDEZ, Xosé Ramón: “Los protocolos notariales y el historiador”, pp. 23-27 de *El Notariado*, citado *infra*, nota 23.

¹⁸ SAN ROMÁN, op. cit. en nota 14.

¹⁹ MENDOZA EGUARAS, Mercedes: *Catálogo de escribanos de la provincia de Toledo (1524-1867). Poblaciones y años en que ejercieron*; “Introducción” (pp. VII-XXXVIII), Instituto Provincial de Investigaciones y Estudios Toledanos, Toledo, 1968, pp. 236+ 1.

²⁰ MATILLA TASCÓN, Antonio: *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Inventario General de Protocolos Notariales (Años 1504 a 1879)*, Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 225.

²¹ MATILLA TASCÓN, Antonio: *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Índice de testamentos y documentos afines* (Primera Serie), Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 209. = *Índice de testamentos y documentos afines de Nobles*, Madrid, Hidalguía, 1984, p. 109. = *Iglesia y Eclesiásticos en la documentación notarial de*

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

- También favorece la investigación la publicación de documentos, sobre todo aquellos que tienen unidad temática, o temporal y local, algunos de los cuales aparecen a lo largo de mi intervención²².

- Finalmente, contribuyen a formar opinión exposiciones, como la que tuvo lugar en Madrid, en 1950, con motivo del II Congreso Internacional del Notariado Latino y libros como el que, con el mismo motivo, publicó el Colegio Notarial de Madrid, con un estudio preliminar de G. DE AMEZÚA²³, o el que modernamente ha publicado el Colegio Notarial de La Coruña²⁴, y algunos otros que hemos citado o citaremos a lo largo de esta intervención.

Pero una razón fundamental para “huir” de los protocolos ha sido, a lo que me parece, su enorme mole, los miles y miles de tomos, los millones de documentos, escritos en letra enrevesada (pues aquí fracasó la Pragmática de Alcalá al querer que los documentos se escribieran “en buena letra cortesana, y no procesada”, cáp. 7) y con una redacción reiterativa, redicha, monótona; documentos, a su vez, en gran medida repetitivos y de carácter disperso y fragmentario.

En la utilización como fuente de la Historia de los protocolos notariales suelen distinguirse *dos épocas*, debidas a dos diversas

Madrid. Catálogo, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1993, p. 424. = *Cédulas y provisiones reales en la documentación notarial de Madrid (Catálogo)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1994, p. 263. = *Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Papeles sueltos. Inventario*, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Madrid, 1987, p. 184.

²² Añadamos algunos ejemplos más: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias*, Selección y Transcripción por Antonio MATILLA TASCÓN, Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1983, p. 276. = MATILLA TASCÓN, Antonio: *Noticias de escribanos y notarios de Madrid*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1989, p. 583. = MORENO TRUJILLO, M.” Amparo: *Documentos notariales de Santa Fe en la primera mitad del siglo XVI (1514-1549)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1988, p. 368.

²³ *La vida privada española en el protocolo notarial*. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid, publicada con ocasión del 11 Congreso Internacional del Notariado Latino, con un estudio preliminar de Don Agustín G. de Amezúa y Mayo, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1950, p. 442.

²⁴ *El Notariado. Una necesidad de ayer y de hoy*. Exposición documental, Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, Santiago, 1993, p. 173.

concepciones de la Historia.

En la *primera época*, de la Historia interesaban sobre todo los grandes acontecimientos, los grandes personajes: las guerras, los descubrimientos, los reyes, los nobles, los capitanes, las personalidades también del mundo de la cultura y de las artes, con sus creaciones, sus libros, sus monumentos, sus esculturas, sus cuadros.

La documentación notarial aparece en esta primera época como complementaria de otras fuentes históricas principales, a las que aporta el dato preciso descubierto en un documento singular; no se estudian, pues, los protocolos en sí, en su conjunto, sino que se trata de “cazar” la preciosa pieza del documento relevante por las personas de sus otorgantes, y más todavía si el contenido del documento se refiere, precisamente, a la actividad en la que han obtenido su relevancia. La búsqueda consistía en un sondeo trabajoso y dependía un tanto de la suerte, aunque las otras fuentes históricas podían proporcionar algunas pistas; así DÁMASO ALONSO nos cuenta que para orientarse en el “mar”, en el “maremagnum” del Archivo de Protocolos de Córdoba, al que había acudido en busca de documentos para la biografía de GÓNGORA, hizo “una selección de momentos de la vida de Don Luis que debían haber dejado huella documental” y procuró “predecir o atisbar el escribano a quien se habría acudido”²⁵.

Las aportaciones que, en esta dirección, han hecho los protocolos notariales han sido inmensas. Sin los protocolos no se habrían podido escribir las vidas de nuestros grandes literatos, de Cervantes, de Lope, de Quevedo, de Góngora, ni de nuestros arquitectos, pintores, escultores, orfebres, de manera que nuestra Historia del Arte aparecería empobrecida²⁶.

Me limitaré a poner un ejemplo muy toledano, muy universal. El

²⁵ Prólogo, p. XIX, al libro *Para la biografía de Góngora: documentos desconocidos*, publicados por DÁMASO ALONSO y Eulalia GALVARRIATO DE ALONSO, Madrid, Gredos, p. G31.

²⁶ Conf. GOY DÍZ, Ana: “El notario como testigo de la actividad artística”, pp. 29-37 de *El Notariado* citado supra, nota 23.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

Entierro del Conde de Orgaz de EL GRECO, se solía fechar en 1584 hasta que SAN ROMÁN descubrió en el protocolo del escribano de Toledo Juan Sánchez de Canales la nota extensa -la matriz- de la escritura en la que El Greco se obligó a pintar este cuadro para la capilla de la Iglesia de Santo Tomé; la escritura lleva fecha de 18 de marzo de 1586, pero esta diferencia de dos años es escasa; lo importante es la descripción del cuadro que se le encarga: “Lo primero, que se ha de pintar desde arriba del arco hasta abajo, y todo se ha de pintar en lienzo hasta el epitafio que está en la dicha pared, y lo demás abajo al fresco y en ello se ha de pintar un sepulcro; y en el lienzo se ha de pintar una procesión de cómo el cura y los demás clérigos que estaban haciendo los oficios para enterrar a Don Gonzalo Ruiz de Toledo, Señor de la villa de Orgaz, y bajaron Santo Agustín y San Esteban a enterrar el cuerpo de este caballero, el uno teniéndole de la cabeza y el otro de los pies, echándole en la sepultura; y fingiendo alrededor mucha gente que estaba mirando; y encima de todo ésto se ha de hacer un cielo abierto de Gloria”²⁷; casi parece un acta notarial de presencia del cuadro ya pintado. ¿Estamos ante una escritura primordial, o ante una *renovatio contractus*?; la explicación quizá no sea jurídica, de tipo de documento, sino que haya que buscarla en el status o condición social del artista en aquella época, que tendía a ser “artista”, pero que en gran medida era “artesano”, incluso en su sumisión a los encargos del cliente; algo de lo que expuso ORTEGA respecto de VELÁZQUEZ, más interesado en los cargos burocráticos de la Corte y en la obtención del hábito de la Orden de Santiago que en su excelsa labor artística²⁸.

La segunda época comienza, como hemos dicho, en la década de los cincuenta de nuestro siglo XX, en que se produce un cambio en la concepción de la Historia; ahora va a interesar más la “historia social”, en sus múltiples aspectos, de la que fue portavoz LABROUSSE en el Congreso de Roma de 1955.

²⁷ SAN ROMÁN, Francisco de Borja de: *El Greco en Toledo*, 1910, Apéndice, Documento 8º, pp. 156-60; las palabras citadas en pp. 156-57.

²⁸ ORTEGA y GASSET, José: “Introducción a Velázquez”, en *Papeles sobre Velásquez y Goya*, Madrid, 1950, y en *Obras Completas*, vol. 8º, Madrid. 1962, pp. 457-87.

Nos corresponde destacar especialmente al notario de París, POISSON, pionero en este tipo de trabajos; más de sesenta han sido recogidos en 1985 en un volumen que lleva por título *Notarios y Sociedad - Trabajos de Historia y de Sociología notariales*²⁹.

Como consecuencia de las nuevas ideas, la utilización histórica de los protocolos notariales adquiere un sentido distinto: ya no se trata de buscar el documento singular, que puede darnos un dato puntual, sino de manejar el conjunto de datos que nos proporciona una masa de documentos y su tratamiento cuantitativo, actualmente potenciado por la informática. Los protocolos dejan de tener, por tanto, un papel complementario de las otras fuentes históricas, para ocupar un lugar primordial, debiendo ser considerados como una fuente autónoma, que ensancha la temática de la historia social y que tiene peculiaridades metodológicas en su tratamiento, y así, cuando las nuevas corrientes penetran en España, como siempre con algún retraso, se celebra en Santiago de Compostela, en 1982, un II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada que tiene como tema La documentación notarial y la Historia³⁰. Sus "Actas" se abren con un trabajo fundamental del profesor de Santiago ERRAS ROEL, especialmente centrado en estas materias metodológicas³¹.

El Coloquio de Santiago agrupa sus trabajos en cuatro secciones, historia social, historia rural, historia de las mentalidades e historia económica, precedidas, cada una, de un estudio introductivo³²; antes

²⁹ POISSON, Jean-Paul: *Notaires et société, Travaux d'Histoire et de Sociologie Notariales*, Económica, París, 1985, p. 736.

³⁰ Actas del II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada, La documentación Notarial y la Historia (Santiago de Compostela, 1982), Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Salamanca, 1984, I, p. 460; II, p. 446.

³¹ EIRAS ROEL, Antonio: "La metodología de la investigación histórica sobre documentación notarial: para un estado de la cuestión. Introducción general", en op. cit. en la nota anterior, I, pp. 13-30.

³² Conf. MEYER, Jean: *L'apport notarial à l'histoire sociale de l'époque moderne en Europe*, I, pp. 33-73; JACQUART, Jean: *Sources notariales et histoire rural*, I, pp. 245-67; VOVELLE, Michel: *Minutes Notariales et Histoire des Cultures et des Mentalités*, II, pp. 9-26; y VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín: *Protocolos notariales e Historia Económica: crédito, comercio, industria*, II, pp. 189-218.

de referirnos brevemente a ellas, advertimos que los protocolos han sido utilizados para otras numerosas investigaciones históricas, sobre la demografía, la historia urbana, a que repetidamente nos referiremos, la historia del ocio, actualmente tan trascendente³³, e incluso la climatología.

La historia social, aparte de su carácter genérico, y por tanto residual, estudia especialmente las estructuras sociales y los grupos socio-profesionales, las élites sociales, el artesanado, los inmigrantes, los matrimonios, las familias, etc. Recordemos un libro de BRAVO LOZANO sobre el problema de la vivienda en el Madrid de finales del siglo XVII, quien declara que su “fuente principal de información, casi exclusiva en este trabajo, es el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid”³⁴. BRAVO LOZANO, ha estudiado también un grupo de emigrantes de interesantes características, el de los indianas: la selección del emigrante, el viaje (costos, agencias), actividades económicas en Indias, y el regreso de los triunfadores, cómo colocan su dinero, cómo intentan subir en la escala social³⁵.

La historia rural comprende las transmisiones de tierras, las crisis agrarias, etc., en que son fundamentales las escrituras de compraventa y de arrendamiento. Añadamos que también la historia urbana cobra, dentro de la historia social, una nueva dimensión; ahora interesan también aquí los grupos sociales, por ejemplo, los gallegos en Canarias o los genoveses en Toledo en el siglo XVI³⁶; en la misma

³³ Cant., por ejemplo, MATILLA TASCÓN, Antonio: *Toros y otras fiestas en Madrid, según la documentación notarial* (Siglos XVI a XIX), Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1985, pp. 30 + 18 láminas.

³⁴ BRAVO LOZANO, Jesús: *Familia busca vivienda, Madrid, 1670-1700*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1992, p. 269; las palabras citadas, en p. 11.

³⁵ BRAVO LOZANO, Jesús: *De indianos y notarios*, Segunda Parte (pp. 79-238) del libro del mismo título editado por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

³⁶ Conf. Loso CABRERA, Manuel: “Los gallegos en Canarias a través de los protocolos notariales en el primer tercio de siglo XVI”, y MONTEMAYOR, Julián: “Quelques affaires génoises a Toledo au XVIe siecle”, ambos en op. cit. en nota 29, 1, pp. 211-23, Y 11, pp. 287-93, respectivamente; y con mayor amplitud temática, MORENO TRUJILLO, María Amparo, OBRA SIERRA, Juan María de la, y OSORIO PÉREZ, María José: “Varia Notariorum. La otra historia de los granadinos del siglo XVI”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre 1993, separata número 22, p. 410.

dirección, el libro de JUAN LUIS BLANCO Mozo que creo va a salir a la luz este otoño en Madrid: *La Colonia Vasca en Madrid en el siglo XVIII (Estudio sobre los protocolos notariales madrileños)*.

La historia de las mentalidades presenta el mayor interés; se trata de la visión y comportamiento de las gentes sobre la religión, la ética, la cultura, el mundo, la vida, la muerte, en una época y zona determinadas; son fundamentales los datos contenidos en los testamentos, con sus profesiones de fe y disposiciones sobre entierro y sufragios, mandas piadosas, etc., y también los de los inventarios de bienes, entre vivos o *post mortem*, esenciales para conocer las bibliotecas de los particulares.

BRAVO LOZANO nos da cuenta del indiano que encargó en su testamento se le dijeran 22.000 misas; bien es verdad que sólo 10.000 eran por su alma; yo pensaba que era un caso de soberbia, y no precisamente de jactancia económica, sino por creerse tan gran pecador; pero no me quedó duda alguna de su exquisita espiritualidad -teresiana- cuando reparé en el inicio de su testamento, “enfermo en cama de enfermedad con que Dios N. Sr. ha servido regalarme”, en lugar de “mandarme”, que es la fórmula habitual³⁷.

También la muerte, “siempre viva” en expresión de POISSON³⁸ ha dado lugar a trabajos de interés, como el de GONZÁLEZ LAPO, sobre la nueva historiografía de la muerte³⁹ o el libro de SOLEDAD GÓMEZ NAVARRO concretado a la Córdoba de los años 1790 a 1814⁴⁰, período de tiempo, por cierto, bien elegido.

La historia económica encuentra en los protocolos numerosos datos

³⁷ BRAVO LOZANO, op. cit. en nota 34, pp. 125-26.

³⁸ POISSON: “La mort est toujours vivante. Les dispositions testamentaires aux XXe siecle”, op. cit. en nota 28, pp. 619-22.

³⁹ GONZÁLEZ LOPO, Domingo L.: “Los protocolos y la nueva historiografía de la muerte: El documento notarial como reflejo de las actitudes colectivas”, op. cit. en nota 23, pp. 39-47.

⁴⁰ GÓMEZ NAVARRO, Soledad: “El sentido de la muerte y la religiosidad a través de la documentación notarial cordobesa (1790-1814)”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata número 6, octubre 1985, pp. 131+1.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

en materia de sociedades, del crédito (hipotecas, cartas de gracia, protestos de letras), de coyuntura económica. Aparte de los trabajos que se reúnen en las Actas del Coloquio de Santiago, citemos el libro de JESÚS BRAVO LOZANO, *Montes para Madrid*, sobre el abastecimiento de carbón vegetal a Madrid en los siglos XVII y XVIII⁴¹, con gran contribución, por cierto, de los montes de Castilla-La Mancha.

La separación de ambas épocas no es, sin embargo, tan radical; porque la segunda época coexiste con la primera, y siguen interesando los temas de siempre y utilizándose, no sólo el documento singular, según se la crítica, sino la masa de documentos, como también antes se hacía; así ocurre por ejemplo con las biografías, para las que hay que buscar además los documentos relativos a parientes, amigos y colegas del personaje biografiado; con la historia urbana al estilo clásico⁴², o con los trabajos de *Historia del Derecho*⁴³, en que para nada interesa el documento genial, sino la acumulación de documentos en un mismo sentido, que puede significar una interpretación generalizada o la formación de una costumbre jurídica; y también el desprestigio de una ley.

Pero hay, ciertamente y según hemos tenido ocasión de comprobar, nuevos temas, y también una nueva metodología histórica aplicada referida a los protocolos notariales.

ANTONIO PÉREZ SANZ, en una comunicación al Congreso de

⁴¹ BRAVO LOZANO, Jesús: *Montes para Madrid. El abastecimiento de carbón vegetal a la Villa y Corte entre los siglos XVII y XVIII*, Colección Marqués de Ponteijos, Caja de Madrid, 1993, p. 302.

⁴² Conf. MORENO TRUJILLO, María Amparo: 1569 - *Un año en la vida de Huelma a través de su Notaría*, Granada, 1988, p. 225.

⁴³ Recordemos de nuevo a MORENO TRUJILLO, M." Amparo: "De la práctica notarial en el siglo XVI: tutorías, particiones hereditarias e inventarios (Santa Fe, 1514-1549)", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, diciembre 1987, separata número 11, pp. 162+1; o mi Estudio documental citado en nota 9. Lo mismo ocurre con otros estudios, como los lingüísticos; Conf. para una época anterior al protocolo, REIDY FRITZ, J.: *Documentos notariales aragoneses, 1258-1495*. Estudio lingüístico, Institución Príncipe de Viana, 1977, p. 328.

Santiago⁴⁴, insistía en que los investigadores debían tener presente “el carácter jurídico del documento”; y por ello también los juristas, y especialmente los notarios, que somos los que mejor conocemos los documentos, tenemos algo que decir sobre la metodología de la aplicación de nuestros protocolos a la investigación histórica.

El investigador deberá tener, ante todo, algunos conocimientos del Derecho vigente en el lugar y tiempo a que se refieran sus estudios; sin ello corre el riesgo de descubrir mediterráneos, e incluso de cometer grandes errores; hasta en la transcripción de los documentos, cuando su letra resulta confusa, según me demostró mi corta experiencia en la materia, a que ya hice referencia.

Deberá utilizar también las otras fuentes históricas que tenga a su alcance, y de una manera especial servirse de los formularios y de la literatura jurídica difundida entre los escribanos en los tiempos de que se trate, RIBERA, MONTERROSO, MELGAREJO, FEBRERO, la CARTILLA REAL, etc.

Hay que tener en cuenta las características socio-económicas y culturales de las personas que en cada época utilizaban preferentemente los servicios de los escribanos y, para detectar y rectificar todo resto de subjetivismo, el tipo de clientela de cada uno de los notarios, y hasta sus ideas, en materia jurídica y no jurídica, que inconscientemente puede haber trasfundido en el documento; hay sobre estos temas interesantes trabajos de POISSON⁴⁵.

La libertad de crítica del historiador respecto de los documentos notariales es evidente. CALAMANDREI, en su trabajo *Il giudice e lo storico*⁴⁶ mantenía una cierta semejanza inicial entre la actividad del

⁴⁴ PÉREZ SANZ, Antonio: *Dos precisiones en cuanto a la documentación notarial histórica*, intervención en el “II Coloquio”, citado en nota 29, que no aparece recogida en las actas publicadas.

⁴⁵ POISSON: “Pour une statistique sociologique de la clientele des notaires” y “L’analyse du contenu des Iormulaires juridiques. L’Ancien Régime”, op. cit. en nota 28, pp. 445-55 y 73-79 respectivamente.

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero: “Il giudice e lo storico”, en sus *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, pp. 27-51.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

historiador y la del juez en la investigación de los hechos pasados, aun señalando una serie de diferencias, entre las que a nuestros efectos destaca la existencia de “pruebas legales”, valoradas directamente por la ley, con carácter vinculante para el juez, pero no para el historiador, que es ajeno a todo problema de seguridad jurídica y de especial eficacia probatoria.

Sin embargo, bueno será que el historiador, al manejar los documentos notariales, esté al corriente de distinciones que, en una consideración analítica, para nosotros son evidentes: si el que declara en cada parcela del documento es el notario, o son las partes, o una de ellas; si las declaraciones se refieren a la esfera de los hechos, sensibles o no, que serán verdaderos, erróneos o falsos; o bien a juicios de legalidad o de otro tipo, acertados o equivocados; a declaraciones de voluntad, verdaderas o simuladas, etc. Y aunque sea cierto que las narraciones del notario relativas a hechos sensibles, que él mismo realiza o percibe por sus propios sentidos, no están cubiertas para el historiador por ninguna fe pública, será prudente que tenga en cuenta que la fe pública no es una creación arbitraria de la Ley, sino que tiene su fundamento en la realidad de la vida, en la que esos hechos que el notario relata prácticamente siempre son verdaderos; sin esta veracidad la fe pública no hubiera podido sobrevivir; prontamente habría perecido.

Es propia de los protocolos notariales, y con ello termino, una gran objetividad, que no puede reconocerse ni a los historiadores del pasado; objetividad que se debe no sólo a la actuación del notario, que ha hecho de la verdad su profesión, sino a que los interesados, al otorgar un documento notarial, están defendiendo unos intereses privados muy concretos y son ajenos a toda consideración política o ideológica.

Esta objetividad asegura la permanencia de los protocolos notariales como fuente histórica para el conocimiento de nuestros días en un mañana en que la información será infinita, pero que siempre en alguna medida se encamina en una determinada dirección, es etimológicamente tendenciosa. Ahora mismo estamos asistiendo

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

a una manipulación de la historia en algunos sectores de ciertas comunidades autónomas, y de la misma Unión Europea; aunque también a veces se proceda de buena fe, porque si, como dijo CROCE, toda historia es historia contemporánea, viene siempre a implicar un proyecto de vida en común, y por tanto una política. Los protocolos notariales constituyen, por su amplitud y por su objetividad, la principal fuente de conocimiento de nuestra realidad pasada; al fin y al cabo la superioridad de SÁNCHEZ ALBORNOZ sobre AMÉRICO CASTRO -y sobre el ORTEGA Y GASSET de la España invertebrada- radicaba en eso, en que Don Claudio había leído millares de documentos notariales.

Principios generales de Deontología Notarial

Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL

Sumario: 1. Introducción. 2. Relaciones entre Derecho y Moral. 3. Ética jurídica y Deontología jurídica. 4. La importancia de la deontología para la supervivencia de la profesión notarial. A) En los momentos previos a la autorización. 1º) La recepción de la declaración de voluntad de los otorgantes y su correspondencia con lo reflejado en el documento. 2º) La relevancia deontológica de la actuación notarial en relación con el control de legalidad. B) En los momentos simultáneos a la autorización. 1º) Redacción y autorización del documento. 2º) La intervención del Notario respecto del contenido de las declaraciones de las partes. C) En los momentos posteriores a la autorización. Los efectos de la intervención notarial. 1º) Certeza jurídica. a) La perfecta y precisa calificación jurídica del negocio jurídico de que se trate. b) La permanencia en el tiempo y el espacio de la eficacia del documento. c) La exactitud y concreta determinación de los derechos. 2º) La seguridad jurídica que con ella se crea. 5. Aspectos deontológicos del deber de colaboración del Notario con la Administración Pública y su relación con el secreto profesional. A) El deber de colaboración con la Administración y el secreto profesional del notario. B) La intervención del notario en relación con el lavado de dinero. 1º) La diligencia debida. 2º) El secreto profesional en relación con el sistema de presunciones. 6. Cuestiones deontológicas relacionadas con el sistema de Aranceles

1. Introducción

No suele ser el tema deontológico un tema al que se dedique una especial atención en los diferentes Manuales y Cursos de Derecho Notarial. Quizá se deba ello a que la Deontología, como el valor al soldado, siempre se le suponía al Notario. Hoy en día, sin embargo, en el que un progresivo avance hacia una competencia no controlada debidamente, y una falta, a veces por la carencia de medios, de un sistema correcto de inspecciones constituyen un peligro evidente para el cumplimiento deontológicamente correcto de esta profesión, se impone dedicar al menos un breve estudio a esta importante cuestión, con especial hincapié en la naturaleza esencialmente jurídica de la norma deontológica.

La expresión de “principios deontológico-notariales”, puede resultar para algunos demasiado teórico o abstracto, como para que pueda dar respuesta a los graves problemas que la deontología representa hoy en día en casi todas las profesiones. Pero intentar abordar los supuestos concretos que señalan el camino para el buen quehacer notarial, sin haber estudiado previamente cuáles son los principios que sirven de fundamento a dichos supuestos, no conduciría más que a una casuística, a todas luces ineficaz y estéril, ya que los supuestos se renuevan continuamente y de no haber una base y unos criterios generales que nos ayuden a dilucidar lo moral de lo inmoral, lo ético de lo que no lo es, jamás llegaríamos a conseguir una unidad de criterio deontológico notarial.

Solamente si tenemos claros esos principios podemos a continuación poder determinar los supuestos punibles, para luego poder dictar la norma disciplinaria que los haga eficaces.

En el ámbito notarial, al hablar de deontología podemos hablar de un antes y un después, en torno a un acontecimiento clave que tuvo lugar en Buenos Aires: la celebración del XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) entre el 2 y el 8 de octubre de 1998 conmemorando el 50 aniversario de su fundación. En dicho congreso el Tema III se titulaba: “La Deontología notarial

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

en relación al Estado, los clientes y los demás colegas". Por vez primera se llevaba a un Congreso de la UINL este tema y por unanimidad fueron aprobadas doce conclusiones que han resultado de enorme importancia para el futuro de la profesión. Dentro de ellas destacaremos dos singularmente. La que solicitaba la creación en el seno de la UINL de la Comisión de Deontología y la que solicitaba la elaboración de unos principios generales de deontología notarial aplicables en toda la UINL. La Comisión resultó efectivamente constituida en la reunión del Consejo Permanente celebrada en Atenas en 1999 a los pocos meses de terminado el Congreso, y los principios han sido aprobados ya por el Consejo Ejecutivo de la Unión y por el Consejo Permanente y la Asamblea de Notariados miembros, en la reunión que tuvo lugar el 21 de octubre de 2004 en México con ocasión del XXVII Congreso de la UINL.

Seis años pues, tiene de existencia la Comisión de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino. Unos años que la Comisión ha dedicado a estudiar estos principios, estructurarla internamente a través de la creación de diferentes subcomisiones, y conseguir llegar a una unidad de criterios deontológicos para nuestra profesión. Solamente después de estos cuatro años, hemos podido pasar a concretar una posible relación de principios deontológicos que nos han permitido plasmar para todo el notariado las líneas maestras de lo que representa una buena actuación notarial, y los criterios jurídicos que permitirán cumplirla. Esos principios deontológicos pueden clasificarse bajo dos modalidades. Principios de carácter inmanente, es decir deducidos de la naturaleza propia de la función notarial, entre los que se encontrarían los principios de imparcialidad, solidaridad, verdad, rectitud, lealtad, conciencia, prudencia etc., y principios de carácter trascendente, en el sentido de principios configuradores de los efectos de la intervención notarial, que trascienden la propia actuación del notario para dar eficacia jurídica a sus actos basados en una conducta notarial deontológicamente correcta.

Pero no tiene mucho sentido examinar dichos principios sin hacer una alusión aunque sea breve a las relaciones entre Derecho y Moral.

2. Relaciones entre Derecho y Moral

La primera observación que conviene tener en cuenta es que, como ha observado FALCÓN y TELLA, no solo afectan a la validez jurídica el plano de la efectividad, es decir de la eficacia como tal del hecho jurídico, y el plano de la validez formal, es decir, el amparo del ordenamiento jurídico, sino también el plano ético de la legitimidad. Planos que se entremezclan entre sí en mutua interdependencia, de modo que no cabe pensar en una de las dimensiones de esa validez, sin tener en cuenta las otras dos.

Vamos a referirnos, a modo de introducción y de modo sucinto y simplemente expositivo, al primero de esos planos que condicionan la validez jurídica de la norma y del obrar jurídico: el plano ético de la legitimidad.

Se trata de un plano en el que opera la dimensión axiológica del Derecho que hace condicionar la concepción de validez a su compatibilidad con la justicia.

Estos valores han de integrarse con las exigencias de la propia conciencia y con las exigencias de los demás en cuantos individuos y de los demás en cuanto sociedad o integrantes de un grupo social.

En el ámbito de las profesiones jurídicas estos valores se vienen configurando como principios generales de actuación, que informan el ejercicio de los mismos adaptados a la esencia de cada uno de ellos, y en los que según el fin que persiguen, prevalecerán más, unos valores que otros. Si en el juez prevalece la justicia, en el abogado será la lealtad a su cliente, en el fiscal la lealtad al Estado, aunque en todos ellos derivarán esos criterios de obrar de la obligación de cumplir con unos principios morales que son únicos e iguales para todos ellos. Moral, como decía el Notario español GONZÁLEZ PALOMINO, no hay más que una. En consecuencia, ni que decir tiene que no deberán de dejarse tener en cuenta los demás valores que deben informar el quehacer del jurista, imparcialidad, competencia, integridad, sino que en su aplicación concreta al campo propio de cada una de las

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

profesiones estarán esos valores siempre sometidos a una jerarquía.

Sin entrar en la discusión sobre la fundamentación de las relaciones entre Derecho y Moral, lo que interesa sobremanera, ya no solo al jurista, sino al ciudadano, es el conocer si como consecuencia de esa relación, la norma jurídica que viole una norma moral pierde su carácter jurídico y con ello su eficacia en cuanto norma, puesto que dejaría de ser obligatoria. La cuestión además de enormemente práctica y actual no deja de ser enormemente compleja, si partimos del hecho de que en la sociedad actual coexisten diversas morales no coincidentes y que por tanto si con carácter general se pregunta si la norma inmoral debe cumplirse o no, habría que contestar: en principio sí, porque al carecer de una norma universal, lo que se impone es separar Moral y Derecho. Respuesta, ya adelantamos, equivocada.

Equivocada por el hecho de que Moral y Derecho están íntimamente unidas, lo cual, dicho sea de paso, no incluye de momento tomar partida sobre la prioridad de uno sobre otro.

Hoy en día, en que a través de la noción derechos fundamentales, se incorporan categorías morales amplias a la mayoría de las Constituciones (derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad, etc.) la cuestión habría que plantearla, según algunos autores, solo respecto a los Estados arbitrarios y no respecto a los Estados democráticos, que ofrecerían fórmulas adecuadas, como la omisión lícita, o la impunidad al incumplimiento en los supuestos de que determinadas actuaciones (colaboración médica a la eutanasia, *v. gr.*) fuera contra las convicciones morales y religiosas.

Al mundo de la ética, por tanto, y vistas las dificultades que presenta, hay que acercarse pues con sosiego y con precaución. Decía CARNELUTTI, que si bien la humanidad avanza en todas las direcciones, en la dirección de la ética lo hace con gran lentitud. Los hombres, añadía, se hacen mejores en esta dirección pero sus pasos son imperceptibles.

Y ello, a mi juicio, lo es merced a una doble causa. *La primera se*

vincula a la naturaleza misma de la ética. No progresa ésta por la positivización de su contenido, sino por su aplicación y vivencia personal por parte del sujeto a que se dirige. *La segunda* hace referencia a un hecho un poco más sutil. En muchas ocasiones la conducta ética precede y conforma al hecho social. Pero en muchas otras es posterior a éste. Tras la aparición de determinadas conductas cuyos efectos nocivos sólo el transcurso del tiempo permite denunciar, es la ética profesional quien reacciona *a posteriori* frente a esos hechos, condenándolos o sancionándolos.

Pero esos pasos a los que avanza la ética, apenas imperceptibles, no puede engañarnos acerca de su tremenda importancia, de su significativa eficacia.

Eficacia e importancia que se acentúa según se comprueba por experiencia de años, que en el momento en que una profesión deja de tener una referencia ética pasa a ser sustituida en poco tiempo, por demanda de la propia sociedad, por aquellas otras profesiones que sin poseer en su seno los mismos criterios de actuación, cubren al menos los requerimientos morales de que ya carecía la profesión a la que sustituyen. Y ello es muy importante tenerlo en cuenta si ante los sucesivos cambios de la propia sociedad, de los principios económicos que la van conformando, o de los criterios políticos que en cada momento pueden orientarla, esos principios deontológicos, lejos de mantenerse, adaptándose a las circunstancias, se modifican por estas para alcanzar el beneficio económico o el fin político pretendido en su caso, sin respeto alguno a la naturaleza del acto moral o a los criterios éticos que informan la diferentes profesiones.

3. Ética jurídica y Deontología jurídica

Y es que la deontología, cuyos orígenes hay que referir a Jeremías BENTHAN y a ROSMINI precisamente donde desarrolla todo su contenido es en relación con las profesiones y sobre todo con las profesiones liberales puesto que en ellas las conductas de sus miembros en el ejercicio de las mismas afectan no solo al propio individuo, para bien o para mal, sino a toda la profesión. De ahí nace

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

precisamente la obligación que tiene la corporación profesional de formar e informar a sus miembros en cuestiones deontológicas. Esa formación -dice FAIRÉN- será el instrumento que le ayude a seguir lo que sus ideas morales le indiquen y conseguir a la vez un recto criterio para el más seguro enfoque de las posibles cuestiones que se le planteen.

Conocer los principios éticos que definen cada profesión supone analizar con detenimiento los caracteres esenciales de la misma y a continuación deducir, de acuerdo con los principios éticos universales cuáles son los que más convienen para lograr que esos caracteres esenciales se cumplan siempre.

No es obstáculo la existencia de órganos que ejerzan un poder coercitivo sobre los individuos de la respectiva corporación de que forman parte, para que siga siendo válido el principio fundamental de la libertad, al cual se vincula la relevancia del acto moral. El jurista va a ser en cada momento aquello que quiera ser, al igual que el hombre que decide ser bueno, acabará siéndolo por encima de presiones o de dificultades, pues a la postre los órganos corporativos solamente intervendrán respecto a una serie mínima de actos ilegales. La mayoría de ellos quedarán lógicamente fuera de su control. Siempre los criterios de bondad y maldad tendrán su relevancia y eficacia en el ámbito interno, ya que externamente el juicio ajeno poco añadiría, en la práctica, al juicio personal.

4. La importancia de la deontología para la supervivencia de la función notarial

Pero la deontología no tiene la misma relevancia en todas las profesiones. Sin duda, que carece la Deontología Notarial de los presupuestos técnico-jurídicos, de los estudios doctrinales sustantivos y de la jurisprudencia orientadora con la que se ven acompañadas, complementadas y fundamentadas, instituciones tan básicas para el notariado como son la noción de instrumento público, el concepto de unidad de acto, el principio de seguridad jurídica o el valor de la forma en relación con el documento público. Pero no deja de

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

ser cierto también que si la deontología no informa todas y cada una de esas instituciones citadas, el instrumento público acabaría perdiendo su eficacia, la unidad de acto, en sus múltiples posibles manifestaciones se desequilibraría siempre en favor del interés económico más poderoso, se perdería la seguridad jurídica que la función notarial aporta al acto o negocio en que interviene, y la forma pública que es consustancial al documento que autoriza el notario y que como expresión de la solemnidad del acto prefigura y recoge las declaraciones de las partes, pasaría a convertirse en un pesado lastre contra la agilidad del tráfico al devaluarse en peso muerto que no garantiza la verdad de su contenido y simplemente aumenta el coste de la contratación.

Pero al hablar de deontología no hablamos de abstracciones, ni de teorías, sino de principios imprescindibles para la eficacia y la pervivencia misma de la profesión notarial.

Eficacia y pervivencia que queda más claramente demostradas desde el momento en que la inmoralidad de la conducta de alguno de sus miembros puede de hecho repercutir en el prestigio de la respectiva profesión. Es esa la causa de que la mayoría de las profesiones hayan ido incorporando códigos deontológicos a sus normas corporativas. Las tienen de hecho los médicos, los abogados, los farmacéuticos, los periodistas, etcétera.

Pero la diferencia entre las normas deontológicas notariales y la de estos profesionales es notable.

Cabe por ejemplo que un Ingeniero, incumpla las normas de su Código Deontológico pero que sea un excelente técnico que conoce en toda su profundidad los complicados cálculos técnicos que le permitan construir un puente espectacular. Un inmoral, pero un buen ingeniero. Lo mismo sucede con el médico que no observa las normas éticas de su profesión pero puede ser un excelente cirujano.

En el caso nuestro ello, sin embargo, no es posible. Un notario que no observe una conducta deontológicamente correcta **nunca será un**

buen notario.

Ello es consecuencia del considerable peso ético de la propia función notarial. El notario es un profesional del Derecho, pero a la vez y unido de modo inescindible a ella, es titular de una función del Estado, la fe pública, que inviste a quien la ejerce de unos poderes tales que la más mínima falta de ética en quien es titular de esa función supondría no sólo defraudar la confianza que el Estado pone en aquel en quien deposita la fe pública, sino dejar a la función notarial sin el principal aval que la sostiene: la categoría moral del notario.

Si tenemos en cuenta esa premisa, no es de extrañar que el notariado haya previsto una serie de instrumentos legales para evitar:

- a) Primero que se introduzcan en nuestra profesión sistemas y modos de actuar incompatibles con la esencia de nuestra función.
- b) Segundo, que si casualmente se hubieren introducido esos modos, se establezcan por la corporación los instrumentos sancionadores adecuados.

La Deontología Notarial abarca dos espacios diferenciados perfectamente: el subjetivo que hace relación a la conducta del Notario en sus diferentes ámbitos y el objetivo que proyecta esa conducta sobre el documento.

Vamos a estudiar este segundo aspecto. En relación con los aspectos deontológicos de la actuación del notario en relación con el documento público, nos detendremos en primer lugar en los relacionados con las nuevas conductas profesionales sugeridas por los procesos de desregulación económica impulsados por el liberalismo económico. La principal crítica hecha al fenómeno de desregulación económica parte del hecho de que los modelos económicos solo pueden ser objeto de traslación a aquellos países capaces de absorber por sus propios instrumentos jurídicos los planteamientos de mercados económicos capaces de instalarse sin necesidad de controles jurídicos estatales. No se puede olvidar que la sustitución de dichos controles por la fuerza derivada de los mercados económicos, lleva inevitablemente

consigo la pérdida progresiva por parte del Estado del control del proceso económico y con ello de la reglamentación del progreso social y de la inserción dentro de ese proceso de modelos de crecimiento económico más igualitario y social.

Trasladado al ámbito notarial, y aunque no parezca que este sea el objeto directo de este trabajo, sí que veo necesario hacer al menos una breve referencia por las profundas consecuencias que un fenómeno de este tipo puede producir en la función notarial de tipo latino. Puesto que se dice, la falta de control y de intervención del Notario en los diferentes fenómenos de transmisiones patrimoniales y de actos societarios, puede ser suplido creando procesos indemnizatorios paralelos para aquellos supuestos en que como consecuencia de dicha falta de control se cause un perjuicio económico, suprimamos dicha intervención y convirtamos al notario en algo que no interfiere en la agilidad y dinamismo del mercado: la legitimación de firmas o la autorización de actas de presencia o de testamentos. El argumento oculta por supuesto dos efectos perniciosos de ese proceso. Por un lado el encarecimiento de los actos jurídicos por la necesidad de incorporar como coste añadido importantes seguros de responsabilidad civil. Por otro lado la eliminación de la exigencia de forma y del control de la legalidad y capacidad de los otorgantes por funcionario competente para ello, en los países con modelos jurídicos inspirados en el *civil law* y no en el *common law*, traería consigo tal número de procesos judiciales derivados del ejercicio de los más diversos tipos de acciones que se podría producir a la larga, lo contrario de lo que se buscaba: el entorpecimiento del tráfico y la pérdida de la seguridad jurídica absolutamente determinante de la seguridad económica. Respecto al primer problema los datos aportados por el Notario español Rodrigo TENA con ocasión de la XI Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Buenos Aires, en abril de 2004, son especialmente significativos. Si lo que se pretende con la incorporación progresiva a la transmisión de inmuebles es liberalizar su ejercicio para reducir costes, resulta que por una transmisión de un inmueble de 100.000 dólares, el coste que para el adquirente del inmueble representa la compra, sumados todos los factores resulta ser de 770 dólares en Estados Unidos y de 380 dólares en España, es decir justo la mitad. Si el precio aumenta,

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

aumentan también las diferencias pues en una transmisión por valor de 400.000 dólares el coste en EUA representa 2.082 dólares y en España de 650 dólares. En cuanto al segundo problema, el derivado de los contenciosos judiciales a causa de una transmisión incorrecta, la práctica estadística demuestra que el número de conflictos judiciales derivados de operaciones jurídicas es muy superior en los países del *Common Law* al de los países del *Civil Law*. Basta pensar que al menos en España el porcentaje de demandas judiciales por responsabilidad civil contra el notario en relación con el número de documentos autorizados, es inferior al 0,1% y además el importe económico derivado de una hipotética condena, queda siempre cubierto por el seguro de responsabilidad que tiene el notario.

Creemos por ello que todas aquellas actuaciones notariales, insisto, en países inspirados en el modelo del *Civil Law*, que pretendan que por una disminución del formalismo, o del control de la legalidad de determinados actos, o de una interpretación laxa de lo que supone para la seguridad jurídica un adecuado control del juicio de capacidad, van a saber adaptarse con más acierto o efectividad a los nuevos impulsos de la economía, no sólo estarían manifestando su desconocimiento de la eficacia real de la función, sino incurriendo en serias faltas de deontología notarial, al incumplir criterios esenciales de la función delegada en ellos. Estos criterios esenciales son los que vamos a estudiar brevemente pues marcan los parámetros esenciales con que se procura instaurar un marco de seguridad jurídica que no solo favorece económicamente una mayor operatividad en las transacciones sino que economiza cara al ciudadano los costes de las transacciones.

Para ello es fundamental, y así lo ha expuesto HERNANDO DE SOTO:

- 1) Que el título sea creado directamente por funcionarios que garanticen la identidad, capacidad, y libre consentimiento de los contratantes,
- 2) que el título garantice *por sí mismo* la legalidad, la fecha y la veracidad de su contenido,
- 3) que el título se pueda inscribir con facilidad, rapidez y a bajo

costo en un Registro público eficiente, moderno y con base geográfica, 4) que se evite la *duplicidad de verificaciones y funciones* que no solo demoran el proceso de formalización, sino que incrementan los costos en perjuicio de los más pobres.

Las importantes consecuencias de un adecuado control en todo este proceso de creación de títulos eficaces hacen que su valoración no solo tenga una vertiente jurídica, sino además deontológica, vinculada a la gravedad del deber que ello impone al notario desde el punto de vista de un buen quehacer notarial.

Nos detendremos en primer lugar en:

A) En los momentos previos a la autorización

Como regla general, el principio vigente en la mayoría de los notariados es que solamente el notario, en cuanto titular exclusivo de la fe pública, es quien actúa en el ejercicio de la misma y quien luego en las escrituras recoge única y exclusivamente cuantos hechos han tenido lugar delante de él.

Sin embargo puede suceder que las exigencias de un tráfico jurídico más rápido y elástico, más eficaz y adaptable a las circunstancias de cada caso, que serán las que el mercado económico y jurídico demande, menoscabe poco a poco la esencia insustituible de la intervención notarial, impulsando formas de intervención incapaces de controlar la legalidad del acto, o la incorporación de personas intermedias, que, sin la preparación exigida por la propia naturaleza del acto que exigiría conocimientos jurídicos y notariales suficientes, se integraran en la intervención notarial, primero con fines exclusivamente legitimadores de determinadas intervenciones, y más tarde, comprobada la supuesta eficacia de dicha intervención, sustituyendo al notario en cuantas funciones aquel le delegue o la ley le autorice.

Los efectos serían claros. Por una parte, se dice, un abaratamiento del coste del acto notarial habida cuenta que la rapidez y

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

eficiencia, supuestas, facilitaría un aumento notable del número de intervenciones.

Por otra parte una mayor flexibilización en los criterios de independencia, imparcialidad y control de legalidad del acto, que solo deberían ser efectivamente exigibles para aquellos actos que por su cuantía o su repercusión social, exigieran un mayor estudio o preparación jurídica.

Las consecuencias de admitir tales razonamientos serían a mi juicio claramente perjudiciales para la función. Por una parte el criterio de unidad jurisdiccional, incita al mismo acto notarial, al quedar desligada del propio funcionario que la ejerce, desaparecería en un plazo de tiempo más o menos extenso ya que podría ser llevada a cabo por personas que sin ser notarios, o escribanos, sino simplemente sus empleados, darían al acto la misma eficacia que si lo fueran. Ello supondría la desvinculación entre la eficacia del acto notarial, y la condición de quien lo autoriza.

Por otra parte si la intervención del notario viniera determinada con carácter exclusivo solo para determinados actos, sería el criterio objetivo del importe económico, o de la naturaleza jurídica del acto o contrato el que determinaría la intervención notarial y no el hecho subjetivo de que siempre debe ser un notario el que, con independencia del valor económico o de la naturaleza del acto, autorice personalmente determinados actos jurídicos. Al ser ese criterio objetivo, cambiante por su propia naturaleza, se abriría definitivamente un camino fácil y expedito al poder político para ir eliminando poco a poco y según criterios de eficacia económica o populismo político la desaparición en un plazo más o menos corto de la profesión por eliminación del tipo de actos que exigirían la intervención personal del notario.

No desconocemos que en algunos países aunque el notario ejerce su profesión siempre en persona, existen algunas excepciones en que puede autorizar a un empleado a efectuar varias diligencias, pero permaneciendo responsable siempre el notario. Es importante

distinguir pues entre los actos conexos con la “prestación” de la función como es la recepción de los encargos, el examen previo de la documentación, la tramitación de requisitos previos de carácter administrativo y lo que es la redacción material del documento. Son estas, todas ellas, actividades que si bien el notario podrá hacer en numerosas ocasiones, en otras le serán imposibles, delegando en los empleados su ejecución. No excluye ello, lógicamente, tanto el control como la responsabilidad por parte del notario. Existen legislaciones en las que se señalan incluso las actividades que solamente puede hacer personalmente el notario como son las de:

- Identificación personal de las partes.
- Indagación de la voluntad.
- Lectura y autorización del documento.
- Calificación de la capacidad de las partes.
- Aceptación del consentimiento.

Nada afecta a este ejercicio personal de la profesión el que existan, en algunos países, los llamados notarios adjuntos, es decir personas que realizan prácticas antes de ejercer la profesión, o personas que se preparan para ser notarios, a las cuales se les encomiendan determinadas funciones, como certificar la veracidad de las firmas. También pueden hacerlo sus empleados, pero mediando mandato por escrito.

Pero aún admitiendo la posibilidad de estas excepciones, quisiera hacer especial hincapié en que la recepción e indagación de la voluntad ha de hacerla siempre personal y exclusivamente el notario en relación con los testamentos, incluso aunque ya viniera redactado por el empleado autorizado, pues siempre habrá oportunidad de cambiarlo antes de la autorización. Se trata de un documento que en la mayoría de las legislaciones tiene un precio más bien económico, pero en todas, un profundo relieve personal y moral. Por ello solamente el notario es quién se encuentra en condiciones de interpretar la voluntad del testador y el único que sabrá plasmarla de modo idóneo en el testamento.

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

Dentro de esos momentos previos a la autorización de la escritura destaca por su importancia

1º) La recepción de la declaración de voluntad de los otorgantes y su correspondencia con lo reflejado en el documento

En este aspecto la Deontología notarial se manifiesta en el modo con que el notario observa, cumple, vigila, para que el documento sea fiel reflejo de las declaraciones de voluntad de las partes, se ajuste a la legalidad más plena, cuyo control asume y de cuya existencia responde, y por el carácter de auténtico que su intervención imprime al documento.

En consecuencia, no cumple el notario con sus obligaciones deontológicas si no comprueba mediante la oportuna indagación de la voluntad de las partes si ésta responde realmente a lo que queda plasmado en el documento como su auténtica manifestación de voluntad. Ello queda asegurado a veces si el notario ha seguido el *iter* del documento desde su origen. Pero no sucede siempre así. En ocasiones porque el notario actúa conforme a minuta y le queda vedado su intervención en ella. En otras porque, por el volumen del trabajo, no puede recibir personalmente a los clientes y son los empleados los que recogen las primeras declaraciones de éstos. Otras veces, porque la voluntad del otorgante queda mediatizada por la aceptación previa al documento de las condiciones y cláusulas impuestas por la parte dominante. En uno y otro caso no es excusa la dificultad presentada para que el notario compruebe en el momento del otorgamiento si es realmente esa voluntad, ya conformada, o prefigurada, la que se quiere plasmar en el documento. Es importante, a nuestro juicio, remarcar esto. El notario no solamente debe asegurarse de la realidad de la declaración de voluntad, es decir de su existencia, sino de su conformidad con lo realmente querido por las partes y además, y en la medida en que ello sea posible, de la realidad y verdad del contenido del documento. Por ello, a la hora de describir los objetos y el contenido del contrato deberá estudiar los títulos previos de adquisición y reflejarlos fielmente en la escritura. Si el precio se confiesa recibido, deberá asegurarse y advertir de ello

al vendedor, si se afirma que no existen cargas, deberá comprobarlo etcétera.

En esta actividad **interpretativa**, que se entremezcla con la labor **indagadora** de la voluntad real de las partes, el notario, desde el punto de vista deontológico, debe procurar concretar la voluntad real de los clientes con la solución legal, no solo más conveniente, sino también más económica, salvaguardando el secreto profesional si afecta a otros clientes, y asegurándose en todo momento que la voluntad **interpretada** es realmente la voluntad **querida**.

Solamente si se ha verificado con profundidad y dedicación exquisita este trabajo de interpretación e indagación es posible hacer una auténtica y eficaz labor adecuadora. Es decir de plasmación de la voluntad manifestada, querida y posible, con el instrumento jurídico más idóneo para hacerla real y eficaz.

2º) La relevancia deontológica de la actuación notarial en relación con el control de legalidad

Tras la labor de asesoramiento, y con carácter previo al otorgamiento, el notario ha de comprobar la legalidad o no de la intervención solicitada.

Sobre la base de ello no pocas veces se interrogará el notario acerca del dilema moral de actuar o abstenerse respecto de determinados requerimientos, o frente a juicios de capacidad, o incluso frente al contenido de determinadas estipulaciones que lesionan la equidad o la justicia. Las dudas aumentan si como consecuencia de dicha abstención se llegan a producir unas consecuencias totalmente injustas o lesivas a los intereses de terceros. Moralmente siempre se ha considerado que el hecho de provocar por un acto positivo un mal a otro no es de peor condición que si el daño se hubiera causado como consecuencia de una abstención.

Está claro que el notario se abstendrá de inmediato, ante la menor sombra de duda, de ilegalidad, que pueda afectar al contrato. El

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

problema se plantea, pues, no ante los casos de contravención legal, sino ante la exigencia o no por el notario, de todos los requisitos que la ley exige para que el acto sea plenamente eficaz.

Es decir que el problema no es de nulidad del acto sino de ineficacia, absoluta o relativa. En la práctica es frecuente, al menos en España, la necesidad de contar previamente a la autorización, con determinadas licencias, certificaciones, notificaciones administrativas, verificaciones, de manera que la falta de alguna de ellas en ocasiones puede dar lugar a la nulidad de la escritura y en otras a su anulabilidad, quedando por tanto pendiente su eficacia de la existencia posterior del ejercicio de la acción de nulidad por un tercero. En estos casos la mayoría de los notarios niegan su autorización a dichas escrituras por la inseguridad que se crearía con ella, pero no faltan tampoco notarios que se limitan a hacer las respectivas advertencias de que faltan dichos actos previos, y sus consecuencias, autorizando a continuación la escritura, aún sabiendo que pueden ser declaradas nulas a lo cual además, normalmente consienten las partes.

No creemos que sea la práctica más idónea. Ni esa, ni la de someter el negocio jurídico a la condición suspensiva de obtener en plazo determinado dichos requisitos administrativos. El notario, como buen profesional, y buen servidor público del Estado, ha de responder frente al cliente, y frente al Estado, de que lo que ampara bajo su fe es un documento bien hecho, eficaz, que responde tanto en cuanto a su legalidad, como en cuanto su valor jurídico, a aquello que se confiaba obtener con la intervención notarial.

Pero además el control de la legalidad no afecta sólo a prevenir la contravención de una norma legal, es decir la nulidad absoluta, sino que el notario debe extender su actuación a evitar la aparición de otros tipos de ineficacia vinculada al contenido del negocio que documenta, si tiene conocimiento de ella. Por ejemplo del negocio simulado o fraudulento. Indudablemente en muchos casos ello será imposible por estar vedado al notario entrar en el fondo del negocio y menos en la veracidad de lo afirmado por quienes lo instrumentan. Declarar que se ha recibido el dinero de una compraventa, cuando

lo que en el fondo subyace es una donación escapa al control del notario que cumplirá con advertir a las partes de los efectos de uno y otro tipo de contrato y en su caso del más idóneo, conforme con los intereses y voluntad de ellos. Pero lo que no puede es aconsejar que hagan uno para luego instrumentar el otro.

Vistos los aspectos deontológicos previos a la autorización, vamos a examinar a continuación los relacionados con la redacción del instrumento público.

B) En los momentos simultáneos a la autorización

1º) Redacción y autorización del documento

Estos aspectos deontológicos se refieren a la obligación por parte del notario de hacer coincidir en el documento la voluntad manifestada con la voluntad redactada. En ocasiones en el espacio que media entre el momento en que una de las partes manifestó su voluntad y el momento del otorgamiento han podido interferir en dicha voluntad la otra parte, o terceros, y puede suceder que no siempre las modificaciones producidas sean conocidas en su totalidad por las partes. El notario no puede admitir variación alguna del encargo hecho, sin previa consulta y aceptación de las personas afectadas. Pero además en muchos casos quien solicita la intervención sabe bien lo que quiere pero carece de los conocimientos para saber si esa voluntad ha tenido la solución jurídica correcta. Es responsabilidad del notario no solo redactar del modo jurídicamente más idóneo el instrumento público, sino además eliminar las cláusulas oscuras, ambiguas, complicadas, excesivas, absurdas, reiterativas o ineficaces, de modo que en la medida de lo posible sea fácilmente comprensible por personas sin especial preparación jurídica.

Para aquellos que no la tienen es de especial interés la fase de **lectura y autorización**. En ese momento el notario puede aclarar, explicar y si fuera preciso corregir y modificar aquello que no se recogió de modo correcto en la escritura.

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

Nos lleva esta última afirmación a referirnos a una función que a veces queda soslayada en la intervención notarial y que creemos de enorme importancia. Nos referimos a la labor de **integración** de la voluntad de las partes en el contenido del contrato, misión a veces olvidada pero en la práctica muy expresiva de la actuación del notario en cuanto jurista. No siempre las voluntades de los otorgantes son coincidentes, entre otras razones porque ni siquiera llegan a percibir el alcance real de aquello a lo que se comprometen. Es más, en ocasiones ni siquiera es posible integrarlas en el molde jurídico que pretenden. Es preciso en esa labor, a la vez didáctica y jurídica, un trabajo de investigación de la voluntad real, de conocimiento de técnica jurídica y de sentido práctico del Derecho, que supere las dificultades de interpretación, y sepa llegar al fin pretendido por las partes cuando solicitaron la intervención notarial.

2º) La intervención del notario respecto del contenido de las declaraciones de las partes

Está claro que la eficacia de la que responde el documento público es una eficacia limitada puesto que exclusivamente vincula respecto de su contenido a quienes lo otorgaron y sus causahabientes y frente a terceros exclusivamente del hecho mismo de su otorgamiento y de su fecha. Si realmente la **eficacia esencial** de la escritura pública, es decir el hecho de que se otorgó en los mismos términos que refleja el documento, aparece garantizada con la intervención del notario ¿Tiene sentido que el notario entre en la verdad o no de las declaraciones? ¿Está obligado a autorizar si las estipulaciones aún estando dentro de la ley encubren un contenido inmoral que el notario conoce?

La cuestión es de enorme interés en relación con el tema que nos ocupa y además incide de modo notable en la naturaleza misma de la función notarial.

Hay que aclarar en primer lugar que el notario no es un juez, es decir no interroga a los comparecientes, ni exige pruebas. Lo que sí exige es que manifiesten cuál es su voluntad y la base jurídica de

los derechos que constituyen, transmiten o extinguen. Por tanto, que digan o no la verdad, que los títulos hayan sido o no falsificados, que la identidad haya sido suplantada, es algo que escapa al control del notario y que simplemente permite abrir si se descubre, la vía judicial para su condena.

Tampoco es un testigo ciego, puesto que no podemos olvidar que no obstante el carácter limitado a que antes nos hemos referido de la eficacia de su intervención, es decir dar fe de lo hecho y dicho en su presencia, ejerce una función pública que se quiera o no, extiende unos visos de legalidad sobre aquello que él autoriza. En consecuencia, si el Notario conoce a través de su ciencia propia o de las manifestaciones de terceros que aquello que autoriza contiene pactos contrarios a la ley o la moral, o faltan los elementos esenciales que dan existencia al contrato como son el consentimiento, el objeto y la causa, deberá negar su intervención.

Otro problema que aparece en esta fase de redacción del documento hace alusión a las exigencias o no por el notario de determinados requisitos o formalidades, que sin vincularse directamente a la voluntad de los otorgantes, entre otras razones porque los desconocen, sí que afectan a la integridad del documento. La fórmula, a veces usual, de cubrir con la expresión “según manifiestan” determinados hechos, cuya existencia no consta al notario, encubre a veces, ciertamente un hecho imposible de comprobar y con el que se conforman las partes. Pero otras veces lo que encubre es una clara concesión de “facilidades” para autorizar el documento y conseguir así por medios fraudulentos más clientela.

Quizás un modo de paliar este grave problema es la intervención de los órganos corporativos en aquellos casos en que la fuga de determinados documentos hacia determinados notarios pueda deberse a la facilidad y docilidad con que éstos puedan prestarse a determinadas exigencias de clientes, poderosos o no.

Finalmente vamos a referirnos a los principios deontológicos relacionados con la autorización y que se vinculan directamente a

los efectos de dicha autorización.

C) En los momentos posteriores a la autorización. Los efectos de la intervención notarial

1º) Certeza jurídica

Algunos de esos efectos ya los otorga la ley, como es la autenticidad y la eficacia tanto *inter partes*, como frente a terceros, pero otras dependen, tanto para bien como para mal, del trabajo diario del notario. Nos referimos a las notas de certeza y seguridad.

La certeza que la escritura debe incorporar como efecto indeclinable de la misma hace referencia en primer lugar:

a) La perfecta y precisa calificación jurídica del negocio jurídico de que se trate

Hay que tener en cuenta que esa calificación conlleva no solo una redacción muy precisa de las estipulaciones, sino el despliegue de unos concretos efectos jurídicos que si no fueran los deseados por las partes determinarían la correspondiente responsabilidad del notario. De ahí la necesidad de huir a veces de la precipitación que normalmente acompaña no pocas intervenciones y que es incompatible no solo con la prudencia de la que debe hacer gala el notario, sino con el sentido del orden y del equilibrio que deben estar presentes en la notaría. A veces esa precipitación viene exigida por las prisas de los clientes que además amenazan con llevar su trabajo a otra notaría que “trabaja más rápidamente” pero en otras, es manifestación del deseo desmesurado del notario por hacer más trabajo del que racionalmente puede hacer bien. Sea cualquiera la causa, lo cierto es que la precipitación suele ocasionar más males que bienes y suele ser la fuente de la mayor parte de los defectos que a veces se observan en las escrituras públicas.

El notario debe ser consciente de que no se es notario más prestigioso por trabajar más, sino por hacerlo mejor y ello debería

valorarlo convenientemente.

En segundo lugar la certeza jurídica incorpora como efecto muy importante:

b) La permanencia en el tiempo y el espacio de la eficacia del documento

Ello conlleva la necesidad de prever en el documento el amparo legal de las estipulaciones que se aparten de la normativa general o que se acojan a un régimen legal diferente, lo cual tiene especial dificultades en ocasiones en relación con los documentos que deban desplegar su eficacia en países extranjeros o en regiones dentro del propio país con legislación propia.

La certeza que acompaña al documento notarial es independiente del régimen legal aplicable al documento. En algunos países el notario puede excluir de su deber de asesoramiento el relativo a cuestiones de Derecho extranjero. Es un tema que interesa sobremanera puesto que desde el punto de vista de la certeza del documento es mucho más correcta esta postura que no la de encubrir bajo el velo de la eficacia que puede dar el documento notarial, consecuencias jurídicas cuyo conocimiento escapa del saber del Notario.

En tercer lugar la certeza jurídica supone la:

c) La exactitud y concreta determinación de los derechos que se crean, modifican o extinguen a consecuencia del documento. Es lo que algún notario ha denominado “la obligación de aclaración”, vinculada al deber de información. Puesto que los motivos y causa que motivaron el otorgamiento se expresaron con claridad al notario a la hora de encargarle el documento con una finalidad bien precisa, es necesaria la perfecta congruencia entre las pretensiones que con él se querían conseguir y los resultados obtenidos, para que el documento garantice realmente al particular el resultado proyectado.

Junto a la certeza jurídica, el segundo efecto de la autorización, es:

2º) La seguridad jurídica que con ella se crea

La seguridad jurídica, abarca en todas sus formas una pluralidad de efectos, tal y como lo recoge CANARIS, entre los que se incluyen la cognoscibilidad y previsibilidad del Derecho, la estabilidad y continuidad de las normas, la practicabilidad de la aplicación de la ley. Pero la intervención notarial amplía el campo de eficacia de la seguridad jurídica, tanto en extensión como en profundidad. En primer lugar por la eficacia *erga omnes* de los hechos de los que el notario da fe en el documento. La fecha del mismo, la presencia de los otorgantes y la realidad de que las declaraciones se han hecho en su presencia está plenamente amparado por la fe pública, de modo que sólo mediando querrela de falsedad podrá destruirse dicha presunción. Es más, incluso de prosperar dicha querrela, el principio de responsabilidad civil que vincula al notario respecto a los hechos realizados en su ejercicio profesional, procurará a los perjudicados la salvaguarda indemnizatoria correspondiente, sin perjuicio de la penal. Ello, lejos de desvirtuar la seguridad jurídica, la amplía. No sólo por el hecho de que tales querrelas de falsedad representan un porcentaje ínfimo por no decir inexistente, sino porque en cualquier caso los posibles perjuicios quedarán siempre compensados a través de los seguros pertinentes, lo cual demostraría que el sistema funciona.

Pero la seguridad jurídica queda amparada, con diferente eficacia, pero no con menor amplitud respecto del contenido real de las declaraciones de las partes vertidas al documento público. No porque el notario vaya a garantizar, como advertimos antes, su veracidad, sino porque despliegan de por sí una presunción *iuris tantum* de eficacia que es preciso destruir para que no surtan efecto. De ahí que señalemos que, desde el punto de vista de la amplitud de la seguridad jurídica, es la misma en uno y otro caso, mientras no exista impugnación. En el primer caso, acreditada la falsedad la responsabilidad será única y exclusivamente del Notario.

En el segundo caso, solamente es precisa la prueba en contrario y su imputabilidad nunca se hará al Notario, que por tanto no estará

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

obligado a indemnizar sino a los otorgantes o sus causahabientes. Sea cual fuere el resultado, el sistema jurídico no queda resentido en su seguridad y el tercero que con posterioridad asuma relaciones jurídicas de cualquier tipo sobre la base del documento notarial anterior, siempre tendrá garantizados sus derechos.

Por tanto la seguridad jurídica se deriva del propio documento notarial con independencia de quién sea el notario autorizante. Este, indudablemente, puede hacer que la seguridad jurídica aumente, disminuya o incluso desaparezca a tenor de su intervención, pero no será como efecto de la función, sino de quién la ejerce.

Además, la seguridad jurídica derivada del documento no solo supone la confirmación para las partes de la eficacia sustancial en Derecho, de lo que con la escritura se propusieron conseguir, de sus efectos inmediatos, sino que también repercute en sus efectos mediatos, es decir en su realización en la práctica libre de contiendas judiciales, supervivencia si las hubiera y su permanencia en el tiempo. Para ello conviene tener en cuenta que el notario, en cuanto guardián de la seguridad jurídica, debe indicar a las partes los medios legales que garantizan la ejecución de su voluntad. Creo que es muy importante esta aclaración que demuestra una vez más lo alejado que está el notario del mero “certificador de firmas”, pues su función no acaba con la redacción del documento, sino que llega más allá al asesorar a las partes acerca de los medios legales, consiguientes al acto, que deben procurar para que la escritura, desde el momento del otorgamiento, despliegue toda su eficacia con posterioridad.

Un último aspecto deontológico relacionado con la autorización del documento se refiere al deber de colaboración del notario con la Administración Pública a la que afecte el documento.

5. Aspectos deontológicos del deber de colaboración del notario con las Administraciones Públicas y su relación con el secreto profesional

A) El deber de colaboración con la Administración y el secreto profesional del notario

Las obligaciones del notario para con la Administración Pública en esta materia tienen desde el punto de vista deontológico unas características muy singulares. Puesto que el notario no es un profesional liberal independiente ya que jerárquicamente depende del Estado en cuanto cesionario de la fe pública que aquel detenta como uno de sus poderes fundamentales, sus deberes deontológicos para con él tienen un matiz, bien diferente del que afecta a otros ciudadanos por el contenido de los asuntos que conoce y por el origen de ese conocimiento. Es cierto que bastantes de los datos e informaciones de que conoce el notario no se incorporan a los documentos que autoriza, sino que le son manifestados por los futuros intervinientes en los preliminares de la redacción del documento y en el ejercicio de su labor de asesoramiento. De esos datos que le son comunicados, muchas veces con la expresa advertencia de que no sean conocidos públicamente, el notario no solo no está obligado a ponerlos en conocimiento del Estado, aunque tengan carácter fiscal e interesen a la Administración Tributaria sino que, antes bien, está obligado a no desvelarlos. Pero además no podemos olvidar que muchos de los datos que el notario conoce tienen su origen en el secreto profesional y que ese secreto profesional aparece protegido por disposiciones legales emanadas del propio Estado y donde no lo están, derivan de la propia naturaleza de su función. Junto al secreto profesional el notario está obligado a confirmar con sus actos la confianza que el ciudadano pone en su persona y sería traicionar esa confianza desvelar los datos que le han confesado los clientes sobre la base de ella.

Sin embargo el deber de colaboración sí que existe y es además un deber cuyo cumplimiento beneficia a toda la sociedad. Se trata pues de delimitarlo y examinar su contenido.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Un primer factor a tener en cuenta es que los datos sobre los que se pide información al notario consten en su protocolo. De aquello que no conste en el protocolo, el notario no está obligado a comunicar nada a la Administración Pública, salvo que su contenido sea delictivo, pero en ese caso ya habría debido comunicarlo en el momento mismo que lo supo. Es más, si el notario es consciente en el momento en que recibe esa información que esta infringe la ley, debe advertirle al cliente que en cuanto hecho delictivo la información que está comunicándole no puede admitirla, y si lo sigue haciendo, está obligado a ponerlo en conocimiento de la autoridad.

En cuanto al contenido de la información que suministre, insistimos en que debe circunscribirse única y exclusivamente a aquello que se le solicite y por lo tanto no se extiende a aquellas cláusulas, condiciones o pactos de carácter personal, no vinculadas a dicha solicitud. Si afectase a un testamento, creemos que solamente podrá realizarse mediando mandato judicial y además referido únicamente a las disposiciones patrimoniales.

En cuanto a la información que solicite la Administración Tributaria, la cuestión cobra gran importancia cuando el notario conoce la existencia de un posible fraude fiscal respecto del cual no se le ha pedido información por la autoridad tributaria. En esta materia conviene no olvidar que el notario no es un policía, ni un inspector de hacienda y que por tanto, ni debe dedicarse a investigar, ni está en condiciones de juzgar cuándo existe o no, fraude a hacienda. Otra cosa es que el fraude exista y así se le comunique por las autoridades tributarias para que suministre la información correspondiente. En consecuencia, creemos que el notario cumple con autorizar los documentos que las partes le soliciten, siempre que no vayan contra la ley y la moral. Si de dichos documentos y actividades conexas se deduce que hay fraude fiscal, deberá suministrar la información que se le solicite, pero no está obligado a hacerlo de oficio, entre otras cosas porque no es la persona legitimada para apreciarlo, puesto que no tiene por qué conocer dichas actividades conexas.

B) La intervención del notario en relación con el lavado de dinero

Voy a referirme en esta materia a la situación española tras la aprobación de la Directiva de 2001 y la transposición realizada en España por el Real Decreto pertinente.

Las dos obligaciones fundamentales del notario en relación con esta materia no aparecen delimitadas con claridad en sus perfiles, ni en su contenido, de manera que en ocasiones aparecerán coincidentes y en ocasiones contradictorias entre sí. Nos referimos al cumplimiento de la diligencia debida y a la obligación de cumplir simultáneamente con el secreto profesional.

1º) La diligencia debida

En relación con la diligencia debida, lo más importante para el notario será el de clarificar de la mejor manera posible la naturaleza de la operación que se pretende instrumentar bajo su autorización, con objeto de que pueda conocer con total claridad si la misma se encuentra o no bajo un supuesto de lavado de dinero. Ello es claro en algunas ocasiones. Así la Ley de blanqueo de dinero de Suiza de 10 de octubre de 1997, país no integrado en la Unión Europea y por lo tanto no sujeta a sus Directivas sobre la materia, impone en su artículo 6 a los intermediarios financieros esta obligación de clarificación respecto a determinadas operaciones, traspasando en el fondo la responsabilidad por riesgo de la transacción a los propios otorgantes, al señalar que existe dicha obligación de clarificación en dos supuestos:

1º) Cuando se trate de transacciones o de operaciones inhabituales aunque sean manifiestamente legales.

2º) Existencia de indicios que hagan suponer que los valores patrimoniales provengan de un crimen o una organización criminal.

¿Qué debe hacer el notario en esos casos? La legislación de Luxemburgo señala como medida previa la de adoptar las medidas razonables que el acto requiera. Lo que sucede es que no siempre

es sencillo determinar qué es lo razonable, sobre todo si tenemos en cuenta, como de hecho sucede en el Tratado de Roma en su artículo 5.5., que se conceden márgenes de discrecionalidad a las profesiones para su adecuado ejercicio. Siempre puede ser un buen criterio el que el notario informe a los otorgantes acerca de los supuestos específicos de blanqueo de dinero que recoja la respectiva legislación nacional y tipificar jurídicamente a la luz de tal información y del contenido del documento que se pretende autorizar, aquellos datos que permitan, con fundamentos jurídicos suficientes, excluir tal acto o contrato de los supuestos legales e incluir dichas clarificaciones en el documento.

También puede ser conveniente la consulta no vinculante al órgano administrativo correspondiente acerca de la naturaleza de la operación que se pretende instrumentar, siempre que, claro está, dicho organismo ejerza su función con la diligencia que el caso exige.

2º) El secreto profesional en relación con el sistema de presunciones

Mayor problema puede plantear en la práctica la adecuada guarda del secreto profesional teniendo en cuenta que no existe un régimen diáfano de presunciones de operaciones de lavado de dinero. Normalmente se suelen combinar en la mayoría de las legislaciones un sistema mixto en el que se entremezclan criterios subjetivos y objetivos. Así, se establecen como criterios de presunción de lavado de dinero:

1º) El nombramiento de administradores de sociedades en que se aprecie que no existe la aparente idoneidad y profesionalidad necesaria para el desempeño del cargo (empleados sin cualificación específica, desempleados, inmigrantes recién allegados y sin profesión reconocida, personas sin domicilio conocido o con domicilio de mera correspondencia o en las que coincidan circunstancias que no las haga idóneas para el cargo que desempeñan, por la escasa formación cultural o preparación técnica necesaria para el ejercicio del cargo.)

2º) La venta de participaciones o acciones de sociedades a personas sin ninguna relación razonable con los anteriores accionistas.

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

3º) Operaciones en las que existan indicios de que los clientes no actúan por cuenta propia, intentando ocultar su identidad real.

4º) Constitución de tres o más sociedades en el mismo día, cuando al menos uno de los socios sea la misma persona física o jurídica y coincidan una serie de factores que hagan llamativa la operación.

5º) Nombramiento de administradores a personas residentes en paraísos fiscales.

6º) Transmisiones sucesivas del mismo bien inmueble en el mismo día con diferencias ostensibles en el precio.

Al tenor de las presunciones enumeradas y que se recogen en una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España de 29 de diciembre de 1999, es claro que difícilmente pueden hacerse caso del cumplimiento de todas esas presunciones so pena de que se paralice el trabajo de una notaría y además que el notario pase a ser de un jurista imparcial, a un policía diligente. Algunos de esos casos, más otros que no he recogido, pueden darse perfectamente en una notaría a lo largo del día y por personas cuya honorabilidad y legalidad de actuación está perfectamente contrastada.

La posición del notario en esta materia debe ser la de mantener a toda costa el principio de confianza entre notario-cliente, que nunca se verá afectada ante el hecho objetivo de vulneración de una norma precisa y clara, que en caso de incumplimiento será el notario el primero en denunciar.

Precisamente la inclusión de criterios estrictamente objetivos en materia de lavado de dinero puede reforzar la relación de confianza con su cliente. La confianza es la base esencial que preside las relaciones entre notario y cliente. Esta confianza se basa en la formación profesional del notario por una parte y en su formación moral por otra. El cliente sabe que el notario no va a traicionar esa confianza. También sabe o debería saber que el notario está obligado,

de oficio, no sólo a cumplir la Ley, sino a comunicar, de oficio, a las autoridades, en cuanto funcionario público que es, los delitos que conozca por razón de su cargo y como consecuencia la obligación de observar en todo momento el principio de legalidad que está obligado a cumplir.

Sin embargo, conviene estudiar si esa confianza no sólo no se quebrará sino incluso se fortalecerá, si el notario advierte a su cliente que dado el tipo de operación que pretende formalizar, y su inclusión en alguno de los supuestos de lavado de dinero se ve obligado a comunicar dicha operación a las autoridades competentes.

Precisamente el problema se dará cuando el notario actuara no sobre la base de hechos notorios y objetivos, sino a meras suposiciones o a sospechas cuyo fundamento no aporta. En esos casos es cuando precisamente esa confianza puede quedar defraudada, y ya no solo en la persona del notario, sino en la misma función. A ello habría que añadir el problema de que al tratarse de matices subjetivos, la sospecha puede ser apreciada por algunos notarios y negada por otros, lo que introduciría en la intervención notarial unos márgenes de discrecionalidad que dañaría claramente su imagen de imparcialidad y confianza. Además, los perjuicios no solo morales, sino económicos que pudiera ocasionar al cliente inocente la comunicación del notario a las autoridades, basada en una presunción mal apreciada, no cabe duda que podría dar lugar al ejercicio de las acciones compensatorias derivadas de dichas denuncias.

Algunos autores entienden que aunque ello pudiera darse en algún supuesto, dicha conducta por parte del notario es éticamente admisible basándose en la superior importancia del bien posiblemente perjudicado, el bien público, que el bien posiblemente lesionado, el bien de un particular. Pero con esa postura se está estudiando el problema bajo una única perspectiva ética, la de la naturaleza del bien lesionado. Sin embargo no tienen en cuenta lo que realmente interesa desde el punto de vista deontológico, que es la conducta del notario. Es decir qué medios ha puesto el notario para que las dudas que puedan surgirle sobre el abstenerse o no abstenerse

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

de actuar queden totalmente despejadas por su diligente actitud. Estamos por tanto ante un problema de diligencia, de una adecuada actuación profesional que le permita al notario, a través de una precisa indagación de la voluntad de las partes (que no investigación), el estudio de los supuestos legales y la consulta con otros profesionales o entidades financieras, llegar a un conocimiento lo más perfecto y completo posible de la naturaleza del acto que se pretende que autorice. Finalmente conviene no olvidar que las autoridades de la mayoría de los Estados gozan de otros medios para apreciar o no la existencia de operaciones de lavado de dinero, entre ellos el trabajo de investigación de sus funcionarios encaminados a descubrir, revelar y denunciar la veracidad de las posibles sospechas.

Todos estos problemas han hecho que la normativa comunitaria sobre la materia haya pasado, de un régimen de presunciones a un sistema de criterios objetivos. Ya en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva por la que se modificaba la Directiva de 1991 se insiste en que la nueva Directiva *“debería hacer referencia a criterios objetivos que orienten acerca del abanico de transacciones que dan lugar a la obligación de informar, si bien, dada la naturaleza de las actividades sospechosas, esa orientación no puede ser definitiva.”*

La Directiva 2001/97 de 4 de diciembre de 2001, ha recogido esos criterios objetivos al considerar como supuestos de blanqueo de dinero los siguientes:

a. La conversión o transferencia de dichos bienes a sabiendas de que los mismos proceden de una actividad delictiva con el propósito de ocultar el origen ilícito de los bienes,

b. La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes o derechos sobre esos bienes a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva,

c. Su adquisición o posesión a sabiendas de que proceden de una

actividad delictiva.

Además la Directiva señala que en el caso de los notarios y otros profesionales independientes del Derecho, los Estados miembros podrán designar el organismo autorregulador pertinente como la autoridad a la que se ha de informar acerca de los hechos que pudieran ser indicios de blanqueo de dinero. El criterio no es nuevo puesto que en la legislación Suiza ya existía hace tiempo un organismo, el OAR, Organismo de Autorregulación de la Federación Suiza de Abogados y Notarios que reúne a todos los notarios y abogados que intervienen como intermediarios financieros, con objeto de que fijen estatutariamente su propio régimen jurídico. Su objeto es el de controlar el cumplimiento de las obligaciones que afectan a ambos profesionales en materia de blanqueo de dinero.

6. Cuestiones deontológicas relacionadas con el sistema de aranceles

Concluyo con una breve referencia a algunos aspectos deontológicos relacionados con los aranceles notariales.

Los aranceles notariales deben cumplir un triple objetivo: por una parte proporcionar al notario un nivel de ingresos dignos que le permitan estar a la altura del nivel de independencia y suficiencia económica necesarias para un cumplimiento eficaz de la función, por otro lado sufragar los medios materiales, técnicos y personales que son necesarios para un funcionamiento ágil y eficaz de la notaría y finalmente guardar una adecuada correspondencia con el nivel económico de los instrumentos que autorice que le permitan a su vez suplir la escasez económica de aquellos otorgantes que careciendo de suficientes ingresos necesiten de su intervención.

Tres son los sistemas que pueden observarse dentro del Derecho Comparado: los aranceles fijos, los aranceles de bandas y los aranceles libres.

En una función como la notarial en la que se participa de un

PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

doble carácter funcional y profesional, es claro que el sistema de aranceles libres es incompatible con la naturaleza de su función. El sistema de aranceles libres podría suponer en un primer momento un abaratamiento del servicio notarial pero a la larga, y como ha demostrado la experiencia, una desvirtuación del contenido de la función y un encarecimiento del documento. El primer efecto es consecuencia de que la demanda del servicio notarial no irá en función de la eficacia del documento puesto que todos lo tienen igual, sino del abaratamiento del coste. Este abaratamiento del coste lógicamente tendrá que ser consecuencia, o de una disminución de los gastos de la oficina notarial o de un deterioro en la prestación del servicio, bien en cuanto a la agilidad en prestarlo, o bien en cuanto a la cualidad en la prestación de la función que prescindirá del asesoramiento o estudio a fondo del documento, con objeto de hacer el mayor número de documentos que compense la disminución de ingresos para poder competir al nivel de precios, que no del servicio. Desde el punto de vista deontológico ello puede conllevar por un lado a una menor firmeza a la hora de exigir el cumplimiento de determinados requisitos o formalidades que podrían hacer perder determinados clientes, y por otro lado la falta de exigencia, por no decir omisión, del deber de asistencia al cliente de escasos recursos económicos que por el mismo tiempo que le va a dedicar para el otorgamiento de cualquier instrumento, le va a suponer unos menores ingresos.

Pero el paso siguiente en el sistema de aranceles libres es la aparición de sociedades profesionales mixtas de economistas, abogados y notarios, que bajo la aparente necesidad de ofrecer servicios conjuntos, eficaces y completos, desnaturalizarán la función al hacerse muy difícil el ejercicio de la imparcialidad y la independencia, incita a la función, con la fidelidad del cliente a la sociedad profesional, y por otra al incrementarse el coste del documento, pues el cliente ya no lo es de un notario, sino de una sociedad con importantes elementos de conexión a diferentes niveles con los negocios del cliente, y en condiciones por tanto de imponer el precio que estime conveniente. Ello conllevará a su vez, el limitar el acceso a la sociedad profesional, al cliente que carezca de los recursos económicos suficientes para pagar los servicios notariales.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Por lo que se refiere al arancel de bandas quizás pueda suponer una medida menos traumática para la profesión que el arancel libre, siempre que las bandas permitan en su nivel inferior salvar los costes mínimos que conlleva el instrumento público y en su nivel superior parta de cantidades que superen con creces la media del documento que autorice el notario. La experiencia en España en este aspecto se ha dejado sentir mucho más al nivel de las grandes capitales, que es donde circulan las grandes operaciones económicas, que al nivel medio o inferior.

Es pues en los aranceles fijos donde encuentra su lugar de referencia los aranceles notariales. Unos aranceles que con las actualizaciones que sean precisas, permitan compensar con los documentos de cuantía, el bajo coste que deberían tener para el particular los documentos sin cuantía, a los que deben acudir con frecuencia personas sin medios económicos o que permitan en su caso la gratuidad de los mismos, una vez acreditada la falta de medios. Nos referimos a los poderes, los testamentos, o las actas.

Hasta aquí unas breves reflexiones sobre aspectos deontológicos de los aranceles en sí mismos considerados. Vistos desde el punto de vista de su aplicación creemos muy importante la labor de inspección de las juntas directivas para apreciar bien el cobro indebido de cantidades, o bien la rebaja de los mismos con objeto de ejercer una competencia desleal. Puede ser una buena medida la creación de oficinas de defensa del consumidor, como las que existen en España en algunos colegios notariales que asesoran al ciudadano acerca de los cobros reales que deben tener los instrumentos o le informan sobre el sistema de denuncias previstas en el Reglamento Notarial ante una incorrecta aplicación de éstos.

Tres momentos del Título Notarial ¹

Rafael Núñez Lagos

Sumario: 1. Introducción. 2. Los tres momentos. 3. Plan de este ensayo. 4. Distinción preliminar. 5. La doctrina en la Argentina. 6. Su fundamento en todos los países. 7. Su objeto: El tracto sucesivo de Títulos. 8. Las raíces históricas del examen de Títulos. 9. La “*traditio chartae*”. 10. El sistema de los “*otores*”. 11. La “*probatio diabolica*”. 12. La tradición francesa. 13. Bélgica. 14. Suiza. 15. Alemania. 16. España. 17. Complemento del registro de la propiedad. 18. Inscripción de dominio. 19. La sucesión “*mortis causa*”. 20. Artículo 283. 21. Inscripción de posesión. 22. Conversión de la posesión en dominio. 23. El Banco Hipotecario. 24. La doctrina notarial moderna ha rehuido el tema. 25. La expresión documental del “Título” anterior. 26. Afirmación de pertenencia. 27. Título formal. 28. Ley hipotecaria de 1861. 29. Al fedatario-redactor se le exigía más: unas nuevas menciones. 30. El “Título” en el “*ordo scripturae*”. 31. El documento de la alta Edad Media. 32. En la baja Edad Media. 33. *El ordo scripturae*. 34. La fórmula de Rolandino. 35. La fórmula de las Partidas. 36. Los textos de Rolandino y las Partidas. 37. Corporabilidad auténtica. 38. *Erga omnes*. 39. El lado negativo. 40. La corporalidad auténtica del documento. 41. *Contra se pronuntiatio*. 42. La titularidad de *Primus*. 43. *Secundus*. 44. *Primus* ostenta su titularidad. 45. La transmisión de *Primus* a *Secundus*. 46. La fe pública del notariado. 47. *Tertius*. 48. El título de la titularidad. 49. Clases de legitimación. 50. Legitimación

¹ Conferencia en Jujuy (Argentina), el 16 de octubre del 1964.

plena. 51. Eficacia de la integridad de la fe pública. 52. Legitimación que daba el artículo 891. 53. El punto de vista de Regelsberger. 54. Legitimación del acreedor prendario. 55. Legitimación por la apariencia. 56. Poder de disposición formal. 57. Legitimación formal. 58. Exactitud. 59. Autenticidad del título. 60. Título ostensible. 61. Título desvirtuante. 62. artículos 1.219 y 1.230 del Código civil español, 1.030 (996) del argentino y 1.580 del Código Civil uruguayo. 63. Code Napoleon. 64. Principio *contrarius actus*. 65. La tradición romanística y la germanista. 66. Acto ostensible y acto desvirtuante clandestino. 67. Artículo 1321 del Code Napoleon. 68. El testamento y la interposición de persona. 69. Artículos 1219 y 1230 del Código Civil español de 1889. 70. Artículo 996 (1030) del Código Civil argentino. 71. Titular aparente y titular real. 72. Impugnación de la titularidad aparente. 73. Excepciones a la integridad de la Fe Pública Documental.

1. Introducción.

Hoy os voy a hacer algunas consideraciones acerca del alcance y eficacia de la titulación pública que acredita al transmitente en el tráfico jurídico, en una palabra: de las “cartas credenciales” del transmitente. Se trata, sencillamente, del valor del documento como legitimación sustantiva y formal para la circulación de las titularidades dominicales.

Este tema está algo olvidado por la doctrina notarialista. Mi propósito no es, ni abordarlo todo él, ni mucho menos dar soluciones definitivas. Más que *demostrar*, quiero sólo *mostrar* la densidad y trascendencia del asunto. Tal vez mueva a alguno a meditación y estudio. Sería grato vernos embarcados en la misma nave a la conquista de nuestro vellocino de oro.

Hablo de tres momentos, porque, en realidad, tal vez no sean tres cosas distintas, sino la misma cosa, más que en tres aspectos contemplativos y estáticos, en tres fases sucesivas de su vida. Por otra parte, no le doy al asunto mayor trascendencia que la de un criterio ordenador de ideas.

2. Los tres momentos.

Estos tres momentos son:

Primero: *momento de examen de títulos anteriores*. Extrovertido al pasado, en este momento se investiga la calidad y contenido de la titularidad del transmitente. Es una labor retrógrada: el Notario ha de apartar, provisionalmente, su vigilante atención del acto o contrato que está redactando en trámite hacia su forma, para concentrarse en un quehacer de genealogista, en un movimiento retrovisor hacia los viejos títulos de los sucesivos causantes, de grado en grado, en vía de regreso, hacia un modo originario de adquirir. Es la reconstrucción del árbol genealógico de la titularidad en busca de la pureza de sangre. Pero es algo más: hay que comprobar también la *identidad* y la *extensión* del derecho del transmitente.

Segundo: *momento de redacción del nuevo documento*, que comprende dos grupos de menciones: las que corresponden a la "afirmación de pertenencias" y las que se integran en el apartado que reglamentariamente se llama "título". Se refiere este momento al presente, al momento de producción del nuevo título, al momento de autor del documento.

Tercero: *momento de inmunidad del nuevo título*, por consecuencia de la proyección (legitimación) del momento primero en este tercero.

El segundo momento es un breve resultado del primero, pero en la dimensión papel.

El tercero es el mismo primer momento, en cuyas legitimaciones para el tráfico se apoya, pero tiene su centro de gravedad dentro del nuevo título, es decir, del título del adquirente, que como tercero, queda protegido, en cierta medida, por la integridad de la fe pública (arts. 1.230 y 1.219 del Cód. civ. Español; arts. 996 del Cód. civ. Argentino y 1.580 del Cód. civ. Uruguayo).

3. Plan de este ensayo.

Todo cuanto antecede nos sirve de justificación para que estudiemos

la materia en tres apartados:

1.^o Qué nos dicen, qué buscamos en los *viejos títulos*. El documento como cosa *observable*. El Notario como *destinatario* de títulos anteriores. *Deber profesional* del Notario en cuanto al examen de títulos.

2.^o Qué *decimos* en el nuevo título. *Menciones obligatorias* en la escritura que se está redactando. El Notario como *autor* del documento.

3.^o *Inmunidad del adquirente* por aplicación, en su favor, del principio de integridad de la fe pública.

Deber profesional del Notario en cuanto al examen de Título

4. Distinción preliminar.

No hay que confundir la eficacia de lo que digan los títulos anteriores, esto es, un “valor, es decir, con la obligación profesional del Notario de prestar determinada actividad técnica, de crítica y selección de títulos y consecuente asesoramiento a las partes.

Aquí, en esto que hemos llamado primer momento, sólo nos referimos a este aspecto obligacional (y no documentador) de la actividad del Notario. Vaya por delante la afirmación de que estos deberes están sancionados meramente por la responsabilidad por culpa o negligencia. No así los deberes respecto del momento segundo –“qué decimos en el título”- que tienen trascendencia documental y pueden integrar en algún modo falsedad en documento público.

5. La doctrina en la Argentina.

Naturalmente, no he de enseñaros nada acerca de examen de títulos en que todos los escribanos argentinos sois técnicos de primera fila. Bastaría invocar a vuestro JOSÉ MÁXIMO PAZ, en su *Repertorio de Derecho notarial argentino*, (Buenos Aires, 1938, t. II, pág. 1191); ² a

² “Título de propiedad”, es en el concepto vulgar, el instrumento que acredita irrefutablemente un derecho y también la causa en virtud de la cual se es propietario.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

vuestro ENRIQUE J. RISSO, en su conferencia “El título de propiedad y cómo se realiza su estudio” (*Revista Notarial*, núms. 544-545) y, finalmente, la celosa actividad desplegada por vuestros “referencistas”.³ También he de recordar al fallecido Notario peruano RODOLFO LOZADA, gran amigo mío, que, a propósito de la conferencia de RISSO, escribió su folleto *El estudio de títulos de dominio* (La Plata, 1941). En un ámbito más concreto, asimismo, no hay que olvidar a don JUAN BALDANA, en su trabajo acerca de Títulos provenientes de donaciones (Buenos Aires, 1944) y al mismo RISSO, en *Algunos títulos de propiedad en el litoral de la provincia de Buenos Aires* (Buenos Aires, 1947) Finalmente, en los últimos tiempos, el Escribano CARLOS N. GATTARI recuerda la buena doctrina en un sistemático trabajo, titulado “para una teoría de la referencia”, aparecido en *Revista Notarial* (núm.749, julio-agosto 1963, págs.. 1129-1146).⁴

6. Su fundamento en todos los países.

La función notarial se desenvuelve principalmente en la esfera de los modos de adquirir *derivativos*. La *modificación* de titularidad ha sido el principal quehacer del notariado: la transmisión de la propiedad, la constitución de derechos, reales o personales (sucesión constitutiva), integran el contenido histórico de la mayoría de los instrumentos públicos. La intervención del Notario en estos negocios ha dado seguridad al tráfico jurídico.

Cada titularidad se nos muestra, en cabeza del trasmitente, como el último eslabón de una cadena que penetra, de titular, en el *pretérito*.

No habría objeción posible que hacer si nos atuviéramos estrictamente al contenido de esta definición. Pero en la realidad no siempre el valor del derecho que parecía justificar plenamente un título, puede resultar inatacable.” PAZ (JOSÉ MÁXIMO): *Repertorio del derecho notarial argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1938, pág. 1191.

³ Profesionales, ordinariamente escribanos sin registro (notarios sin notaría) dedicados al análisis de títulos y a la investigación de los mismos en los archivos de protocolos.

⁴ GATTARI, loc. cit., nota 1, recuerda la frase de VÉLEZ SÁRFIELD, el autor del Código civil argentino (nota al art. 3.202): “La inscripción no es más que un extracto de los títulos y puede ser inexacta... nada garantiza ni tiene fuerza de verdadero título, ni aumenta el valor del título existente.”

En garantía del adquirente, no basta con ese último eslabón: hace falta remontarse de título, es donde está el problema. Cada vértebra a vértebra, aislada, es un sólido estático, sin movimiento, como cada título es un estado jurídico. El secreto del movimiento de las vértebras está en la médula que atraviesa y vivifica, como en los títulos está en el trasvase, de anterior a posterior, de su contenido, esto es, en la cantidad y calidad de la *sucesión*. Hay que buscar a la persistencia de la titularidad, observando sus desviaciones cuantitativas –en cuanto a la cosa y en cuanto al derecho- o sus modificaciones subjetivas. No son suficientes las perlas: en el hilo que las ensarta, se halla la seguridad del collar.

7. Su objeto: El tracto sucesivo de Títulos.

El tracto sucesivo de títulos tiene dos fenómenos, ambos confirmativos:

a) La justaposición de títulos y de titulares, que da certeza a la titularidad *actual*. La cosa o el derecho que ha pasado a través de múltiples titulares tiene mayores garantías que la que tiene un solo título y reciente. Cada sucesivo titular se habrá asegurado, por lo menos en cierta medida, de la cantidad y calidad de su derecho. Aparte del mayor número de vendedores responsables de evicción y saneamiento.

b) El crecimiento interior de valor de los títulos en su marcha hacia la prescripción. No es lo mismo una titularidad reciente que una treintenaria.

El examen de títulos debe abarcar:

A) En cuanto al sujeto.

1) La titularidad ⁵ y sus limitaciones. Condiciones suspensivas, resolutorias, etc. Todo lo que reste o menoscabe la firmeza de la titularidad.

⁵ ZARZOSO (ob. Cit., pág. 537) indicaba: “Si todos los que han *poseído* la finca, al transmitirla, tenían aptitud legal para ello.” *La posesión* actual y la anterior estaban siempre como preocupación en el estudio de títulos.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

2) Facultades y capacidad del titular de la disposición para el acto que se prepara.

B) En cuanto al objeto.

1) La finca o cosa objeto de la transmisión. Sus alteraciones a través de la titulación y (preguntando a los interesados) su estado en la realidad.

2) Las cargas y gravámenes de la finca: su vigencia o cancelación.

3) Naturaleza y extensión del derecho que se transmite: sus variaciones y justificación de éstas.

C) En cuanto a los títulos.

1) Clase de títulos.

2) Su valor legal y sus lagunas y defectos.

No es mi intención, en el día de hoy, contemplar cada uno de estos puntos.

8. Las raíces históricas del examen de Títulos.

Un título es un documento, y como tal, una cosa, un objeto material con su corporalidad presente en el espacio y perceptible por nuestros sentidos.

Lo primero que percibimos del título es su existencia física. Esta corporalidad lo convierte, de objeto visible, en *objeto observable*, sujeto al examen y observación pericial del Notario. Lo primero que se sujeta a observación, son los signos de autenticidad externa: papel, firmas, sellos, clase de letra, etc. En la antigua carrera de escribanos de España, se exigía aprobar determinados estudios en la Escuela Superior de Diplomática.⁶ Después se limitaron estos estudios para los notarios, a la letra y lectura de los documentos de los siglos XVII Y XVIII, con lo que, la R.O. de 1 de septiembre de 1880, ya habla, en este sentido del examen de paleografía para los aspirantes al notariado.⁷ Al fusionarse en la

⁶ Se incorporó a la Facultad de Letras de R. o. de 20 de julio de 1900 y 15 de agosto de 1913.

⁷ La paleografía se limita a estudiar la letra y la lectura y traducción de documentos

Facultad de Derecho los estudios de la Escuela Superior DEL Notariado⁸ por R. D. de 14 de agosto de 1884, en el artículo 10, se recuerda que los aspirantes al notariado deberán aprobar la paleografía, con arreglo al R. D. de 1 de septiembre de 1880, esto es, en la Escuela Superior de Diplomática. De manera que, aparte y además de los estudios jurídicos propios de la profesión notarial, se entendía que el análisis y estudio de la titulación anterior se remontaba a documentos antiguos (viejos testamentos, títulos de creación de capellanías y mayorazgos, etc.) y que, de modo implícito, en dicho estudio quedaba comprendido todo lo pertinente a su autenticidad formal, a su corporalidad auténtica, a la intervención formal de los firmantes, en calidad de partes, de testigos, de cojuradores, etc. En una palabra: si el título, formalmente, estaba completo.

Además de esta observación externa del título, había que proceder a su examen interno.

Dos instituciones medievales forzaban al estudio externo e interno de los títulos del transmitente: la *traditio chartae* y los *otores*.

9. La “*traditio chartae*”.

La *traditio chartae*, llegada a la ley 8.^a, título 30 de la Partida Tercera, tiene dos formas, ambas transmisivas de la propiedad. No hay que olvidar que durante toda la Edad Media española se vive un régimen de compraventa *real*, propia de todo Derecho primitivo (franco, germánico, escandinavo, etc.) y no de compraventa consensual. Cuando la cosa _es el caso de los inmuebles_ no se puede entregar, se entrega su título (*traditio chartae*). La ley 6.^a, título 2, libro 5.^o del *Liber iudiciorum*, equipara las cosas que son dadas por escrito, puesto que el donatario se queda con el *escrito* del donante.⁹

antiguos, mientras que la diplomática abarca la materia escriptoria, las tintas, los instrumentos gráficos, los sellos, pendientes y adheridos, el lenguaje, estilo, cláusulas, etc.

⁸ Reorganizada por la ley de Claudio Moyano de 9 de septiembre del 1857, artículo 47 y sus concordantes.

⁹ Cfr. NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, 1950, págs. 149 y 150.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

Las Partidas, después, recogen las dos formas medievales de la *traditio chartae*: entregando materialmente las cartas por las que en su día adquirió el transmitente (“apoderándole de las cartas porque la él ovo”); u otorgando otra nueva y entregándosela al comprador (“o faziendo otra de nuevo e dando gela”).

Parece ser que la primera forma es la genuinamente medieval y que la segunda es de influjo erudito de la fórmula romanobizantina de la *completio*: *complevi, dedi, absolvi*.¹⁰

En la primera forma, el adquirente, precisamente, adquiriría la finca *por y desde* la aprehensión y el tangere de los títulos *anteriores*, que representaban y equivalían a la cosa.¹¹ Dado este valor sustantivo y transitivo de la *traditio chartae*, el comprador, más o menos asesorado, no iba a recibir a ciegas un monto a cabo un examen jurídico y diplomático.

Máxime cuando el vendedor se convertía en uno de los tres *otores*.

10. El sistema de los “otores”.

En el primitivo Derecho germánico, más primitivo que germánico, no había proceso de reivindicación. El demandante no tenía que probar su acción. Era el demandado el que tenía que justificarse, mediante *otores*.¹²

¹⁰ Cfr. NÚÑEZ-LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1950, págs. 50 y sigs; *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, págs. 120 y sigs; *Contenido sustantivo de la escritura pública*, números 73-74.

¹¹ La entrega de las cartas o documentos se hacía en sustitución de la antigua wadia, con igual perfección de transmisión de propiedad. La recepción del Derecho romano redujo su alcance al de transmisión de posesión. Un eco de ese sistema, llega casi a nuestros días en los Formularios de ZARZOSO, que al hablar de las “circunstancias generales que deben contener las escrituras de venta”, en la 5.ª: “expresión de que se reciben los títulos de propiedad en señal de la toma de posesión, si es inmueble” (ob. Cit., pág. 318). Para Zarzoso, no significa más que una *traditio simbolica* de la cosa.

¹² A este proceso en su conjunto se le llama or francos y longobardos *intertiatio*, *interciare*; por los anglosajones, *team*; por los sajones; *Anefang o Anevang*; por los franceses, “chiedere la chose comme emblée”.

Ante el tribunal, el demandado podía alegar y debía probar una de estas tres cosas: primera, accesión (singularmente, criazón, parto de animales, esclavas, etc.); segunda, herencia paterna (*in alodiis patris*), que tenía que probarse con tres cojuradores; tercera, compra o permuta, presentando ante el tribunal a su otor, auctor o transmitente, mediante citación privada (*mannitio*). A su vez, este otor llamaba al suyo, y así, en vía de regreso, la *laudatio auctoris* no tuvo límites hasta que un rescripto de Oton I, hacia la mitad del siglo X, la redujo a tres *otores* (*in tertia manu, intertatio*).

El demandado tenía ante sí el grave problema de que sus autores o causantes quisieran acudir a juicio. Por eso, en el formulario que recoge todavía Rolandino, el vendedor se obliga a salir como otor en defensa de su comprador.

El procedimiento con otores es el mismo en las leyes germánicas y en los fueros municipales españoles.¹³

¹³ Los otores saltan a la vista a poco que se hojeen nuestros fueros; así, ad exemplum: Fuero de Cuenca (texto UREÑA, pág. 228):

“Qui radicem roboratam tenuerit, et eum ante annum et diem qui pro ea pulsaverit, det autorem, sicut fórum est: auctore dato, habeat radicem liberam et innumem. Si auctorem non dedert, relinquat radice cum calumpnia decem aureorum.”

Idem (texto UREÑA, pág. 230):

“Si quis pro hereditate auctorem dare debuerit, det eum super hereditate auctori concedendo, quod ipse vendidit, vel impignoravit. Vel dedit; et complet... id est, quod componat hereditatem duplatam, si victus fuerit.”

Idem. Codice Valentino (texto UREÑA, PÁG. 229):

“Qual quier que rrayz toviere rrobada e alguno se la quisiere demandar ante del anno e del día, de totor como fuero es, y dado el otor, aya la rrayz quita el lebre; e si non diere otor, deje la eredad con la calonna de los diez mr, e sí otor diere e el diere e el otor fuere vencido, peche tanta e tal rrayz doblada e diez mr.”

Idem. Idem (texto UREÑA, pág. 231):

“i alguno oviere a dar otor por heredad, delo sobre cread, otorgando lo el otor, que él la vendió o la enpenno o la dio; e cuple; si diere fiador vecino que haya casa abandonada con pennos, que cumpla al fuero de Cuenca e que dé la eredad doblada, si vencido fuere.”

Fuero de Heznatoraf (texto UREÑA, pág. 221):

“E aquel que la rayz toviere robrada e ante de Anno e día algúno se la demandare, de actor por ella, así como fuero es, e el actor dado aya la rayz quita e salva. Mas si actor non diere, etc.”

Idem (texto UREÑA, pág. 231):

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

La limitación a tres otos fue sin duda la primera causa de irrevindicabilidad. El comprador en cuarto grado en el tracto sucesivo descendente quedaba ileso si presentaba los tres causantes que le precedieron en la posesión.

Tenemos aquí un primer antecedente del examen de títulos: es establecer la lista de los otos para saber a quién había que llamar a juicio en defensa del comprador, y en qué forma y extensión habían quedado obligados éstos a acudir a juicio.

11. La “*probatio diabolica*”.

La recepción del Derecho romano en los países de Europa en que antes regía el Derecho germánico, cambio el sistema de los otos, a cargo del adquirente demandado, por el sistema de *reivindicatio y probatio diabolica*, a cargo del demandante.

La *probatio diabolica* del actor vindicante queda, en resumen, reducida a dos elementos.

Primero. *Dominium auctoris* o dominio de los transferentes hasta completar el tiempo de la usucapión (tracto regresivo).

Este sistema es semejante al medieval de los otos. Pero en éste, es el adquirente documental *demandado* el que tiene que indicar y presentar sus otos, no limitados por el tiempo, sino por su número. En *La probatio diabolica*, es el actor vindicante el que tiene que invocar y probar su árbol genealógico de titulares anteriores en el dominio, remonándose hasta

“Si alguno por heredad actor oviere a dar, delo sobre la eredad, el actor otorgando que él la vendió o la dio o la enpeñó, e cumple. E aun si diere fiador vecino que aya casa con pennos valedera, que cumpla el fuero de heznatoraf. Si vencido fuere, que peche la heredad doblada.”

Fuero Viejo de Castilla:

El título II del libr IV lleva por rúbrica: “De los otos que fueron en Castiella”.

Fuero de Salamanca (texto CASTRO Y ONÍS, pág. 131).

Lleva también por rúbrica: “De dar otor”.

Fuero de Usagre:

“Et qui otor oviere a dar por heredat, a IX días lo dé, et non passe mas de tercero otor:”

treinta años cuando menos.

Segundo. *Titulus actoris*, o adquisición válida del último titular, que es el actor vindicante. En el sistema de los *otores*, es el adquirente demandado el que tiene que invocar, no su título actual sino su *otor*.

En Derecho romano, la reivindicación (*actio in re*) en el platillo del demandante, quedaba equilibrada por el derecho de evicción (*ius obligationis*) del comprador contra su vendedor, en el platillo del demandado. Y cada vendedor, a su vez, contra su respectivo vendedor. Una cadena de vendedores, con un pie en presidio –prisión por deudas– hacia de la evicción algo definitivo y firme. El comprador en Roma estaba en el fiel de un equilibrio de intereses entre reivindicación y evicción, de densidad semejante en aquella época.

Con la recepción del Derecho romano, se impone no sólo la acción reivindicatoria, sino todo el sistema completo, con su acción de saneamiento por evicción. En punto a transmisión del dominio, se estudia la genealogía de titulares, como si el titular actual tuviera que verificar, ante el tribunal, la *probatio diabólica*, pero no con miras de reivindicar, porque se parte del supuesto de que el vendedor es el poseedor actual y como tal ha de llevar a cabo la *traditio*, sino con miras a cerciorarse de la usucapación extraordinaria consumada y a la defensa en caso de que la reivindicación fuera entablada por un tercero preterido.

Como vemos, tanto en el sistema de los *otores*, como en el de evicción, la defensa del adquirente está en la vía de regreso, en la peregrinación de la titularidad, río arriba, hasta sus fuentes, hasta un modo originario de adquirir (usucapación extraordinaria consumada).

Aquí reside el fundamento y la técnica del control de la cadena de títulos, aunque en la escritura que se redacte únicamente haya que reseñar el título actual del transmitente.

12. La tradición francesa.

El examen de títulos es una vieja tradición notarial francesa. Sin ir

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

más lejos que las distintas ediciones del viejo Maguet, nos encontramos, ya en nuestros días:

“Establecimiento de propiedad –dice MAGUET- es el análisis sucinto y razonado de los títulos en virtud de los cuales una persona posee los bienes que enajena, a título gratuito u oneroso, o sobre los cuales constituye una garantía hipotecaria de otra clase.”

“El establecimiento de propiedad se hace principalmente en los actos y contratos que implican transmisión de propiedad o de usufructo de viene inmuebles o de préstamo hipotecario. Esta formalidad es necesaria para tener la certidumbre y demostrar que el vendedor, donante, permutante o prestatario es propietario inmovible del inmueble enajenado o hipotecario...”

“El establecimiento de propiedad se hace, en general, partiendo de las transmisiones reciente y remontándose a las más antiguas. Debe relatar de una manera precisa el origen y la duración de la posesión. Los actos y contratos en virtud de los cuales las mutaciones sucesivas han tenido lugar, la ausencia o extinción de privilegios o de acciones reales sobre los inmuebles a favor de precedentes propietarios, los títulos en virtud de los cuales estos últimos han poseído, los precios de adquisición, la mención de los documentos justificativos del pago de estos precios, el modo de su liberación, el cumplimiento de la formalidades hipotecarias.”

“Se puede dispensar de hacer remontar el origen de la propiedad más allá de los treinta años, puesto que éste es el plazo acordado por la ley para la prescripción de acciones, tanto reales como personales. Sin embargo, es preciso apartarse de esta regla y remontarse más allá de los treinta años, cuando la prescripción ha podido estar interrumpida por minoridades u otras causas”.¹⁴

¹⁴ MAGUET (LOUIS): *Traité et formulaire a l'usage des aspirants au notariat*, tomo II, tercera edición, París, 1944, págs. 255-256.

13. Bélgica

“El Notario debe establecer el origen de la propiedad de los bienes dados en venta. La medida prescrita por el artículo 13 de la Ley de 10 de Octubre de 1913 (reforma hipotecaria) tiene un doble objeto. Tiende primero a constituir la cadena de propietarios sucesivos, lo que facilita la investigación de la libertad gravámenes. En segundo lugar, tiene el mérito de designar la finca por medio de un elemento fijo, que juega el papel de un verdadero número de matrícula; de una marca indeleble que sirve para reconocer el inmueble a través de todas las transformaciones sufridas. El título de propiedad es al inmueble lo que el acta de nacimiento es a la persona física. Todo en la descripción de un inmueble puede cambiar: su número catastral, su situación, su naturaleza, el municipio del que depende. Una sola cosa es inmutable: la fecha del título de adquisición”.¹⁵

14. Suiza.

La tradición notarial francesa del examen de títulos, ha imperado, no sólo en Bélgica, sino en toda Europa. Incluso en Suiza –en los cantones en que hay notario-, a pesar de su sistema registral, se practica con toda meticulosidad el examen de títulos. Es, por otra parte, socialmente necesario. De un lado, no todo el territorio nacional consta inscrito en el Registro de la Propiedad. En los territorios pobres se utiliza poco la inscripción. Esto, a pesar de que legal, pero teóricamente, la inscripción es constitutiva. De otro lado, el código no contiene el principio de legitimación.

15. Alemania.

En Alemania hay falta de uniformidad debido a la falta, hasta nuestros días, de una organización unitaria del notariado.¹⁶ El principio de legitimación del B.G.B. (art. 891), el sencillo régimen de

¹⁵ RAUCQ ET CAMBIER: *Traité du notariat*, tomo II, pág. 729, número 3.800.

¹⁶ Ley Notarial de la República Federal Alemana, de 24 de febrero de 1961, traducida por el Instituto Argentino de Cultura Notarial y publicada en *Revista Notarial (La Plata)*, núm. 747, págs. 465- 490.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

casilla y abarcabilidad del folio registral, facilitan el cometido del Notario, máxime cuando las certificaciones registrales se expiden fulminantemente con fotocopia autenticada de los asientos.

16. España.

En España, durante todo el siglo XIX, y bien entrado el XX, se practicaba por los notarios, con rigor, el examen o reconocimiento de los títulos de propiedad.

Así, por ejemplo, aun después de publicada la Ley hipotecaria, DAVILA, bajo la rúbrica de “Reglas generales para el examen de los títulos de pertenencia”, decía: “De labios muy autorizados hemos oído constantemente que la tarea más difícil y de mayor responsabilidad para el letrado es el examen de los títulos de pertenencia con objeto de adquirir o gravar al propiedad. La confianza que el comprador deposita en aquel y la trascendencia de su dictamen, es una razón poderosa para que sea lo más riguroso posible en el desempeño de su cometido. Vale más ser tildado de quisquilloso que de descuidado o ignorante.” (DAVILA, MANUEL: El libro del propietario, MADRID, 1872, tercera edición, pág. 675.)

Así, también, el acreditadísimo y usual libro de formularios de ZARZOSO:

Reconocimiento de títulos de propiedad.- “Una de las cuestiones más difíciles que al Notario se le pueden ofrecer en la práctica y quizá de mayor responsabilidad es el reconocimiento de títulos de la propiedad, que trae consigo el dictamen aconsejando si con ellos se puede con seguridad adquirir o no la fina a que pertenecen.”

“En la imposibilidad de fijar bases seguras para desempeñar con acierto esta comisión, daremos algunas reglas, que para mayor claridad dividiremos en tres secciones; unas, que son referentes a las personas que han sido propietarios de la finca, otras, a la misma finca, y otras, a los documentos. (ZARZOSO y VENTURA, EZEQUIEL: Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos, Valencia, 1900, 6.^a ed., pág. 537.

17. Complemento del registro de la propiedad.

En 1861 se publica en España la primera Ley hipotecaria. La inscripción da garantías y ventajas indudables a la propiedad inscrita, pero no hay un mecanismo coercitivo que lleve todas las fincas al Registro de la Propiedad. La realidad social, a partir de entonces, nos muestra la situación de la propiedad en tres grupos:

1.º Fincas que nunca ingresaron en el Registro de la Propiedad. Para ellas sólo existe el sistema de usucapión consumada según las viejas normas del Derecho civil. El examen de títulos debe llevarse a cabo a estilo clásico, sin ayuda alguna del Registro. Este régimen al margen del Registro es propio de países de minifundio y escaso valor de la propiedad (en Galicia, Asturias, etc.). En las comarcas en que la propiedad tiene valor, a pesar de la voluntariedad, todas las fincas están inscritas.

2.º Fincas que en alguna ocasión ingresaron en el Registro, pero que su titulación sucesiva dejó de llegar al Registro, encontrándose en éste asientos inactuales. Esto principalmente ha ocurrido con motivo de las transmisiones *mortis causa*. Los herederos, por economía, no han formalizado testamentaria alguna, repartiéndose de hecho entre ellos las fincas del causante y aun fraccionando alguna finca en parcelas para su más fácil adjudicación. Se ha producido así una discordancia entre la realidad y el Registro, a veces más difícil de subsanar que si la finca no hubiera ingresado nunca en el Registro.

En el examen de títulos hay que involucrar necesariamente el examen del Registro.

3.º Fincas perfectamente inscritas en el Registro.

Antes que nada, hemos de decir que la inscripción en España ha tenido un valor social, casi tabú, mucho mayor, muchísimo mayor, que su valor legal. Pocas veces se puso a prueba ante los tribunales el valor de un asiento. En la Universidad, en los cursos de Derecho civil, o no se estudiaba, o se hacía muy ligeramente, por falta de tiempo, la legislación del Registro de la Propiedad. Por otra parte, los especialistas, autores

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

de verdaderos latifundios jurídicos, por regla general, repelían con su jerga y sus distingos. Los letrados, por inercia e ignorancia, daban por bueno lo que constaba en el Registro, sin grandes análisis. Esto ha dado mayor estabilidad a los asientos registrales que la ley.

En este régimen de propiedad, tenemos que distinguir la inscripción de dominio y la inscripción de posesión.¹⁷

18. Inscripción de dominio.

El artículo 33 de la ley, consagró el principio de que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos conforme a las leyes. Y aunque el primitivo artículo 34 consagraba un embrión de la integridad de la fe pública, sus excepciones le restaban gran parte de su eficacia.

Desde nuestro tema, hemos de decir que la Ley de 1861 no consagró el principio de legitimación del titular registral, que únicamente llega a su plenitud con la reforma de 1944 y 1946 (art. 38, párrafo 1). El principio de tracto sucesivo se apuntó, pero no se desarrolló, en el artículo 20 de la Ley de 1861, y en la práctica quedó incumplido, máxime después de la Ley de sensorio, aunque la posesión resultara contradictoria de asientos anteriores. Hasta la Ley de 1909 no queda consagrado con rigor el principio de tracto sucesivo.

Volviendo al artículo 34 (integridad de la fe pública), antes de su reforma trascendental en 1944, hemos de señalar:

1.º El artículo 34 de la Ley de 1861 (que estableció, con gran originalidad y once años antes que las leyes prusianas de 1872, el principio de la integridad de la fe pública del Registro), dejó tales fisuras en la literalidad del asiento, tales escapes a la realidad extrarregistral, que el análisis de títulos, inscritos y no inscritos, continuó siendo de estricta necesidad. Por lo pronto, un párrafo final de dicho artículo 34 dejaba fuera de su juego y de su ámbito los asientos de posesión en contra del propietario no inscrito. La acción reivindicatoria, en virtud

¹⁷ La Ley de reforma de 1944 acabó con este perturbador dualismo, impidiendo a la posesión su acceso al Registro.

de títulos no inscritos, tenía igual eficacia, en contra del Registro, que antes de publicarse la Ley de 1861.

La primera investigación sobre la titularidad registral del transmitente consistía en comprobar si tenía inscrito posesión o dominio; y en este último caso, las cargas, limitaciones y prohibiciones que constaran en el Registro y en los títulos anteriores.¹⁸ Había ante todo que cerciorarse de la cualidad dominical de la titularidad.

En este punto, el notariado español ha tenido en los asientos del Registro un precioso instrumento. El dominio inscrito presentaba, ante los ojos del Notario y del posible tercer adquirente, claridad y seguridad.

19. La sucesión “mortis causa”.

La Ley de 1861 omitió, en su artículo 2.º, toda inclusión o exclusión de los *títulos hereditarios*. La Ley de 1869, añadió un segundo párrafo al artículo 21 precisando los documentos necesarios para inscribirlos. No obstante, el heredero o legatario inscrito (titular aparente) no era tercero, y, por tanto, no quedaba inmune a la *petitio hereditatis* del heredero de mejor derecho no inscrito (heredero real), mientras no prescribiera dicha acción real (treinta años). Esto estaba y está claro: el heredero o legatario inscrito tenía una titularidad registral *revocable*, por la naturaleza mortis causa de su mismo título inscrito. Pero, ¿*quid* del tercero causahabiente a título oneroso de ese mismo titular registral? No cabe duda que tenía la cualidad de tercero a los efectos del artículo 23, y, por tanto aplicando éste sin contemplaciones, no le podía perjudicar la *petitio hereditatis* entablada por el heredero real extrarregistral basado en títulos no inscritos. Esto parecía excesivo y se prestaba al fraude. La solución

¹⁸ Del prorrogado régimen transitorio resultaba que las inscripciones que se verificaron antes de 31 de diciembre de 1874, perjudicaban a tercero desde su fecha de éstos (art. 391, ley 1.869), poniendo así en primer plano, y más allá del régimen transitorio, los problemas de eficacia y de retroacción de las menciones de derechos reales, tanto en los asientos de inscripción como en los títulos, no bien resuelto ni en la Ley de 1944. Arrastrado el apartado de cargas a través de los sucesivos títulos, incluso en el de compra por el tercero del artículo 34, a éste le perjudican estas menciones porque su título le fue leído por el Notario, aunque no consten en el Registro, por el principio de buena fe.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

contraria propugnaba la inaplicabilidad del artículo 23 –y del 34– no sólo al heredero o legatario inscrito, sino también a su causahabiente, con lo cual quedaba libre el juego del principio *resoluto iure dante resolvitur ius concessus*: la revocación de la titularidad del heredero o legatario inscrito, revocaba *ipso iure*, la de su causahabiente incluso registral. Esto era no menos excesivo y cercenaba en demasía el crédito territorial. La Ley de 1869 ¹⁹ siguió un criterio intermedio, agregando un segundo párrafo al artículo 23 de suspensión temporal (cinco años) de la eficacia del párrafo primero. La *petitio hereditatis* procedía siempre contra el heredero inscrito y también contra su causahabiente que adquiriría su derecho antes de los cinco años de la inscripción hereditaria. En cambio, la *petitio hereditatis* no podía perjudicar a tercero inscrito que hubiere adquirido a título oneroso *después* de dichos cinco años.

Esto tratándose de asientos de dominio. A los de posesión les era aplicable tal doctrina y además la de la acción reivindicatoria extrarregistral en los términos del Derecho civil común.

20. 3) Finalmente, el artículo 283 definió que la certificación del Registro era el único medio de acreditar, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de una finca. ²⁰ Nada se dijo en la ley respecto de la certificación del Registro para justificar el dominio, ni interpartes ni respecto a tercero. En la jurisprudencia posterior a la ley, continúa exigiéndose la incorporación al proceso del título (no de la certificación registral), o, en su defecto, ha de acreditarse la posesión y usucapión extraordinaria con los requisitos legales (S. T. S. 11 de mayo de 1899, 22 de septiembre de 1914; 12 de febrero de 1915; 29 de enero, 24 de

¹⁹ Art. 23: “Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero (Ley 1861):”

“La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma (Ley de 1869):”

“Exceptúanse los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios (Ley 1877).” Los cinco años fueron rebajados a dos en la Ley de 1909.

²⁰ Las cargas patentes existen y perjudican a tercero, aunque no estén inscritas (aguas: 13 de octubre de 1905, 13 de enero 1913; luces y vistas: 5 abril 1898, 31 marzo 1902, etc. etc.).

febrero y 26 de marzo de 1916; 10 de abril y 24 de mayo de 1928; 21 de diciembre de 1931; 28 de noviembre de 1940, etc.) No presentándose título es improcedente e imposible la reivindicación (29 de septiembre de 1891; 25 de enero de 1915; 10 de abril y 4 de mayo de 1928. La posesión inmemorial es justo título (24 de febrero de 1911). También la de treinta años (24 de febrero de 1911; 13 de enero, 12 de febrero y 22 de diciembre de 1915):

21. Inscripción de posesión.

En la Ley de 1861, el expediente para inscribir posesión, sólo significaba reconstruir una titulación supletoria del dominio. Verdaderamente, no se inscribía posesión, sino dominio, hasta la Ley de 1869, que convirtió el procedimiento anómalo y supletorio del expediente posesorio, en medio normal de inmatriculación de posesión.

La posesión inscrita no estaba garantizada por el Registro, que sólo la *publicaba* a la espera de la usucapión extrarregistral.

En primer lugar, las inscripciones de posesión continuaban siendo de posesión, sin ascender registralmente a dominio. (Hasta 1909, no se inventa la “conversión” registral del asiento de posesión en otro asiento de dominio.)

En efecto: el artículo 408 de la Ley de 1861 decía: “la inscripción hecha en virtud de justificación de la posesión, perjudicará o favorecerá a terceros desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que atribuyen las leyes a la *mera “posesión”*. Y añadía el 409: “la inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho a la propiedad del inmueble, *aunque su título no haya sido inscrito*. Entre las *partes* surtirá su efecto la posesión desde que deba producirlo *conforme al Derecho común*”.²¹

Y la Ley hipotecaria de 1909, que quiso dar cierta eficacia registral al asiento de posesión, no obstante tuvo que replegar banderas ante

²¹ Estos artículos se integraron en el 403 de la Ley de 1869, y con ligeros retoques, en el 396 de la Ley de 1909.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

la acción reivindicatoria basada en títulos no inscritos, diciendo en el artículo 396: “El tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones (de posesión) como transcurrido cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, a menos que aquel a quien ésta perjudique lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión *con arreglo al Derecho común.*”

Aun después de expulsada la posesión del Registro de la Propiedad, todo este mecanismo de reivindicación contra el Registro tiene hoy muchas posibilidades a través del enrejado del artículo 36, en relación con el último párrafo del artículo 40 de la Ley hipotecaria, texto refundido de 1946. Es decir: hoy en día cabe la usucapión extraordinaria, a pesar y contra el Registro. El Registro de la Propiedad es un Registro de títulos, a lo sumo puede llegar a admitirse que sea un Registro de derechos reales. Pero lo que no ha sido ni es, es un Registro de *hechos* y, por tanto, el hecho de poseer queda fuera de la Ley hipotecaria (artículo 5º.). Y la usucapión extraordinaria, en la que no interviene para nada el *título*, ni justo ni injusto, se desenvuelve íntegramente fuera del Registro, sin más límites que la protección del tercero protegido por la integridad de la fe pública del Registro (art. 34 y 40, *in fine*), siempre que su buena fe no se conmueva por el conocimiento extrarregistral del hecho de la posesión *ad usucapionem* en uno de los supuestos del artículo 36.

22. Conversión de la posesión en dominio.

a) *Sustantivamente*, la posesión no pasaba a dominio sino a través de la usucapión consumada (30 años) *fuera* del Registro con arreglo al Derecho Común. *Por y desde* el Registro, la posesión, como antes hemos dicho, nunca dejaba de ser posesión. Cabía, eso sí, que se tuviera sentencia firme en juicio declarativo (por ejemplo, reivindicatorio), y, naturalmente, esta sentencia, por su parte, era inscribible. Pero se trataba, no sólo formalmente, sino sustantivamente, de una nueva inscripción; no de una conversión, ni formal ni sustantiva, de “aquella” posesión inscrita. La sentencia únicamente producía sus efectos interpartes.

También era posible llegar a igual resultado con el decreto judicial

aprobatorio del expediente de dominio, desde la introducción de éste por la Ley de 1869.

En la práctica, el análisis de los títulos de los treinta últimos años, llevaba a asimilar la posesión inscrita al dominio, y se operaba como si lo fuera, por considerar consumada la usucapión extraordinaria. Era ésta la que convertía sustantivamente la posesión en dominio, al margen del Registro.

23. El Banco Hipotecario.

El Banco Hipotecario no podía dar dinero a préstamo más que sobre fincas inscritas, no importa en qué fecha, con tal que ésta fuera anterior a la hipoteca. Pero exigía y examinaba la titularidad de los treinta últimos años, buscando siempre la usucapión consumada.²²

Las inscripciones de dominio o de posesión, con titulación perfecta de treinta o más años, daban lugar a la concesión del préstamo. Aunque el Banco no podía prestar sobre posesión, en el pensamiento de los juristas asesores del Banco andaba implícita la idea de “conversión sustantiva”. La posesión y usucapión se definían por los letrados del Banco, *según los títulos*.

Cuando aparece, como veremos a continuación, la *conversión* formal en 1909, el Banco exige ésta habitualmente como trámite previo. Pero el cómputo de los treinta años se desplaza; no tiene su arranque en los títulos, sino en la inscripción. Hace falta que la primera inscripción de

²² Recuérdese que el Registro de la Propiedad llevaba en funcionamiento sólo una decena de años, cuando en 1873 (Escritura de 15 de abril, ante Notario de Madrid don Manuel Caldeiro) se constituyó el Banco Hipotecario. No podía exigir inscripciones de gran antigüedad. El Banco Hipotecario, en 8 de octubre de 1873, decidió: “No se dará curso a ninguna solicitud de préstamo que no vaya acompañada de los títulos de adquisición de los últimos treinta años.” En 14 de febrero de 1874 se publican las “Reglas generales de la sección encargada”, en donde se dice: “... ha de reputarse, por lo común, necesario para dar curso a toda solicitud de préstamo que se acompañen títulos de dominio, que comprendan, cuando menos, un período de treinta años. Sólo podrá dispensarse esto cuando la finca haya sido comprada al Estado, o concurra en ella alguna otra circunstancia excepcional que lo haga innecesario.”

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

posesión fuera de fecha anterior a treinta años. Se continúa, de todas formas, exigiendo, para su minucioso estudio, la titulación al menos de treinta años, hasta que, en 8 de julio de 1927 (en vista del R.D.- ley de 13 de junio de 1927)²³ se dispuso:

“1º Que se admitan las inscripciones posesorias que por el transcurso de los diez años se hayan convertido en inscripciones de dominio.”

“2º Que en lo sucesivo no se exija más titulación que la correspondiente al período de los últimos diez años, debiendo presentarse, por regla general, el título que estuviere en vigor diez años antes, y los que acrediten las transmisiones posteriores hasta la adquisición por el actual propietario”.²⁴

24. b) Formalmente, la *conversión* fue introducida en el artículo 399 de la Ley de 1909. Este artículo habló de tres causas de conversión: dos extrarregistrales (la sentencia y el expediente de dominio), y una, intrarregistral: el mero transcurso del tiempo “registral”.

Los dos primeros se producían fuera de Registro, igual que venía sucediendo, y se daba lugar también a una nueva inscripción; pero ésta ya tenía naturaleza formal de conversión de la vieja inscripción de posesión en dominio.

El tercero, podía así, sin más trámites que la oportuna petición al Registro, convertir (también por una nueva inscripción) la vieja posesión registral en dominio, si había transcurrido el plazo de treinta años²⁵ contados desde la fecha del primer asiento de posesión.

Este era un procedimiento típicamente registral: por los mismos datos del Registro, se producía la conversión.

²³ Rebajó el plazo de treinta años a diez. Véase después nota número 24.

²⁴ Después de la reforma hipotecaria de 1944, en la que ya no había conversión (al no haber posesión inscrita), en 19 de diciembre de 1945, el Banco decidió exigir únicamente el último título de dominio inscrito y certificación del Registro de la Propiedad con los extremos exigidos por el Banco.

²⁵ Rebajado a diez años por R. D.- ley de 1927.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

La conversión registral no producía efecto de dominio, sino respecto de los títulos de fecha *posterior* a la misma conversión registral, pues los anteriores contrataba sobre el asiento de posesión, que era el único que publicaba el Registro. La conversión registral *previa* establecía, como era su consecuencia lógica, para estos títulos posteriores, todas las garantías que le Registro otorgaba al dominio inscrito.

La práctica notarial también se fue modificando en consonancia con el avance del Registro de la Propiedad. Los notarios encuentran hoy en el Registro un precioso instrumento para su examen de títulos cuando éstos están inscritos. El tracto sucesivo registral nos señala la cadena de titulares de la finca, los orígenes históricos de la legitimación actual del transmitente.

Cuando no se cuenta con el Registro, el problema de la titulación revive con todo su vigor.

24. La doctrina notarial moderna ha rehuido el tema.

SANAHUJA,²⁶ entre los modernos, que lo aborda, o hace en términos escurridizos.

“Sin perjuicio –dice-, pues, de la investigación que le *comprador* efectúe sobre el estado jurídico del predio, es conveniente que el dominio o todo el ámbito de poder sobre el predio que se propone adquirir, quede asegurado por el *vendedor*.”

“Esto no quiere decir que el Notario haya de desentenderse de la titulación; pero esta obligación es la del jurisperito, con la responsabilidad consiguiente si obra con malicia o ignorancia inexcusable.”

“El artículo 174 del reglamento notarial dice que la relación de los títulos se hará con arreglo a lo que resulte de los documentos presentados y, a falta de esta presentación, por lo que bajo su responsabilidad puede caberle. Estimamos, sin embargo, que es conveniente patentizar de una manera clara que la pertenencia de la

²⁶ *Tratado de Derecho notarial*, Barcelona, 1945.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

cosa es una afirmación del vendedor, que es quien cobra el precio y quien asume la responsabilidad de la entrega.” (SANAHUJA, ob. Cit., v. II, págs. 283-284).

SANAHUJA confunde el deber profesional del Notario (dimensión acto preparatorio) con las menciones documentales obligatorias exigidas por el artículo 174 del Reglamento (dimensión papel), que son dos momentos distintos.

Naturalmente que el deber profesional del Notario es sólo una “obligación de jurisperito”, y nadie ha pretendido agravar su responsabilidad (véase antes número 4).

Menciones obligatorias que ha de contener la Escritura que se está redactando

25. La expresión documental del “Título” anterior.

Es el segundo momento documental según nuestro criterio ordenador.

Antes de llegar a la audiencia –dimensión acto documentador- en la que se formalice el documento público, el Notario desarrolla unas actividades de *ordenación* de esa audiencia, de carácter sustantivo algunas (entre ellas el examen de títulos) y otras de carácter formal, atinentes a la dimensión papel: al modo de redactar el *tenor del documento*, esto es, menciones que han de integrar el texto, la literalidad documental.

La actividad profesional del Notario, en cuanto al examen de títulos, no se refleja íntegramente en la dimensión papel. Los formularios de la misma Francia y los de Italia²⁷ sólo expresan en su texto el título último

²⁷ *Fórmulas italianas*: “El vendedor declara que tiene la finca por adquisición de ... mediante instrumento... y que está libre de pensiones o hipotecas, o de cualquier otra carga, y promete al comprador la garantía por evicción, según derecho.” Y añade ANSELMÍ, como comentario: “Declaración de propiedad y promesa de evicción: el vendedor tiene la obligación de la garantía, aunque no se dijera nada en el contrato (art. 1.476, Código civil); esta obligación, sin embargo, puede ser convencionalmente agravada o disminuida con pactos especiales” (art. 1.487), ANSELMÍ (ANSELMO): *Principi di Arte Notarile*,

y vigente, sin remontarse a los anteriores. Es decir: se ha reconstruido el árbol genealógico, pero después sólo se cita en el texto del instrumento al padre.

Estas menciones obligatorias de la escritura que se redacta forman dos grupos:

26. Primero: la afirmación que se expresa en el texto de que: “El compareciente donde ... Es dueño de la siguiente finca.”

Esto es lo que se llama “afirmación de pertenencia”. Es el compareciente el que afirma su titularidad.

27. Segundo: el relato que bajo el epígrafa implícito o explícito de “título” se hace del último *título formal*, en el que consta la titularidad del transmitente. Hablando de “título”, todo Notario sabe que se refiere a esta parte de la exposición.

28. En los textos de documentos medievales se empleaban fórmulas que entrañaban la afirmación de titularidad. Pero la obligatoriedad expresa arranca en España, creo yo, de la vieja Ley hipotecaria de 1861. En efecto: la circunstancia sexta del artículo 9 de la primitiva Ley hipotecaria ya consistía: “en el nombre y apellido de la persona de quien proceden inmediatamente los bienes”; y la circunstancia quinta del artículo 8 de la “Instrucción sobre la manera de redactar os instrumentos públicos sujetos a Registro” del 12 de junio de 1862, exigió también “el nombre y apellido de la persona que transmita el dominio o constituya, reconozca o revoque los derechos sujetos a inscripción”.

29. Ambos preceptos se limitaban, pues, a exigir al transmitente
Roma, 1950, págs. 188 y 190. “El vendedor asume frente al adquirente las garantías de ley, declarando que los inmuebles vendidos son de su absoluta y exclusiva propiedad, adquirida en fuerza de... y están libres de inscripciones hipotecarias..., etc.”. LOVATO (ARTURO) y AVANZINI (Agostino): *Formulario degli Atti Notarili*, Torino, 1960, página 298. CARUSI (PIETRO) a la mención del título e llama “historia inmobiliaria. “El ingeniero Bellanca, en nombre del vendedor, demuestra el derecho de propiedad de éste sobre el entero edificio mediante los siguientes títulos:...” CARUSI (PIETRO): *Il negozio giuridico notarile*. Milano, 1947, pág. 124; ídem en pág. 128.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

que indicara quién fue su causante, su autor u *otor*. Con relación al Derecho anterior, al fedatario-redactor, se le exigía más: unas nuevas menciones. Al jurisperito, a primera vista y sólo a primera vista, se le exigía menos: que le limitara al último título. En la práctica, como hemos dicho (antes núm. 16), se confundió el momento primero con el segundo. La Ley hipotecaria se refería exclusivamente y limitaba este segundo momento; pero nunca el primero. Es más: en este segundo momento; pero nunca el primero. Es más: en este segundo momento, la práctica notarial fue más completa que la Ley hipotecaria, que, como hemos dicho, únicamente exigía el nombre del causante *otor* del transmitente, porque recogió en sus menciones documentales tanto el título en sentido sustantivo –venta, permuta, herencia, donación, etc.–, como el título en su sentido formal, que es el documento que contiene dicho acto jurídico. El Reglamento Notarial antes que nada considera el título formal (artículo 174); y así dice: “La relación de los títulos de adquisición del que transmita, modifique, grave o libere un inmueble o derecho real, se hará con arreglo a lo que resulte de los títulos que aludía en el apartado anterior, la mención documental expresa del último título no le añade nada, a no ser, caso inconcebible, que se cometiera falsedad, faltando, a sabiendas, a la verdad en cuanto a la existencia, naturaleza y contenido del título reseñado.

30. El “Título” en el “*ordo scripturae*”.

El vigente Reglamento notarial incluye el “título” dentro de la parte de la escritura llamada exposición.

En efecto, según el vigente Reglamento notarial español, la “*exposición*” consta de varios apartados: la descripción de las fincas y en general de las cosas que sean objeto de la transmisión o gravamen (arts. 170, 171 y 172), con las menciones necesarias para su inscripción en su caso (art. 173); la expresión de los *títulos* de pertenencia del disponente (art. 174), y la enumeración de las cargas y gravámenes si los hubiere (art. 175), y de no haber, la afirmación de que la finca está libre de cargas.

A pesar del toque de atención que dio al notariado en 1945, nuestro compañero PORCIOLES, al hablarnos de los *Problemas de la parte*

expositiva de la escritura y sus repercusiones en la contratación,²⁸ la “exposición”, en general, y dentro de ella, el “título”, no han sido objeto de estudios especiales. AZPEITIA²⁹ decía que “es sin duda la parte de la escritura más moderna en su perfecto desarrollo y científica ordenación”.

El “Título” en la historia.

Veamos algunas consideraciones históricas acerca de la parte expositiva y de la afirmación de pertenencia. Más que nada, como estímulo para que otros lo investiguen sobre viejos protocolos.

31. El documento de la alta Edad Media, contiene, por regla general, un núcleo o médula, llamado *texto*, precedido y seguido de fórmulas solemnes. Las fórmulas precedentes se llamaban protocolo; las subsiguientes, escatocolo.³⁰ Ambas constituían el *contexto*.

El *texto*, propiamente dicho, se componía de *proemium*, el *notum sit omnibus*, la *narratio*, que era una exposición de motivos y la *dispositio*, que contenía el negocio jurídico. Podría creerse que la *narratio* abarcaba más o menos lo que en nuestros días llamamos “parte expositiva” o “exposición”. Pero no es exactamente así.

En la *narratio*, más que los antecedentes del asunto, se expresaban los motivos subjetivos del acto o contrato, y algunas circunstancias, a veces pintorescas, sobre las personas: estado de salud, virginidad de la mujer, etc. Es en la *dispositio*, donde hay que buscar algo, que no todo, de lo que hoy incluimos en nuestra “exposición”. Por ejemplo: la descripción de la finca; pero no el *título*, sustantivo o formal, por el que, en su momento, adquirió el vendedor o donante.

32. En la baja Edad Media, en los coetáneos o predecesores de

²⁸ Publicado el Curso de Conferencias de dicho año por el Colegio Notarial de Barcelona.

²⁹ AZPEITIA ESTEBAN (MATEO): Legislación notarial, 1930, pág. 288.

³⁰ Véase PÉREZ ORDOYO (L.): “Esbozo para una historia del documento notarial”, en REV. D. NOTARIAL, XII (enero-marzo 1964), pág. 218. BONO (JOSÉ): *El documento de Derecho privado en León y Castilla durante la alta Edad Media* (Tesis).

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

ROLANDINO, el instrumento tiene dos partes: *publicationis y negotii tenor*; publicaciones y tenor del negocio. Las publicaciones son las menciones documentales que muestran que el instrumento es público. Las publicaciones son, funcionalmente, las mismas solemnidades incluidas en lo llamado antes protocolo y escatocolo. Tampoco en las publicaciones podemos encontrar nada de lo que buscamos. En verdad, que entre las publicaciones, os formularios –no el de ROLANDINO– incluían la arenga ³¹ que era una manifestación sentimental de los motivos íntimos de acto de disposición, con carácter religioso o ético moral. Residuo de la vieja *narratio*, únicamente se conservó como cláusula de estilo en donaciones y permutas.

Más cerca andamos de nuestra meta con lo que ROLANDINO llama *Proemio*, en el que se hacen constar los documentos habitantes, que la misma *Aurora* de ROLANDINO menciona: decreto judicial autorizando la venta de menores; poderes; instrumento notarial haciendo constar las deliberaciones de los monjes y la autorización del prior para vender, etc. ³² Este proemio, como se ve, tiene más semejanza con los que hoy llamamos “intervención”, que con la “exposición”. El proemio de ROLANDINO tenía, además, otra función: expresar la razón del plan de lo que se va a hacer. “En este proemio –dice ROLANDINO– acerca de todas las solemnidades necesarias en este contrato y enumeradas en él, se presentan ordenadamente, para que, cumplidas, se prosiga después con más desembarazo el desarrollo y el orden del instrumento, como se aprecia claramente en el de venta hecha por el tutor; y también en este instrumento presente y en los eclesiásticos que siguen después.”

Es decir, ya con ROLANDINO se mencionan ciertos documentos preexistentes y que se tienen en cuenta y se mencionan en la redacción del instrumento; pero son documentos exclusivamente habilitantes; no justificativos de la titularidad del transmitente.

33. El *tenor del negocio* en la escuela de Bolonia se sujetaba a una pauta fija: *el ordo scripturae*, que lo fijó en su *Ars Notariae*, RANIERO DE PERUGIA, siguiendo las enseñanzas de IRNERIO.

³¹ NÚÑEZ-LAGOS: El documento medieval y Rolandino, Madrid 1951, pág. 145.

³² NÚÑEZ-LAGOS, ob. cit., pág. 112.

Los *capitula del ordo* eran seis:

- I. *Contrahente;*
- II. *Res cum locis et finibus, si sunt immobiles;*
- III. *Precium;*
- IV. *Dominii utilis vel directi translatio cum omnibus pactis et conditionibus imminentibus;*
- V. *Legitima defensio;*
- VI. *Poenae sumptuorumque promissio.*

Ese orden es rígido. Los autores únicamente se refieren al número del capítulo. Se dice simplemente, capítulo V, y para los notarios y juristas de la época era evidente que se trataba de la *legitima defensio*.

El capítulo II, *res cum locis et finibus*, tiene de común con la “exposición” de las escrituras actuales, la descripción de la finca, con sus circunstancias y linderos.

Pero nada más. Falta toda mención del título adquisitivo.

El transmitente, donde formula su afirmación de pertenencia, es en el capítulo IV, en la *dominio traslatio*, y en el V se saca la consecuencia, no sólo de la responsabilidad por evicción, sino la obligación de defender al comprador (*legitima defensio*).³³

³³ D'ORS (ALVARO): “Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico), en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 1.ª (“Estudios históricos”), vol. I, págs. 118-119, tomándolo de las *Tablettes Albertini*, nos ha mostrado una venta inmobiliaria del año 434 d. C., en la que aparece la afirmación de pertenencia y la *legitima defensio*. Así dice: “Antes de que vendieran (los vendedores) disponían, tenían y poseían, y (los olivos) *eran de su derecho*, y desde este día al comprador de los mismos transmitieron para que disponga, tenga, posea, use y disfrute, él o sus herederos, a perpetuidad; y si (yo o) alguno (de mis herederos) quisiera hacer demanda y petición de la susodicha cosa de que se trata, y (también si un tercero) probara su derecho, desde que empezara la evicción, le darán (en el primer caso), tanto precio y otro tanto más, o (en el segundo), lo que la cosa valiere en aquel momento, en indemnización de la cosa evicta, sin dolo malo; estipuló Geminio Félix que no hay dolo malo, ni lo hubo ni lo habrá y lo prometieron los vendedores Maximiano y su mujer Perego.”

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

34. Así, la fórmula de ROLANDINO dice:

“Antonio dio, vendió y tradió por *derecho propio* a perpetuidad a Conrado, que recibe y compra por sí y sus herederos una parcela de tierra... para haber, tener, poseer y hacer a perpetuidad lo que a éste y a sus herederos les pluguiere en lo sucesivo...” “Prometiendo por sí y sus herederos al dicho comprador, que estipula por sí y los suyos, no provocar en tiempo alguno pleito o controversia, a él o a sus herederos, por la dicha cosa o parte de ella, ni consentírsele al que se lo provoque; antes al contrario *defender legítimamente* de todo hombre y colectividad la cosa vendida, tanto en la propiedad como en la posesión para él y sus herederos, *autorizarla* (*se auctorem facere*: hacerse autor u otor), desgravarla y haber firmes y ratificados a perpetuidad la venta antes citada y todas estas cosas y cada una de ellas arriba escrita, y mantenerlas y no hacer nada en contra, o proceder por sí o por otro por razón alguna o causa de derecho o de hecho.” (ROLANDINO: Aurora. Trad. De NUÑEZ-LAGOS y VELA, Madrid, 1950, pág. 22). Y comenta ROLANDINO:

“Se dice que una cosa se vende por derecho propio (*iure proprio*) cuando su propiedad pasa al que la recibe, lo que ciertamente no puede hacerse sino por el verdadero dueño; por tanto, se adapta muy propiamente a la verdadera significación de la precedente palabra, “entregó” (*tradidit*). (Idem, pág. 32.)

35. Muy cercana anda la fórmula de las Partidas:

“... Como fulano vende y da *por juro* de heredad para siempre jamás a fulano, que recibe para sí, que para sus herederos, tal cosa... de manera que él, o sus herederos, ayan o tengan, e sean poderosos de aquella cosa que le vende para fazer della, e en ella todo lo que quisieren...”

“... E otrosi le prometió, e le otorgo, que de la propiedad ninde la possession de aquella cosa que le vendió nin por razón de uso, ni de derecho que perteneciesen a ella, nunca él, nin sus herederos, nin otri por ellos le moueran pleito, nin contienda, nin le farían ningund embargo en juicio, e fuera de juicio, ante gela *ampararían*, y gela *desembargarían* a sus propias costas e misiones en juicio e fuera del: contra quien quier

que gela quisiessse embargar, Otrosi dixo e otorgó el vendedor que de aquella cosa que vendió, nin de derecho, nin de uso, que pertenesiesse a ella non había fecho vendida, nin enajenamiento, nin empeñamiento a otra persona, nin a otro lugar, e que gela faria sana en la manera que dicho es. “(Ley LVI, Título XVIII, Partida 3.^o Como debe ser fecha la carta de vendida).³⁴

36. Los textos de ROLANDINO y las Partidas respondían al sistema germánico de los *otores*, del que ya hemos hablado, a pesar de que dichos textos pertenecen a unos formularios posteriores a los de IRNERIO, y por consiguiente, muy romanizados e influídos por el renaciente romanismo de la Universidad de Bolonia.

En la dimensión papel, en estos formularios no se encuentra precedente *formal* alguno del apartado que actualmente llamamos “título”. En el capítulo de la *legítima defenssio*, encontramos la obligación del vendedor de constituirse, llegando el caso, en otor. La afirmación de pertenencia, implícitamente, se puede encontrar en la mención “dio, vendió y tradió”, “por derecho propio, a perpetuidad”, de ROLANDINO, o en aquella otra de las Partidas, “vende y da por juro de heredad para siempre jamás”.

En resumen: en la práctica se realizaría sin duda el análisis de títulos, pero ello no trasciende al *tenor negotii*. La afirmación de pertenencia es implícita; y el apartado “título”, al parecer, no existe. Habría que llevar a cabo una investigación en los protocolos anteriores³⁵ a la Ley

³⁴ Acerca del origen concreto de los diversos preceptos del formulario de las Partidas, cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS (ANTONIO): “El Derecho notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio”, en REV. D. NOTARIAL, XII, abril-junio 1964, págs. 29 y sigs., en especial páginas 102 y 103.

³⁵ “...; cuya finca perteneció en lo antigua a don Lorenzo Casas, de quién la hubo por título de compra, otorgada en esta corte a diez de marzo de mil ochocientos catorce, por ante don Esteban Marón, escribano de número de la misma, don Luis Pérez; quien en ocho de junio de mil ochocientos veinte y cuatro la vendió a don José de los Ríos, como aparece de la escritura otorgada por los mismos en dicha fecha y que autorizó don Pedro Álvarez, asimismo escribano de número de esta corte; y por muerte de don José de los Ríos pasó en plena propiedad a su hijo único y universal heredero, que lo fue el señor otorgante don Tomás, según lo acredita el testamento que aquél otorgó el veinte

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

hipotecaria de 1861 para cerciorarse con certeza de la situación en cuanto a estas menciones documentales.

Momento de inmunidad

El documento, como objeto visible para todos, en el momento del examen de títulos, hemos dicho que para el Notario era una cosa observable.

37. Corporabilidad auténtica.

En el tráfico jurídico, su cualidad de cosa corporal visible en cuanto tenga los signos de su autenticidad –lo que se llamaban las “publicaciones”, esto es, las notas externas e internas que lo hacen documento público- lo convierten en una “corporalidad auténtica”, innegable para aquellos que lo *vieren*. La corporalidad *formal* impone como auténtico su *contenido* público.

En las fórmulas notariales de las Partidas se recoge el *notum sit ómnibus* de los documentos medievales. “Sepan quantos esta carta vieren” (Ley 54 y siguientes del título 18 de la Partida 3.^a).

Pero la visibilidad, como posibilidad, hay que convertirla en acto trascendente. Para ello, el documento se enseña, se muestra a otras personas. En una palabra, el documento público se exhibe, se “presenta”. Lo que quiere recordar que el mundo documental se rige por el principio de presentación (*Praesentationurkende, Vorlegungsprincip*).

de febrero de mil ochocientos treinta y cinco ante don Zacarías Jiménez, escribano del colegio de esta corte, y el testimonio de la posesión que en vista de dicha disposición testamentaria le dio en diez de enero de mil ochocientos treinta y seis el Sr. D. N. N., Juez de primera instancia de esta corte, ante el escribano de número de la misa, don Diego Delgado. Todo que, mas por menor, resulta de los títulos de dicha casa, en virtud de los cuales pertenecen en pleno dominio al referido don Tomás Ríos.” Moreno (Juan Ignacio): “Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos”. Madrid. Yenes, 1847.- I vol., pág. 297.- Y como explicación antes ha dicho: “Cláusulas que debe contener una escritura de venta: ... 3.^a Ha de hacerse también una indicación de los títulos de propiedad si es inmueble, refiriéndose circunstanciadamente las diversas transmisiones que haya tenido en el transcurso de veinte a treinta años por lo menos”.- Moreno (Juan Ignacio), ob. cit, pág. 293.

El principio de presentación tiene una doble vertiente:

38. a) En su lado *positivo*, el hecho narrado se impone *erga omnes*: nadie puede alegar ignorancia de la existencia de un título público desde que le hubiere sido exhibido, ni de lo en él narrado, por el Notario o funcionario público competente.

Es lo que expresa el párrafo primero del artículo 1.218n del Código civil: hace fe, *incluso contra terceros*, del hecho que motiva su otorgamiento. El artículo 143, *in fine*, del Reglamento notarial dice: “La fe pública debida a la actuación notarial según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente deba producir sin incurrir en responsabilidad.”

39. En su lado *negativo*, por el contrario, se puede desconocer todo acto o contrato mientras no se le presente el título público que lo contenga.³⁶ (El documento privado se puede *desconocer* en todo tiempo, aun después de la exhibición, mientras no fuere legalmente reconocido.)

El principio de presentación necesita, en cuanto a su eficacia, una aclaración: una cosa es la prueba pública, y otra la relación jurídica de fondo.

40. 1) La corporalidad auténtica del documento domina todo el campo

³⁶ Esta es una diferencia fundamental con el asiento registral: por el principio de publicidad, derogatorio del principio de presentación, se presume conocido y nadie puede alegar ignorancia de su contenido. El principio de publicidad actúa desde el asiento de presentación, en cuyo momento se cumple el Vorlegungsurkunde, esto es, se entiende que para todos es visto y conocido dicho título. Los títulos sujetos a inscripción y no inscritos, quedan degradados, no perjudican a tercero, aunque a éstos les fueren presentados. Este es el sistema de la Ley 1861: eficacia de los títulos y no de los asientos. El título inscrito sigue con su eficacia, aunque no se exhiba; el no inscrito, postergado. El inscrito, continúa perjudicando a tercero inscrito, ultra tabulas, en todo su texto documental, incluso en lo no reflejado en la inscripción, y más allá de su texto, en todas sus vicisitudes de nulidades y resoluciones. Con la admisión del principio de buena fe, la presentación de un título, en momento oportuno, al tercero del artículo 34, puede privarlo de su cualidad de tercero. Es curioso que en España se haya adoptado la denominación de “asiento de presentación” y no el de “Registro de entrada” común a todas las oficinas públicas.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

de la prueba; el documento público se prueba a sí mismo, en cuanto al hecho de su existencia y en cuanto a las menciones auténticas de que es autor el Notario.

Así como el documento privado legalmente reconocido no prueba más que en *contra* de su autor (valor confesorio), el documento público, en cuanto a su contenido *auténtico*, prueba no sólo en contra de su autor (valor confesorio), el documento público, en cuanto a su contenido auténtico, prueba no sólo en *contra* -1.218, párrafo 1.º, Cód. civ.-, sino a *favor* de las partes, y también de tercero (1.219 Cód. civ.). Como hecho-prueba, tiene eficacia, positiva y negativa, respecto de tercero, acerca de la venta, la permuta, etc. Por eso, el *notum sit omnibus* de las fórmulas notariales de las Partidas decían: “Sepan quantos esta carta vieren. Como fulano *vende e dá* por juro de heredad para siempre jamás a fulano, que *recibe e compra...*” “Yo fulano escribano de tal lugar fui presente a todas estas cosas, que son escritas en esta carta.”

El hecho de que tal día las partes han comparecido ante Notario, y Primus ha vendido y traido a Secundus una finca, es un hecho auténtico: es el hecho base³⁷ de la comparecencia y otorgamiento.

41. 2) No obstante, hay que advertir que el manto de la autenticidad no

³⁷ Acerca del hecho base o “hecho que motiva el otorgamiento”, véase recientemente: “hecho de significación jurídica”, “Tatsache von rechtliche Bedeutung”. Cfr. HAEFLIGER (ARTHUR): *Der Begriff der Urkunde im Schweizerischen Strafrecht*, Basilea, 1952 – especialmente en págs. 29 y siguientes-. “... fatti che il publico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui stesso comiuti” (2.700 Cód. civ. Italiano). Cfr. SPASARI (MARIO): *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milán. 1963, págs. 10 y sigs. Ya el viejo Code Napoleón (art. 1.319) decía: “L’acte authentique fait pleine foi de la *convention qu’il renferme...*”, si bien mezcla los efectos públicos, únicamente atacables por querrela de falsedad con las declaraciones de las partes, al margen de dicha querrela de falsedad. En España, el anteproyecto (1882-1888) del Código 1.235 (primitiva redacción del actual 1.218, párrafo 1.º), decía: “Los documentos públicos harán plena prueba del hecho y de la fecha de su otorgamiento.” Más cercano a la tradición de las Partidas, la redacción definitiva intercaló: “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del *hecho* que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.” Es decir: el hecho que *motiva* su otorgamiento, no sólo comprende la solemnidad notarial del *otorgamiento*, sino el hecho base que lo origina: venta, permuta, etc.

cubre el negocio jurídico en su *totalidad*, porque, de un lado, en el interior de la escritura pública, las declaraciones de verdad de las partes sólo tienen el valor confesorio –*contra se pronuntiatio*– del párrafo segundo del artículo 10218 del Código civil, y de otro, una parte del negocio jurídico puede estar fuera de la escritura pública, en documentos desvirtuantes, entre las mismas partes.

Pero sí cubre –declaraciones confesorias incidentales aparte– las declaraciones de *voluntad* actual integrantes del negocio jurídico, esto es, el hecho que motiva el otorgamiento (venta con tradición instrumental, por ejemplo).

42. Este hecho básico, por lo menos expresa y contiene un cambio de titularidad. La titularidad de *Primus* se transmite a *Secundus*. *Primus* muere como titular y nace la titularidad de *Secundus*. Este nacimiento de la titularidad es un hecho auténtico, el *motivo* de la comparecencia, recogido y protegido por la fe pública del Notario. *Secundus* tiene una titularidad auténtica, incrustada en la corporalidad auténtica del documento público, titularidad que se hace presente a todo el que tal documento viere, y que, como hecho acaecido, le *perjudica*, pero que también, en su caso, le *beneficia*. En este “tercer momento” que estudiamos, no se trata de perjudicar a tercero, sino de *beneficiarlo*.

43. Esto de perjudicar a tercero, merece una aclaración.

Si *Primus* al transferir su dominio a *Secundus* “dice” en la escritura que la finca está libre de cargas, o que la finca tiene un derecho de servidumbre sobre la finca vecina, no por eso se libera la finca propia ni se grava la ajena. No son palabras dispositivas de lo propio, sino enunciativas y además de lo “ajeno”. Es más, tampoco la tendría si lo dijera *motu proprio* e Notario, pues no son hechos que el Notario ve, con sus propios ojos, en el acto de la audiencia. Son derechos, y como incorporales, escaparían en todo caso a la evidencia del Notario.

Ante la presentación del documento público, el tercero titular activo del gravamen o propietario del predio sirviente podrá alegar: No niego y hasta acato reverencialmente la verdad de los hechos que narra esta escritura; pero para mí, lo que en él le ha dicho *Primus* a *Secundus* son

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

res inter alios facta, nec nocet necque prodest.

Lo mismo podría alegar el titular de una acción reivindicatoria si “nuestro” *Primus* no fuera “de verdad” propietario de la finca vendida y el supuesto reivindicante no estuviere implicado en la formación de la titularidad pública a favor de *Primus* o a favor de *Secundus*.

44. Lo que quiere decir, que *Primus*, ostentando su *titularidad auténtica*, no tiene, *en sus manos*, una titularidad irrefragable, como tampoco la tiene *Secundus*. Este, sólo tiene una “legitimación para el tráfico”, esto es, tiene la posibilidad del *ejercicio* de la titularidad.

Únicamente, si *Secundus* a su vez enajena a favor de *Tertius*, este *Tertius*, que nada sabe de los contradocumentos, y que se ha confiado en el caparazón público de la escritura notarial y en la titularidad auténtica que éste encierra –la de *Secundus*– queda inmune frente a las reclamaciones del propietario real en ciertos casos, que vamos a examinar.

45. Hemos supuesto que hay un documento público en que *Primus* transmite a *Secundus*. Pero el negocio jurídico *total* puede ser en realidad más amplio que el que contenga el texto de la escritura pública. La transmisión de *Primus* a *Secundus* puede estar desvirtuada –por adición, disminución, contradicción o modificación ulterior– por otros documentos públicos o privados, de igual, anterior o posterior fecha (contradocumentos; *contre-lettres*). Estos contradocumentos (aparte su problema probatorio), incluso privados, tienen fuerza y vigor sustantivo, en la relación jurídica existente entre *Primus* y *Secundus*. Entre ellos rige el *total* negocio jurídico y no sólo una parte de éste que se declare en la escritura pública. De ésta resulta que *Secundus* es titular; pero de los contradocumentos resulta asimismo que, o bien es sólo titular aparente (testaferro) o fiduciario, frente a un titular real, o es un mandatario *in proprio nomine* frente a su mandante; o que es titular real, pero revocable (venta con pacto de retro en la que sólo éste consta en el contradocumento); o que su titularidad está condicionada a ciertos eventos o limitada por licencias o consentimientos, que hay que alcanzar, de terceras personas.

46. Lo que dicho con otras palabras: la fe pública del Notariado, le ha dado al negocio jurídico *exactitud*, en cuanto narra con *evidencia* notarial *todo* lo que acaeció en la audiencia. Pero no obstante, no le ha dado al negocio jurídico *integridad*, porque se le escapan aquellos pactos que fueron ajenos a la audiencia notarial. La cualidad de parte deja *abierta* el arca de la exactitud.

Mas he aquí que este panorama se transforma cuando aparece el tercero, que confiado en la forma pública del documento, en su corporalidad auténtica, contrata con el titular. Todo lo que está fuera del documento notarial, porque no estuvo dentro de la audiencia, es ineficaz *para el tercero*. La exactitud, se ha convertido en integridad. Para el tercero no existe lo que no está dentro del arca. Es decir: para el tercero vale sólo el negocio jurídico, expresado en el título notarial. El arca de la exactitud con la llegada del tercero se ha cerrado. Las partes, después del cierre, no tendrán acceso a su interior. Es natural, porque lo que se protege es la confianza en las *formas públicas*, en el envase, en el arca, y en lo que esta lleve dentro.

47. Así, la titularidad auténtica de *Secundus*, lo legitima para disponer en ella, y cuando *Tertius* aparece en escena, y por otra escritura pública se hace tercero causahabiente de *Secundus*, para *Tertius* todo el contenido, pero sólo el contenido del título a favor de *Secundus*, tiene eficacia y validez. Todo lo demás –pactos marginales, contradocumentos, etc.- para *Tertius* no existe.

Esto es lo que se llama la “integridad de la fe pública” (*Vollständigkeit der Urkunde*). Es la garantía, en beneficio de tercero, de la invariabilidad o permanencia del contenido del documento público.

De este fenómeno del documento notarial ya hablé por primera vez en 1943.³⁸

Veamos ahora qué clase de legitimación es la del título notarial.

³⁸ NÚÑEZ-LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, pág. 72 de la Separata de “Anales de la Academia Matritense del Notariado”.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

48. El título da la titularidad. El vendedor que tiene título es también titular, por lo menos *titular aparente*, porque no podemos afirmar que la titularidad que da el título sea irrevocable, inmune a la acción reivindicatoria de un tercero. Pero el transmitente que ostenta título a su favor, es titular *aparente, ostensible*; en una palabra: está legitimado: esto no es todo, pero es suficiente para el *ejercicio* del poder de disposición.

La legitimación opera con la titularidad *aparente*, considerándola *iuris tantum real*. Pero como presunción *iuris tantum*, cede ante la reivindicación; a no ser que, en ciertas hipótesis, entre el juego la *integridad* de la fe pública y en beneficio del tercero adquirente de buena fe, la titularidad, incluso aparente, valga como real; esto es: la presunción *iuris tantum* de titularidad, se convierta, en beneficio de tercero, en presunción *iuris et de iure*. Estos son los supuestos de integridad de la fe pública, contenidos modernamente en el artículo 34 de la Ley hipotecaria española respecto de inmuebles inscritos y consagrados por los artículos 1.219 y 1.230 del Código Civil para hipótesis más antiguas y más amplias.

Legitimación, según la conocida frase de GIERKE, ³⁹ “es la prueba necesaria para el *ejercicio* del derecho”. Habilita al titular aparente para el *ejercicio*, aunque no fuere titular real.

49. *Clases de legitimación*. Prescindiendo de otras clasificaciones de la legitimación, de las que me he ocupado en otra ocasión, ⁴⁰ vamos a fijarnos en su grado de autonomía.

50. Desde este punto de vista de la autonomía de la legitimación, se habla de legitimación *plena*, cuando se basta a sí misma para la validez del acto dispositivo, sin necesidad de la buena fe en el adquirente; y *menos plena* o imperfecta, en caso contrario. Así, por ejemplo: el marido puede enajenar a título oneroso, bienes muebles de la sociedad de gananciales, y la enajenación es válida aunque el adquirente sepa que

³⁹ GIERKE: Deutschesprivatrecht, I, págs. 116 167-169.

⁴⁰ La evolución del principio de publicidad, conferencia en Academia Matritense del Notariado el 24 de abril de 1961, Anales, año 1961. Cfr. También: NÚÑEZ-LAGOS: “Fe pública especial”, en REY DE D. NOT., núm. 20 (abril-junio 1958), págs. 27 y sigs.

son gananciales. En cambio, la legitimación del transmitente, en el artículo 34 de la Ley hipotecaria española, exige la buena fe del tercer adquirente: esto es, que éste ignore que el transmitente, a pesar de ser titular registral, carece de derecho, que el registro es, por tanto, inexacto.

51. Pero esto mismo nos está indicando que esta diferenciación en plena y menos plena, más que a la propia legitimación, se refiere a la *eficacia* de la integridad de la fe pública. O dicho en otras palabras: más que a la *apariencia* en sí misma –la titularidad ostensible por el título publicada por el registro-, a la protección jurídica de las *consecuencias* producidas por esa apariencia –la adquisición por el tercero-. La legitimación es, repetimos con GIERKE, *prueba* plena, lo que no ha querido significar que no pueda ser impugnado su *contenido*. Las inmunidades a este contenido le han venido siempre, al documento y al registro, por el otro camino: por el de la protección formal del tercer adquirente de buena fe.

52. La distinción viene de REGELSBERGER,⁴¹ que poco tiempo después de la vigencia del B. G. B. sostenía que la legitimación que daba el artículo 891 al titular inscrito no era verdadera legitimación, por cuanto la protección no se le otorgaba a él, sino al tercer adquirente de buena fe. El amparo de la buena fe del tercer adquirente era lo que hacía válido el acto de disposición del titular registral, no obstante su *apariencia*.

53. El punto de vista del REGELSBERGER ha influido modernamente en BETTI,⁴² en CORRADO⁴³ y singularmente en MENGONI,⁴⁴ distinguiendo entre “*legitimación para disponer*”, que es una legitimación plena, y “*legitimación aparente*”.

54. Es legitimación para disponer, por ejemplo, la del acreedor prendario: el adquirente de la cosa dada en prenda, aun a sabiendas de

⁴¹ “Der sogenannte Rechtewerb von Nichtberechtigten, en *Ihering Jahrbücher*, 1940, t. 47, pág 368.

⁴² BETTI: *Teoría del negozio giuridico*, pág. 152.

⁴³ CORRADO: *La pubblicità nell diritto privato*, págs. 15 y sigs.

⁴⁴ MENGONI: *L'ACQUISTO “a non domino”*, págs. 13 y sigs. y 64 y sigs.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

que el vendedor no es dueño, sino sólo acreedor, hace una adquisición válida. El acreedor no es titular *aparente* del dominio, sino titular real del derecho de prenda, con poder de disposición sobre el dominio. El tercero, no adquiere a *non domino*, sino a *domino*, porque hay una sustitución legal del dueño por su acreedor.

55. La legitimación por la *apariencia* necesita de la buena fe del adquirente. No se basta a sí misma. El tercero adquirente que ha confiado en determinadas situaciones normales en el tráfico jurídico (posesión de bienes muebles) o en ciertas formas públicas (documentos auténticos, registros, etc.), no puede quedar defraudado en su buena fe. La ley lo ampara, hace válidas las consecuencias jurídicas causadas por haber confiado este tercer adquirente en tal apariencia. Adquiere, aunque su transmitente no sea más que el titular aparente; en una palabra, a *non domino*.

56. Esta legitimación por la apariencia es lo que ya el viejo GIERKE llamaba "*poder de disposición formal*", en el que el poder de disposición emanaba de una forma con independencia de su real contenido sustantivo. La forma, el documento del transmitente, concede la legitimación. La legitimación, esto es, la "*prueba*" para el *ejercicio*, cuando existe es plena. La buena fe del adquirente no es un requisito *positivo* de la legitimación, porque se presume siempre. La mala fe, es sólo un *impedimento*, una circunstancia *negativa*, que jurídicamente no es como parece que pensaba REGELSBERGER, la causa de la adquisición. Una cosa es que el legislador haya querido tener en cuenta la buena fe del adquirente, como causa política o sociológica de la protección legal, y otra muy distinta la *causa* técnico-jurídica de la protección. Jurídicamente, se protege la legitimación para el tráfico, por sí misma; y a la discusión de los términos buena y mala fe se llega muy excepcionalmente y en trance de revisión.

57. Pues bien, la legitimación del transmitente por el título notarial, es una legitimación *formal*. El titular, según el título tiene la titularidad *formal* de disposición, en toda clase de títulos, con tal que, para los inmuebles, dicha titularidad, en España, no esté desvirtuada por otra titularidad formal: la del Registro de la Propiedad.

Recordemos ahora cuáles son los efectos de esa legitimación del transmitente por la exhibición de su título.

Hemos de repetir lo que hemos dicho en diversas ocasiones: la fe pública tiene dos notas: la exactitud y la integridad.

58. Exactitud.

“Se refiere⁴⁵ al hecho histórico en tiempo presente, y exige la fidelidad, la adecuación de la narración al hecho. Es la identidad entre *actum et dictum*, la verdad del espejo, de la fotografía, la imagen en la actualidad.”

Esta exactitud, para que, narrada en un documento, tenga autenticidad, exige que el funcionario público actúe de *visu*, con intermediación y evidencia del hecho material o del acto jurídico que presencia. Es la plena fe de que habla el artículo 1.027 de vuestro Código argentino, equivalente al párrafo primero del artículo 1.218 del español. Es la reproducción fiel, en la dimensión papel de la audiencia acaecida en la dimensión acto; audiencia o acto documentador, en el que ha habido un cambio de titularidad a favor del adquirente.

Esta exactitud permanece adherida al documento público, a su corporalidad auténtica. Y en cuanto afirma y prueba una titularidad, constituye una legitimación plena del adquirente para ulteriores transmisiones. (Autenticidad legitimadora) que vende, máxime si es inmueble, ni tampoco el Registro de la Propiedad, ni siquiera una certificación del mismo.

Lleva “*su*” escritura de adquisición, con toda su contundente corporalidad como cosa mueble, visible y exhibible. Este documento público es lo que el propietario manifiesta y “presenta”, lo que ostenta en el tráfico jurídico para el ejercicio de su derecho, lo mismo en América que en Europa, en Alemania que en España, y lo que le permite decir, *prima fa cie*: “Yo soy el propietario, porque lo dice mi título.” A este título se le llama, en una vieja terminología francesa, *título ostensible*. Los alemanes hablan de titular aparente o formal.

⁴⁵ NÚÑEZ-LAGOS: “La fe pública” en REV. D. NOTARIAL, números XVII, XVIII (julio-abril 1957), págs. 36 y sigs.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

59. Este título tiene “autenticidad”, recoge un momento fehaciente por sí mismo: el instante de la adquisición. Lo que dice ha sido presenciado y narrado por un funcionario público. No así el Registro de la Propiedad, en el que la *exactitud* no es una autenticidad, porque el Registrador no ha presenciado nada, sino una presunción legal *iuris tantum*.

60. Pero tanto el título ostensible, con su corporalidad tangible y transportable, como la inscripción desde La penumbra del Registro, pueden ser, no el último eslabón, sino el penúltimo. Puede haber sido modificado por otro título posterior que lo desvirtúe (*Títulos modificativos o desvirtuantes*).

61. *a)* Si hay un asiento posterior que modifique el título ostensible, el título desvirtuante inscrito perjudica al tercero que adquiera notarialmente, como si este título desvirtuante inscrito le hubiera sido exhibido, porque actúa el principio de publicidad: lo inscrito puede ser conocido por todos, y por lo mismo nadie puede alegar ignorancia del contenido del Registro. Esto quiere decir: el título ostensible ya no es tal, porque el título posterior ha sido publicado por el Registro.

62. *b)* Si no hay tal asiento en el Registro, es decir, en la hipótesis en las que no se nos interfiere en sentido contrario, la técnica de la publicidad registral, la presunción de permanencia supone vigente e intacta la exactitud del título público ostensible. Nada ha cambiado; y si hubiese cambiado, es ineficaz tal cambio para el tercero que adquiera sobre la literalidad del título público exhibido. A esta negativa del ordenamiento jurídico a tener en cuenta las modificaciones no ostensibles para el tercer adquirente, es a la que se llama integridad de la fe pública y está recogida por los artículos 1.219 y 1.230 del Código civil español, 1.030 (996) del argentino y 1.580 del uruguayo.

Es la consagración definitiva de la legitimación por el título público ostensible. El ordenamiento jurídico crea y vigila las formas auténticas (la escritura pública una de ellas, la más normal en el tráfico) e impone el acatamiento a la exactitud de la fe pública. Y, además, al que contrata confiado en esas formas públicas, en pago de su confianza y buena fe, le garantiza la seguridad de sus transacciones.

63. A esto se ha llegado en los códigos latinos, excepto en los italianos, al transplantar el Code Napoléon, la doctrina legal, desde la simulación y las *contre lettres*, al más amplio de la colisión documental, de la colisión entre documentos y contradocumentos. A este problema se refiere la integridad de la fe pública.

La integridad de la fe pública tiene, pues, su proyección y su eficacia en el futuro. Referida al tiempo presente, no sería más que la misma exactitud –la verdad-, en cuanto completa –toda la verdad-. Significaría plenitud, completividad. La integridad, repetimos, se refiere al futuro; es el traslado en el tiempo, de la exactitud. Es la *permanencia* petrificada de esa exactitud (exactitud formal).

64. En Derecho romano, la unidad de acto sustantiva garantizaba la permanencia del negocio. No había posibilidad de acto alguno desvirtuante, sin someterse al principio del “*contrarius actus*”, que no alteraba, sino que cancelaba y sustituía totalmente el negocio anterior por otro posterior.

Después, se atenuó este principio con la *stipulatio aquiliana*, que era una forma de novación. Fuera de esa *stipulatio aquiliana*, no había posibilidad de contradocumento.

Sin embargo, los acuerdos desvirtuantes de un negocio anterior encontraron cobijo en la *exceptio pacti*, en la excepción de pactos posteriores, que en la Edad Media francesa, por llamarse a los documentos públicos *lettres* (*lettres-rayaux*, *lettres de cachet*, *lettres patentes*, *lettres de rescisión*), a los contradocumentos se les llamó *contre-lettres*.

La validez de estos contradocumentos fue muy discutida, porque en este asunto, como en tantos otros en que faltaba el apoyo en este asunto, como en tantos otros en que faltaba al apoyo directo del Derecho romano, se caminaba a ciegas. El Derecho romano clásico se formuló sin documentos. El arte de escribir no era entonces patrimonio común del pueblo.

65. La tradición romanística se inclinaba a dar siempre y en todo

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

caso, incluso contra tercero, validez a las *contre lettres*; la germanista, por el contrario, parece que dejaba sin acción al titular según los contradocumentos, por una aplicación del principio, muy germánico, que decía: “allí donde has dejado tu confianza, allí debes buscarla”. (“Wo du deinen Glauben gelasse hast, musst du ihn suchen”). Este principio tiene varias manifestaciones: en materia de muebles (*Hand wahre Hand*), ⁴⁶ la regla “la posesión equivale al título”; y en materia de títulos, ⁴⁷ “los contradocumentos no son válidos”, ambas reglas, restringidas más adelante: sólo en cuanto se protege al tercer adquirente de buena fe. El titular real, en Derecho moderno, con una y otra regla, tiene acción únicamente contra el mismo fiduciario o testaferro basado en el *pactum fiduciae* que contiene la contraletra; pero carece de acción contra el causahabiente del fiduciario o testaferro: esto es, en términos generales, contra el causahabiente del *titular aparente*. La prueba de titularidad real basada en el contradocumento es ineficaz frente al tercero que adquiere al titular aparente.

66. La simulación y, por tanto, la contraposición entre *acto ostensible* y *acto desvirtuante clandestino* tuvo una importancia capital en la Edad Media, por la persecución eclesiástica de la usura. Se acudía a una combinación de negocios jurídicos, unos *ostensibles* –por ejemplo, compraventa- y otros *desvirtuantes* y *clandestinos*, como retractos, reversiones y reventas para encubrir un préstamo. Constantemente, en el Derecho canónico el valor legal del documento había quedado postergado por la eficacia del acto o contrato que contenía. La problemática de las colisiones en la Edad Media se plantea en la dimensión acto, no en la dimensión papel. Más tarde, al hablar las fuentes francesas, no de contratos, sino de *lettres* y *contre lettres*, se desplaza la dogmática legal a la dimensión papel. El Code Napoleón arrancó definitivamente el problema del terreno de la simulación al de la prueba por letras o prueba literal.

Esto parece que no fue una originalidad del Code Napoleón.

⁴⁶ Cfr. BESELER (GERHARD V.) *Hand wahre Hand*, 1939, págs. 20 y sigs.

⁴⁷ Los documentos fueron asimilados a cosas y se les aplicó el derecho de cosas muebles. Cfr. DE ROOVER: *L' Evolution de la Lettre de change*, París, 1953, pág. 116.

67. BONNIER (*Traité des preuves*, 1868, t. II, pág. 85) señala como precedente del artículo 1.321 del Code Napoleón “un acta de notoriedad, certificada por funcionarios del Rey en el Parlamento de Aix, de fecha 2 de julio de 1968, concebida en estos términos: “Las *contre lettres* o declaraciones volantes, secretas y clandestinas, que no son incorporadas o insinuadas en los protocolos de los notarios, incluso recibidas por estos funcionarios, no tienen efecto frente a terceros, sino desde la fecha del día de su protocolización y no producen hipoteca sino desde el día en que han sido protocolizadas.” Y en la discusión del Code Napoleón en el Consejo de Estado, Tronchet sintetizó el debate diciendo: “Es preciso distinguir: una *contre lettre* debe ser válida entre las partes y nula contra los terceros.” Así: el artículo 1.321 del Code Napoleón estableció el precepto de que “las *contre lettres* no perjudican a terceros.” Se consagró el principio con generalidad, en el campo del *documento* y al margen y más allá de la teoría de la simulación.

Es decir: el Code Napoleón tendrá sus precedentes, como indica BONNIER; pero fue el Code Napoleón quien acuñó la construcción y le dio universalidad, situándola dentro de la teoría de la prueba; mejor dicho: de la colisión de pruebas documentales.

68. Aun dentro del viejo terreno de la simulación, nos encontramos con una forma muy frecuente de simulación relativa: el testafarro y la interposición de persona, que son fenómenos típicos de titular aparente, de legitimación formal. Con la generalidad y trascendencia dadas al precepto por el Code Napoleón, la titularidad del documento público *ostensible* no puede ser revocada en perjuicio de tercero por documentos desvirtuantes privados (art. 1.230 Código civil español), ni, lo que es más importante, ni siquiera públicos (art. 1.219 Código civil español). La teoría tiene aplicación a los apoderamientos, a las sociedades, a las cesiones de créditos y de derechos, etc., e incluso a las transmisiones de fincas, en cuyo terreno, ya en el siglo XIX, entró en colisión, en Francia, con la oponibilidad o no oponibilidad de la transcripción.⁴⁸

69. El Código civil español es de 1889, y, por tanto, por tardío, recogió

⁴⁸ BONNIER, ob. cit., tomo II, págs. 85 y sigs. ROBIN: *Du conflit entre les ayants cause a titre particulier au regard de Part.* 1321 et de la loi de 1855. These, Rennes, 1927.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

la experiencia doctrinal y jurisprudencial latinas. Así, establece:

a) 1.230. “Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra terceros.” Esto, cualquiera sea el contenido de la escritura pública, no puede ser desvirtuada, modificada ni, por tanto, impugnada contra tercero, en base de un documento privado.

b) 1.219. “Las escrituras (públicas) hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquella hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero”.⁴⁹

70. La doctrina del Code se repite por el codificador argentino. El artículo 996 (1.030) del Código civil argentino, dice: “El contenido de un instrumento público puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contrainstrumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contraescritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero.”

Insistamos brevemente sobre los supuestos de estos artículos.

71. Titular aparente y titular real.

Esta situación puede producirse de un modo voluntario y de modo

⁴⁹ El sistema se vuelve a consagrar, con escrituras constitutivas ad substantiam. Art. 1.233: “Cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, no tendrá efecto legal, en cuanto a terceras personas, si no reúne las condiciones siguientes:

1.^a que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial o escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación, y

2.^a que, en caso de ser inscribible el primitivo contrato en el Registro de la Propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél.”

“El Notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones o contratos primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes, si no lo hiciera.”

involuntario.

A) *De modo voluntario*, se produce en todos aquellos supuestos en que se llega al dualismo de dominios –dominio *aparente* frente a dominio *real*; dominio *formal* frente a dominio *material* o *sustantivo*, etc.-, y consiguientemente, hay un titular *formal*, *aparente* u *ostensible*, frente a un titular *real* u *oculto*.

Los supuestos más antiguos se remontan a la *fiducia cum amico*, en la que había un titular *ostensible* (fiduciario)⁵⁰ y un titular *real*, ligados “en privado” por un *pactum fiduciae*; y a la simulación relativa por interposición de persona, en la que había un titular aparente o testafierro y un titular real oculto, ligados “en privado o en secreto” por un contradocumento. Al lado de estas añejas figuras, surgen el mandato sin representación y toda una gama de negocios fiduciarios.

En todos ellos lo característico es que se crea una situación de titular aparente, por una forma documental fuerte (documento público o título valor nominativo), y paralela a ella, un contradocumento desvirtuante. La forma documental fuerte se crea por un negocio real de disposición o enajenación a favor del titular aparente, contradicho (interpartes), por un negocio obligacional desvirtuante, contenido en un contradocumento, ordinariamente privado. Hay, pues un paralelismo documental:

- a) documento público en el que, por acto de *enajenación*, con el consentimiento del titular real, se crea la situación del titular aparente; y,
- b) contradocumento desvirtuante, en el que se constituyen relaciones de carácter *obligacional* a favor del titular real.

B) *De modo involuntario*, y al margen de toda colisión documental, hay titular aparente en el poseedor –la posesión es la visibilidad del dominio– frente al titular real amparado en la acción reivindicatoria o en otras acciones petitorias semejantes. En todas ellas, el consentimiento del reivindicante no ha intervenido en la creación del titular aparente. Por eso, en estas situaciones, al reivindicante, inocente en el montaje del

⁵⁰ En Derecho germánico, el *accipiens* fiduciario era llamado *Vertrauensmann*.

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

testaferro, ajeno a la simulación o al fraude, no cabe decirle: no te quejes, puesto que fuiste cómplice, y busca tu confianza donde la dejaste.

72. Impugnación de la titularidad aparente

La *apariencia* debe ceder paso a la realidad. El titular real tiene siempre acción, basado en su contradocumento, contra el mismo titular aparente, pero no contra el causahabiente de éste. Analicemos algunos supuestos.

Los ataques a este tercero causahabiente pueden venir:

A) Desde arriba, en la línea recta ascendente.

1) Del mismo titular aparente.

¿Podría éste, después de haber enajenado a un tercero, impugnar la adquisición de éste alegando su cualidad de titular aparente y aportando el documento desvirtuante? No.

a) Lo impedirían las reglas del Derecho civil.

aa) La enajenación a un tercero ha sido siempre un modo de perder el dominio.⁵¹

bb) El tercero le opondría la *exceptio rei venditae et traditae* que ya apareció en Roma como una variante de la *exceptio doli*, generalizada a todo caso de impugnación del negocio por la misma parte transferente. “No parece honesto—dice LEONARD,⁵² pág. 191- que alguien destruya el éxito de un negocio en cuyo favor empeñó el mismo su palabra.”

cc) El titular aparente (fiduciario, testaferro) que a sabiendas de su cualidad enajena la cosa a un tercero de buena fe, no puede impugnar

⁵¹ Código civil argentino, artículo 2.608 (2.642): “Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido por la tradición.”

⁵² Cfr. LEONARD: In. *Wie ist die exceptio rei venditae et traditae ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut?* (¿Hasta dónde la *exceptio rei venditae et traditae* es una institución con capacidad vital para el Derecho común actual?), en “*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”, 1979, tomo 17, págs. 190 y siguientes. NÚÑEZ-LAGOS: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953, págs. 38 y sigs.

el negocio transmisivo; nadie puede ampararse en la nulidad de que es culpable, porque nadie puede beneficiarse de su propio dolo (*nemini dolus sus prodesse debet*).

b) Finalmente, por las razones del apartado siguiente.

2) Del causante del titular aparente y del titular real.

A. transmite en documento privado a Sempronio, que se convierte en titular real. Por acuerdo de A. y Sempronio, la escritura pública se otorga directamente a favor de Secundus, convirtiendo a éste en titular aparente, y haciendo constar todo ello en el contradocumento pertinente. Secundus, titular aparente, transmite a Tertius. ¿Puede A., primer transmitente, alegar el verdadero negocio, invocando los documentos desvirtuantes de la escritura pública a favor de Secundus, titular aparente? No.

Porque el documento desvirtuante no se puede hacer valer por *nadie* frente a *Tertius*. No es sólo una *denegatio actionis* al titular real, sino a todo el mundo, sea quien sea, que pretenda invocar un documento desvirtuante público (art. 1.219) o privado (1.230).

La línea recta ascendente del titular aparente carece, pues, de acción frente a *Tertius*.

B) Desde al lado, ataques colaterales.

a) Del mismo titular real.

El titular real que consta en el documento desvirtuante, carece de acción contra *Tertius*. Este, de buena fe, adquiere en firme, por escritura pública, y queda inmune frente a las acciones de impugnación que tengan por base o por eje el documento desvirtuante, público (1.219) o privado (1.230). Cabe decirle, con estilo germánico: Busca tu confianza donde la pusiste. Reclama a tu fiduciario o testaferro. Pero deja en paz a *Tertius*.

Tampoco tiene acción, porque su adquisición, posterior a la de *Tertius*, tiene por causa el documento desvirtuante y éste no se puede esgrimir

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

en ningún caso en contra de Tertius. Salvo lo que decimos después, en el número 87.

c) Del titular de dominio o de un derecho real no derivado del documento desvirtuante.

Son los supuestos, de acción reivindicatoria, u otra real, entablada por un titular, verdaderamente real, desposeído y que no ha intervenido en el documento público ostensible ni en los documentos desvirtuantes. Ha de estar limpio de toda mancha de colaboración en la creación de la titularidad aparente.

Estos titulares tienen acción contra Tertius, y si triunfan en su *probatio diabólica*, al margen por completo del documento desvirtuante, Tertius no tendrá otro refugio, si acaso, que el artículo 34 de la Ley hipotecaria española. Es decir: tiene que invocar la integridad de la fe pública del Registro de la Propiedad. Aquí en el Código civil argentino, ni en vuestra Ley de Registro, no tenéis nada semejante al artículo 34 de la Ley hipotecaria española.

En resumen: la integridad de la fe pública de que hablamos vence en los casos de colisión de documentos. No, en los supuestos de colisión de derecho reales, al margen de toda situación documental apoyada en contradocumentos.

73. Excepciones a la integridad de la Fe Pública Documental.

El artículo 1.230 del Código civil español, lo mismo que el artículo 996 del Código civil argentino no señala ninguna. El 1.219, corroborado por el 1.322, ambos del Código civil español, señalan algunas que en rigor son una sola, pues obedecen al mismo principio: la *scientia de Tertius*. Este está protegido en virtud de su buena fe, por haber confiado en las *formas públicas*, acuñadas por órganos del Estado (notariado, registros, funcionarios públicos, etc., etc.). En cuanto *conoce* que el titular del título público ostensible (o del asiento registral) es un mero titular aparente y que, por tanto, hay un verdadero titular real, Tertius queda sin protección de la integridad de la fe pública.

A) Conocimiento *ex lege* por *Tertius*.

La buena fe se presume siempre. Sin embargo, en ciertos supuestos del artículo 1.219 del Código, se supone *ex lege* el conocimiento de *Tertius* de la inexactitud del título ostensible. A saber:

1.º Cuando el contenido del documento público desvirtuante ha causado un asiento en el Registro de la Propiedad español,⁵³ por el principio de publicidad: siendo público el Registro, nadie puede alegar ignorancia del contenido de un asiento.

El documento desvirtuante, a través del Registro, ha pasado a ser documento ostensible, conocido o debido conocer por *Tertius*.

Este supuesto no acaece al documento desvirtuante privado que no puede tener acceso al Registro. El artículo 1.230 se mantiene en su tenor literal. No tiene excepciones *ex lege*.

2.º Cuando el mismo documento ostensible lleva, en su texto, el aviso de que está desvirtuado. Esto es: cuando el documento ostensible, en su matriz y en su copia –en cuya virtud hubiere procedido el tercero– lleva una nota denunciando la existencia del documento desvirtuante.

Este supuesto, a diferencia del anterior, no es una excepción a la integridad de la fe pública, pues se deriva de la misma literalidad del documento público. En realidad, documento ostensible y documento desvirtuante son uno y el mismo, aunque corporalmente sean dos instrumentos públicos distintos, pues están conectados por la nota de referencia.

Tampoco este supuesto es aplicable a los documentos privados, que no son *anotables* en la matriz (ni en la copia) de un documento público.

⁵³ Esta interferencia del principio de publicidad, aunque obvia, no figuraba en el anteproyecto del Código Civil (1882-1888). Su artículo 1.236 decía: “Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiere sido anotado al margen de la escritura primera y en sus traslados o copias.”

TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL

Los dos supuestos anteriores deniegan los efectos de la integridad de la fe pública *ex lege*.

B) Conocimiento de hecho por *Tertius*.

Queda, *ex officio iudicis*, el supuesto genérico en que se pruebe que, no obstante la ausencia de inscripciones en el Registro y de notas en el documento ostensible, *Tertius* conocía de *hecho* la inexactitud del título de *Secundus*. Este supuesto es aplicable con generalidad, en acatamiento al principio general del Derecho con buena fe, tanto si el documento desvirtuante es público, como si es privado.

Dejamos por hoy fuera de nuestro tema el estudio de las lagunas en la integridad del Registro de la Propiedad, bien por tratarse de actos no sujetos a inscripción (por razón de posesión o por la naturaleza de la relación jurídica), bien de menciones que no perjudican a tercero, aunque consten inscritas (prohibiciones de disponer en actos intervivos a título oneroso, los derechos personales y le precio debido por aplazamiento de pago), bien de actos exentos de la integridad de la fe pública del artículo 34.

En términos generales, habría que estudiar si la integridad de la fe pública sancionada por los artículos 1.230 y 1.219 del Código civil español y 996 del argentino únicamente comprenden la titularidad aparente de *Secundus*, o si, por el contrario, al no distinguir el texto legal, comprende también la extensión y contenido del derecho contituído por el título ostensible. Porque está claro que el artículo 34 de la Ley hipotecaria española garantiza a *Tertius* la titularidad anterior de *Secundus*. Pero no ampara la extensión ni el contenido de las fincas ni de los derechos que quedan sólo bajo las presunciones *iuris tantum* del párrafo primero del artículo 38.

Es decir: el párrafo de este artículo 38 está tomado del B. G. B. alemán; el artículo 34, del Código suizo. Las presunciones *iuris tantum* del artículo 38, en beneficio del tercero de buena fe, se convierten en *iuris et de iure* por el talismán de la integridad de la fe pública, en el B. G. B.; pero no en el sistema español, en el que buena parte de las

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

presunciones del artículo 38 quedan fuera del artículo 34. O dicho en otras palabras: los pájaros volando del párrafo primero del artículo 38, no caben todos en la jaula del artículo 34. Las menciones descriptivas de la extensión del derecho inscrito no amparadas por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, qué situación jurídica pueden alcanzar apoyándose en títulos públicos ostensibles, es decir, dentro de la integridad de la fe pública de los artículos 1.230 y 1.219 del Código civil.

Este es un tema que dejo apuntando para otra ocasión. Por otra parte vosotros, en vuestra legislación registral, no tenéis nada semejante a los artículos 32 y 34 de nuestra Ley hipotecaria y únicamente rige, sin obstáculos, el artículo 996 de vuestro Código civil, al que es aplicable todo lo que he dicho de sus concordantes los artículos 1.219 y 1.230 del Código español.

Bibliografía

ALLENDE, Ignacio M. *La institución notarial y el Derecho*. Abeledo - Perrot Buenos Aires, 1969.

AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de Derecho Notarial*. 3ª ed. Nauta S.A. Barcelona, 1962.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho Notarial y Derecho Registral*. 10ª ed. Ed. Porrúa. México, 1978.

COSOLA, Sebastián Justo. *Interpretación iusfilosófica de los principios notariales*. En: Gaceta Notarial Año 3 N° 11 del 2009 4ta. ed Internacional.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy. *Tratado de Derecho Notarial*. Editorial Marfil. Valencia, 1957.

GARCIA AGUILAR, Rodolfo. **La ética del notario público**. Revista de Ciencias Jurídicas N° 112 (153-170) Enero-Abril 2007.

GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho Notarial*. Ediciones . Depalma. Buenos Aires, 1988.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*. EUNSA, Pamplona, 1976.

LARRAUD. Rufino. *Curso de Derecho Notarial*. Depalma. Buenos Aires, 1996.

LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. *Función notarial*. Delta Editora. Argentina, 1997.

MENGUAL Y MENGUAL, José Ma. *Elementos de Derecho Notarial*. Prólogo de José Castán y Tobeñas. Bosch. Barcelona, 1993.

NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*. Vol. I Parte General. 3° ed. Depalma. Buenos Aires, 2000.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Estudios de Derecho Notarial*. Tomo I Instituto de España, Madrid, 1986

PAZ, José Máximo. *Derecho Notarial argentino. De las escrituras públicas*. Cía Argentina de Editores S.R.Ltda. Buenos Aires, 1939.

PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980.

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*. Ed. Porrúa. México, 2001.

PEREZ GALLARDO, Leonardo B. *Ensayos de Derecho Notarial*. Gaceta Notarial. 1ª ed Lima, 2010.

PERRINO, Esteban. *Responsabilidad disciplinaria de los escribanos*. Depalma. Buenos Aires, 1993.

ROMÁN GUTIÉRREZ, Ramón Armengol. *Iniciación Notarial*. Editorial Nica Ediciones. Managua, 2010.

ROMERO DIAZ, Héctor J. *Responsabilidad Civil General y del Notario*. 6° ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.

SANAHUJA Y SOLER, José Ma. *Tratado de Derecho Notarial*. Vol I 3ª ed. Editorial Depalma Buenos Aires, 2000.

Índice General

Introducción	
<i>Jimmy Pisfil Chafloque</i>	3
1. Hacia la constitución científica del Derecho Notarial. (Notas para un esquema doctrinal).	
<i>José Castán Tobeñas</i>	9
2. La función del notariado y la seguridad jurídica.	
<i>Juan Vallet de Goytisolo</i>	33
3. Visión panorámica de los Protocolos Notariales.	
<i>Antonio Rodríguez Adrados</i>	51
4. Principios generales de Deontología Notarial.	
<i>Juan Francisco Delgado De Miguel</i>	75
5. Tres momentos del Título Notarial.	
<i>Rafael Núñez Lagos</i>	109
Bibliografía	163
Índice General	165