

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2001



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 37, enero-marzo 2001

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
 ESTUDIOS DOCTRINALES	
GARRIDO CHAMORRO, Pedro: "La función notarial, sus costes y sus beneficios"	9
LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel: "El régimen de recursos contra la calificación registral tras la Sentencia de 22 de mayo de 2000"	167
SERRANO GARCÍA, Ignacio: "La gestión de las fundaciones. Con una especial referencia a las fundaciones tutelares"	181
SIMÓ SEVILLA, Diego: "Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico"	215
VALLS LLORET, José Domingo: "Llamamiento sucesorio hereditario al Estado: un estudio de Derecho comparado"	251
 PRÁCTICA NOTARIAL	
PEINADO RUANO, Julián: "Escritura de ejercicio y documentación del derecho de reversión"	289
 ACTUALIDAD JURÍDICA	
<i>Notas bibliográficas</i>	
GALGANO, Francesco: "Atlas de Derecho Privado Comparado", Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, 460 páginas. Traducción realizada por los profesores de Derecho Civil Juan Antonio Fernández Campos (Universidad de Murcia) y Rafael Verdura Server (Universidad de Valencia). Por Gabriel García Cantero	299

	<u>Pág.</u>
Convocatoria del Premio “Santiago Gutiérrez Anaya” sobre propiedad horizontal y arrendamientos urbanos.....	303

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Ciertas reflexiones sobre el notariado rumano y su evolución cara al futuro”	309
---	-----

LA FUNCIÓN NOTARIAL, SUS COSTES Y SUS BENEFICIOS (*)

PEDRO GARRIDO CHAMORRO
Notario

SUMARIO: **I. ANÁLISIS SOCIOLÓGICO: LOS SERVICIOS NOTARIALES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.** 1. Introducción. 2. El papel de la función notarial en la vida jurídico-económica. 3. La rentabilidad social de la función notarial. 4. El marco de tensiones en que se presta la función notarial. 5. La distorsión de los enfoques sobre las reformas notariales. **A) *La relación triangular en que se presta el servicio notarial.*** **B) *Asimetrías informativas relativas al mismo servicio notarial.*** **C) *Los incentivos de la calidad.*** 6. La eficacia equilibradora de la actuación del notario. 7. El peligro de deterioro de su virtualidad equilibradora. 8. Consecuencias de la pérdida de la virtualidad equilibradora de la actuación del notario. 9. Conclusión. **II. ANÁLISIS JURÍDICO: EL CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN DEL DOCUMENTO PÚBLICO Y LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DEL NOTARIO.** 1. Introducción: el significado de la seguridad jurídica preventiva dentro del sistema jurídico. 2. Caracteres y contenido de la autorización del documento público por el notario. **1) *Simultaneidad del asesoramiento notarial y unificación de costes.*** **2) *La***

(*) Trabajo presentado en el Simposio Notariado 2000 sobre "Economía y Notariado", celebrado en Madrid, en noviembre de 2000.

homogeneidad de los servicios notariales. 3) Indagación de la voluntad negocial, autría del documento y control de su contenido como bases del valor del documento público. 4) El carácter notarial de la actuación previa al otorgamiento. 5) La relación funcional entre asesoramiento a los otorgantes y control de legalidad. 6) La actuación notarial en la contratación en masa. 7) La necesidad social de la asistencia a los otorgantes. 8) Valor de los servicios notariales para el fortalecimiento de los valores y derechos constitucionales. 3. La configuración institucional del notario. 1) La inescindibilidad de las notas funcional y profesional del notario. 2) La inescindibilidad en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea. 3) Imparcialidad e independencia del notario y contenido del asesoramiento notarial. 4) Los incentivos contra la imparcialidad.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO: EL MERCADO DE LOS SERVICIOS NOTARIALES Y LA INCIDENCIA DE SU REGULACIÓN LEGAL EN SUS ECONOMÍAS INTERNAS Y EXTERNAS. 1. La polémica entre intervencionismo estatal y liberalización económica: servicios notariales y análisis en términos de equilibrio general. 1) La potencialidad dinamizadora de las medidas de liberalización económica. 2) Efectos de las restricciones a la competencia en el mercado de servicios. 3) Efectos de la desregulación. 4) La productividad en los servicios notariales y sus consecuencias. 5) La necesidad de garantía estatal del marco de desenvolvimiento del mercado. 6) El valor económico de la seguridad jurídica: evidencia histórica y analítica. 7) Efectos de las asimetrías informativas en los mercados. A) Competencia perfecta o imperfecta en el mercado de servicios notariales. B) Decisiones óptimas y coste de la información. C) Asimetrías informativas y problemas de calidad del producto. D) Valoración de los daños causados: seguridad jurídica v. seguridad económica. 8) ¿Está justificada la intervención estatal frente a las asimetrías informativas? 2. El valor añadido por el servicio notarial. 1) Planteamiento: efectos directos y efectos externos. 2) Seguridad jurídica, reducción de los costes transaccionales e incremento del beneficio. 3) Formas de la participación del notario en el diseño del contrato. 4) La protección de los consumidores. 5) Externalidades relativas a la eficacia del ordenamiento jurídico. 6) Externalidades por reducción de la litigiosidad. 7) Externalidades por aumento de la eficiencia de los mercados. 3. El carácter mixto del notario, funcionario-profesional independiente, como requisito indispensable para el cumplimiento de esos fines. 4. Conclusiones (I): las circunstancias fácticas del mercado de productos notariales. 1) Asimetrías informativas en el mercado de servicios notariales. 2) Asimetrías informativas en los mercados de bienes y servicios en los que se emplean los servicios notariales. 3) Efectos de las asimetrías en el mercado de servicios notariales. 4) Estímulos externos a la reducción y al mantenimiento de la calidad del

servicio notarial. 5) La dimensión de la empresa notarial desde el punto de vista de la teoría de la función de producción. 6) La elección del notario. 5. Conclusiones (II): requisitos organizativos para que ese carácter y utilidades del notario se conserven. 1) Las cuasi-rentas notariales como elemento incentivador de la calidad. 2) Sistema retributivo que evite la generación de vinculaciones con la clientela. 3) La homogeneidad de los servicios notariales: su valor económico. 4) Control corporativo de la calidad. IV. RECAPITULACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. Análisis sociológico: los servicios notariales en el tráfico jurídico

1. Introducción.

Vamos, en este estudio, a analizar una institución, el notariado, no desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sino desde el de las bases y presupuestos económicos en que se organiza la misma, y los efectos que esas circunstancias tienen en su funcionamiento, y por tanto en el papel que acabará jugando en la realización efectiva del derecho y la modelación de la sociedad por medio del sistema jurídico. El estudio sólo en apariencia se aleja del enfoque científico-jurídico, porque la creciente complejidad de la moderna realidad económica y jurídica exige *una ampliación de los valores y criterios presentes en el análisis de las bases y finalidades del derecho moderno*: fundamentalmente, porque en el derecho actual, junto a una seguridad jurídica puramente formal, preocupada de asegurar la subsistencia y eficacia de las relaciones jurídicas creadas, se postula la necesidad de dotar a las mismas de una *seguridad material, o jurídico-económica* que, al lado de esa eficacia formal efectiva, asegure también a las partes la obtención de las finalidades últimas que preveían, y razonablemente podían esperar, al contratar. El valor de la seguridad económica (en cuanto garantía de la producción de los efectos materiales concretamente previstos por el contratante, y no en el sentido en que se emplea en la práctica anglosajona, de simple seguridad de obtención de la debida reparación indemnizatoria en caso de incumplimiento o ineficacia del contrato, como sustitutivo por tanto de la seguridad jurídica propiamente dicha) encuentra múltiples manifestaciones en el derecho positivo moderno: así, la regulación de los mercados financieros contiene numerosas normas imperativas tendentes a garantizar su

correcto funcionamiento, como las relativas a la actuación de los agentes que en ellos intervienen en materia de uso de información privilegiada, limitaciones a su actuación, requisitos previos (capital mínimo, aprobación por la CNMV, etc.), información a los usuarios de servicios de las diversas instituciones de inversión colectiva (como sociedades gestoras o fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria), entre otras. Y en el derecho de sociedades, junto a las normas sobre el funcionamiento de las mismas y de protección de la consistencia de su patrimonio, se instaura a partir de la reforma del derecho de sociedades de 1989 un mecanismo de publicidad de estados contables con el fin de reforzar la seguridad económica de los operadores que contraten con sociedades. Cabe, finalmente, citar la prolija normativa puesta en vigor en tiempos más o menos recientes, relativa a la información y defensa de los consumidores, en diversos sectores económicos.

En esta introducción describiremos las líneas básicas de nuestro análisis, desarrollando su fundamentación en los dos capítulos que siguen. Para mayor comodidad de nuestro ocupado lector, adelantaremos que las líneas esenciales de nuestro razonamiento en esta introducción serán las siguientes: debe partirse de la idea de que la actuación del notario no se limita a la formalización de negocios jurídicos para facilitar su prueba posterior, sino que tiene un importante contenido material, por el control no sólo de la legalidad, sino de la misma adecuación material del contenido del documento a la voluntad efectiva de los otorgantes, y asimismo por la seguridad jurídico-económica que la redacción del documento por el notario, unida a ese control, deben proporcionar. Esa función notarial *cumple un importante papel social, tanto desde el punto de vista del interés general en el cumplimiento de la ley como desde el de la protección del contratante débil y peligrosamente desinformado* (el cual, en la actual vida económica, cada vez con más frecuencia formaliza negocios cuya complejidad hace muy arduos su diseño y comprensión, si no es con un asesoramiento imparcial y de la suficiente calidad), como por último desde el punto de vista del aumento de la *eficacia y utilidad de las transacciones formalizadas*, y en consecuencia de los mercados en general.

Pero, por otro lado, veremos cómo las tensiones de la actividad económica moderna y en concreto del mercado de servicios notariales *incentivan fuertemente la reducción de la calidad del servicio notarial, y por tanto del control de legalidad y de la asistencia especial al contratante más necesitado de ella*. Ese fenómeno se ve inducido fundamentalmente por dos hechos: de un lado *la falta estructural de transparencia del mercado de servicios notariales*, que hace enormemente difícil conocer la calidad del servicio que prestará un notario, y por otro el hecho de que

la demanda de servicios notariales *se da en un esquema triangular o tripartito, en el que hay dos demandantes* que se encuentran frecuentemente (siempre que uno de los contratantes es una empresa que contrata con habitualidad y el otro un consumidor que lo hace ocasionalmente —que es la inmensa mayoría de los casos—) en conflicto de intereses no ya sobre los mismos términos del contrato, como es consustancial a cualquier negocio bilateral, sino sobre la calidad que demandan del servicio notarial. Porque al contratante experimentado *le interesa con frecuencia un servicio notarial de calidad reducida*, para obtener la negociación más ventajosa posible, apoyado en su superior conocimiento de la trascendencia y efectos del contrato.

Todo ello, unido al hecho de que para el notario controlar la concreta transacción, negándose a su formalización o poniendo dificultades al contratante habitual, *le resultará siempre económicamente perjudicial*, obliga a que *la regulación material y económica de esos servicios sea especialmente cuidadosa*, para evitar erosionar gravemente su eficacia y utilidad social. Se hacen, pues, especialmente necesarios mecanismos tendentes a asegurar la homogeneidad, o el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad, en los servicios notariales. El mantenimiento de esa homogeneidad, como veremos, tiene una importancia creciente en los mercados actuales de numerosos bienes y servicios, con el empleo de mecanismos como las marcas, franquicias, normas o procedimientos de homologación de calidad, etc.

2. El papel de la función notarial en la vida jurídico-económica.

El notariado se configura en la práctica actual, decantada mediante una evolución de siglos, como una institución que, bien organizada, puede jugar *un papel enormemente útil para la promoción de los valores conexos de seguridad jurídica y económica reconocidos como esenciales en el propio ordenamiento constitucional*. Porque si por una parte debe ejercer un control formal sin resquicios de la validez, perfección y consiguiente eficacia de los negocios formalizados, por otra en su papel de gestor e intermediario transaccional debe asegurar a las partes el conocimiento de *los efectos jurídicos y económicos que concretamente generará la transacción formalizada* (pues no debe olvidarse que, dentro de lo que sea un negocio válido y eficaz, puede el mismo producir efectos diferentes: nacimiento o no de obligaciones dotadas de acción ejecutiva o de acción real, posibilidades de revisión del contenido de las obligaciones establecidas, contenido futuro de esas obligaciones cuando sea meramente determinable, aclaración del sentido que finalmente recibirán las cláusulas contractuales susceptibles de interpretaciones diversas, respeto del contenido de

derechos legalmente irrenunciables, etc.), así como la seguridad de que efectivamente tendrá el alcance o contenido material por ellas esperado.

Por lo demás, cabe recordar que la función de reforzamiento de la seguridad jurídica se debe desarrollar también, y de forma particularmente transcendente, *en las fases iniciales de la celebración del contrato, durante las cuales se desarrolla la negociación entre las partes (es decir, en la fase previa a la misma autorización de la escritura por el notario)*, donde se perfila por los contratantes su respectiva postura negocial, identificándose las principales fuentes de riesgos y problemas para cada uno y el diseño de los mecanismos para evitarlos, tanto si se trata de contingencias jurídicas como puramente económicas (referidas, sobre todo, a los efectos económicos del contrato o de alguna de sus cláusulas con los que, de no estar advertido expresamente, el contratante menos avezado no habría contado). En esa fase se manifiesta un *oportunismo ex ante* de los contratantes que, si no es adecuadamente filtrado mediante un asesoramiento imparcial y de calidad, puede dificultar la celebración misma del contrato, o bien reducir la utilidad del mismo para alguna de las partes o para ambas (para la menos experta en la contratación, porque deberá descontar de la utilidad calculada del negocio el riesgo de efectos perjudiciales no previstos, y para la otra parte, especialmente si intenta actuar en el mercado con transparencia —o, si se prefiere, honradez— porque ese cálculo de la otra parte, desplazando hacia abajo la curva de demanda, le hará vender menos cantidad de producto, y por un precio menor).

En esa fase previa de negociación y diseño contractual, bajo la forma de la consulta previa al notario y de diseño del contenido que se irá dando a la escritura a través de un proceso de diálogo del notario con las dos partes contratantes, que con frecuencia se produce y es posible con tal que los otorgantes lo soliciten expresamente, éste desarrolla un importante papel no sólo de reforzador de la seguridad jurídica, permitiendo a las partes realizar un examen exhaustivo de su posición contractual para diseñarla de forma adecuada, sino también de facilitador de la transacción, al ayudar a buscar un punto de encuentro y garantía de los intereses de las dos partes, incrementando la eficiencia de ese mercado.

No obstante, debe también reconocerse que *varias de las tensiones planteadas por la moderna vida económica afectan intensamente a la función notarial*, de forma que si por una parte hacen especialmente necesaria su función, por otra *ponen en peligro su imprescindible eficacia*. Y así, en la situación actual, la institución notarial precisa medidas contundentes y eficaces que la alejen del peligro de vaciamiento y futilidad que corre, sobre todo por la presión de la contratación en masa, y su influencia a favor de la aceleración del proceso de celebración del contrato, de la reducción del tiempo y la atención dedicados por el notario al cliente

necesitado de ellos, de la estandarización impuesta por una de las partes de la gran mayoría del contenido de los contratos que la misma firma en masa, de la extensión de la existencia de operadores que contratan de forma habitual y “muy frecuente” (encontrándose, por ello, en condiciones de ejercer, gracias al gran volumen de su contratación, fuerte presión en el mercado de servicios notariales, con frecuencia en la dirección de reducir la calidad del asesoramiento notarial a la otra parte, frente a la cual intentarán prevalerse de su mayor experiencia e información sobre el contrato a firmar), y en suma del desarrollo de las macronotarías como exponente y mecanismo de esas formas desnaturalizadas de atención. Claro que esa intensificación del asesoramiento del notario no puede alcanzarse si no es con una simultánea introducción de medidas que permitan la agilización de la función, sobre todo a base de proporcionar el aligeramiento de las formas que sea posible, para concentrarlas en aquello que tenga verdadera trascendencia sustantiva.

3. La rentabilidad social de la función notarial.

Ahora bien, si resulta una perogrullada decir que el mantenimiento de cualquier institución sólo tiene sentido si la misma es rentable económica y socialmente, ello ocurre, con particular intensidad, con la institución notarial y los servicios a través de ella brindados a la sociedad. Porque en una economía rápidamente cambiante, sobre todo por los fenómenos de apertura al exterior, internacionalización de las relaciones económicas, y consiguiente aumento de su complejidad, incremento a veces vertiginoso del número de transacciones formalizadas con la aparición consiguiente del fenómeno de la contratación en masa, y finalmente aumento de la competencia gracias a la supresión de barreras y consiguiente incremento de la necesidad de competitividad de las economías nacionales, la configuración económica del servicio notarial no puede dejar de verse sometida a revisión. De modo que *sólo estará justificada su estructura organizativa en la medida en que el servicio notarial sea rentable* (es decir, produzca unos beneficios superiores a los costes que genera), y a la vez no pueda el mismo ser gestionado de otra manera más rentable.

Pero este último aspecto, la posibilidad de formas socialmente más rentables de organización, exigirá un detallado análisis en términos de valoración de la relación coste-beneficio. Porque si es cierto que el coste de los servicios notariales podría verse dramáticamente reducido a costa de reducir en no menor medida el contenido de la autorización notarial del contrato (limitándolo, como caso extremo, al mero registro o archivo público para facilitar la prueba de la existencia material y la fecha del documento en que se formaliza el negocio), esa reducción limitaría tanto

la utilidad positiva del servicio notarial que podría incluso poner en cuestión la propia conveniencia de su mantenimiento, a la vez que *dejaría desatendida una evidente necesidad social, la de proporcionar una asistencia ágil y de coste contenido en la celebración de contratos* (algo que se logra en el caso del notariado gracias fundamentalmente a las economías de escala y a la especialización) y esa carencia generaría el efecto de tener que recurrir al empleo de otros servicios jurídicos que la suplieran, aumentando finalmente los costes de las transacciones en comparación con los actuales. Además, como más adelante veremos, dotar de valor probatorio y fuerza ejecutiva a un documento firmado ante un funcionario fedatario sin ningún control sobre su fondo *resulta enormemente peligroso, generador de riesgos y daños potenciales, no sólo para las dos partes otorgantes, sino también para terceros concretos, y para la sociedad* en términos más genéricos.

4. El marco de tensiones en que se presta la función notarial.

El análisis de la racionalidad económica del servicio notarial debe por ello partir de la precisa definición de su sentido institucional, y del contenido o efectos buscados por medio de la organización de este servicio para definir luego en qué medida esos efectos dependen de su actual forma de organización. Y debe empezar por advertirse que la realidad analizada resulta especialmente compleja por el hecho de que la actuación del notario se produce *en el mismo punto de colisión de valores e intereses que frecuentemente se encuentran en tensión, cuando no en franco y abierto enfrentamiento*. Es más, si la actuación del notario, autorizando las escrituras que se le encargan, tiene siempre lugar en esas situaciones de conflicto entre intereses, será necesario, para que presente alguna utilidad, que el notario sea capaz de equilibrar los intereses opuestos, cuando no de atajar alguna de las finalidades pretendidas por un contratante en infundado detrimento del otro. Pero una regulación de la institución que no considere adecuadamente las circunstancias en que se desarrollan esa actividad y el mercado de los servicios notariales corre el peligro de debilitar de tal forma la consistencia de la función o actuación del notario (constrictora e impeditiva, a la vez que facilitadora de cauces negociales adecuados para el equilibrio en la posición de las partes, de forma que todas puedan realizar sus finalidades concurrentes) que puede propiciar que las tensiones acaben siendo más fuertes que esta figura y llevándosela por delante. Veamos, pues, cuáles son esas tensiones.

El notario interviene, en ocasiones por exigencia imperativa de la ley y otras veces por decisión voluntaria de los otorgantes, en la celebración de negocios jurídicos donde por una parte suele enfrentarse *el interés*

público en el cumplimiento de las normas legales imperativas (presentes en la mayoría de los ámbitos de la vida económica, especialmente en las sociedades modernas, marcadas por un intervencionismo creciente hasta tiempos recientes: piénsese en las normas sobre protección de los consumidores, urbanismo y protección del entorno físico, fiscalidad, control de cambios, acción social, etc.) y *el interés de los operadores económicos de eludir las constricciones impuestas*. Y de otro lado, si en toda negociación bilateral se da la oposición entre los *intereses y fines contradictorios de las partes del negocio*, que en éste deben encontrar su conciliación, este hecho adquiere tintes de cierta gravedad con el fenómeno de la contratación en masa, generador de un fuerte *desequilibrio entre las partes involucradas* (tanta que hasta ha dado lugar a la formulación del principio constitucional de protección de los consumidores, al lado de los de seguridad jurídica e igualdad, todos los cuales tienen obvia presencia en este ámbito).

Pero la organización de una figura, el notariado, que con su actuación equilibre en la medida de lo posible todos esos polos contrapuestos de tensión e interés, y que a la vez genere la seguridad jurídica y la provisión de los cauces negociales adecuados que las partes precisan para poder realizar la transacción con utilidad económica (aumentando con ello la eficiencia y competitividad del mercado nacional), requiere un tratamiento adecuado. Porque la ubicación del notario en el descrito punto de tensión de intereses públicos y privados, y de intereses privados contradictorios, la necesidad de que con su actuación sea capaz de atender simultáneamente a los intereses públicos presentes en la formulación del negocio (controlando su legalidad y equilibrando la posición de los dos contratantes) y a los privados de ambos contratantes (proporcionándoles los cauces legales más adecuados para sus fines prácticos), *exigirán inevitablemente el recurso a modelos híbridos o intermedios, en los que se equilibren correctamente las notas pública y privada* que están presentes hoy en la figura. Una decantación excesiva hacia un modelo de notario-funcionario sofocaría las posibilidades de una actuación asesora del notario, por tanto creadora del derecho y configuradora del contrato en la actuación de intermediación transaccional entre las partes. Y una desproporcionada inclinación hacia un modelo de notario exclusiva o predominantemente profesional (o más aún, como perversamente se ha propuesto por algunos, empresarial) acentuaría de tal forma los vínculos de dependencia del notario respecto del demandante con el que hubiera llegado a establecer relaciones de clientela que imposibilitaría una eficaz actuación equilibradora entre las dos partes del contrato y controladora de la legalidad, que constituyen seguramente la principal fuente de utilidad social de la actuación notarial. (Recuérdese, en este sentido, cómo

cuando otro tipo de servicios de carácter puramente empresarial se han asociado a la actividad de esos operadores fuertes y casi oligopólicos, la producción de los mismos ha terminado siendo absorbida por éstos, y realizada consecuentemente en su beneficio: véanse los seguros, o los servicios de gestión o de tasación inmobiliaria ofertados por los bancos).

La línea de nuestro razonamiento se centra, pues, en la búsqueda de *un punto de equilibrio entre una configuración profesional y funcionarial del notario*, equilibrio que se obtendrá a partir de una adecuada regulación económica de la figura, que, como ocurre con todos los operadores económicos, será su determinante principal. A la vez, pretendemos detectar las disfunciones que una regulación mal orientada puede generar en la figura, y las consecuencias, medidas en términos de coste social y de ineficiencia del sistema económico, que la incorrecta configuración del servicio notarial puede generar, tanto desde el punto de vista de las distorsiones o daños que en el tráfico económico pueden surgir, como desde el del coste de los servicios que alternativamente deberían utilizarse para suplir la prestación notarial.

5. La distorsión de los enfoques sobre las reformas notariales.

Y la situación no está exenta de peligros, ya que es casi una constante la existencia, en las últimas décadas, de tentaciones de romper el equilibrio, curiosamente *sin que ni siquiera exista una línea coherente en cuanto a la forma de la ruptura propuesta*. Porque hasta hace poco tiempo la tentación parecía ser fundamentalmente la de romper el equilibrio por el lado de la funcionarización. Caben, a este respecto, citarse varios ejemplos, tanto en la doctrina —así, la obra de CONCHA AÑORGA ZALAKAÍN, “Reflexiones en torno a una posible funcionarización del notariado”, *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 8, 1984; o, como un síntoma sobre la existencia de una tendencia o estado de opinión en ese sentido, las obras críticas con tal planteamiento de RODRÍGUEZ ADRADOS, “Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios”, *Revista de Derecho Notarial*, número 104, 1979; y “El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, *Revista de Derecho Notarial*, número 107, 1980—, como en algún proyecto legislativo: fundamentalmente, el inicial de la Ley de Tasas, en el año 1988, finalmente abandonado por la imposibilidad de su realización práctica, que convertía en ingresos públicos todos los aranceles notariales, y por tanto de hecho al notario en un puro funcionario público retribuido directamente por el Estado.

Pero en muy pocos años hemos pasado al extremo contrario, y en la actualidad aparecen opiniones que encuentran en la liberalización económica y la eliminación de todo tipo de limitaciones a la competencia en

el ejercicio profesional la clave para la mejora de la eficacia del servicio notarial. Y es cierto que razones de peso no faltan a favor de esa orientación: básicamente, porque cabría suponer que la liberalización de la oferta de servicios notariales, al igual que ocurre en casi todos los sectores económicos, se traduciría en un aumento de la competencia entre los ofertantes en el mercado de servicios notariales, y consecuentemente en un incremento de la eficiencia de la producción de esos servicios, y un abaratamiento de los servicios finalmente puestos en el mercado.

Pero esta liberalización, convirtiendo la producción y oferta de servicios notariales en un mercado desregulado más, erosionaría enormemente el carácter y aspecto funcional, la proyección hacia el interés público, que presenta la actuación del notario, ya que limitaría las notas de imparcialidad e independencia frente a los clientes, haciendo muy difícil la actuación equilibradora de ambos, y su sujeción al cumplimiento de la ley en sus actuaciones ante el notario, que son notas esenciales de la figura.

Porque, igual que ha venido ocurriendo con los análisis que proponían la solución contraria de acercamiento hacia un modelo funcional, si aparentemente el planteamiento de la liberalización puede contar con argumentos a su favor, *adolece de una notable falta de contacto con la realidad, al ignorar características importantes de este mercado* que llevan, en el análisis de sus presupuestos económicos, a otras conclusiones. Esas especiales características se refieren por una parte a *la estructura de la relación entre ofertante y demandante* como mecanismo supuestamente propiciador del más eficiente equilibrio; por otra parte, a las notorias *imperfecciones que presenta el mercado de servicios notariales*, especialmente por las asimetrías informativas, o falta de transparencia en el mismo, que —especialmente potenciadas por la particular estructura de las relaciones de mercado que hemos enunciado— hacen que el equilibrio en términos microeconómicos al que se llegaría en un sistema de libre competencia fuera muy ineficiente; y finalmente, por la forma en que esa liberalización *afectaría a las cuasi-rentas notariales*, no tanto en su cuantía como en su estructura, motivando una drástica y peligrosa reducción de *su eficacia como elemento incentivador* de las características de la actuación notarial que configuran más intensamente su utilidad. Aunque el análisis en profundidad de cada uno de los tres datos enunciados lo haremos más adelante, conviene para su mejor comprensión comenzar la exposición con una breve descripción de cada uno de los tres elementos distorsionadores que hemos citado.

Y debe destacarse que la puesta en práctica de políticas poco conscientes de los efectos que finalmente puedan tener sobre la calidad de los servicios notariales resulta algo enormemente peligroso. Porque si las políticas diseñadas constituyen un incentivo a aumentar el grado de in-

cumplimiento de los deberes del notario podrían llegar a generar una erosión de la calidad de esos servicios, y por tanto del cumplimiento de la función social de protección del contratante débil y de organización y moralización del mercado, que resultaría muy difícilmente recuperable. Nos remitimos a lo que diremos más adelante sobre la posibilidad de múltiples situaciones de diferente equilibrio para condiciones análogas en materia de corrupción, o incumplimiento de los deberes de vigilancia y respeto de la ley que incumbe al funcionario (*infra*, III.1.8).

A) *La relación triangular en que se presta el servicio notarial.*

En primer lugar, hemos dicho ya que la producción y venta de servicios notariales no se verifican en un esquema normal de oferta-demanda. Porque en la inmensa mayoría de los supuestos no hay en el mercado una simple relación entre ofertante y demandante, donde la tensión entre los intereses y pretensiones agregados de unos y otros conduciría a la asignación óptima de recursos, propiciando la combinación equilibrada y más eficiente de volumen de servicios puestos en el mercado, y calidad y precio de los mismos. Al contrario, *la contratación de los servicios notariales se produce en un esquema triangular, con tensiones asimétricas entre sus tres vértices, que por sí misma produciría un notable desequilibrio en la solución propiciada por el mercado.* Porque no se contrata el servicio notarial mediante la concertación entre un ofertante y un demandante, sino *entre un ofertante y dos demandantes*, con el dato añadido de que si bien esos demandantes pueden coincidir en el interés de que el servicio notarial se preste al precio más bajo posible (y aun esta coincidencia tiene escasa relevancia, dado que, aparte de que supone una porción mínima del importe de la transacción, normalmente el pago del servicio notarial es asumido exclusivamente por uno de los dos demandantes, y por tanto el interés del otro en el abaratamiento del mismo es cuando menos bastante limitado, cuando no inexistente), *en todo lo demás (particularmente, en relación con la calidad y profundidad del asesoramiento notarial) sus intereses suelen ser contrapuestos en la mayoría de los casos.* Recuérdese, además, que es precisamente por esa oposición de intereses por lo que el servicio notarial tiene más relevancia social, en la medida en que el desequilibrio en la posición precontractual de las partes hace que una de ellas resulte especialmente necesitada de protección y la otra más interesada en la ausencia de esa protección.

Porque los dos demandantes del servicio notarial son a la vez contratantes que, por medio del otorgamiento de la escritura pública, establecerán una relación contractual en la que tienen intereses contrapuestos, de modo que al negociarla cada uno pretenderá obtener del desarrollo

futuro del negocio la máxima utilidad posible a costa de la utilidad del otro. Pero ocurre que en la grandísima mayoría de los casos una de las partes es un comerciante o profesional habituado a la realización de esos contratos y que por tanto dispone de una información bastante completa sobre el alcance y efectos de la relación contractual que se va a establecer, mientras que el otro contratante carece de esa información. Por ello, *interesa al primero distorsionar la información suministrada al segundo, para darle la apariencia de la obtención de una mayor utilidad con el contrato, y de este modo alcanzar una negociación más beneficiosa*. Y ello es especialmente posible y peligroso gracias a *la complejidad de los muy numerosos elementos que aparecen en la contratación moderna* (así, por citar algunos, los pactos negociales ambiguos o de interpretación dudosa, los pactos sobre conflictos por fallos en la calidad del producto contratado, pactos sobre sus numerosas repercusiones fiscales y sobre los gastos inherentes a la contratación, pactos sobre condiciones del contrato a determinar en el futuro, y estipulaciones accesorias, como cláusulas de interés variable, comisiones, causas de vencimiento anticipado, etc.). Por ello, al contratante más informado le interesa que la calidad del servicio notarial sea lo más baja posible (algo que normalmente irá asociado a un servicio profesional más barato, como veremos), mientras que al otro contratante siempre le interesa un servicio de mayor calidad, aunque sea a costa de algún aumento del precio (aumento que, en todo caso, tendrá muy escasa incidencia en el coste global de la transacción, y en cambio elevada importancia para determinar la utilidad de la misma transacción para ese contratante).

Y el anterior conflicto se agrava por el hecho de que *el contratante habitual dispone normalmente de información bastante más completa sobre la calidad del servicio ofertado por el notario al que contrata*, mientras que al contratante ocasional le es prácticamente imposible obtener otra información que no sea la *del precio del servicio notarial*, en la cual, si la apariencia es que para él la mayor utilidad estaría en el menor precio posible, en casi todos los casos ocurriría exactamente lo contrario, dado que la reducción de la calidad le sería perjudicial, y además de forma particularmente grave, por la trascendencia que el contrato formalizado ante notario suele tener, insistimos una vez más, para la economía de ese consumidor. De ahí que la importancia en la economía moderna de los mecanismos tendentes a establecer una calidad homogénea del producto (con manifestaciones como las ya citadas de marcas, de creciente dimensión, franquicias, normas y sistemas de homologación de la calidad, etc.) sea particularmente grande para los servicios notariales y trascienda más allá del simple equilibrio económico en el propio mercado de servicios notariales, alcanzando a la eficiencia de los otros mercados, y a la distri-

bución equitativa o socialmente justa de los beneficios netos que sean capaces de producir esos mercados.

En conclusión, si en la generalidad de los casos el mercado promoverá el equilibrio económico más eficiente, con la mayor utilidad posible para los usuarios, logrando que los productores ofrezcan bienes y servicios de la mayor calidad y el menor precio, *ello no ocurre así en el mercado de los servicios notariales*, en la medida en que los sujetos que en ese mercado, por su conocimiento del propio mercado y por el volumen de su contratación en el mismo, están en condiciones de ejercer una mayor presión o influencia en la contratación, *tienen interés precisamente en obtener una calidad inferior*, con la añadida aparente ventaja del menor precio. Y realmente hay que reconocer que estos demandantes de servicios, si el mercado no se regula y controla adecuadamente, *tendrán los medios para ejercer en la contratación la presión necesaria para obtener esa calidad inferior, así como para evaluar la calidad del servicio notarial contratado*, con perjuicio y riesgo para el otro contratante. En otras palabras, se trata de un tipo de productos o de necesidades que el mercado, por su propia estructura, no está en condiciones de suministrar y satisfacer.

B) Asimetrías informativas relativas al mismo servicio notarial.

El segundo factor distorsionador, como habíamos anunciado (y se ha apuntado ya en el apartado anterior, dado que ambos factores están íntimamente ligados), radica en las importantes *asimetrías informativas que estructuralmente presenta el mercado de servicios notariales*. Ello se debe fundamentalmente a dos factores: por una parte, al hecho de que al consistir el servicio notarial esencialmente en la generación de seguridad jurídico-económica preventiva, en la abrumadora mayoría de los casos esa seguridad será suministrada eficazmente, no apareciendo ninguna quiebra en la misma. Resulta, por tanto, *enormemente difícil para el usuario valorar la incidencia que el servicio de un notario vaya a tener en la reducción de los riesgos derivados de la contratación programada*. Y la segunda razón, ya esbozada, consiste en que dado que en los supuestos más frecuentes uno de los contratantes, el desinformado sobre los efectos y circunstancias del contrato que se va a formalizar (y, por tanto, más interesado en la calidad del asesoramiento notarial por su repercusión en su propia seguridad jurídica), contrata el servicio notarial sólo de forma extraordinariamente esporádica, *carecería también de datos históricos que le orientaran sobre esa misma calidad*, mientras que el otro, habituado a la contratación, conocería normalmente mejor las formas y calidad de los servicios ofertados por los diversos notarios con los que hubiera realiza-

do transacciones, y por tanto se encontraría en situación de poder elegir al notario que le prestara un servicio de la calidad y con los modos de actuación que a él le interesarían, aun a costa de la utilidad del otro contratante. Téngase en cuenta, además, que la finalidad preventiva o aseguradora de la intervención notarial en la contratación hace que la contrastación de la calidad del servicio notarial por el usuario ocasional (y necesitado de una calidad adecuada, debido a su impericia) no pueda tener lugar hasta después de su utilización, cuando se comprueba el grado de conflictividad que ha ocasionado el concreto negocio celebrado y el eventual daño que un servicio de mala calidad estaría causando.

C) *Los incentivos de la calidad.*

El último dato revelador de la ineficiencia del puro mecanismo del mercado para maximizar la eficacia de los servicios notariales consiste en el hecho de que una liberalización amplia, especialmente con el establecimiento de un sistema de tarifas libres, o de tarifas máximas con libertad para hacer reducciones en las mismas, causaría una importante *erosión en el sistema de incentivos a través de las cuasi-rentas percibidas por los notarios*. No se trata de que a través de esa modificación se genere una reducción de los ingresos globales percibidos por los notarios, que reduzcan sus cuasi-rentas totales y consecuentemente el estímulo para obrar con la precisa rectitud. La cuestión de la cuantía del arancel notarial es realmente una decisión política que, admitida su importancia como estímulo para garantizar la prestación de un servicio notarial con la necesaria calidad, no va a ser la materia de nuestro análisis. Nos centraremos en la estructura de esa retribución, más que en su cuantía global, por ser éste el factor de más peso para la determinación de la eficacia de los estímulos a la correcta actuación del notario.

Debemos, a este respecto, comenzar por recordar que uno de los aspectos de mayor importancia de la actuación o función del notario es algo cuya realización, *por su propia naturaleza, resulta perjudicial para el mismo*. Se trata de su carácter o función de controlador de la legalidad, que por una parte, en términos generales, le obliga a negarse a la autorización de documentos que supongan la elusión o incumplimiento de normas imperativas (o, por decirlo en términos menos dramáticos, a forzar a los otorgantes a ajustarse a las obligaciones y limitaciones que impone esa legislación), y por otra parte, como aplicación concreta de esa normativa necesaria, implica el deber de dar una asistencia especial al contratante más necesitado de protección. Esto último se funda tanto en la imposición directa y expresa de ese deber por el Reglamento Notarial (art. 147), como en la existencia de una normativa imperativa cada vez

más abundante sobre protección del consumidor, tanto en cuanto al contenido general de los contratos convenidos entre un consumidor y un empresario como en la regulación especial de ciertos sectores específicos (así, el sector inmobiliario –RD de 21 de abril de 1989– o el de los servicios y productos bancarios –Orden de 5 de mayo de 1994–). Ahora bien, esa actuación controladora, negando por tanto la autorización del documento que no cumpla los requisitos necesarios para su eficacia y ajuste a la normativa, o que no vaya precedida y acompañada de los correspondientes mecanismos de información y defensa del consumidor, supone, cuando el control dé lugar a la negativa a la actuación notarial, *una lesión o perjuicio para el mismo notario, tanto directamente*, por el hecho de dejar de percibir los honorarios que se derivarían de esa actuación, *como indirectamente –y sin duda eso le resultará enormemente más dañino en la práctica– por la desafección que ello ocasionará* en el cliente asiduo que busca el trato más benévolo y favorable a sus intereses particulares que pueda obtener.

Resulta, pues, evidente, que la eficacia de un sistema de control como el indicado (el cual sin duda, por su carácter preventivo, será incomparablemente más eficaz, y socialmente más beneficioso, que el control organizado a través de los mecanismos represores y reparadores de las violaciones ya producidas) sólo puede garantizarse a través de unos mecanismos particularmente potentes de estímulo al cumplimiento. En el sistema notarial español, esos mecanismos se organizan básicamente a través de las cuasi-rentas notariales, haciendo que el riesgo de pérdida de las mismas sea tan importante *que resulte más rentable cumplir las normas imperativas que eludirlas para percibir los beneficios retributivos derivados del incumplimiento*. Ahora bien, la eficacia de esos estímulos se encuentra enormemente potenciada por la estructura conferida a las cuasi-rentas a percibir por el notario, principalmente basada en su aplazamiento. Porque en la carrera notarial la retribución en los primeros años de ejercicio resulta comparativamente reducida (y con seguridad inferior a la que se obtendría con la dedicación a otras actividades profesionales retribuidas inmediatamente), aplazándose la percepción de retribuciones superiores hasta momentos posteriores. Ello ocasiona por una parte unos hábitos de actuación (en el control de legalidad inherente a la función notarial) muy rigurosa al inicio de la actividad profesional, al verse estimulada por la aversión al riesgo de perder las cuasi-rentas que quedan aplazadas a momentos posteriores, y por otra parte (unido al mecanismo de oposición para la entrada en el cuerpo) una selección natural y espontánea, para el ejercicio de la función, de personas “*con una tasa de descuento muy baja*”, en cuanto son capaces de adelantar importantes inversiones (de tiempo, de esfuerzo personal, y económicas)

para percibir una retribución que en una gran medida queda aplazada en el tiempo. Se tratará, por tanto, de personas fácilmente predispuestas a renunciar al beneficio inmediato —el que resultaría de la autorización indebida del documento— en espera de percibir una retribución temporalmente dilatada pero que compense esa renuncia. Cfr., al respecto, PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, p. 116; ARRUÑADA, *Análisis económico del notariado*, pp. 67 y ss. Pero debe advertirse que un sistema de arancel libre o de máximos fácilmente rompe ese esquema, porque al permitir a los notarios de reciente ingreso incrementar sus ingresos iniciales por medio de la competencia en precios con los de mayor antigüedad, igualará en gran medida las cuasi-rentas a percibir por los notarios jóvenes y las de los más antiguos, limitando drásticamente la importancia del aplazamiento de cuasi-rentas, y por tanto reduciendo gravemente el estímulo del control de legalidad.

Junto a lo anterior, existe el incentivo derivado de *la necesidad colectiva de mantenimiento de la calidad, para asegurar la utilidad social del servicio notarial, y por tanto su misma subsistencia*. Pero esa necesidad colectiva, y la consiguiente presión corporativa para que los individuos mantengan ese estándar de calidad, a pesar de presentar una notable intensidad debida al gran valor que tiene el prestigio social de la forma en que se presta la función notarial, *resultan poco eficaces, debido a su misma estructura*. Porque, en una versión del conocido dilema del prisionero, a cada sujeto le interesa incumplir él los estándares de calidad en su actuación, debido a que con ello obtendrá más ventajas que inconvenientes; y, aunque le interesa que los demás respeten esos estándares, no tiene garantía alguna de que lo vayan a hacer; y ni el prestigio social de la función notarial ni el cumplimiento por parte de los demás se verán condicionados apreciablemente por el hecho de que él, individuo aislado, haya cumplido, con todo lo cual lo probable sería que él acabara incumpléndolos.

6. La eficacia equilibradora de la actuación del notario.

En todos los anteriores argumentos subyace una idea que no debe pasarse por alto en ningún momento: se trata de que el servicio notarial *no puede concebirse simplemente como un factor productivo más*, ni menos aún (como expresiones formuladas en algunas ocasiones parecen sugerir) como uno de los elementos que, con una función auxiliar o de intermediación, integran la estructura del sistema financiero. Es, por el contrario, un servicio que, tanto en su finalidad legal como en su desarrollo práctico, presenta una arquitectura y una finalidad eminentemente *encaminadas a la utilidad social, a la redistribución de los beneficios eco-*

nómicos que genera el sistema, convirtiéndose así en factor de coherencia y equilibrio social, y en un instrumento capital para la realización, en las relaciones jurídico-privadas, de muchos de los valores constitucionales, como los de igualdad, seguridad jurídica, protección de los consumidores, derecho a la vivienda, etc., a lo que se une, por supuesto, el aumento de la seguridad, y por tanto, del beneficio probable y neto de las transacciones autorizadas, con el consiguiente incremento de la eficiencia de los mercados. Porque si es cierto que la imagen más extendida del notario, de sus características personales, suele situarle lejos de los parámetros más habituales de esa inquietud social (y realmente, el notario como ingeniero transaccional, equilibrador en las transacciones contractuales de operadores particularmente fuertes con otros carentes de toda experiencia y vigor en la negociación, seguramente sólo pueda actuar con eficacia si su perfil personal se sitúa en cierta igualdad de plano con el del contratante fuerte), ello no limita en modo alguno el hecho de que la actuación del notario, con sus efectos de generación de seguridad jurídica, control de legalidad, y sistema de información pre y postcontractual, tenga una importante eficacia social, en cuanto equilibradora de la contratación y protectora del contratante más débil. Y, por supuesto, ello tampoco excluye el reconocimiento de que en la actual situación, con la multiplicación de la contratación en masa, si la actuación equilibradora de la actuación del notario adquiere mayor importancia, la propia dinámica del mercado tiende a ponerla en peligro, lo que hará que sea especialmente importante asegurar la eficacia de los mecanismos de control de la calidad del servicio notarial, sobre todo ante la ausencia de transparencia sobre esa calidad, y especialmente por el problema casi eterno, nunca resuelto, y hoy quizás agravado, de las macronotarías, al que nos referiremos más adelante.

Lo anterior no elimina el hecho de que, junto con esa finalidad más bien social, o de protección del contratante necesitado de ello, el notario en su actuación desarrolla una función puramente técnica, en cuanto operador del tráfico jurídico, que suministra utilidades como la conservación del documento firmado para permitir posteriormente probar cuál fue su contenido, la dación de fe que sujetará a todos a la presunción de autenticidad de las declaraciones realizadas en el documento por el notario, y el asesoramiento jurídico para facilitar la mejor redacción posible del documento y la mejor configuración posible del negocio. Esos aspectos de la actuación notarial son realmente su contenido primario o inmediato, y la utilidad o función social conformada a través del documento notarial no es sino una proyección, necesaria y esencial, de esos aspectos del contenido de la actuación notarial, fundamentalmente del tercero. Por ello, *se corre el peligro de contemplar la función notarial exclusivamente*

desde la perspectiva de su valor como operador jurídico neutro, suministrador de una prestación puramente técnica, e ignorar el valor y función social que de ella se deriva, e incluso su función económica, como factor potenciador de la utilidad general de las transacciones y de la eficacia de los mercados. Si así fuera, podría tener algún sentido la búsqueda de soluciones que, sobre la base de modificar las bases de la actual organización y estructura profesional del servicio, permitieran reducir sus costes, incluso por el expediente de sustituirlas por otros servicios que puedan poner en el mercado otros operadores, bajo nuevas formas de organización de su producción.

Pero no es así. En primer lugar, el notariado no es ni ha sido un mero ofertante de soluciones técnicas a los problemas jurídico-económicos que puedan surgir en el tráfico. Tanto en su origen medieval remoto como en el más inmediato, en los planteamientos que presidieron la redacción de la Ley del notariado en 1862 y las posteriores reformas reglamentarias, como en lo que la práctica actual reiterada e insistentemente muestra, *el servicio notarial cumple siempre y de forma continuada una finalidad social, o de asistencia, de provisión por el Estado a la generalidad de los contratantes de una instancia imparcial y técnicamente dotada que sea capaz de dar una solución jurídica equitativa y segura al problema que supone la celebración de cualquier transacción económicamente importante. En particular, la organización de los servicios notariales proporciona al conjunto de los sectores sociales menos habituados y cualificados para la actuación negocial un blindaje fiable, para protegerlos frente a operadores económicos habituales, que suelen verse tentados a prevalerse de su superioridad para alcanzar en la contratación ventajas ilícitas. Ignorar eso al intentar reformar el servicio notarial para mejorar su eficacia no sólo supone ignorar y dejar por tanto desatendida una necesidad social importante y grave por la cuantía que para cada ciudadano tienen los intereses que se juegan en la transacción, sino también reducir la eficiencia de los mercados en los que es frecuente la intervención notarial, y consecuentemente del sistema económico en general, por el incremento de los costes de transacción inherentes a cada operación formalizada por el ciudadano (tanto los directos como los consistentes en el incremento de los riesgos derivados del negocio, que habrían de asumirse y descontarse por tanto del beneficio esperado). Y el hecho de que quizás ese incremento de costes no se produjera realmente para los grandes operadores (empresas, fundamentalmente) debido a que ya disponen de un asesoramiento jurídico habitual no impide que, en la visión agregada, en el conjunto de esos mercados, los costes globales de transacción pudieran verse dramáticamente incrementados. Además, como describiremos detenidamente en la segunda parte de este trabajo, la actuación técnica del*

notario, especialmente en un negocio bilateral, sólo puede darse mediante *un control completo y sin lagunas del negocio formalizado en la escritura, control que necesariamente se ha de proyectar sobre la voluntad de ambos contratantes*, y que no puede darse si no es a partir de una actuación imparcial, indagadora y conformadora de esas voluntades confluyentes en el negocio, con toda la intensidad que se precise.

Debemos igualmente recordar la existencia de unos *mecanismos de transferencia de costes* (entre las diferentes regiones en las que se presta el servicio notarial, y entre actuaciones notariales diferentes por el tipo de negocio que constituye su objeto o simplemente por su cuantía) que contribuyen también, poderosamente, a reforzar la virtualidad equilibradora del servicio notarial, y que se verían mortalmente afectados en el seno de un mercado desregulado.

7. El peligro de deterioro de su virtualidad equilibradora.

Podemos, en este punto, adelantar una conclusión: en la situación actual, de una economía dinámica y crecientemente competitiva en la que, igual que los restantes operadores, han de actuar los notarios, no puede decirse (como pudiera ocurrir en tiempos pasados, caracterizados por una mayor relajación en la gestión de los asuntos por la oficina notarial) que exista un verdadero problema de eficiencia del servicio notarial, por el carácter de funcionarios o por el monopolio de la función que detentan los notarios. La verdadera problemática con la que se enfrenta actualmente el servicio notarial desde el punto de vista de su eficiencia económica *viene precisamente del otro lado: del hecho de que la situación competencial entre los notarios incentiva la reducción de la calidad del servicio*, en una doble dirección, que en seguida describiremos. Y resulta paradójico que, si en tiempos pasados, de menor diligencia de la oficina notarial, se abogó frecuentemente por la solución de la funcionarización notarial, que en lugar de solucionar aquel problema lo habría agravado, en los tiempos actuales *se propugna frecuentemente una intensificación de las pautas competenciales, que igualmente contribuirían a agravar los problemas que la actual coyuntura presenta*. Ello da idea de que, seguramente por la especialidad que implica la configuración mixta (funcionario/profesional) del notario, y por el desconocimiento de la función motivado por esa especificidad, las medidas para mejorar la calidad del servicio se proponen sin la necesaria reflexión y conocimiento de causa.

Los problemas para la calidad del servicio notarial se producen en una doble dirección: por un lado, porque, especialmente por el problema de las macronotarías y su aumento en tiempos modernos, se produce con frecuencia, ante la acumulación de trabajo del notario, *una reducción de*

su atención, de su efectiva actuación asesora como ingeniero transaccional, creador de soluciones para posibilitar o mejorar la transacción celebrada entre los otorgantes de la escritura, y conformador e informador de su voluntad. Por otro lado, la extensión de la contratación habitual y en masa hace que cada vez sea mayor el peligro de vinculación con el cliente importante, de pérdida de independencia frente a él. Ello es grave por el hecho ya apuntado de que ese cliente fuerte y habituado a la celebración de transacciones suele demandar un infracontrol, una reducción de la calidad de la actuación del notario como gatekeeper, y muy especialmente de la asistencia e información a los otorgantes, siempre en contra del cliente subinformado, que suele desconocer absolutamente cuál sea la calidad del control de legalidad por el notario, cuáles los efectos concretos de cada una de las cláusulas contractuales, y cuáles las consecuencias de los posibles incumplimientos de la legalidad en la celebración del contrato. De esta forma, la reducción del control e información por el notario al contratante débil permitirían al otro inducirle a aceptar unas condiciones que, de haber tenido consciencia cabal de su alcance, no habría aceptado o habría estado en condiciones de modificar a través de la negociación.

En conclusión, actualmente uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta el servicio notarial, si no el mayor (seguramente, junto con el de la necesidad del aligeramiento de ciertas formas para, manteniendo el imprescindible control material, agilizar y abaratar el coste de ciertas intervenciones notariales), sea el del *control de la calidad del servicio notarial* en las dos indicadas líneas. Y debemos recordar la importancia que ese mantenimiento de la calidad tiene, ante el peligro de irreversibilidad de las situaciones de deterioro de la misma, debido a la sensibilidad de los equilibrios que se alcanzan en materia de corrupción de funcionarios (cfr., *infra*, **III.1.8**).

8. Consecuencias de la pérdida de la virtualidad equilibradora de la actuación del notario.

Y debemos insistir en la llamada de atención sobre *cuáles serían y a quién perjudicarían las consecuencias del peligro de reducción de la calidad del servicio notarial*. Porque resulta llamativo que, como ya hemos apuntado, si se produce esa reducción, la misma no suponga un perjuicio excesivo (sino más bien, en la mayoría de los casos, un beneficio) para los operadores grandes, profesionales y habituales, que generalmente disponen de manera continuada y preventiva de algún servicio de asesoramiento endógeno o exógeno que ya les habrá dado toda la información necesaria sobre los posibles problemas o riesgos de la transacción a rea-

lizar y las brechas en la relación negocial que pueden, actuando de forma oportunista, ayudarles a aumentar su utilidad, con lo cual, ante la desigualdad frente a la otra parte en la información disponible, pueden esperar sacar provecho de esos problemas. Por el contrario, las posibles carencias en la calidad del servicio notarial *resultarían potencialmente muy dañinas para los operadores pequeños y ocasionales*, tanto por el hecho de que *su falta de información les deja inermes* frente a esos posibles peligros como por el hecho de que los daños que puedan derivarse de un fallo en la transacción que se celebre pueden resultar particularmente graves para ellos, puesto que normalmente se trata de negocios que, por su ocasionalidad y por su cuantía, suelen tener *una gran transcendencia para la economía personal de quien los celebra*.

Y ello ocurre con la paradójica circunstancia de que esos operadores grandes no suelen ser los obligados al pago del coste del servicio notarial. Porque prácticamente en la totalidad de los contratos celebrados entre una gran empresa y un consumidor es el propio consumidor el obligado al pago de los honorarios notariales; y la inmensa mayoría del número total de las facturas devengadas por los servicios notariales son facturas a cargo de pequeños consumidores. *Pero son precisamente esos grandes operadores quienes ejercen en la práctica una mayor presión institucional a favor de la liberalización económica del servicio notarial*. Y no parece razonable pensar que lo hagan con la altruista finalidad de beneficiar a sus clientes, sino con la más interesada de por una parte eliminar un freno o traba a su posición dominante en el mercado de sus productos y servicios, y por otra de, en último término, llegar a apoderarse ellos mismos de las cuasi-rentas que se generan en esas actividades de intermediación, preparación y canalización de las transacciones a realizar. De esto último hemos tenido ejemplos, como el caso de la gestión fiscal y registral de los documentos suscritos por esas entidades con sus clientes, que de estar confiada de forma generalizada al notario ha pasado a confiarse a profesionales de la gestión más o menos titulados y cualificados, con los que se establecen relaciones habituales a cambio de las cuales se obtienen otras contrapartidas, las menos inconfesables de las cuales son la sujeción de esos gestores al uso de servicios prestados por la propia entidad, o la obligación de los mismos de pagar servicios más o menos reales prestados por empresas dependientes de la propia entidad; o el caso de los protestos, en los que la asunción de la función que venían desempeñando los notarios por las cámaras de compensación bancarias, gestionadas por las instituciones financieras, ha determinado, junto con una muy notable reducción de las garantías, que el coste de ese servicio, que supuestamente se había de abaratar a través de este procedimiento, haya resultado ser superior al que tenía y actualmente tiene el protesto nota-

rial (cfr., argumentando esa ineficiencia del sistema sustitutivo del protesto notarial, FRAGA, "La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica", p. 19).

9. Conclusión.

En conclusión, la línea propuesta por algunos de mejorar la calidad de los servicios notariales buscando reducir precios mediante el incremento de la competencia no nos parece válida: por una parte, porque si se comparan los costes con los de otros países se ve que son mucho menores en España, lo cual seguramente dé una idea del hecho de que difícilmente sea posible esa reducción, si no es a base de escamotear la calidad del servicio (cfr., sobre la comparación de costes, TENA ARREGUI, *Costes de transacción y fe pública notarial*, pp. 20 y ss.). Y por otro lado, porque si, como hemos visto, los problemas fundamentales que hoy se detectan son de peligro de reducción de la calidad, esa liberalización lo agravaría de forma importante, además, precisamente en perjuicio del contratante débil, y por tanto en contra de la esencial finalidad del servicio notarial.

El objetivo de nuestro análisis es, por tanto, mostrar la inadecuación de la solución del incremento de la competencia y la liberalización de aranceles como mecanismo potenciador de la rentabilidad de los servicios notariales dentro de la economía general, y a la vez mostrar otras líneas básicas de actuación para la conservación de la utilidad del servicio notarial, sobre todo por incidir en dos de sus cualidades más relevantes: la imparcialidad e independencia del notario, y la homogeneidad de la calidad de su asesoramiento (cualidades que estudiamos detenidamente más abajo, pero que veremos son esenciales para la eficiencia del servicio notarial). No se trata, pues, de la discusión sobre el coste de los servicios notariales, puesto que, siendo esta una cuestión aparte, su solución, tanto si se estima que ese coste es excesivo como si se considera que la retribución de los notarios resulta insuficiente, siempre puede y debe venir por la vía de la modificación del arancel, para adaptarlo a la realidad económica de cada tiempo. Resulta pertinente, a este respecto, la cita del francés CRAYENCOUR, quien al analizar la situación de los profesionales liberales en la Comunidad Europea, afirma que "Los baremos de honorarios pueden parecer a veces contrarios a la independencia y a la libertad de acción de los profesionales liberales. No es seguro, sin embargo, que se tenga que oponer sistemáticamente a los mismos, siempre que sean establecidos en función de las condiciones económicas reales de la actividad. Por vital que sea el rendimiento económico de la actividad liberal, la tarificación de honorarios no causará ningún menoscabo profundo a la actividad liberal, porque no afecta en lo que le es

específico: la calidad del servicio y singularmente su calidad humana, la cual no se mide en términos de dinero" (*Comunidad Europea y libre circulación de profesionales liberales*, pp. 23 y s.).

Y debemos además puntualizar que las críticas al actual sistema arancelario proceden de un esquema conceptual más bien propio de sistemas liberales anglosajones, los cuales son totalmente extraños al sistema jurídico continental, y, por tanto, no tienen en cuenta la lógica de sus mecanismos, por más que la mayor eficacia en términos económicos de los sistemas jurídicos europeos frente a los anglosajones parezca hoy indiscutible.

Dos datos permiten justificar esa idea: por una parte, el mayor coste, para una mucho menor eficacia, de los mecanismos de seguridad jurídica en el derecho americano, en relación no ya con el español, sino incluso también con el resto de los europeos. Así, por ejemplo, el coste promedio de los mecanismos de seguridad jurídico-económica que se emplean en el sistema americano, para una compra de 75.000 dólares, viene a ser un 365 por 100 superior al del derecho español, de autorización por el notario más inscripción registral —ARRUÑADA, *Análisis económico del notariado*, p. 18, y TENA ARREGUI, *Costes de transacción y fe pública notarial*, p. 10—, todo ello para brindar una protección sensiblemente menor frente a los riesgos inherentes a la transacción, ya que la misma se basa principalmente en el seguro, como mecanismo reparador del daño eventualmente sufrido, sistema sin duda mucho menos eficiente que los mecanismos que aseguren la regularidad sustantiva de la transacción y su eficacia *erga omnes*, impidiendo que el daño llegue a producirse. Por otra parte, cabe citar la necesidad sentida y afirmada en ámbitos económicos norteamericanos de revisar y perfeccionar los mecanismos de realización del derecho en ese país, debido al excesivo porcentaje de su PIB que absorben los gastos relacionados con la administración y gestión de la justicia y el derecho en general. Y debe recordarse que si los intentos de establecer un sistema de seguridad jurídica preventiva análogo al de los derechos continentales no han prosperado en Estados Unidos, ha sido fundamentalmente debido a la presión corporativa de otros centros de interés (fundamentalmente abogados y asesores legales), por la pérdida de las cuasi-rentas que la situación existente les reporta. Por el contrario, cabe recordar cómo sistemas jurídicos que se están adaptando a las necesidades del tráfico moderno (Rusia, Polonia, Hungría, Rumania, Países Bálticos, China, etc.) han instaurado sistemas homologables al de los notariados de tipo latino de países occidentales (frecuentemente con la colaboración y ayuda de las organizaciones notariales de todos esos países), consagrando las características esenciales del notariado latino en todos los países en que actualmente está implantado, de imparcialidad,

asesoramiento, autoría del contrato o negocio por el notario, y su deber de control de legalidad.

Expuestas así las líneas argumentales de nuestro razonamiento, de forma quizás excesivamente extensa y detallada, pero que creemos facilitará su comprensión, vamos a pasar a desarrollar con más detenimiento los principales argumentos que las justifican. Comenzaremos con una descripción de las características esenciales de la función y el servicio notarial, centrándonos en los aspectos del mismo que están en la base de su utilidad social. Y tras ello, nos adentraremos en el análisis propiamente económico del servicio notarial, comenzando con la discusión general sobre la utilidad de las diversas formas de intervención pública en la economía, el estudio de los beneficios generados y valores añadidos por el servicio notarial, y por último el análisis de las circunstancias del mercado de esos servicios y de los mecanismos necesarios para garantizar su eficiencia.

II. Análisis jurídico: el contenido de la autorización del documento público y la configuración institucional del notario

1. Introducción: el significado de la seguridad jurídica preventiva dentro del sistema jurídico.

Tradicionalmente, se ha venido considerando por una notable corriente del pensamiento jurídico que la característica esencial del derecho, su fin primordial, sería la seguridad jurídica, por encima incluso de la *justicia* (entendida como la efectiva realización de unos valores cuya definición resulta enormemente complicada e incierta, ya se haga la misma por referencia a *aprioris* de difícil discernimiento, o ya se haga por la vía del sociologismo, a partir de las concepciones que en cada momento el intérprete considere predominantes en una sociedad). La seguridad jurídica bien pudiera concebirse como la previsibilidad de los efectos de cualquier conducta humana, y concretamente, en el campo del derecho patrimonial, del establecimiento de una relación jurídica de verificación instantánea o de tracto duradero. El derecho será eficaz y útil, por tanto, en la medida en que sus normas se hayan dictado con la suficiente claridad y realismo para, por una parte, delimitar correctamente los supuestos de hecho a los que se refieren, y por tanto no permitir duda alguna sobre las consecuencias jurídicas que para cada uno de esos hechos deban seguirse, y por otra establecer unas consecuencias razonables y justas que hagan suficientemente aceptables sus resultados, con lo que se logrará el respeto generalizado de las mismas.

Pues bien, sin entrar a juzgar aquí el valor conceptual de la seguridad jurídica, ya que ello excede de la finalidad de nuestro trabajo, y resultando evidente su utilidad económica, como hemos venido describiendo, nos interesa ahora centrar nuestra atención sobre la forma en que la misma se realiza efectivamente en el sistema jurídico, y especialmente los mecanismos que la aseguran. En esta dirección, el llamado realismo jurídico americano ha aportado importantes contribuciones, que pueden arrojar luz sobre la materia de nuestro estudio.

Esta construcción teórica se desarrollará fundamentalmente a partir de las ideas, expuestas a finales del siglo XIX, del juez OLIVER WENDELL HOLMES, que, para el análisis de la fenomenología jurídica y del papel y significado efectivos del derecho, propone la adopción del punto de vista del *bad man*, el presunto o probable incumplidor: el derecho sería, según esa construcción, la predicción por ese ciudadano de la reacción del ordenamiento y las instituciones jurídicas ante su conducta. Se comprende fácilmente cómo, en un sistema jurídico basado en el precedente judicial, en la creación del derecho por los órganos judiciales, resultará fundamental el punto de vista de la reacción de esos órganos judiciales. En un sistema como el de los derechos continentales, donde la primacía de la ley convierte a los órganos judiciales en instrumentos de aplicación de la misma subordinados en su papel al del poder legislativo, este enfoque carecerá, inevitablemente, del mismo predicamento. Sin embargo, no puede el mismo ser ignorado, ya que puede aportar también interesantes perspectivas sobre la efectiva realización del derecho, y especialmente sobre su valor desde el punto de vista económico, que constituye el objeto de nuestro análisis.

Una de las líneas iniciales de desarrollo del enfoque de HOLMES será la propuesta por pensadores como LEWIS y, especialmente, COHEN, que consideran que con un análisis detenido de los repertorios de precedentes judiciales es posible la predicción de las sentencias que se dictarán para cada caso concreto. Ello es debido, sostienen, a que existe una forma de conciencia social, y a su lado una conciencia profesional de los jueces, que dan vida a una convención tácita en torno a los valores jurídicos. Ello hará que los jueces, al dictar sentencia, se ajusten a esos criterios generalmente admitidos, so pena de caer en el descrédito que causaría la frecuente revisión en instancias superiores de sus sentencias. Consecuentemente, aunque el juez que va a dictar sentencia sea un individuo cuyo comportamiento, por individual, pueda en principio parecer difícilmente previsible, el ajuste general a las concepciones y valores jurídicos predominantes hará que, agregadamente, las respuestas judiciales a cada concreta especie de caso sean previsibles con un muy escaso margen de error. No nos interesa entrar ahora a discutir los fundamentos teóricos de ese

planteamiento, que en principio podrían ir en dos líneas fundamentales: por una parte, la dificultad que siempre, ya se parta de un planteamiento conceptual o metafísico, ya se utilice un enfoque sociologista, encierra la definición de esos supuestos valores o conceptos jurídicos a priori. Y por otro lado, no puede olvidarse que en las distintas sociedades, y dentro de una sociedad para los distintos tipos de problemáticas, pueden existir mayores o menores grados de desviación media en las valoraciones judiciales respecto de esa opinión general que afectarán a la precisión de esas previsiones sobre el resultado de las controversias jurídicas.

Sí resulta, en cambio, muy ilustrativa la crítica empírica o fenomenológica que se ha formulado desde otra orilla de esa misma corriente del realismo jurídico, quizás extremada en sus planteamientos pero muy fértil por sus enfoques e ideas: la que ha venido en llamarse realismo psicológico, representada ante todo por JEROME FRANK, de quien debe recordarse que fue abogado litigante, juez y consejero político además de teórico del derecho (es decir, si se nos permite la expresión, cocinero antes que fraile), algo que llena de interés sus planteamientos, por su proximidad con los fenómenos reales. Pues bien, critica FRANK las formulaciones de COHEN, sobre todo, alegando que en ellas se piensa fundamentalmente en los Tribunales Superiores o de Segunda Instancia, que es donde se definen los grandes principios y normas jurídicos capaces de crear un precedente y por tanto de configurar el derecho. Pero la realidad del derecho, dice, dista mucho de ser esa. Sólo en muy raras ocasiones el pleito planteado por un ciudadano, la cuestión controvertida entre las dos partes en el mismo (y cuya resolución presenta algún grado de incertidumbre, pues si fuera absolutamente segura el litigante que supiera que iba a perder se allanaría) es un problema jurídico de fondo, una discusión conceptual sobre la interpretación de alguna norma o institución jurídica. Lo que normalmente discuten los litigantes y se ventila en los pleitos no es la interpretación de las normas, sino el significado de los hechos que dan lugar a la aplicación de una determinada norma. Y en esa etapa se produce un dramático grado de imprevisibilidad (tanto que FRANK, apesadumbrado casi por la difícil previsibilidad del proceso de aplicación del derecho, cita reiteradamente la célebre frase de Learned Hand: *"debo decir que si fuera un litigante temería un pleito por encima de casi todas las demás cosas, con excepción de la enfermedad y la muerte"*). La imprevisibilidad se debe, dice, a un doble factor: el mecanismo de formación de la convicción del juez de primera instancia, y el mecanismo de revisión de las sentencias en tribunales superiores.

En el primero de esos dos niveles, la resolución por el juez de primera instancia, se cita un fenómeno que, si bien seguramente no se da con toda la radicalidad que postulan estos autores, sí resulta, sin embar-

go, real: el juez debe empezar por formarse una idea de los hechos concretos que han sucedido, darles una calificación, y a partir de ese proceso resolver mediante la aplicación a ellos de la norma. Ahora bien, se sigue diciendo, realmente la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos no se basa en conceptos o normas jurídicas, sino sobre todo en apreciaciones propias del juzgador, en sus convicciones personales, que por no ser jurídicas ni siquiera se explicitan en la sentencia, no pueden por tanto ser objeto de revisión en las instancias superiores, ni son objeto de una discusión con todas las garantías durante esa fase probatoria. El juzgador, dicen, resolverá sobre la base de una percepción personal de los hechos que construye a partir de una *gestalt*, una impresión o reacción compleja, indiferenciada y no analizable que en él generan los acontecimientos sucedidos en su presencia durante la fase probatoria. Es más, el propio HOLMES llegó más lejos, al afirmar que las consideraciones verbales realizadas por el juez en su sentencia no suelen corresponder con las verdaderas motivaciones que le han conducido a esa resolución: esas razones permanecen ocultas, los jueces no las revelan por la presión social existente en torno a esas cuestiones. Añade a ello FRANK que las razones últimas, los valores y prejuicios subyacentes suelen ser desconocidas para el propio juez, y por tanto más aún para el tribunal superior.

Por ello, se propone como elemento o mecanismo fundamental para garantizar la eficacia del sistema jurídico, una regulación mucho más precisa de la fase probatoria. Y si ciertamente esos problemas se dan de manera particularmente acentuada en los procedimientos penales, y en la prueba oral y testifical que constituye su base, también se presentan con intensidad no desdeñable en los procedimientos civiles, al interpretar el sentido de las expresiones formuladas por los contratantes e interpretar su voluntad y sus verdaderas intenciones, al valorar la conducta jurídicamente relevante exteriorizada por hechos concluyentes de la persona, al establecer la buena o mala fe de los interesados, y no digamos al determinar el valor de una costumbre o la existencia de vicios del consentimiento, especialmente el dolo. Por ello, concluye FRANK con la insólita afirmación de que lo que importa no es cuáles fueron los hechos reales, sino la creencia que sobre los mismos se forme el juez.

Que todo ello no es una ficción, sino algo enormemente real, lo demuestra la doctrina del Tribunal Constitucional, trasunto de otras afirmaciones de Tribunales de derechos humanos de ámbito supranacional, exigiendo que el juez instructor y el que juzga y resuelve en un procedimiento penal sean personas diferentes para que la tutela judicial efectiva quede salvaguardada. Porque, de ser la misma persona, la sentencia se

verá condicionada por las impresiones y convicciones sobre los hechos que el juez de instancia ha formado al ir recibéndolos, que por ese motivo puede carecer de la objetividad necesaria.

En esa misma línea, debe recordarse la crítica a la teoría de la subsunción que formulara el austriaco WURZEL, en el sentido de que el sistema jurídico, junto a la precisión de sus normas, debe a la vez permitir la extensión, ya que por mucho que se intente formular la norma con la mejor técnica para que no existan dudas sobre su efecto en cada supuesto concreto en que sea de aplicación, siempre surgirán fenómenos nuevos, imprevisibles o simplemente imprevistos en la norma inicial. Consecuentemente, la aplicación del derecho no es una mera subsunción de los hechos acaecidos en las normas dictadas para deducir la consecuencia jurídica aplicable, sino algo mucho más complejo. La norma, dice, es mucho más que un molde conceptual donde encajar los hechos juzgados: es, por el contrario, un hilo conductor, alrededor del cual irán cristalizando los diversos fenómenos más o menos similares, próximos o paralelos respecto de los efectivamente previstos en la norma. El proceso jurídico no consiste, por tanto, en una simple subsunción de hechos concretos en normas abstractas y generales, sino que entre la norma y los hechos existe una zona de transición donde rigen la flexibilidad y la imprevisibilidad. Ello es especialmente patente en el derecho patrimonial, donde las instituciones legalmente configuradas se revelan continuamente insuficientes para satisfacer las necesidades que plantea la práctica, y en consecuencia van surgiendo continuamente nuevas formas contractuales o patrimoniales no previstas por la ley, y sujetas a principios y reglas propios.

El segundo nivel de generación de inseguridad jurídica es el procedimiento de revisión de las sentencias en instancias superiores, debido a que en ellas difícilmente se revisará la prueba admitida por el juez del tribunal inferior. El tribunal superior normalmente se pronunciará sobre la interpretación de las normas, del derecho aplicable al caso, pero muy raramente sobre la calificación de los mismos hechos. Ello se debe a un doble factor: por una parte, a que las convicciones e impresiones profundas que han dado lugar a la formación de la *gestalt* del juez de primera instancia no trascienden, en modo alguno, en el texto y los fundamentos de su sentencia, lo cual hace enormemente difícil que el tribunal superior pueda apreciar la existencia de motivaciones revisables en esa parte de la sentencia. Y en segundo lugar, porque la prueba se ha realizado en mayor o menor medida mediante hechos acaecidos en presencia del juez de primera instancia, de modo que el juez superior difícilmente se sentirá inclinado a dudar de la calificación que de los mismos haya realizado el inferior al no haberlos presenciado directamente.

Todo ello nos conduce a una reflexión sobre el valor de la seguridad jurídica preventiva: aun cuando los planteamientos anteriores puedan parecer extremados, resulta evidente que la principal fuente de inseguridad jurídica se encuentra en el terreno de los hechos (particularmente, en el derecho patrimonial, la valoración de los llamados hechos, actos y negocios jurídicos). Las manifestaciones de voluntad inevitablemente abren vías de inseguridad jurídica, por las dificultades que presentará su calificación. En especial, porque si la traducción de la voluntad o las ideas al lenguaje siempre encierra un grado de imprecisión, ésta se acentúa cuando se trata de verter conceptos jurídicos cuyos exactos perfiles son siempre de difícil conocimiento (incluso en ocasiones para el propio profesional del derecho). De ahí que resulte extraordinariamente útil el recurso a instituciones organizadoras de esas manifestaciones de voluntad.

2. Caracteres y contenido de la autorización del documento público por el notario.

Pasamos ahora a analizar las principales notas caracterizadoras de la actuación notarial, con el fin de destacar con la debida claridad cuáles son los *outputs*, los valores o beneficios jurídicos y económicos generados por el servicio notarial, tanto para los usuarios del mismo en la formalización de un contrato en particular como para la sociedad en general, y especialmente para identificar las cualidades del producto notarial generadoras de esos efectos beneficiosos. Con ello, buscamos fundamentar algunas de las características esenciales de la actuación notarial y del régimen económico de su organización.

1) *Simultaneidad del asesoramiento notarial y unificación de costes.*

Porque, como hemos apuntado ya, la actuación del notario podría haberse configurado con un contenido mínimo, limitado a la autenticación de las firmas, conservación del documento privado en el que se hubiera plasmado el negocio y la expedición de copias del mismo para facilitar su prueba, pero quedando la formación del documento, de su contenido, encomendada a las propias partes en el contrato, que para ello acudirían al asesoramiento de otros profesionales. Ello tendría sin duda la ventaja de que permitiría abaratar enormemente los costes de la actuación notarial, tanto por lo menguado de su contenido como por la innecesariedad de una preparación específica para ello. Pero, a la vez, presentaría numerosos inconvenientes, que no deben olvidarse: por una parte, *al gasto bastante más reducido de la autorización notarial se habría de añadir el coste del asesoramiento de otro profesional para cada una de*

las partes (coste que en la práctica es –cuando se usa– superior al del asesoramiento del notario, fundamentalmente debido a la ausencia de las ventajas derivadas de las economías de escala y de la especialización, además de que la falta de imparcialidad obligaría a la duplicación de la intervención asesora con una nueva duplicación del coste de la misma). Y esa forma de asesoramiento *resultaría bastante menos eficaz*, por diversas razones, como la *carencia de un estándar homogéneo de calidad*, que asegura el servicio notarial tal como actualmente está organizado, y que proporciona a todo contratante, aunque no tenga demasiada información y experiencia en la actividad de contratación, un asesoramiento dotado de una calidad y seguridad mínimas y sin duda suficientes; la *desaparición de la ventaja derivada de la especialización en la actuación asesora e intermediadora* en la formalización de las transacciones que presencia el notario; y la distinta naturaleza que consustancialmente tienen los asesoramientos prestados en interés exclusivo de una de las partes, ya que, como señala MEZQUITA DEL CACHO, en ellos “la ética (...) estriba (muy legítimamente) en la parcialidad, o sea, en la lucha abierta para que su cliente obtenga frente al contrario el máximo posible de ventajas”, con lo cual “*cada contrato se convierte en una justa de competencias y de habilidades entre los abogados de una y otra parte*; torneo en el que alguien saldrá ganando y alguien perdiendo, a tenor de la respectiva capacidad de contratar al Letrado más capaz y (generalmente) más caro” (*Sobre la unificación de la fe pública documental*, p. 21). A ello debe añadirse *el peligro que para la seguridad jurídico-económica de los usuarios del servicio y para el tráfico en general representaría dotar de fehaciencia a un documento carente de un riguroso control sustantivo*, que asegure la correspondencia de la voluntad negocial plasmada en el mismo con la verdaderamente formada por cada una de las partes y su ajuste a la legalidad, como más adelante veremos.

2) *La homogeneidad de los servicios notariales.*

Pues bien, debemos empezar resaltando *la importancia práctica que en la economía actual tiene el establecimiento de ese estándar homogéneo de calidad* en la provisión de asesoramiento y seguridad jurídica en la contratación privada. Porque, sin duda por un aumento de la necesidad e importancia económica de los servicios transaccionales en la vida moderna, asistimos hoy a una notable proliferación de operadores que realizan labores de intermediación y captación de clientela en el mercado inmobiliario, en el de servicios financieros, etc. Pero la situación de desregulación en que se ejercen esas actividades de intermediación comercial permite que con enorme frecuencia esos intermediarios, como

factor catalizador del desarrollo de sus gestiones, asuman actividades de asesoramiento técnico en materias jurídicas o económicas para las que carecen no ya de una titulación o colegiación oficiales, sino de la más elemental formación requerida para prestar ese asesoramiento con las mínimas garantías. Y, lo que es especialmente grave, falta también en esas actividades un sistema de estímulos eficaz para asegurar que el consejo se dará incluso en contra de los intereses del propio intermediario (aconsejando por tanto la no realización de una operación por la que ellos recibirían una comisión, cuando la misma resulte arriesgada o poco beneficiosa para su cliente). La realidad nos muestra por todo ello muy frecuentes casos de asesoramientos o consejos deficientes en esas actividades.

Pues bien, atribuida al notario una función de asesoramiento de las dos partes del contrato, y por tanto equilibradora de ambas, como algo intrínseco e inseparable de la misma función notarial, la imposibilidad en que se encuentra la generalidad de los usuarios, especialmente los contratantes ocasionales, de obtener una información fiable sobre la calidad del asesoramiento que obtendrán de cada notario *hará enormemente importante el mantenimiento del sistema preciso para asegurar que no sólo la preparación del notario, sino especialmente la calidad del servicio prestado por el mismo sean siempre las mismas, o al menos no inferiores a un estándar mínimo*. Cabe recordar que, históricamente, en España la carencia de esa homogeneidad entre los escribanos provocó una notable decadencia y desprestigio de la figura. Recuérdesse, por ejemplo, cómo QUEVEDO, en sus *Sueños y Discursos*, coloca reiteradamente a los escribanos entre las personas menos honradas, y junto a taberneros, dispenseros sisonos, herejes o vírgenes holicadas les hace descender al infierno a sufrir el castigo al que muchos de ellos se hicieran acreedores por sus pecados. Y cuenta cómo al llegar al Juicio Final, “una gran chusma de escribanos andaba huyendo de sus orejas, deseando no llevarlas por no oír lo que esperaban; mas sólo fueron sin ellas los que acá las habían perdido por ladrones, que por descuido no eran todos”. La mayor culpa del mal se encontraba entonces en esa diferencia en la preparación y práctica de los diversos notarios, “facultados todos para el ejercicio de la fe pública, pero con atribuciones más o menos extensas, con moralidad más o menos arraigada, con abnegación más o menos sublime; todos disgustados, todos mal avenidos, todos o la mayor parte cruzando una precaria existencia. De su heterogeneidad dimanaban su desprestigio, su poca influencia moral y la injusta prevención con que la opinión pública y hasta los gobiernos los han mirado hasta hoy” (JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, *Exposición dirigida a las Cortes Constituyentes*, 1855, cit. por TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁINZ MORENO, *El notario, la función*

notarial y las garantías constitucionales, p. 20). Tras ello, a partir de la Ley Orgánica del Notariado de 1862 se logrará esa uniformidad y calidad del servicio notarial que ha sido causa esencial de su utilidad social hasta nuestro tiempo.

En la tercera parte de este estudio analizaremos más detenidamente el valor económico de la homogeneidad de los productos y servicios puestos en el mercado en general, y especialmente de la homogeneidad de los servicios de intermediación (económica o, sobre todo, jurídica) tendentes a reducir los costes de transacción generados por las asimetrías informativas en los mercados en que se da la misma (cfr., *infra*, III.5.3). A ese lugar, por tanto, nos remitimos.

3) *Indagación de la voluntad negocial, autoría del documento y control de su contenido como bases del valor del documento público.*

Análogamente, en la generalidad de los países en los que se ha introducido el sistema del notariado latino (que en Europa son la práctica totalidad de los países pertenecientes a la Comunidad Europea, excluidos Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca) la autorización por el notario tiene un sólido contenido sustantivo, que se proyecta sobre la misma *redacción y confección del documento, el asesoramiento a las partes* (con la indagación por el notario de la verdadera voluntad de los otorgantes, para asegurar la exactitud de su coincidencia y de su reflejo documental), y *el control de legalidad del negocio*, además del control de la capacidad de las partes, y de la manifestación por las mismas de tener *una verdadera y bien definida voluntad negocial*, por manifestar que conocen y entienden bien el contenido del negocio, explicado por el notario. Y todos esos sistemas jurídicos establecen los medios para asegurar la calidad de ese control sustantivo, como mecanismo provisor de su eficacia social.

Como ha señalado, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS, la exigencia de que el documento público sea realmente “*autorizado*” por el notario (es decir, de que el notario sea autor del mismo y no simple conservador y testificador de la autenticidad de las firmas) se debe a que es necesario *un control de la seguridad y rigor sustanciales del negocio documentado para que la fe pública pueda ser un instrumento eficaz en el tráfico jurídico privado*.

Porque, por un lado, se ha señalado que si el documento notarial está dotado de una especial fuerza probatoria, mediante el juego del principio de fe pública notarial, de la presunción de veracidad de las declaraciones en él realizadas por el notario y de realidad del hecho de haberse producido las manifestaciones de los otorgantes en él (aunque esa fe pública

no ampare, obviamente, la sinceridad o la veracidad intrínseca de lo manifestado por los otorgantes), ello no se basa simplemente en el hecho de que el documento sea firmado en presencia del notario y luego conservado por él, sino que *también encuentra su fundamento, de una manera muy especial, en el hecho del control material sobre la propiedad de su contenido y sobre su ajuste a la legalidad*. Es decir, que si el documento puede ser y es aceptado por los tribunales como auténtico, salvo prueba expresa de su falsedad, ello es debido al hecho de que, al lado del control de legalidad que siempre existe, cada una de las declaraciones que en él se hacen por el notario (de identificación de los otorgantes, juicio de su capacidad, lectura del documento a los otorgantes, consentimiento negocial de los mismos, etc.) se hace midiendo exactamente el significado jurídico de los términos en que está redactada la escritura, la cual por tanto será precisa e inteligible, y además porque es seguro el consentimiento de los otorgantes a las estipulaciones negociales contenidas en él al existir una redacción jurídicamente correcta, por su precisión, falta de ambigüedad, y ajuste al ordenamiento jurídico de lo pactado, y haber sido informados los otorgantes sobre el alcance jurídico de todo lo acordado en el documento. Se trata, como ha señalado RODRÍGUEZ-PÍÑERO, de que la forma en que se organiza la fe pública extrajudicial (mediante una institución jurídico pública, o el ejercicio de una función pública, en régimen privado de profesión liberal sometida a rigurosos controles) cumpla “el objetivo de asegurar en lo posible la coincidencia de la certeza real o física y la certeza jurídica que el notario documenta” (*La fe pública como valor constitucional*, p. 19).

A lo anterior hay que añadir un dato aún más trascendente, por hacer referencia a la seguridad de que el negocio producirá sus efectos previstos y deseados no ya cuando se ejerciten las correspondientes acciones judiciales, sino cuando tenga lugar su cumplimiento normal. Porque, en primer lugar, debe tenerse presente un hecho que no siempre es evidente para el observador poco familiarizado con estas realidades: *que la voluntad empírica que las partes creen tener sobre el negocio a formalizar suele estar plagada de defectos*, debido a su deformación por prejuicios y falsos conocimientos jurídicos, a su carácter erróneo por ignorancia de hecho o de derecho, a su carácter incompleto o imprevisor, por sólo estar dirigida a los efectos fundamentales y más inmediatos del negocio, ignorando circunstancias de hecho más remotas y condicionamientos jurídicos, fiscales y económicos que pueden llegar a ser determinantes de la utilidad del negocio para las partes; a su carácter a veces ilegal, por chocar consciente o inconscientemente con normas imperativas; o a su carácter discordante, por el distinto valor que las partes frecuentemente dan a lo que se dice y se omite en el acuerdo inicialmente formalizado entre ambas

(cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escritos Jurídicos, II*, p. 197). Y esas deficiencias de la voluntad negocial de las partes dan inevitablemente lugar a sorpresas, a efectos imprevistos del negocio que, aparte de ocasionar daños que una adecuada previsión hubiera podido evitar, erosionarán con mayor o menor intensidad el beneficio esperado del negocio.

Por el contrario, el hecho de que el negocio plasmado en la escritura sea rigurosamente coincidente con la voluntad de ambas partes, de modo que sus efectos, las obligaciones y cargas derivadas de él, sean exacta y concretamente las conocidas y aceptadas y esperadas por cada uno de los otorgantes, hace que éstos *estén más predispuestos a cumplirlo pacífica y voluntariamente tal como aceptaron y previeron*. No se olvide que en la práctica la inmensa mayoría de los casos de incumplimiento contractual, si excluimos los de imposibilidad del cumplimiento por insolvencia u otras causas, son debidos a discrepancias sobre los efectos del contrato, con la frecuente alegación de que la otra parte no ha cumplido sus obligaciones tal como se pactó y debió hacerlo, o bien de que lo que la otra parte exige es una prestación distinta y más gravosa que la pactada.

Junto a lo anterior, el control sustancial del negocio formalizado mediante la autorización notarial tiene otras ventajas en el conjunto del sistema jurídico: por una parte, debe recordarse que la propiedad de contenido y redacción de la escritura reducirá las posibilidades de dudas sobre los hechos a los que la misma se refiere, sobre el sentido del propio negocio como hecho jurídico. Ello reduce la probabilidad de que el negocio desemboque en un pleito, debido a que se reduce igualmente la probabilidad de desacuerdo entre las partes sobre la interpretación de los hechos, pero sobre todo a que la claridad de los hechos generados con la escritura elimina inseguridades en torno a su eventual interpretación por los tribunales y desincentiva el oportunismo *ex post* de la discusión judicial de la escritura para obtener otra interpretación más favorable de la inicialmente asumida por ambos. Además, esa calidad del contenido de la escritura es también requisito para que la misma pueda producir los debidos efectos en otras esferas, y así se ha señalado que “la eficacia misma de nuestro sistema registral descansa sin duda en gran parte en la calidad de los «inputs» que recibe” (FRAGA, “La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica”, p. 19).

Precisamente por la imperfección de la voluntad empírica precontractual, se ha señalado que dotar a un documento de fe pública, con todos los efectos inherentes a la misma, sin asegurar a las partes y a los terceros un efectivo control sustancial o de su contenido, *constituiría una verdadera trampa tendida a la buena fe de las partes* (que se verían vinculadas por la potente eficacia –tanto desde el punto de vista de la pre-

sunción de validez de su contenido como de su fuerza ejecutiva— de un documento público dotado de un contenido que quizás no resulte acorde con la efectiva voluntad de uno o ambos otorgantes). Y, asimismo, constituiría *un notable peligro para el resto de la colectividad*, ya que la fuerza ejecutiva y presuntiva asociada a la fe pública en un documento que formalice un negocio materialmente viciado (por ser nulo o anulable por vicios de la voluntad, por defectos en la correcta formulación del negocio que impidan su recta interpretación, o por entrar en conflicto con normas imperativas o prohibitivas) puede producir efectos indeseables. Porque por una parte se crea una apariencia de eficacia negocial que inmediatamente producirá efectos tanto en la esfera judicial como en la extrajudicial, los cuales en muchas ocasiones únicamente podrán paralizarse mediante la correspondiente acción judicial. Por otra parte, podrían aparecer terceros adquirentes de buena fe de derechos fundados en esa apariencia, y a los cuales el ordenamiento no podría dejar totalmente desamparados; la ilegalidad conformada mediante el negocio ineficaz podría acabar triunfando (por esa aparición de terceros protegidos, por los avatares de los posibles pleitos a que pudiera dar lugar el negocio ilegal, o bien por la prescripción); el negocio podría producir efectos en fraude de terceros; los negocios formalmente válidos pero afectados por defectos substanciales darían lugar a un notable aumento de la conflictividad, etc. (cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escritos Jurídicos*, II, pp. 190, 191, y análogamente, SOLÍS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, p. 81).

Y debe recordarse que en la actualidad ese control de la legalidad y plenitud de efectos del documento *adquiere una importancia mucho mayor que la que tenía en tiempos pasados*, en los que los negocios formalizados resultaban mucho más simples (basta, para apreciarlo, comparar el contenido y la extensión de las escrituras autorizadas hace treinta o cuarenta años con las actuales), por lo que la actuación del notario consistía principal y casi exclusivamente en el control del ajuste del negocio a las normas de derecho civil y mercantil generales (es decir, a los códigos civil y de comercio y leyes de sociedades, básicamente). Actualmente, por el contrario, a la ya citada necesidad de establecimiento de un estándar de calidad mínima y homogénea en las actividades de intermediación transaccional se añaden numerosos datos de la actual realidad que hacen más inexcusable la actividad garantizadora de la seguridad jurídica y del control de legalidad en las transacciones. Así, se han señalado, como motivos del incremento de la necesidad, el aumento de la conflictividad y la relajación ética en la vida económica moderna (de los cuales la aparición de una severa normativa protectora de los consumidores constituye un claro índice); el incremento de la complejidad que presenta la

aplicación del derecho positivo al negocio concreto a celebrar (por la extensión que ha experimentado la aplicación del derecho internacional, fruto de la generalización de las relaciones económicas transfronterizas, o por la floración legislativa aparentemente imparable que experimentan los derechos especiales o forales en nuestro actual derecho); la necesidad de creación de formas negociales nuevas para responder a nuevas necesidades económicas (con la dificultad de encontrar un equilibrio entre búsqueda de respuestas nuevas a los problemas y el riesgo que la dificultad de su comprensión y de la previsión de sus eventuales desarrollos puede generar); la cada vez más acuciante necesidad de garantizar un equilibrio en la posición negocial de los contratantes (debido a los riesgos generados por la creciente diferencia entre grandes operadores económicos y pequeños consumidores, y por la tendencia al abuso de la posición de predominio a que la necesidad de aumentar la competitividad empuja a esos grandes operadores), etc. (cfr., en tal sentido, MEZQUITA DEL CACHO, *Sobre la unificación de la fe pública documental*, pp. 10 y ss.).

Finalmente, *el notable desarrollo de las regulaciones jurídico-públicas en la vida moderna hace especialmente importante la existencia de mecanismos eficaces para reforzar el cumplimiento de esas normas*. Y el más eficaz de esos mecanismos es sin duda el que, *creando los cauces adecuados para el desarrollo de las actividades de los particulares, asegure que esos cauces discurran dentro de los límites impuestos por esa normativa*: ello será siempre, sin duda, *mucho más efectivo que la represión de las actividades violadoras* de la norma pública mediante su sanción, cuando la transgresión haya tenido lugar, o que persigan desestimar el acto contrario a la norma imperativa o prohibitiva a través de la amenaza de sanción: sobre todo, porque la imposición de formas de actuación diferentes a las hasta el momento practicadas usualmente por la sociedad suele resultar enormemente lenta, dado que la inercia para no cambiar de forma de actuación no se vence fácilmente con una simple norma nueva. Pero en los casos en que el cambio se ha buscado a través del encauzamiento de la actuación de los particulares hacia las formas queridas por el legislador mediante el asesoramiento y la denegación por el notario de otras formas negociales, la aceptación de esas formas de actuación por la sociedad ha sido mucho más rápida, cuando no casi instantánea. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de nuevos mecanismos de información al consumidor en materia de préstamos hipotecarios, en el uso de formas más eficaces de control de la libertad de cargas de la finca, o en la constancia de los datos catastrales identificativos de la finca en escrituras e inscripciones. Y debe recordarse también el importante papel catalizador de las adaptaciones estatutarias a las reformas legislativas en materia de sociedades, desempeñado simultáneamente por

los notarios y los registradores mercantiles, haciendo que en pocos años la práctica totalidad de las sociedades en funcionamiento se haya adaptado al nuevo régimen vigente (cosa que, en modo alguno, ha ocurrido con otras entidades que carecen de un contacto y un control tan permanente por el notario, como asociaciones, fundaciones, SAT, etc.). Por ello, ha observado CUENCA ANAYA *la utilidad que la función del Notariado puede presentar para la aplicación de políticas sectoriales concretas (Función notarial y defensa de los consumidores, p. 32).*

4) *El carácter notarial de la actuación previa al otorgamiento.*

Ello exige que la función notarial, la prestación de su servicio por el notario, *no empiece en la práctica con el acto del otorgamiento del documento, ni siquiera con la previa redacción del mismo, sino que ha de tener un prius lógico e ineludible, que consiste en la depuración de la voluntad de las partes.* Porque éstas son portadoras de una voluntad empírica que, como hemos visto, frecuentemente está dirigida exclusivamente a los fines prácticos que con el negocio se persiguen, sin una concreción adecuada sobre la previsión de las circunstancias de hecho que se presentarán durante la ejecución del negocio, ni sobre los pormenores jurídicos que han de ser tenidos en cuenta, para asegurar que los efectos de la celebración del negocio sean finalmente los previstos. Se afirma, por ello, que el notario no recibe el negocio que las partes se proponen realizar para darle forma jurídica en la escritura, sino que realiza una actuación de mucha más hondura, recibiendo la misma voluntad empírica de los otorgantes, para, dentro del máximo respeto de esa voluntad y de los fines concretos de los otorgantes (sin entrar por tanto a juzgar si esos fines en sí mismos considerados son razonables o rentables para ellos), depurar dicha voluntad, indagarla para conocer y aclarar qué es exactamente lo que las partes pretenden conseguir, e incluso ayudarles a corregirla cuando haya una discrepancia entre la finalidad concreta de los otorgantes y los efectos que efectivamente generará el negocio (cfr., en tal sentido, además del ya citado RODRÍGUEZ ADRADOS, RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La fe pública como valor constitucional*, p. 28). Así, en el sistema notarial español se establece por un parte que el notario redactará el instrumento público con la debida claridad y precisión, conforme a la voluntad común de los otorgantes, que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, informándoles del valor y alcance de la redacción dada al instrumento y de las cláusulas propuestas por la otra parte, prestando especial asistencia al otorgante necesitado de ella, todo ello sin mengua de su imparcialidad (arts. 147 y 148 del Reglamento Notarial).

Se dice, por ello, que el notario realiza inicialmente una traducción jurídica inversa, cuando intenta aclarar el contenido real de las afirmaciones de las partes, despojándolas del ropaje jurídico y de las posibles deformaciones derivadas de los prejuicios y concepciones jurídicas erróneas que frecuentemente las oscurecen y deforman. Y una vez hecha esa traducción inversa debe procederse a la traducción jurídica propiamente dicha de la voluntad de los otorgantes, ya depurada y aclarada, para plasmarla en el negocio concreto a formalizar. Pues bien, tan esencial es esa actuación previa de asesoramiento y depuración de la voluntad que *no sólo es impensable la autorización de cualquier escritura sin su previa realización* (y veremos que eso ocurre incluso en los casos de contratación en masa o basada en condiciones generales, por más que la intensidad de la actuación asesora resulte en parte menguada como consecuencia de la celeridad que suele darse a la formalización del negocio por los propios otorgantes), sino que *incluso existe actuación notarial propiamente dicha en todos los casos en que la previa consulta de los otorgantes no desemboca en el efectivo otorgamiento de una escritura*, ya sea por la denegación de funciones derivada de la ilegalidad del negocio propuesto o por el desistimiento de los propios otorgantes, ante el asesoramiento notarial y la revelación de las dificultades o efectos indeseados del negocio.

5) *La relación funcional entre asesoramiento a los otorgantes y control de legalidad.*

La actuación asesora previa tendrá, por todo lo dicho, una doble virtualidad: por una parte, *es la vía para superar el dilema que en otro caso se produciría entre seguridad y justicia* (en el sentido de que la seguridad consistiría en el mantenimiento de los efectos que normalmente cabe esperar del negocio, incluso si los mismos son injustos, fundamentalmente —en el caso del otorgamiento de un contrato— por no haber sido realmente previstos, queridos y acordados por los otorgantes). Porque la ayuda a la formación e información de esa voluntad contractual y su formulación escrita con el rigor y la precisión debidos evitarán toda discordancia entre el negocio oficial y externamente formalizado y el querido y pactado por los otorgantes. Por ello, la eficacia del control interno del negocio documentado será un factor esencial para la realización del principio constitucional de seguridad jurídica, como en seguida analizamos.

Y por otra parte, se ha señalado que ese asesoramiento y orientación de la voluntad misma de los otorgantes *es condición para la mayor eficacia del control de legalidad por el notario*, en la medida en que el conocimiento correcto y a fondo de lo que las partes pretenden permitirá

apreciar la existencia de posibles ilegalidades negociales, consciente o inconscientemente admitidas. Cabe incluso añadir algo más: la indagación de la voluntad y el deber de situar el negocio autorizado dentro de los límites legales conlleva no sólo ni principalmente una actuación notarial limitadora de las pretensiones antijurídicas, sino también y ante todo *una actuación tendente al encauzamiento de esa voluntad dentro de las vías posibles*: es decir, a buscar medios o cauces para *el diseño del negocio y de los efectos del mismo dentro de los límites legales*. Pues bien, esa actuación encauzadora, de búsqueda y diseño de soluciones admisibles, supone un muy considerable refuerzo de la eficacia del control de legalidad, por cuanto elimina incluso el interés en la realización de actos ilegales, ofreciendo otras alternativas más útiles.

6) *La actuación notarial en la contratación en masa.*

Como ya hemos apuntado más arriba, la actividad asesora, de adecuación de la voluntad de los otorgantes y de control de legalidad, se da no sólo en los contratos celebrados aisladamente, sino *también en los cada día más numerosos casos de contratación en masa, frecuentemente con el otorgamiento de escrituras redactadas según minuta formulada por una de las partes con arreglo a sus condiciones generales de la contratación*. Porque si es cierto que en todos estos casos la celeridad impuesta a la preparación y autorización de la escritura, y la negativa de la parte más fuerte a admitir modificaciones en las condiciones que impone, dejan un margen notablemente más reducido para el asesoramiento y la configuración del negocio por el notario, éstas en la práctica no desaparecen, ni pueden desaparecer. Por el contrario, aunque su espacio de maniobra sea menor, su importancia es realmente mayor, debido al desequilibrio existente entre los contratantes. Porque, como ha señalado CUENCA ANAYA, si esos contratos se formalizan en masa por el operador fuerte, no ocurre así, en absoluto, para el consumidor o contratante ocasional, que posiblemente esté realizando el acto más importante de su vida.

En primer lugar, cabe recordar que *la propia normativa positiva obliga a desplegar la actuación asesora también en estos casos*: tras imponer al notario, autor del documento, la indagación y adecuación de la voluntad común de los otorgantes, el artículo 147 del Reglamento Notarial ordena que ello se haga “incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta (...)”, y que “sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”, debiendo consignarse en el texto de la escritura “que

aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”, lo cual tendrá el efecto de facilitar la aplicación de la norma *interpretatio contra proferentem* del artículo 1.288 del CC.

En segundo lugar, si la escritura debe contener un negocio celebrado entre dos otorgantes, es imprescindible que el notario averigüe si la redacción conforme a la minuta presentada responde a ese terreno de coincidencia, *si hay un verdadero acuerdo de voluntades*. Y además, visto el desequilibrio existente entre los dos, *la información a la parte más débil*, en evitación de manipulaciones más o menos dolosas de su voluntad y para aclarar que su verdadera voluntad es la que aparece reflejada en el documento redactado se hace especialmente importante. Por ello, la normativa reguladora de la contratación en masa va estableciendo diversos mecanismos de protección al consumidor cuyo principal objetivo es asegurar e incrementar la consciencia de los otorgantes sobre lo pactado. Así, cabe citar la regulación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la contratación de préstamos hipotecarios (con la oferta vinculante, la separación de cláusulas financieras y no financieras, la información y advertencia por el notario sobre cuestiones concretas como las relativas a la coincidencia de la escritura con la oferta vinculante, al tipo de interés aplicable tras sus revisiones, la posibilidad del otorgante de examinar previamente y durante tres días en la notaría la escritura confeccionada, etc.).

Tampoco debe olvidarse la sólida configuración que la normativa aplicable da al *derecho de elección del notario*, por más que su virtualidad práctica sea excesivamente reducida, debido a la presión de los operadores habituales en el mercado, y a la frecuente dejación de sus derechos que suele hacer el contratante débil, generalmente por ignorancia sobre la solidez de ese derecho. Cabe, así, citar cómo el Reglamento Notarial, en su artículo 142, no sólo obliga a los notarios a cuidar que se respete el derecho de libre elección del notario y a abstenerse de facilitar toda práctica que lo pueda cercenar, sino que además concede expresamente ese derecho al adquirente en las transmisiones de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación. Y para reforzarlo, el RD de 21 de abril de 1989 “de protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas” dice que al documentar un contrato entre el productor y un consumidor, debe hacerse constar explícitamente “El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor”. La norma se remacha recientemente, en materia de préstamos hipotecarios, con el artículo 40 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, que no se olvide tiene por objeto la adopción

de unas “Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios”.

En este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS apunta cómo en todos estos casos de contratos en masa o con base en condiciones generales de la contratación el asesoramiento y control notarial del fondo de la escritura sigue existiendo (cfr., *Escritos Jurídicos*, II, pp. 200 y ss. y 290 y s.). Porque, por una parte, hay que indagar esa voluntad común de los otorgantes, de modo que si el documento no recoge la voluntad común de ambos, sino únicamente la propia del redactor de la minuta, debe denegar su intervención (aunque más bien lo que ocurrirá es que de existir esa discrepancia entre el contenido de la minuta presentada y la voluntad de la otra parte, la revelación de la existencia de la discrepancia durante esta primera fase de la actuación notarial haga que ese otorgante se niegue a firmar el contrato, sin necesidad de denegación notarial de funciones). Además, la dificultad de comprensión que habitualmente presentan esas cláusulas predispuestas hace especialmente necesario otro de los aspectos de la función asesora previa, como es la información al contratante del valor de las cláusulas propuestas por el otro. Igualmente, deberá el notario hacer constar el origen de las cláusulas predispuestas para facilitar la interpretación *contra proferentem*, como hemos indicado, aparte de denegar la autorización cuando esas cláusulas resulten ser patentemente ilegales. Señala también este autor que ese contenido de la actuación notarial tiene como principal efecto la eliminación de algunas de las principales fuentes de problemas y abusos en la contratación basada en condiciones generales, como letras pequeñas totalmente ignoradas, remisiones a otros documentos sobre cuyo contenido no se da al otorgante la pertinente información, firmas en blanco, etc. Con ello, se logra que la protección de esos contratantes empiece a ser efectiva, al no quedar relegada a la esfera judicial o administrativa, siendo por el contrario realizada por mecanismos preventivos, mucho más eficaces. Claro que la eficacia del mecanismo depende de que se garantice una independencia efectiva de los notarios frente a poderes fácticos interesados en beneficiarse de las disfunciones negociales surgidas en la contratación en masa. Y señala, citando la opinión análoga de VALLET, como principal mecanismo para conseguirlo, la vigilancia de los Colegios Notariales, para determinar corporativamente la corrección o incorrección de las diferentes cláusulas, a través fundamentalmente de sus Academias o Comisiones de Cultura. Apreciación ésta última que quizás peque de cierta benevolente ingenuidad, ya que la presión ejercida exigirá probablemente mecanismos más poderosos de control y prevención de esos conflictos, como veremos más adelante, entre los cuales seguramente el más eficaz sea, insistimos, la efectividad de la libre elección del notario por el consumidor.

7) *La necesidad social de la asistencia a los otorgantes.*

Claro que contra todo lo anterior, cabría argumentar que en numerosos casos las partes, bien asesoradas y dotadas de una formación y experiencia prácticas mayores, tienen ya antes de ir al notario una voluntad más y mejor formada, ante la cual el asesoramiento notarial tiene menos importancia e incluso podría llegar a ser prescindible. Pero esa objeción adolece de la importante distorsión motivada por el punto de vista *descentrado* desde el que se formula (y que es el más habitual entre los analistas que, en el seno de una clase profesional urbana y cualificada, formulan sus observaciones): del observador en continuo contacto en esa clase, ese grupo, de personas bien informadas. Porque consciente o inconscientemente *ignora el hecho de que la inmensa mayoría de los usuarios del servicio notarial son personas sujetas, por su desinformación (y muy especialmente ante el creciente desequilibrio que se presenta en la moderna contratación), a los intensos peligros que se derivarían de esa formalización negocial mal asesorada.* Y no puede argumentarse que entonces la solución más rentable sería permitir a quienes se consideren suficientemente informados prescindir del asesoramiento notarial, optando por formas más ligeras, y por tanto más baratas, de otorgamiento del documento. Porque la apertura de la puerta de esa posibilidad eliminaría la ventaja que para la seguridad del contratante se deriva de la homogeneidad de la calidad del asesoramiento y el servicio notarial, ya que permitiría la aparición de terceros prestadores de ese servicio fuera de todo control y sin que el contratante tuviera medios o recursos para valorar la calidad de ese asesoramiento, y la relación entre su calidad, su coste, y su valor medido en términos de reducción de riesgos en el contrato a celebrar. A todo ello nos referiremos en la tercera parte de la obra.

8) *Valor de los servicios notariales para el fortalecimiento de los valores y derechos constitucionales.*

Todo ello explica que sean numerosos los autores que afirman el valor que como operador social y jurídico tiene la institución notarial *para la defensa de diversos valores constitucionales.* Cabe, en este sentido, citar fundamentalmente a TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁINZ MORENO (*El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*), MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO (*La fe pública como valor constitucional*), RODRÍGUEZ ADRADOS (*La función notarial y los principios y valores constitucionales*), etc. Viene a señalarse por todos estos autores algo tan evidente como que la eficaz organización de un mecanismo generador de fe pública es factor esencial para el logro de una efectiva seguridad jurídica, proclamada como

valor constitucional por el artículo 9.3 de nuestra Constitución, si bien se añade la afirmación de su adicional utilidad para la promoción de otros principios y valores constitucionales conexos, como veremos.

Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO (*La fe pública como valor constitucional*, pp. 20 y ss.), la seguridad jurídica se configura, más que por criterios lógicos referentes a la estructura formal de las normas o situaciones de hecho inherentes al ordenamiento jurídico, desde una dimensión axiológica, al implicar opciones éticas y valoraciones de justicia. Ello exige que *el ordenamiento disponga instrumentos e instituciones que aseguren la realidad de unas características mínimas del sistema de aplicación del derecho*: la posibilidad de que cualquier persona sujeta a las normas tenga certidumbre sobre el sistema de fuentes aplicable, sobre el sentido de la norma y la interpretación que de la misma cabe esperar, y sobre todo la garantía del cumplimiento de la norma frente a todos los sujetos a la misma y por todos los operadores encargados de su ejecución, para lo cual serán precisos no sólo medios jurisdiccionales o de solución de conflictos, sino también especialmente los cautelares o de prevención de esos conflictos, entre los cuales la función notarial juega un papel relevante. Además, sigue diciendo, la función notarial desempeña un importante papel en la promoción de la justicia (cfr., art. 1 CE), tanto porque la contribución a la aplicación correcta y esperable de la ley es un poderoso instrumento para ello, como *por su virtualidad equilibradora y tendente al logro de una efectiva composición de intereses que, entre otras cosas, por su justo equilibrio, resultará preventiva de futuros conflictos*. Y por último señala que la actuación del notario como fedatario constituye un poderoso complemento y apoyo de la actuación judicial, ya que al facilitar en los casos de conflicto la búsqueda de una solución jurídica previsible y justa coadyuva a las mismas finalidades de aquélla, y por ello contribuye también poderosamente (desde una perspectiva material) a la realización efectiva de la tutela judicial proclamada por el artículo 24 CE. En esta misma dirección, señalan TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁINZ MORENO que la evidente contribución notarial a la seguridad jurídica se debe no tanto a su colaboración en la preconstitución de pruebas como *a su eficacia antilitigiosa* (*El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, pp. 152 y ss.). Añadamos a lo anterior que si, como hemos señalado, la imprevisibilidad de la aplicación futura del derecho se debe en gran medida a la dificultad para prever la interpretación que se dará a los hechos, la redacción del documento con su control sustancial o de fondo y control simultáneo e imparcial de la voluntad de los dos otorgantes reducirá enormemente el riesgo de dificultades interpretativas y por tanto de inseguridad jurídica.

Desde esa misma perspectiva axiológica, el concepto de seguridad jurídica se pone modernamente en relación con otro, *el de seguridad sustancial o seguridad económica*, el cual realmente vendría a ser la otra cara de una misma realidad (cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, *Estudios Jurídicos*, II, pp. 165 y 167). Porque realmente no basta la certeza sobre el resultado que tendrá la aplicación del derecho, sino que es también necesaria *la confianza en el resultado concreto que se alcanzará mediante el acto o negocio jurídico a formalizar*. Se trata, en otras palabras, de la certidumbre sobre la suficiencia de los efectos del negocio para *satisfacer los fines o necesidades de los otorgantes*, e incluso la seguridad de que el incumplimiento imputable al otro o a terceros podrá ser reparado mediante la correspondiente acción de cumplimiento forzoso, o en su defecto de responsabilidad.

Se puede argumentar frente a lo anterior que esto no es realmente una cuestión de seguridad jurídica, sino más bien de capacidad o habilidad para la negociación, o para cerrar las operaciones de forma beneficiosa para uno. Pero, existiendo un cierto punto de verdad en lo anterior, no debe olvidarse que el mantenimiento de un sistema garantizador de un mayor grado de seguridad o certidumbre económica para ambas partes tiene pleno sentido desde el punto de vista de otros valores y principios constitucionales: en primer lugar porque así se posibilita que *la igualdad entre los ciudadanos sea también efectiva en el campo de la contratación privada* (recuérdese, en este sentido, que la igualdad que la Constitución postula no es la meramente formal de un sistema que permite la libre interacción entre los ciudadanos sin interferir en ella, sino que además exige el establecimiento de mecanismos que tiendan a hacer efectiva esa igualdad, evitando los excesos que la puedan limitar o impedir: cfr. arts. 39 y ss. CE, especialmente el art. 40, y la normativa sobre protección de consumidores, comenzando por el propio art. 50 CE). En segundo lugar, porque esos medios promotores de la seguridad económica potencian enormemente la utilidad y el valor de la seguridad jurídica brindada por el sistema, así como la eficacia de la promoción de otros derechos y valores constitucionales. Y por último, aumentan notablemente la eficiencia en términos económicos del espacio jurídico-económico creado por el Estado y sus normas.

De este modo, por su papel facilitador de las transacciones y de su seguridad, la actuación notarial coadyuva eficazmente al efectivo *desarrollo de aquellos derechos constitucionales* (como el derecho a la vivienda o a la suficiencia económica durante la tercera edad, la protección de la familia y la distribución equitativa de la renta personal) incluidos entre los principios rectores de la política social y económica que, si tienen un contenido material concreto, no dan lugar a auténticos derechos subjeti-

vos ni confieren facultades directamente ejercitables por el particular, sino que constituyen un mandato dirigido al legislador y a los poderes públicos para que mediante su gestión propicien *las condiciones capaces de posibilitar el efectivo disfrute del contenido de esos derechos*. Y en este sentido, cabe añadir que si el respeto del contenido de todos esos derechos constitucionales debe verificarse no sólo en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, *sino igualmente en las relaciones horizontales, entre el ciudadano y otras personas o entidades privadas*, como especialmente grandes empresas o poderes económicos (cfr., al respecto, la STC 129/89, caso Jiménez Álvarez c. Servicio Andaluz de Salud), en este ámbito los poderes públicos no quedan al margen de la problemática del respeto de esos derechos, sino que deben garantizar su efectividad a través de los cauces pertinentes, como la acción legislativa y la protección judicial (cfr. PÉREZ TREMP, en LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho constitucional*, I, p. 117). Pues bien, la organización de un servicio notarial como medio garantizador por vía preventiva de ese respeto resultará especialmente adecuada para ello.

Y junto a ello debemos añadir la eficacia de la función notarial para la garantía de otros valores y derechos que afectan a la esfera puramente personal, como el derecho a la libertad, la igualdad y la intimidad, o incluso la protección de los menores y de la familia. De esta última cabe citar numerosas manifestaciones, como la colaboración a la más correcta organización futura de su situación patrimonial a través de la redacción del testamento, la eficacia del control de legalidad en supuestos como la limitación a la facultad dispositiva del cónyuge propietario sobre la vivienda familiar, la organización de las relaciones entre cónyuges o simples convivientes a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, convenios reguladores de la convivencia o de la separación, etc. En la misma línea, ha señalado RODRÍGUEZ ADRADOS (*Estudios Jurídicos*, II, p. 170) que las libertades civiles encuentran en el instrumento público su más adecuado medio de actuación, sobre todo, en la medida en que contribuye poderosamente a encontrar formas de regular conflictos o situaciones potencialmente conflictivas, encontrando cauces seguros para su regulación, siempre dentro de los límites legalmente permitidos. (Recuérdese en ese sentido la utilidad de figuras alegales surgidas en el despacho notarial, para buscar soluciones eficaces a los conflictos existentes, en situaciones como el acuerdo previo para la separación, los convenios reguladores de las uniones de hecho, etc.).

También TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁINZ MORENO han señalado la contribución del notariado a la promoción de otros derechos constitucionales, como *la libertad y la intimidad*, a través de la relación de confianza que habitual o muy frecuentemente se crea con los clientes,

que posibilita que éstos puedan confiarle hechos o situaciones que difícilmente se comunicarían a otros, y cuya comunicación al notario se hace precisa para alcanzar fines negociales concretos (*El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, pp. 153 y s.).

También desde el campo notarial se ha destacado con frecuencia el hecho de que la actuación del notario, al facilitar al ciudadano la elección consciente y responsable del modo en que organizará sus relaciones jurídicas, constituye un poderoso factor para la promoción de la libertad de los ciudadanos, ya que contribuirá a facilitarles la opción entre las diversas posibilidades disponibles, evitando que queden los mismos convertidos en una muchedumbre de individuos impulsados todos hacia las mismas opciones por la fuerza del Estado, o por el poder de las fuerzas prepotentes en el mercado (VALLET, “Retos actuales al notariado”, p. 476; OTERO PEÓN, “En torno al notario y la función notarial”, p. 443).

Para concluir, conviene insistir en que la importante actuación equilibradora que se da, especialmente durante la fase de consejo notarial a los interesados, con el cuidado de prestar especial asesoramiento, información y consejo al otorgante más necesitado de ello, constituye un poderoso factor corrector del desequilibrio en que suele plantearse la contratación, y por tanto un elemento de notable utilidad para promover la *efectividad de la igualdad entre los ciudadanos*.

3. La configuración institucional del notario.

Una vez descrito el contenido que presenta el ejercicio de la función notarial, con el control formal de la autenticidad del documento y sus firmas por un lado, y el control sustantivo o del fondo del mismo por el otro, debemos precisar cuáles sean las notas características del notariado que aseguren que esa forma de actuación se desarrolle correcta y eficazmente. Y podemos adelantar que se requieren ante todo dos notas, próximamente relacionadas entre sí: por una parte, el doble carácter de funcionario y profesional que tiene el notario en su actual configuración, y por otra la necesidad de imparcialidad e independencia del mismo en su actuación.

1) *La inescindibilidad de las notas funcionarial y profesional del notario.*

El doble e inescindible carácter de funcionario y profesional que tiene el notario ha sido postulado por la doctrina de forma generalizada, como nota esencial a la función. Señalan así TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁINZ MORENO (*El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, pp. 63, 85, 157) que en la actuación del notario

coexisten siempre e inseparablemente una función pública y otra privada. No es que el notario unas veces desempeñe la función pública y otras la privada, sino que *en cada actuación* que realice como notario ambas están presentes, ya que por una parte da fe, con eficacia probatoria frente a todos, especialmente frente a la Administración y los organismos judiciales, del pertinente contenido de la escritura, desempeñando por tanto una función pública que sólo el Estado puede reconocer y atribuir; y por otra, lo hace desarrollando una actuación propiamente profesional, que realiza sin mediación jerárquica alguna y con plena independencia funcional, asesorando técnicamente a los otorgantes.

Con mayor insistencia aún describe RODRÍGUEZ ADRADOS esa esencial coexistencia de ambas funciones, pública y privada, en la actuación del notario, como hemos ido viendo, afirmando la inconveniencia de una fe pública que careciera de todo control sustancial sobre la eficacia interna del documento, tanto por su adecuación a las normas imperativas como por la validez y eficacia intrínsecas de las declaraciones de voluntad conformadoras de un negocio jurídico que en él se recogen.

2) *La inescindibilidad en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea.*

Por otra parte, esa doble característica del notario, como funcionario u oficial público y profesional del derecho, se aprecia con gran claridad si analizamos el tratamiento de la figura en el ámbito de la Comunidad Europea. Porque *la inseparabilidad es un dato común al resto de los notariados de tipo latino existentes en Europa*, hasta el punto de que se ha producido una verdadera consagración de ese carácter en la normativa europea, fruto unas veces de la pretensión de los distintos países de mantener el control de la regulación de la institución notarial que les permita conservar sus características histórico-sociales, y de su celo por conservar intacta una atribución que consideran que corresponde en exclusiva al Estado, como es la fe pública, con su descrito alcance y eficacia, y fruto otras veces del esfuerzo de armonizar una configuración de la organización notarial que, conservando todas aquellas notas propias que motivan su utilidad, a la vez permita potenciar la efectividad del mercado único.

Así, debe recordarse en primer lugar cómo el Tratado de Roma de 1955 exceptúa de la libertad de establecimiento a aquellas actividades que “estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”, excepción que no sólo incluye a los notarios, sino que se dictó precisamente pensando en los notarios, aunque recibiendo una formulación genérica para posibilitar su extensión a otras profesiones (cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, “De nuevo sobre la inescindibilidad

notarial”, p. 164). Ciertamente es que la Sentencia del TJCE de 21 de enero de 1974, en el caso *Reyners*, da una interpretación estricta de esta norma, excluyendo su aplicación al ejercicio de la abogacía, sobre la base de la separabilidad de funciones o actuaciones, afirmando que la mayor parte de las actividades propias de un abogado (consulta y defensa de las partes) son estrictamente profesionales, de modo que sólo participarán del ejercicio del poder público actividades ocasionales y separables de las demás, como la ocasional designación para completar un Tribunal, que por esa separabilidad no puede justificar la aplicación de la anterior excepción.

Pero este criterio no puede aplicarse al notario, ya que si en ocasiones puede el mismo realizar una actuación de asesoramiento jurídico aislada de toda autorización de documentos efectiva o potencial (y para la realización de una o varias de esas actuaciones puramente asesoras no hay duda de que sería admisible la actuación dentro de un Estado de un notario perteneciente a otro Estado), ello es realmente ajeno o al menos marginal a la verdadera naturaleza de la función notarial, con su carácter dual. *Porque no es que el notario en ocasiones actúe como funcionario, y en otras como profesional, con lo cual sí cabría la escisión de ambos tipos de actuaciones* y consecuentemente el establecimiento en un Estado miembro de un notario perteneciente a otro Estado para realizar sólo la parte de actividad notarial que es puramente profesional. El doble carácter es, por el contrario, *una nota intrínseca y sustancial de toda actuación notarial*; ambas facetas coexisten inseparablemente en cada actuación del notario, en cada autorización de una escritura o en cada intento finalmente frustrado de autorizarla. Ello justifica la aplicabilidad de la norma del artículo 55 TCEE.

A lo anterior, y en la otra vertiente de la cuestión, hay que añadir la conocida Sentencia del TJCE de 26 de marzo de 1987, que, fundada en la naturaleza propia del notariado latino, declara sujetas a IVA las prestaciones de servicios de los notarios (en el caso concreto, los holandeses). Argumenta que *la profesionalidad de los notarios aparece continuamente en la regulación y organización de la figura*, puesto que ejercen sus actividades a título independiente, por cuenta propia, bajo su personal responsabilidad, y sin supervisión o dirección de ente alguno de la Administración pública, aunque tengan con ella cierta relación de dependencia orgánica y no funcional.

Por último, la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 1994 afirma que la profesión del notario se caracteriza en los distintos Estados miembros por elementos prácticamente comunes, al darse, según literalmente dice la Resolución, *“una delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y las pruebas; y actividad independiente que se ejerce en el marco*

de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal, pero sometida al control del Estado en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma". Y sigue diciendo que la función notarial, así configurada, es "garante de la equidad contractual, de la seguridad jurídica y del asesoramiento imparcial".

Y debe finalmente recordarse que las distintas sesiones y congresos internacionales de los países integrados en el llamado *notariado latino* suelen enfatizar ese carácter dual, a la vez profesional y funcionario, del notario (así, las conclusiones del primer Congreso Internacional del Notariado Latino, en Buenos Aires, 1948, o la Declaración de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Unión Europea, de 1990, entre otros).

Por ello, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y FERNANDO SÁJNZ MORENO, tras describir la relación de dependencia que existe entre la efectividad del control notarial, con su corolario de seguridad jurídica y económica de un lado, y la imparcialidad e independencia de otro, señalan que si las reformas que irá precisando la institución notarial para adaptarse a la evolución de los tiempos deben organizarse dentro de la senda de los principios y objetivos constitucionales, ello ha de hacerse manteniendo y potenciando la contribución de la institución a la seguridad jurídica, la libertad y la intimidad. Algo que sólo será posible si la actuación notarial *no se limita al control de los requisitos formales para la eficacia de su actuación documentadora, sino que es preciso un examen de las condiciones de todo tipo —materiales, jurídicas y personales— de las que dependerá la eficacia real de los actos formalizados*. Y ello sólo se consigue, siguen diciendo, si se asegura la imparcialidad e independencia del notario en el ejercicio de su función, *evitando tanto la aproximación hacia el modelo del funcionariado público como hacia el de la abogacía que impediría la imparcialidad e independencia frente a los clientes*. (Cfr. *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, pp. 171-173).

Una prueba de la realidad del aspecto funcional en toda actuación notarial, de su configuración como una actuación necesariamente imparcial y organizada con caracteres y notas de servicio público, se encuentra en el artículo 145 del Reglamento Notarial cuando dice que cuando el notario fuera requerido para ello, la autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el mismo; pero la autorización deberá ser denegada cuando el acto o contrato en todo o en parte sea contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres, o no reúna los requisitos necesarios para su plena validez. Y junto a ello, hay otras muchas disposiciones del propio Reglamento Notarial revela-

doras de la naturaleza funcionarial y proyectada sobre intereses públicos de la actuación notarial: especialmente, el “carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial” (art. 60), el carácter de “oficina pública” que se da a su despacho (art. 71), la posibilidad del notario de obtener el auxilio de las autoridades y sus delegados o dependientes cuando lo solicitare en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo (art. 60), e incluso la especialísima figura del acta notarial para hacer constar la producción de hechos que puedan impedir o dificultar el ejercicio de la función notarial, siendo constitutivos de delitos o faltas (art. 61).

3) *Imparcialidad e independencia del notario y contenido del asesoramiento notarial.*

El correcto desempeño de esa función con el equilibrio entre sus facetas pública y privada, con el simultáneo control de legalidad y la realización de forma efectiva de un asesoramiento a ambas partes para la mayor profundidad del control sustancial del negocio formalizado, presuponen y exigen otra nota esencial en la actuación del notario: *su imparcialidad o independencia*. No se trata simplemente de su independencia funcional, en el sentido de que ejerzan la función sin dependencia jerárquica alguna respecto de instancias administrativas superiores, sino de algo de más calado, y más difícil preservación: se trata de su rigurosa imparcialidad e independencia frente a ambas partes contratantes, en vista de sus respectivos intereses y de las presiones que a favor de los mismos suelen presentarse en la negociación.

¿En qué consiste, cómo debe manifestarse, esa imparcialidad? Se ha señalado en numerosas ocasiones que se trata de una forma especial, particularmente intensa por su contenido, de imparcialidad. No se trata de la independencia puramente formal, pasiva, del juez, cuando tiene que decidir en relación con un conflicto jurídico planteado por dos personas, sino *de una imparcialidad activa, que exigirá una positiva conducta indagatoria para ayudar a las partes a alcanzar un equilibrio contractual que satisfaga adecuadamente los intereses materiales concretos de ambas*. Es necesario que el notario llegue a conocer con la debida precisión cuáles son los intereses y finalidades de cada una de las partes, qué esperan conseguir con el negocio formalizado y qué consecuencias esperan eludir. Porque, si el contrato fuera concluido sin esa simultánea satisfacción de intereses de ambos, si el negocio erigido no respondiera a lo que uno y otro pretenden, no puede decirse que haya un verdadero acuerdo de voluntades que deba dar lugar al nacimiento de un contrato. Y esa matización y búsqueda de coincidencia de intereses debe darse no sólo

en los términos puramente jurídicos del acuerdo, sino también con frecuencia en sus efectos materiales concretos.

Porque parece evidente que la valoración sobre si realmente es rentable, provechosa o conveniente la formalización de un determinado contrato corresponde a las partes, sin que el notario pueda ni deba influir en su valoración sobre esa utilidad en sí misma. Pero el notario sí está obligado a hacer todo lo posible para que las partes, al consentir el negocio, *lo hagan con elementos de juicio suficientes para poder valorar adecuadamente, desde su propio punto de vista, la utilidad que van a recibir del negocio, en función de sus efectos seguros o posibles, y de la probabilidad de éstos*. Ello exige que las partes por un lado puedan conocer y apreciar adecuadamente la totalidad de *los efectos jurídicos del contrato*, tanto por tener una información clara sobre el significado de cada una de sus cláusulas, como por tenerla sobre cada uno de los efectos o consecuencias que normalmente deberá tener el contrato, desde el punto de vista fiscal y jurídico (por la naturaleza y el alcance de cada uno de sus efectos: formas de exigibilidad de cumplimiento de las obligaciones impuestas, garantías, naturaleza real o meramente personal de los derechos generados, etc.). Pero igualmente necesitan conocer y apreciar *los efectos materiales, concretos y empíricos que producirá ese negocio*. Por ejemplo, mediante una información precisa sobre los riesgos que implica la falta de ciertos elementos, como la acreditación en el momento del otorgamiento de facultades representativas, la acreditación en debida forma del estado de cargas de la finca, los retrasos en su inscripción, los riesgos de daños y responsabilidades tanto civiles como fiscales o administrativas que se generarán durante el proceso de ejecución del contrato (tratándose de un contrato de permuta de solar por obra futura, de una venta de las participaciones en el capital de una sociedad como medio para indirectamente transmitir su patrimonio), la posible imputación a uno de los contratantes, personalmente u *ob rem*, de riesgos o responsabilidades que *a priori* recaerían sobre el otro, el posible alcance o aplicabilidad de estipulaciones contractuales frente a terceros que eventualmente puedan llegar a participar en la relación jurídica, etc.

Ante ese cúmulo de datos y efectos de hecho del contrato, el notario *no puede, pues, limitarse a una actitud meramente pasiva, de explicar a los otorgantes simplemente el alcance de cada una de las cláusulas y expresiones de la escritura que van a firmar*, sino que la recepción, formación e información de la voluntad de las partes como requisito previo para toda redacción del documento exige *una actuación asesora de ambas en el terreno de lo puramente fáctico, así como sobre todas las implicaciones jurídicas y económicas de la situación creada de forma inmediata por el negocio*. No basta, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, con

dar más informaciones legales al que tiene mayor desconocimiento jurídico; hay que darle más asesoramiento, más consejo, prestarle más atención, porque en otro caso tratar con igualdad formal a las partes desiguales supondría, en el fondo, una parcialidad (*Escritos Jurídicos, II*, p. 200).

Al hacerlo, necesariamente se habrá de preocupar por tanto de que las partes, al formar y concordar sus voluntades, se encuentren en situación de *igualdad material efectiva, y no de igualdad puramente formal*. Y ello, dado que en la mayoría de los casos existe una real desigualdad entre ambas, por experiencia e información, hace que no baste con poner a disposición de cada una las partes la misma información para que decidan sobre el contenido del negocio que van a firmar, sino que es necesario, más concretamente, *asegurar que ambas puedan formar su voluntad negocial con la misma consciencia sobre sus implicaciones*. Y ello exige un especial esfuerzo asesor de la más desinformada, que resultará siempre enormemente delicado, puesto que ese particular interés por el contratante más débil muy frecuentemente genera algún tipo de contrariedad o de resistencia de la otra parte, consciente de que ello debilitará al menos en parte su posición negociadora. Recuérdese, como ya hemos apuntado, que lo propio y característico de cualquier negocio bilateral es que cada una de las partes intenta maximizar su utilidad, y ello siempre, objetivamente, se hace a costa de la utilidad que ese negocio reportará a la otra.

El notario debe, pues, armonizar la posición negocial y los intereses de ambas partes, guiándolas hacia una solución equitativa tanto desde el punto de vista jurídico como desde el puramente negocial. Se trata, por tanto, de realizar todo lo necesario para superar el desequilibrio psicológico existente entre las partes, brindando a la más débilmente informada todos los datos y elementos de juicio necesarios para poder *decidir en igualdad de condiciones con la otra*. Hay, pues, en esta situación *una notable diferencia con la imparcialidad necesaria en un juez* al decidir en el conflicto planteado: pasiva en el juez y activa en el notario porque, como observa GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, el juez carece de toda facultad para dirigir o advertir a las partes en el proceso, y como consecuencia de ello ha de fallar a veces en contra de lo que cree justo por haber sido una de las partes mal dirigida, mientras que el notario ha de tratar en todo momento de penetrar hasta el fondo del asunto y dar a conocer a las partes la verdad de las situaciones, evitando así todo posible engaño o abuso ("El deber de imparcialidad del notario", p. 672), y compensando el inicial desequilibrio entre los otorgantes mediante la necesaria información y el asesoramiento legal (BOLÁS, "La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor", p. 73). Y análogamente, RODRÍGUEZ ADRADOS, citando a la doctrina notarialista italiana, habla de la insuficiencia de una simple imparcialidad formal, reducida a

la apreciación de la voluntad de las partes, exigiéndose una valoración sustancial de las posiciones recíprocas, de los intereses de fondo, para poder brindar a las partes una tutela idónea y un verdadero equilibrio negocial (*Escritos Jurídicos, II*, p. 290).

Por lo demás, ese deber de asesoramiento, esa actuación *equilibradora*, informadora y conformadora de la voluntad contractual como actuación previa a la misma, no constituye una peculiaridad del sistema notarial español, sino que *es común a todos los notariados de tipo latino*. Así, cabe recordar cómo la jurisprudencia francesa diferencia la situación del cliente experto y el que, desprovisto de toda competencia en el campo jurídico, deja enteramente al notario el cuidado de proteger sus intereses, en cuyo caso los tribunales son especialmente exigentes al evaluar la actuación del notario. Y en Alemania la Ley de Documentación obliga al notario a “procurar que se eviten errores y dudas, y que una parte inexperta o poco hábil quede perjudicada”, por lo que en estos últimos casos la doctrina notarialista alemana afirma que el notario tiene una obligación de asesorar más amplia que la ordinaria, derivada de su función asistencial (cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escritos Jurídicos, II*, pp. 260 y s.). Por todo ello, ha llegado a decirse que “la historia del documento notarial es su lucha por la autenticidad interna, por la autenticidad de su contenido” (NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho notarial, II*, p. 199).

Debemos insistir, en este punto, en que lo anterior no es en modo alguno ficticio, *no constituye ninguna exageración o dibujo idealizado de la actuación notarial*. Porque la práctica habitual y diaria presenta de forma continuada esas situaciones de desequilibrio, dado que en la gran mayoría de las ocasiones alguno de los contratantes adolece de insuficiente formación y cultura jurídico-económica. Basta, para darse cuenta de ello, tener en cuenta cuál es el nivel socio-cultural medio de la sociedad española —y realmente algo parecido puede en último término decirse respecto del de cualquier pueblo europeo—. Téngase en cuenta que ni siquiera titulados superiores y profesionales cualificados que no tengan el hábito de realizar transacciones inmobiliarias o financieras (que son la mayoría) disponen de una idea exacta de las implicaciones y los riesgos de cualquier negocio de esa especie, con lo que el desconocimiento que sobre la materia presenta el gran sector de la población que tiene un nivel de formación medio o bajo resultará abrumador. Y por el contrario, en la gran mayoría de los casos la otra parte los realiza con habitualidad profesional y perfecto conocimiento de causa.

Queda apuntar que la actuación independiente para equilibrar la posición en la contratación de ambas partes debe darse *en todos los estadios de la formalización del negocio*: por supuesto, en los estadios pre-

liminares, fase previa a la propia redacción del documento, donde las partes en ocasiones (que, desgraciadamente, constituyen una minoría) acuden al notario para pedir el asesoramiento sobre la forma de diseñar el contrato y las respectivas posiciones negociales, donde se proyecta un futuro contrato y se analiza la posibilidad (que no siempre se dará) de encontrar ese punto de equilibrio en que ambas partes puedan considerarse beneficiadas por la composición de intereses alcanzada. Inclusive se ha apuntado que en esta fase cabe que el notario deba forzar la situación para vencer una resistencia no razonable de una de las partes a una firma que resulta debida y sin la cual se acabará en un pleito, como la firma de la escritura de cancelación de un préstamo hipotecario ya pagado, el ejercicio de un derecho de retracto totalmente fundado, o la elevación a público de un contrato privado previo (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “El deber de imparcialidad del notario”, p. 681). Y también al redactar el documento, cuando las partes consultan sobre las soluciones jurídicas concretas a emplear en el negocio, donde ante los problemas que en él puedan surgir o detectarse se les da información sobre las soluciones alternativas a las que puede acudirse, etc. Y finalmente, la actuación asesora imparcial se da en la misma autorización del documento, donde el notario se debe asegurar de que una y otra parte prestan a lo estipulado en la escritura un consentimiento consciente sobre todo su contenido.

Pero también actúa el notario, y ello resulta útil para la propia sociedad, en posición de *imparcialidad respecto de terceros, ya sean concretos o indeterminados*. No sólo porque el notario no puede, en modo alguno, brindarse a ayudar a la única o las dos partes a diseñar una escritura mediante la cual, como efecto buscado o simplemente admitido, se lesionen derechos o intereses legítimos de terceros. Igualmente, el notario está obligado en la formalización de la escritura a procurar positivamente el respeto de los derechos de terceros, como los titulares de derechos de tanteo y retracto legal, derechos eventuales como herederos forzosos o legatarios, acreedores que pudieran verse defraudados, etc. (cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “El deber de imparcialidad del notario”, pp. 689 y ss.).

4) *Los incentivos contra la imparcialidad.*

Ante la complejidad de la actuación mediadora del notario y la dificultad de definir el punto en que su actuación debe considerarse imparcial y el margen en que puede considerarse que exista un equilibrio en la posición de ambos contratantes, se comprende fácilmente que la imparcialidad (o más precisamente *independencia*, dados los múltiples matices que exige en la actuación y planteamientos que realice el notario) puede con gran facilidad verse afectada, menoscabada, por influencia de

factores externos. La situación resulta particularmente grave y delicada como consecuencia de varios hechos: por una parte, porque *no existe un criterio estandarizado y fácilmente contrastable de lo que sea esa independencia*, o de cuándo la actuación del notario la ha tenido en la medida suficiente. Se trata siempre de matices, de la apreciación y puesta de relieve de hechos relativos al negocio que normalmente empiezan siendo ocultos y poco aparentes, y que por tanto sólo pueden desvelarse mediante una actuación indagadora activa. Ello supone que una eventual insuficiencia del asesoramiento imparcial y equilibrador sea fácilmente justificable, tanto para el propio notario como para terceros (empezando por el mismo contratante necesitado de la especial protección), con el argumento de que fue imposible para el notario la apreciación de esos hechos que el contratante normalmente hubiera debido conocer y considerar para concluir adecuadamente el negocio. (Cabe, en este sentido, observar cómo, siguiendo a CACIAGLI, MAGADÁN y RIVAS señalan –*Corrupción y fraude. Economía de la transgresión*, p. 15– que el intercambio, en las relaciones de clientelismo –que serían las que se darían de perderse la independencia del notario– no se produce mediante una actividad ilegal, sino legal, y posiblemente también lícita, al menos en principio, pero que causaría esa pérdida de independencia que tornaría ineficiente la actividad controladora que se esperaba de él).

Y por otra parte, por el hecho de que el notario mantenga con los usuarios de sus servicios unas relaciones de clientela en las que se basa en gran parte su prosperidad profesional, hace que de esas relaciones surjan *confluencias de intereses* (los del cliente habitual del notario –que, por serlo, siempre será un contratante más fuerte que la otra parte–, interesado en obtener un trato *benévolo* del notario que no despierte demasiados celos en la otra parte conduciéndole a tomar mayores precauciones al contratar; y los del notario, interesado en mantener satisfecho a ese cliente para asegurarse su fidelidad). Por lo demás, puede ocurrir que la relación de clientela habitual, la prolongación de la misma durante un periodo de tiempo en el que no han surgido problemas para ninguna de las partes de la misma, desemboquen en una relación de cierta recíproca confianza en la que *se tienda a adoptar el punto de vista de ese cliente habitual*, a dar por válidas y justificadas sus razones, y consecuentemente a considerar con menos detenimiento la posición y los intereses de la otra parte.

Y cabe añadir que los anteriores problemas se pueden ver agravados con frecuencia por el hecho de que el contratante desinformado sí tiene cierta noción sobre la misión de asegurar la legalidad y equidad del negocio que incumbe al notario, y consecuentemente *confía en que el planteamiento negocial que el notario haga sea el correcto y equitativo*,

por lo que en esa confianza *se despreocupa aún más de indagar los posibles problemas que pueda plantear el negocio para sus intereses*. De este modo, la misma habitual confianza del cliente en el notario agrava la situación de desigualdad contractual de los otorgantes si el notario no actúa con verdadera y efectiva independencia respecto de su cliente habitual.

Como ha apuntado GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“El deber de imparcialidad del notario”, p. 698), no se trata de los casos que podrían calificarse de patológicos en los que el notario pueda frontalmente incumplir sus más elementales deberes, como el de control de legalidad o el de información a los otorgantes del contenido literal de lo establecido en la escritura que se va a firmar. Los casos de elusión de esos deberes serían tan infrecuentes, tan ajenos a la realidad del ejercicio notarial, y su incumplimiento tan indiscutiblemente grave, que realmente no merece la pena ocuparse de ellos. El problema verdadero, y más profundo, es el derivado de las sutiles influencias sobre la voluntad que proceden de la habitualidad e interés en la relación del notario con su cliente. Porque esa habitualidad resulta peligrosa en cuanto de ella se derive un ligero, progresivo e indetectable acercamiento de las dos partes, al ir confluyendo progresivamente sus intereses en la relación, y acercándose sus puntos de vista sobre la misma, en la forma que hemos descrito.

Precisamente por ello, *las normas relativas a la protección del consumidor* en los diversos campos en que existe la intervención notarial como mecanismo potenciador de esa protección (aparte de la seguridad jurídica general), *se preocupan de que la elección del notario corresponda al consumidor o al pequeño cliente, y no a la gran empresa que realice el contrato*. Y para ello, conociendo la potencialidad del peligro que hemos ido describiendo, no consideran suficiente con atribuir el derecho al consumidor, sino que para potenciar su efectividad con frecuencia imponen a la empresa el deber de expresamente indicar al consumidor que es él quien tiene ese derecho (cfr. arts. 142 del Reglamento Notarial, 5.º.4.c del RD de 21 de abril de 1989, y 40 del Real Decreto Ley 6/2000 de 23 de junio, ya citados). No obstante lo cual, también hay que decir que la efectividad de tal derecho no está suficientemente reforzada, si atendemos al número excesivamente reducido de casos en que el cliente efectivamente realiza esa elección.

Pues bien, en la última parte de este trabajo, procederemos a analizar los datos o hechos puramente económicos que pueden resultar en mayor o menor medida determinantes del grado de independencia o imparcialidad del notario, y consecuentemente del principal factor determinante de la eficacia social de sus servicios.

III. Análisis económico: el mercado de los servicios notariales y la incidencia de su regulación legal en sus economías internas y externas

1. La polémica entre intervencionismo estatal y liberalización económica: servicios notariales y análisis en términos de equilibrio general.

1) *La potencialidad dinamizadora de las medidas de liberalización económica.*

Las razones para la supresión de las numerosas trabas que históricamente se han establecido a la libre competencia en la economía española, y aún hoy en parte perduran, son numerosas, e indudablemente válidas en sus líneas generales. Porque es indiscutible que *con ellas se impulsa un proceso de dinamización de la economía*, evitando la apropiación de rentas por grupos económicos de interés particular y fomentando el acceso al mercado de nuevos productores potenciales que, ante la eventualidad de ganancias en el sector, serán capaces de incrementar la producción y reducir sus costes. La defensa de la competencia se apoya además, muy especialmente, en el argumento histórico de que, siendo España un país donde desde el siglo XIX las diversas formas de intervención estatal en la economía han sido notablemente más intensas que en otras economías occidentales, se observa que en los periodos de mayor intensidad de esas intervenciones las diferencias entre la economía española y las de otros países occidentales se han acentuado, mientras que en momentos de reducción de esa intervención (como, fundamentalmente, con el Plan de Estabilización y Liberalización de 1959 y, con mayor intensidad, a partir de la adhesión a la Comunidad Europea) se ha producido un claro proceso de convergencia de la economía española con las de nuestro entorno [cfr. FRAILE BALBÍN, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, p. 43, y el prólogo a la misma obra, por VELARDE FUENTES, p. 19].

No obstante, ello *no significa que cualquier medida de eliminación de regulaciones del mercado deba sin más ser acríticamente aceptada como favorable para el crecimiento de la economía*. Y tampoco resulta correcto considerar que el análisis crítico de las medidas desreguladoras sea necesariamente un simple intento de *ofuscación* para presionar o crear estados de opinión favorables a esas medidas con el exclusivo fin de posibilitar la apropiación de rentas por un determinado grupo de interés. Debe advertirse, a este respecto, del peligro que para los analistas supone la inercia derivada del hecho de que parte de la argumentación teórica contra las restricciones a la libertad económica y la concurrencia partiera de un análisis clarificador de los verdaderos intereses implicados

en la adopción de esas medidas, y de la actuación de los distintos grupos de presión –beneficiados o perjudicados por esas medidas interventoras– (así, en BECKER, “A theory of competition among pressure groups for political influence”, en *Quarterly journal of economics*, agosto-1983; FRIEDMAN, Milton & Rose, *Free to choose*; STIGLER, *The theory of economic regulation*; o MUELLER y MURRELL, *Interest groups and the political economy of government size*, entre otros). Porque si la existencia de esos conflictos entre intereses beneficiados y perjudicados por las medidas interventoras es evidente, y tiene una notable influencia sobre las medidas finalmente adoptadas en cada caso, ello no exime en modo alguno de analizar *los concretos efectos económicos de cada actuación estatal en materia económica*, efectos que no serán siempre los mismos, dada la variabilidad de las circunstancias de los sectores donde esa intervención puede producirse.

En este sentido, en ningún momento debe perderse de vista una proposición tan obvia como que *los problemas relativos a las pérdidas de bienestar deben en todo caso estudiarse en el marco del equilibrio general* (es decir, en el marco del análisis del funcionamiento de la economía en su totalidad, tomando explícitamente en cuenta las interacciones entre todos los mercados y sus operadores, y nunca observando sólo lo que pasa en un subconjunto aislado del sistema económico). Porque, para traer a colación un supuesto concreto, “la comparación de políticas de producción y de precios de un monopolista con las de una industria competitiva hipotética con las mismas curvas de costes adolece de dos defectos. En primer lugar, no es seguro que con una organización competitiva de la industria los costes sean idénticos a los de una empresa monopolista. En segundo lugar, se trata de un análisis del equilibrio parcial que ignora las repercusiones sobre otras industrias y sobre los mercados de factores del paso de una situación monopolista a una situación competitiva” (cfr. QUIRK, *Microeconomía*, pp. 400 y s.). Por ello, si como proposición general el equilibrio competitivo parece constituir un óptimo en el sentido de Pareto desde el punto de vista de la eficiencia, existen numerosas circunstancias que aconsejan limitar mediante regulaciones la extensión de esa situación competitiva para optimizar efectivamente los rendimientos. Porque la eficiencia del sistema competitivo puro *presupone un mundo sin incertidumbre, sin capacidad de influenciar el mercado, y sin efectos externos*, circunstancias que la realidad está muy lejos de presentar (QUIRK, *Microeconomía*, p. 369).

Por lo demás, si, como hemos apuntado, toda adopción de medidas de intervención se enmarca en un conflicto de intereses entre distintos grupos (productores y consumidores, empresas grandes y pequeñas, empresas ya instaladas y empresas que pretenden acceder al mercado),

ello no significa que la decisión interventora que finalmente se adopte sea siempre el producto de la mayor capacidad de presión de alguno de esos grupos, con beneficio para el mismo y perjuicio para los otros. Debe ser posible una solución que, desde una posición de imparcialidad y de toma de consideración de todos los intereses presentes, sea capaz de beneficiar simultáneamente a todos esos grupos, y sobre todo de *maximizar la utilidad general* para el conjunto del sistema económico.

2) *Efectos de las restricciones a la competencia en el mercado de servicios.*

El debate en torno a la conveniencia de una completa o muy fuerte desregulación del mercado de servicios notariales debe enmarcarse, pues, dentro del debate general sobre la liberalización económica y sus efectos sobre la eficiencia de los distintos mercados, y más concretamente del aspecto esencial de ese debate en tiempos recientes, como es el proceso de desregulación o liberalización que se está intentando en el sector servicios. El planteamiento del que se parte es sin duda correcto, pero la conclusión requiere ser matizada.

Porque, como acabamos de ver, *existe evidencia empírica de que la libertad económica, la atribución al mercado de la función de determinar la asignación de recursos, ha provocado una mucho mayor eficiencia del sistema económico en general, y por tanto un más elevado grado de prosperidad y bienestar en la sociedad.* Además, el proceso de incremento de la eficiencia y de la competitividad se ha dado fundamentalmente en el sector industrial, con la introducción de innovaciones tecnológicas que han sido capaces de incrementar la productividad de forma sostenida durante un largo período, y continúan haciéndolo. En cambio, se afirma, *esas innovaciones tecnológicas no se han producido en tan gran medida en el sector servicios, fundamentalmente debido a las trabas a la competencia que en el mismo han existido y aún existen, por una parte por la mayor dificultad de su movilidad geográfica (aunque en los últimos tiempos haya sido progresiva y crecientemente atenuada, gracias al desarrollo de las comunicaciones y del transporte), y por otra por las prolijas regulaciones a las que ese sector está sometido. Esa situación ha generado la desincentivación de la innovación tecnológica en el sector, y consiguientemente el incremento del coste, y del precio en el mercado, de esos servicios, en comparación con los servicios industriales.* Estas trabas incluso habrían permitido, se ha dicho, conservar los beneficios generados en el sector, mediante el traslado a los precios del aumento de los costes motivado por la falta de innovación tecnológica y empresarial (MARTÍNEZ SERRANO y PARICIO TORREGROSA, "La desregulación de los servicios", p. 70).

Por otra parte, se señala que la falta de eficiencia de la producción de servicios tiene dos tipos de consecuencias sobre el sistema económico: por una parte, *repercuta sobre el coste de otras actividades económicas, especialmente sobre la producción de bienes, y consecuentemente sobre la competitividad en estos sectores*, dado que en el proceso productivo de éstos los servicios son un *input* de valor e importancia relativa notables (MARTÍNEZ SERRANO y PARICIO TORREGROSA, "La desregulación de los servicios", p. 70; MYRO SÁNCHEZ, "Crecimiento y competitividad de la industria española", p. 56). Y junto a ello, cabe recordar cómo otra parte de los servicios está *destinada al consumo final*, con lo cual su encarecimiento *repercutiría sobre el bienestar y la riqueza generales de la sociedad*.

Pues bien, debemos comenzar observando que *la repercusión económica más grave del encarecimiento de los servicios sería sin duda la primera (su efecto encarecedor del proceso de producción de otros bienes y servicios)*, por varias razones. Entre otras, cabe citar el hecho de que es el efecto sobre el coste de otros procesos productivos (de bienes, fundamentalmente) el que de manera más intensa afecta a la competitividad exterior de la economía, pues son esos bienes (aparte de los servicios turísticos, en los que no se da una situación de actuación reguladora, ni un problema de falta de eficiencia) los que constituyen la parte principal de las exportaciones de nuestra economía. De otro lado, el encarecimiento de los servicios consumidos en otros procesos productivos genera un cierto efecto multiplicador del aumento de los costes, al afectar a varios procesos económicos sucesivos (la producción de bienes destinados en parte a su vez a alimentar otros procesos productivos, su subsiguiente comercialización, su consumo final). Pero los servicios notariales tienen como destinatario fundamental, en un porcentaje muy elevado de los casos, a los consumidores; no suelen ser un *input* para otros procesos productivos, al menos no en una proporción significativa, por lo que no encarecerán apreciablemente esos procesos de producción, mientras que su efecto regulador de las transacciones sí genera un incremento de la eficiencia de los bienes y servicios ofertados al consumidor.

Por lo demás, cabe hacer una observación a todo lo anterior. Sin duda, la competitividad en el mercado ha sido un notable factor de modernización e incremento de la productividad, y sin duda esos efectos se han producido con más intensidad en el sector industrial que en el de servicios. Pero cuando se hacen ese tipo de observaciones como presupuesto analítico para evaluar la situación de otros sectores es preciso matizar mucho, y cuidadosamente, los datos que se manejan. Porque igualmente existen evidencias de que, frente a voces más optimistas que vienen considerando que el proceso de rápido desarrollo tecnológico habría de generar inevitable y automáticamente un imparable proceso

de incremento de productividad y de crecimiento económico en todos los demás sectores económicos, se observa más recientemente, cuando se profundiza en el análisis, que no ha sido totalmente así.

Así, por citar un caso, en la economía norteamericana, que es precisamente la más intensamente afectada por ese proceso de desarrollo de las tecnologías (sobre todo, en tiempos recientes, las informáticas), es cierto que últimamente se ha producido un importante crecimiento económico, superior al de años precedentes, hasta el punto de que parece suponer un verdadero punto de inflexión respecto de la tendencia de años precedentes. Así, en Estados Unidos, mientras la productividad en el sector privado, excluido el agrícola, ha crecido una media del 1,13 por 100 anual en el período 1972-1995, en el período 1993-1999 ese crecimiento medio anual fue del 2,15 por 100. Sin embargo, ocurre que la inmensa mayoría del incremento es imputable precisa y concretamente a la mejora de la eficiencia conseguida en la fabricación de productos informáticos, mientras que en los restantes productos manufacturados (y parece que también en el sector servicios, aunque en el mismo la medición del aumento de la productividad resulta mucho más incierta) la productividad ha permanecido prácticamente inalterada (fuente: "The new economy; work in progress", *The Economist*, 24 de julio de 1999, pp. 19 y ss., y análogamente, PALAZUELOS, Enrique, "La productividad en la economía de Estados Unidos", *El País*, 16-8-00). Ello nos indica que ni mucho menos resulta tan evidente como se pretende que exista ese desfase entre los avances en materia de productividad en el sector industrial y el de servicios debido a la superioridad del grado de innovación tecnológica en el primero, sino que en numerosas ocasiones el avance en el sector industrial se debe a mejoras concretas en sectores específicos donde tienen lugar avances tecnológicos que por sí solos son capaces de modificar el proceso productivo, con capacidad para incrementar la productividad media del conjunto del sector.

Finalmente, debe considerarse que un excesivo incremento del coste y precio final de los servicios puestos en el mercado para su consumo también cuenta, pese a todas las regulaciones que quieran establecerse, con un importante mecanismo corrector, como es la posibilidad de los demandantes de sustituir la mayoría de esos servicios por otros tipos de bienes o servicios (con la correlativa *sustitución marginal de satisfacciones*). Y ello obligará a los productores de servicios a competir con otros sectores productivos en que no existan esas trabas.

3) Efectos de la desregulación.

Admitido en líneas generales el efecto incentivador del crecimiento económico que tienen las medidas desreguladoras, deben hacerse ciertas

salvedades. Porque, si existe cierto grado de acuerdo en torno al efecto económico desincentivador de los excesivos impuestos y protección social, *no parece en cambio existir consenso sobre los costes y los beneficios de la desregulación*. Se afirma, así, que una desregulación que no discrimine adecuadamente los efectos de cada medida adoptada puede dar lugar a *fenómenos de control de los mercados o de abuso en los mismos*, con lo que finalmente se puede hacer necesaria la adopción de nuevas medidas frente a los nuevos problemas que surgirán en esa situación, conduciendo finalmente a una re-regulación del mercado (COSTAS COMESAÑA, *Problemas económicos en las sociedades avanzadas*, pp. 48 y s.). Y debe igualmente observarse que en no pocas ocasiones existirán *intereses públicos que precisan igualmente ser preservados*, matizando el contenido de las actuaciones liberalizadoras emprendidas (cfr., en ese sentido, los problemas sociales y, de rebote, económicos, que puede generar una desregulación excesiva de los mercados laborales o de los servicios sanitarios; o los riesgos inherentes a una liberalización ilimitada del mercado financiero mundial, ante los desequilibrios que pueden surgir en mercados locales, cuya repercusión en otros mercados se multiplica debido a la globalización de las relaciones económicas: COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 51). Recuérdese, finalmente, que la necesidad de plantear este análisis desde una perspectiva de equilibrio general obliga a analizar simultáneamente *tanto los efectos directos como los externos de cada medida reguladora* y de su eventual supresión, especialmente en un sector como el de los servicios notariales, *cuyos efectos externos llegarían a tener la misma o más importancia que los directos*.

Porque debe recordarse cómo, cuando se producen fallos del mercado, bien sea por tratarse de un proceso productivo que naturalmente conduzca a la aparición de monopolios por darse rendimientos ilimitadamente crecientes a escala (que no es nuestro caso), por tratarse de bienes o productos públicos, cuyo disfrute es potencialmente ilimitado y sin posibilidad de excluir a nadie del mismo, o por generarse economías externas, la incapacidad del mercado para producir eficientemente ese tipo de bienes exigirá una intervención pública que asegure su producción en suficiente cantidad. Volveremos sobre ello.

4) *La productividad en los servicios notariales y sus consecuencias.*

Pues bien, centrándonos ahora en la producción de servicios notariales, existen varios datos que no pueden olvidarse, para comprender adecuadamente el impacto económico de sus posibles problemas de eficiencia. Por una parte, como ya hemos visto en la introducción del presente estudio, realmente *la abrumadora mayoría de los servicios notariales van*

destinados al consumidor final, y son costeados por el mismo, con lo que el impacto en la competitividad de la economía de su posible abaratamiento o encarecimiento resultaría menor, según acabamos de ver. Los servicios prestados directamente a los productores y a cargo de los mismos constituyen una proporción muy reducida del total de los servicios notariales puestos en el mercado, y constituyen una proporción aún mucho menor de los *inputs* empleados por la empresa productora. Los principales servicios prestados a empresas serán seguramente la documentación de operaciones societarias (las cuales se dan muy esporádicamente, desconectadas por tanto del proceso de producción ordinario de la misma empresa, y por consiguiente con un impacto mínimo en el coste de ese proceso productivo), y la formalización de negocios unilaterales o bilaterales en operaciones inmobiliarias, en las cuales, igualmente, dado el elevado valor de esas operaciones, la importancia relativa del coste del otorgamiento de esas escrituras resulta prácticamente irrelevante.

Así, pues, donde la reducción de costes y precios de los servicios notariales se dejaría sentir con más intensidad es *en el consumo final de esos servicios*, más que en el proceso productivo de otros bienes y servicios, con lo que su impacto se reduce. Además, debe considerarse, como ya hemos apuntado al principio, y desarrollaremos más detenidamente en seguida, que el principal efecto de un proceso de aumento indiscriminado de la competencia en los servicios notariales radicaría en la *pérdida de independencia del notario*, y por tanto en la notable *reducción de la calidad de ese servicio* que ello conllevaría (y que sería difícilmente evitable, por las asimetrías informativas existentes). Con ello, al consumidor final no se le proporcionaría un beneficio, sino un perjuicio, debido al ya apuntado hecho de que la reducción de la calidad del servicio notarial ocasionaría una pérdida de valor mucho mayor que el ahorro obtenido en el precio: el coste de la disminución de la calidad del servicio no sería la diferencia entre el precio teórico del servicio esperado y el obtenido, sino *el del aumento de los costes de transacción (principalmente, por el incremento de la inseguridad jurídico-económica) de aquel negocio en cuya formalización se usa el servicio notarial*, negocio cuya cuantía es tan superior a la del coste del servicio notarial que ni siquiera son magnitudes comparables. Y ello generaría, como más adelante veremos, una notable reducción de la eficiencia de esos mercados de bienes y servicios.

Por otra parte, debe apuntarse que la evolución, tanto en eficiencia productiva como en precio final, de los servicios notariales ha seguido en los últimos años *una pauta que no responde en absoluto a la descrita de los servicios protegidos mediante regulaciones estatales*. Por una parte, debe señalarse que el precio de los servicios notariales se encuentra estancado en términos nominales, y por tanto se ha visto fuertemente reducido en

términos reales, desde la aprobación del último Arancel Notarial, en 1989, dado que el mismo no ha sido objeto de ajuste alguno frente a la inflación acumulada desde ese momento. De otro lado, *el proceso productivo de los servicios notariales ha experimentado un notable aumento de la eficiencia*, como ha descrito ARRUÑADA, pues si por una parte el número de documentos preparados por cada empleado casi se ha duplicado, como promedio, en los últimos cuarenta años, por otra señala este autor que el nivel de cualificación profesional de los empleados de notarías ha descendido, como media (*Análisis económico del notariado*, p. 97). A ello podemos añadir que el grado de complejidad (y no sólo de extensión) de los documentos notariales se ha incrementado muy notablemente en ese periodo. Todo ello indica que la casi duplicación del número de documentos preparados por cada empleado, pese al incremento de su complejidad y extensión, constituye un muy notable aumento de la productividad en el sector.

El motivo de ese aumento de la eficiencia es, por lo demás, fácilmente comprensible, dado que el proceso productivo de los servicios notariales puede ser mejorado con enorme facilidad mediante la introducción de tecnologías informáticas que resultan muy adecuadas a las labores presentes en ese proceso productivo (básicamente, el tratamiento de grandes cantidades de datos, textos y documentos). Además, la reducida dimensión de las empresas individuales que forman el mercado facilita la introducción de tecnologías, y acelera su impacto potenciador de la productividad. Y cabe finalmente apuntar la previsión de un fuerte aumento inmediato de esas innovaciones tecnológicas y por tanto de la productividad, por cuanto la conveniencia, cuando no la obligación de comunicación de datos (especialmente, a las distintas autoridades fiscales) así lo exigen, imponiendo además la implantación homogénea de equipos y sistemas que reúnan unos estándares mínimos.

5) *La necesidad de garantía estatal del marco de desenvolvimiento del mercado.*

Volviendo a la cuestión de la utilidad de las distintas formas de intervención pública, no debe olvidarse que *ni siquiera los más rigurosos partidarios de la libertad de mercado sostienen que ello implique que el Estado deba abstenerse absolutamente de toda intervención en relación con la actividad económica del país*. Es indudable que el mercado proporciona la más rentable asignación de recursos, y los datos históricos disponibles hacen inadmisibile cualquier otro planteamiento. Pero para ello *el propio mercado debe ser eficiente, y funcionar correctamente*. Los fallos del mercado son muy numerosos, como ya hemos dicho al principio de

nuestro análisis, y ello hace necesaria una actuación estatal que en la medida de lo posible limite esos fallos. Además, los sujetos económicos actúan *ex post*, una vez formalizado un contrato, de forma predominantemente *oportunist*a, lo cual dará lugar a la necesidad de *una actuación estatal que limite las posibilidades de engaño o incumplimiento de sus promesas en la ejecución del contrato*. La forma en que tradicionalmente se ha concebido esa actuación del Estado para evitar las conductas oportunistas es la creación de unos Tribunales que administren justicia, y de esta forma desincentiven los actos de incumplimiento o compensen sus efectos, cuando tengan lugar. Pero no debe olvidarse que las aportaciones a la ciencia económica se han producido en este campo, casi en exclusiva, desde el mundo anglosajón, donde el sistema jurídico se basa muy especialmente en la figura del juez y en la creación y desarrollo jurisprudencial del derecho. En cambio, en el derecho continental se han desarrollado otras formas de realización del derecho, entre ellas, en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos, la vía de la seguridad jurídica preventiva, mediante la figura del notario.

De otra parte, por recordar algunos ejemplos más, al principio de este estudio hemos enumerado una larga serie de *intervenciones estatales en la contratación* (en materia de contabilidad, regulación de los mercados financieros, protección de los consumidores, etc.), la mayoría de ellas de introducción reciente, las cuales, si limitan la libertad contractual de los operadores económicos, lo hacen precisamente para facilitar la transparencia y seguridad de la contratación, y consecuentemente su utilidad. No vamos ahora a volver sobre ellas, pero conviene recordar aquí que seguramente la más importante e intensa de esas limitaciones a la libertad contractual, y una de las más relevantes desde el punto de vista de la potenciación de la eficiencia del mercado, es precisamente la legislación protectora de los consumidores.

Y cabe además observar que *estas formas de intervención estatal en la contratación entre particulares se aceptan de forma generalizada como algo útil y justificado*. Ciertamente es que históricamente la contratación entre particulares se basó en el principio de absoluta libertad e igualdad formal, y consiguiente abstención del Estado, cuya intervención en el establecimiento de esas relaciones jurídico privadas se consideraba carente de toda justificación. Ocurrió esto de modo muy especial en el ambiente de la codificación decimonónica, como reacción contra las restricciones que al tráfico jurídico y consecuentemente al desarrollo económico se derivaban de las instituciones jurídicas procedentes de la Edad Media, fuertemente limitadoras de las posibilidades de contratación, disposición y configuración de relaciones jurídicas. Pero en tiempos recientes, como consecuencia de hechos como la diferencia que entre los contratantes se da en su

fuerza económica y disponibilidad de información, y de los problemas derivados de los contratos de adhesión y las condiciones generales que el contratante fuerte impone, se observa cómo esa igualdad puramente formal resultaba no ya restrictiva de la verdadera igualdad material de las partes de la relación económica, sino incluso antieconómica, por los notables costes de transacción que genera la sujeción del contratante débil a los posibles abusos de su posición por el fuerte. Porque, como ha señalado TENA ARREGUI (*Costes de transacción y fe pública notarial*, pp. 35 y s.) *las condiciones generales de los contratos*, presentando sin duda cierta utilidad por la simplificación y abaratamiento del mismo proceso contractual que posibilitan, *son sin embargo antieconómicas, generadoras de soluciones subóptimas*, por cuanto el desequilibrio presente en la contratación impone al contratante débil tales costes informativos que la solución más racional acaba siendo la de no realizar ningún esfuerzo o gasto en información, abriendo la puerta al endurecimiento de esas condiciones por la gran empresa, y generalizándose el mismo en todo el mercado. En tal sentido, cfr. también *infra* III.2.2, donde se describe la producción de fenómenos del tipo mercado de limones en relación con las condiciones generales de la contratación.

La racionalidad individual no conducirá, pues, a la superación de tales deseconomías, por cuanto el interés individual se realizará mejor utilizando las ventajas derivadas de esa posición fuerte en la contratación. Y el autocontrol basado en la conveniencia de hacer público en el mercado un prestigio especial de operador por la limpieza de su actuación al contratar no resulta suficiente para moderar los anteriores efectos, especialmente en la medida en que existan asimetrías informativas y escasas posibilidades de sancionar al ofertante oportunista, debido al carácter esporádico de la contratación de sus productos por cada demandante. Por ello, se acabará por admitir generalizadamente la bondad de esas intervenciones públicas en la contratación, que si pueden parecer exponente de una cierta crisis de la autonomía de la voluntad, realmente constituyen un instrumento útil para robustecer la consistencia de esa voluntad contractual, potenciando la eficacia y utilidad del mismo mercado.

De este modo, y en la mencionada perspectiva anglosajona, ya ADAM SMITH afirmó que “según el sistema de la libertad natural el soberano sólo tiene tres deberes que cumplir, tres deberes de sobresaliente importancia pero que están al alcance y comprensión de una inteligencia corriente. Primero, el deber de proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes. Segundo, el deber de proteger, en cuanto sea posible, a cada miembro de la sociedad frente a la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de la justicia. Y tercero, el deber

de edificar y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas que jamás sería del interés de ningún individuo o pequeño grupo de individuos el edificar y mantener..." (*La riqueza de las naciones*, p. 660). Y, por cierto, no deja de ser llamativo que en la misma obra se proponga, como modo de estimular la diligencia de cada juez, el sistema de pago de una determinada tasa por cada proceso, la cual sería ingresada en una caja central y distribuida entre todos los jueces en proporción al número de procesos que resolvieran, pero *excluyendo tajantemente la posibilidad de un sistema de honorarios a pagar directamente por cada parte al juez, para impedir la corrupción de la justicia* (op. cit., p. 683).

Incluso una obra tan abiertamente partidaria de la desregulación de los mercados como la ya citada del matrimonio FRIEDMAN afirma la necesidad de cumplimiento de una función del Gobierno, facilitando los intercambios mediante un sistema de reglas jurídicas generales que regulen el juego económico y social que los ciudadanos desarrollan, y asegurando su correcta aplicación por los tribunales —o, añadiríamos desde la perspectiva de un sistema jurídico continental, el conjunto de instituciones que configuran el sistema jurídico del Estado, comprendiendo tanto las instituciones de resolución de conflictos como las de seguridad jurídica preventiva— (*Free to choose*, p. 21).

En la misma línea, y para situarnos en la literatura económica actual, en otra obra contraria a las regulaciones económicas como la recientemente citada de FRAILE BALBÍN se afirma que esa misma argumentación contraria a las regulaciones económicas "no lleva implícita la idea de que cualquier intervención estatal restrictiva de la competencia disminuya la tasa de crecimiento del producto. Está claro que cierto grado de intervención estatal, aunque sea a costa de disminuir la competencia, resuelve fallos del mercado y ayuda al crecimiento. Esto quiere decir que muchos de los argumentos enumerados no pueden descartarse de antemano como faltos de todo mérito. Es evidente que ante ciertas *consideraciones de seguridad del usuario*, o cuando se trata de monopolios naturales, por ejemplo, la competencia no puede ser el único criterio de asignación de recursos. No es necesario aclarar que la oferta de servicios públicos y la supresión de prácticas restrictivas requieren también intervención estatal. Es superfluo, por tanto, reiterar aquí la necesidad de un marco interventor del Estado que interfiera con la competencia cuando sea realmente necesario" [*La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, p. 44]. Análogamente, COSTAS COMESAÑA (*Problemas económicos en las sociedades avanzadas*, p. 49) sostiene que existe espacio suficiente para la mejora de la eficiencia de los mercados, mediante políticas económicas de intervención que, dejando aparte los supuestos de monopolios naturales, aseguren el cumplimiento de determinados objetivos sociales e

intereses públicos que hay que preservar, aun cuando eso signifique algún coste de ineficiencia y poner algún límite a los procesos de liberalización.

Así pues, las medidas de intervención económica que puedan adoptarse, tanto si se refieren a la regulación de algún mercado, como a la instauración de un marco jurídico para las relaciones comerciales, o a la regulación de las relaciones económicas que se dan para producir ese mismo marco, bien pueden ser útiles, si se adoptan los requisitos necesarios. Así, por ejemplo, BARRE afirmará que “toda política de precios ha de ser ajustada y adscrita a un programa que siga la evolución de los precios”, para evitar desequilibrios del mercado. Y, contra las críticas liberales al control de los precios de ciertos productos (MISES, etc.), sostiene que “la intervención del Estado en los precios parece no solamente posible, sino en la mayoría de los casos beneficiosa. Es un procedimiento útil para la regulación de los mercados, aunque es preciso que no conduzca –en el caso de la fijación del precio– a una cristalización de la estructura de la producción o a una orientación antieconómica de las actividades productivas (...) La condición fundamental del éxito de la intervención es que se inspire más en el crecimiento armónico y en la productividad del sistema económico que en la protección de intereses privados” (*Economía Política*, I, p. 494).

Análoga línea sigue el modelo formulado por LI WAY LEE (“A theory of just regulation”, pp. 48 y ss.), quien, frente a la idea de que la regulación de precios tiene como principal efecto la aparición de grupos ganadores y perdedores, sostiene que la regulación puede generar beneficios tanto para productores como para consumidores, *sin que se produzca ninguna apropiación o transferencia de rentas entre productores y consumidores*, siempre que exista un regulador externo eficaz (transfiriendo la función de *enforcement* desde el cártel monopolista a la sociedad). Ese regulador debería, para poder cumplir su papel, fijar arbitrariamente los precios con *un criterio exclusivamente económico*, sin dejarse llevar por influencias capaces de beneficiar a un grupo o al otro (esto es, a productores o a consumidores), de modo que la consecuencia de la fijación de un precio no es que uno u otro pierda, sino que ambos ganen. Para ello, debe partirse de la identificación de un *precio máximo* y un *precio mínimo hipotéticos*. El primero sería aquel en que el excedente de los consumidores sería el mismo que se generaría si no existiera regulación; y el segundo, aquel a partir del cual el beneficio de la industria permanece inalterado. Y entre ambos umbrales, cabría la fijación de un precio que añadiera ganancias para ambos grupos y para la colectividad.

En conclusión, y volviendo al tema de nuestro estudio, la intervención reguladora del mercado de servicios notariales no sólo puede ser útil, sino incluso necesaria para que el mismo produzca las externalidades

posibles y capaces de potenciarlo como ámbito general de producción e intercambio de otros bienes y servicios. Para ello, es necesaria la correcta evaluación de los costes y beneficios, la cual, si bien siempre entraña notables dificultades, en modo alguno es imposible.

6) *El valor económico de la seguridad jurídica: evidencia histórica y analítica.*

Y existen también notables evidencias históricas del valor para el desarrollo económico de esa intervención estatal canalizadora o garantizadora de la seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales. Porque en cualquier etapa histórica cabe observar cómo uno de los factores desencadenantes del crecimiento económico es precisamente *la solidez del derecho de propiedad*, o lo que actualmente describiríamos con más precisión como *la seguridad de los derechos patrimoniales*. En este sentido, DE TORRES SIMÓ ha señalado cómo “el efecto del derecho de la propiedad sobre el «desarrollo económico», o sea, sobre el funcionamiento económico de la sociedad, es primordial, ya que la seguridad jurídica es un término relacionado con el ejercicio de estos derechos. Y lo que es más, desde el punto de vista económico la valoración de un derecho de propiedad varía mucho según se pueda hacer cumplir” (“Seguridad jurídica, valor económico”, en *AAMN*, XXXIV, p. 247). Porque, sigue diciendo este autor citando a DOUGLASS NORTH, el aumento cuantitativo o cualitativo de los factores productivos no es la causa del crecimiento económico, sino que constituye el crecimiento económico mismo: la causa de éste se encuentra en la instauración de una forma más eficaz de organización de la sociedad, y concretamente en un derecho de propiedad más eficiente, gracias al aumento de la probabilidad de su respeto, y al menor coste de su garantía. Cfr., afirmando igualmente la importancia de instituciones eficaces que garanticen la seguridad de las transacciones entre particulares para el mejor funcionamiento de la vida económica, FRAGA, “La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica”, p. 12.

En la misma línea, señalaría PIRENNE cómo la eclosión del crecimiento económico medieval se dio gracias al desarrollo del comercio, cuando surge una clase especial de individuos, los comerciantes (viajeros constantes que no se arraigan en ningún lugar), y surge un derecho –el derecho mercantil, más sencillo, expeditivo y equitativo que el derecho civil tradicional– adaptado a las especiales necesidades derivadas de su actividad, capaz de solucionar los conflictos surgidos en ella, y de garantizar los legítimos intereses que en ella nacen (*Las ciudades de la Edad Media*, p. 84). Análogos análisis encontramos en ADAM SMITH (*La ri-*

queza de las naciones, p. 227), MARTÍN ACEÑA (*Naturaleza y orígenes del mercado*, p. 31) y en PISTOR, WELLONS, et al. (*The role of law and legal institutions in Asian economic development*). Y el mismo sentido tienen las curiosas observaciones de LAMSDORFF-GALAGANE, explicando el notable desarrollo de las mafias rusas en los años siguientes a la caída del socialismo como un sucedáneo del Estado. La apertura a una vida industrial y sobre todo comercial que hasta entonces estaba en manos exclusivamente del Estado, no dictándose un derecho mercantil adecuado a la situación (y hasta ese momento totalmente inexistente, por haber venido siendo considerado contrario a los principios básicos de la organización económica socialista), hará necesario instaurar un sistema que permita con cierta seguridad prever cuáles serán las consecuencias de las relaciones comerciales que se establezcan y de sus posibles incumplimientos: serán esas organizaciones mafiosas las que sean capaces de instaurar y sobre todo aplicar unas reglas que rijan esas relaciones contractuales (“¿Cómo se ha vuelto Rusia el país de las mafias?”, en *TAPIA-Publicación del mundo del derecho*, n.º 106, p. 16). Obviamente, cabe añadir que la notoria ineficiencia de ese sistema de seguridad jurídica explicará en gran medida la falta de pujanza de ese proceso de supuesto crecimiento económico.

Por ello, se ha hablado de la existencia de una correlación entre sistema político y económico, de forma que sólo cabe una verdadera libertad económica en un régimen político democrático, fundado por tanto, cabría añadir, en el imperio de la ley (FRIEDMAN, *Capitalismo y Libertad*, p. 21). Y a este respecto, cabe recordar, en apoyo de nuestra argumentación, lo ya dicho sobre el valor de los servicios notariales desde el punto de vista de *los principios, valores y derechos constitucionales*, y en particular su significación desde el punto de vista de *la seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva*: la intervención del notario, como hemos señalado, constituye un poderoso refuerzo de la seguridad jurídica, y por tanto de la tutela de los derechos, tanto patrimoniales como personales, del ciudadano, en cuanto su eficacia preventiva y evitadora de pleitos potencia de forma muy considerable la realización efectiva del derecho en la sociedad.

Por otra parte, no puede desdeñarse la importancia económica de esa actuación instauradora de un mercado, en cuanto espacio jurídico-económico en el que las transacciones entre partes con intereses opuestos se puedan desarrollar de la forma más rentable que sea posible para ambas. Porque debe recordarse cómo *uno de los principales factores impulsores de la eficacia y el crecimiento económico es la especialización de los distintos operadores económicos* (trabajadores, capitalistas, gestores de empresa, ofertantes de instrumentos y medios financieros, técnicos que

mejoran los distintos procesos productivos, etc.). Pero *la especialización conlleva un importante incremento de los costes de transacción* que reducen la eficiencia del mismo mercado, y consecuentemente limitan la potencialidad impulsora del crecimiento económico de esa especialización productiva. Porque se ha descrito cómo la existencia de unos costes de transacción o de intercambio que son crecientes a medida que aumenta la especialización, y unos costes de producción que son decrecientes (hasta alcanzar, para un determinado estadio de la técnica, un umbral de minimización) hace que los costes totales (es decir, la suma de los de fabricación del producto y los de intercambio necesarios en el proceso productivo) alcancen su mínimo en un punto en que el grado de especialización está por debajo del máximo posible (que sería el umbral de minimización de los costes de producción). De este modo, una reducción de los costes de transacción permite que el punto de minimización de los costes totales se alcance con un grado de especialización mayor, y por tanto con una mayor eficiencia económica del proceso productivo (cfr., ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 98).

7) *Efectos de las asimetrías informativas en los mercados.*

Pues bien, una vez sentado todo lo anterior, cabe realizar un primer planteamiento de la justificación del sistema organizativo de la función notarial, sobre la base de una configuración intermedia entre la puramente funcionarial y la profesional, y con mecanismos que aseguren una calidad homogénea o estandarizada, especialmente sobre la base de preservar la independencia frente a los clientes más habituales.

A) Competencia perfecta o imperfecta en el mercado de servicios notariales.

Cabe recordar, en primer lugar, *las condiciones habitualmente señaladas para que pueda entenderse que el mercado opera en régimen de competencia perfecta*: suele decirse que para que un mercado funcione bajo esa competencia perfecta (y por tanto para que el mercado sea capaz de *realizar eficientemente la asignación de recursos* que es su consecuencia inmediata) deben darse cuatro condiciones: a) la existencia de numerosos participantes (ofertantes y demandantes en el mismo), b) la homogeneidad del producto, c) la libertad de entrada y salida, y d) la información perfecta (cfr., BAUMOL & BLINDER, *Economics principles and policy*, pp. 418 y s.).

Pues bien, en el mercado de servicios notariales puede decirse que existe un número elevado de ofertantes (hay, tras la absorción del cuerpo

de corredores, más de tres mil notarios en España), lo cual hace que, a pesar de las barreras de entrada existentes, pueda hablarse de una situación de efectiva e intensa competencia entre ellos. El hecho de que existan ciertas limitaciones territoriales a la competencia para el ejercicio de la función notarial no suele causar (salvo excepciones locales cada vez más aisladas) problemas de eliminación de la competencia entre los notarios ofertantes de servicios, puesto que la facilidad para la movilidad geográfica de los demandantes hace que hoy sea fácil el acceso a otros ofertantes, normalmente situados sólo a algunos kilómetros del lugar. Consecuentemente, aunque la libertad de entrada y salida no existe, por cuanto hay un régimen de *numerus clausus* que es consecuencia necesaria del carácter funcional de la función notarial, realmente, por el número de ofertantes, no parece que ello impida una verdadera situación de competencia entre ellos en cuanto a la calidad de los servicios ofertados. Cuestión distinta es la del precio de los mismos, en el que la existencia de una regulación imperativa, de un arancel obligatorio, parece por ese motivo ineludible. Es desde el lado de la demanda donde en ocasiones se producen problemas de concentración y prácticas oligopolísticas, con la existencia de operadores que controlan elevados volúmenes de trabajo y que, con la táctica de concentrar su oferta en sólo unos cuantos ofertantes, son capaces de adquirir una posición de dominio en la contratación de esos servicios.

Pero los otros dos elementos citados, la homogeneidad del producto y la información perfecta, son estructuralmente inexistentes en este mercado, como hemos dicho más arriba (si bien, en cuanto a la homogeneidad, una regulación adecuada del mercado puede llegar a asegurarla en una medida aceptable). Y ocurre además que esa carencia tiene una especial gravedad en el supuesto del mercado de servicios notariales, debido, como hemos venido describiendo a lo largo de esta obra, a la situación de desequilibrio que suele existir entre los dos contratantes. Ese desequilibrio tiene mayores consecuencias que las relacionadas con el valor en sí mismo del servicio notarial, puesto que afecta a los costes de transacción del contrato que ambos celebren, con la aparición de riesgos adicionales de incumplimientos o efectos del contrato no previstos ni queridos, cuyo valor o cuantía son incomparablemente superiores a las posibles oscilaciones del precio o valor intrínseco del mismo servicio notarial. Y la heterogeneidad de la calidad de la actuación notarial tendría el efecto de eliminar su virtualidad reductora del desequilibrio, con el agravante de que el contratante desprotegido normalmente confiaría en la eficacia equilibradora de la intervención notarial, y ello incrementaría los riesgos inherentes al desequilibrio mismo.

B) Decisiones óptimas y coste de la información.

En un mercado donde la información es un bien escaso y caro (en términos de coste de su adquisición en tiempo o en dinero), *necesariamente las decisiones se adoptan con una información incompleta* (pues llegar a adquirir la información absolutamente completa sería antieconómico, dado su excesivo coste), por lo cual las decisiones económicas se adoptan necesaria e inevitablemente bajo un cierto grado de incertidumbre, que será mayor cuando el decisor se encuentre más débilmente informado (cfr. QUIRK, *Microeconomía*, p. 487, y BAUMOL & BLINDER, *Economics principles and policy*, pp. 376 y s., quienes resaltan cómo quienes realizan la toma de decisiones no siempre adoptan decisiones óptimas, por cuanto frecuentemente las adoptan bajo su concreto estándar de aceptabilidad, sin que en ocasiones se hayan investigado otras alternativas que pueden ser mejores, o incluso mucho mejores). Y en un mercado con información escasa y cara (como son prácticamente todos los mercados, incluidos los mercados de bienes y productos –especialmente, los inmobiliarios y los financieros– donde se produce la intervención notarial) pueden existir, y normalmente existen, decisiones óptimas con información imperfecta (ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 52), debido a que *los operadores económicos realizan elecciones bajo incertidumbre en base a las probabilidades subjetivas que asignan a los sucesos* (QUIRK, *Microeconomía*, p. 465). Por ello, *la eficiencia de esos mercados se incrementará notablemente si es posible reducir la necesidad de información, o la dificultad para obtenerla*, mediante mecanismos de intermediación. Pero para que ese incremento de la eficiencia se produzca efectivamente, *se necesita a su vez que no exista un problema de información en relación con la calidad del servicio de intermediación* que reduce las necesidades informativas en el mercado, porque en caso contrario, si la información brindada por ese intermediario no es fiable, bien se usa directamente y sin más esa información, con lo cual se reproduce el problema de las carencias informativas, o bien se ha de buscar nueva información sobre la calidad de ese servicio, con lo que se reproduce el problema del coste de la información. A ello nos referiremos más adelante en detalle, pero dejamos aquí apuntada la importancia de la homogeneidad o estandarización de la calidad en el mercado de los servicios notariales para la utilidad económica de sus servicios.

En conclusión, cabe afirmar que un mercado desregulado de servicios notariales, debido a sus fallos estructurales (las asimetrías informativas que hemos descrito, la posible heterogeneidad de la calidad de sus servicios y sus externalidades, sobre las que volveremos), no se encuentra en condiciones de conducir a un equilibrio eficiente de oferta y demanda

de estos servicios, en sus aspectos de cantidad, precio, y muy especialmente calidad.

C) Asimetrías informativas y problemas de calidad del producto.

Centrándonos ahora en el problema de la calidad, es sabido que uno de los argumentos más frecuentemente utilizados para la defensa de las restricciones a la competencia en ciertos bienes o servicios, particularmente los servicios profesionales, ha sido *la existencia de notables asimetrías informativas* que, ante la dificultad para el consumidor de apreciar con una mínima precisión la calidad del producto, *haría que ésta descendiera a niveles inaceptables*. Recuérdese la muy conocida y profusamente citada argumentación de AKERLOF ("The market for «lemons»: Quality uncertainty and the market mechanism", en *Quarterly journal of economics*, agosto 1970, pp. 488-500), en el sentido de que esa falta de transparencia provocaría la desconfianza del consumidor sobre la calidad del producto que se le ofrece, reduciendo el precio máximo que estaría dispuesto a pagar, y abriendo un proceso de mengua de la calidad del producto puesto en el mercado y consecuentemente del precio ofertado. El resultado final de esa recurrente sucesión de reducciones de calidad y precio sería que *finalmente sólo se pusieran en el mercado productos de la menor calidad, terminando por expulsar del mismo a los proveedores de productos o servicios de mayor calidad*, incapaces de lograr una demanda suficiente, al precio que necesitan obtener por el producto, para que su producción fuera rentable.

Las condiciones que desencadenarían el proceso de pérdida de calidad en una dinámica de mercado de limones serían básicamente dos (que, como iremos viendo, responden a las condiciones del mercado de servicios notariales): en primer lugar, *la imposibilidad para conocer la calidad de los productos o servicios al adquirirlos* –bien por motivos técnicos, por el excesivo coste de la información sobre los mismos, o por la inexistencia de experiencias acumulables o intercambiables en los demandantes de los servicios–, y, en segundo lugar, *la imposibilidad de sancionar individualmente al responsable de la pérdida de calidad mediante la emigración de los clientes*, debido a que éstos sólo demandan sus productos ocasional y aisladamente, con lo cual la sanción del mercado no recae sobre el productor responsable, sino sobre el conjunto del mercado (OTT y SCHÄFER, *Manual de análisis económico del derecho civil*, p. 314).

Análoga versión sobre el efecto de la falta de transparencia de la calidad del servicio puesto en el mercado nos da ARRUÑADA, describiendo otro mercado donde la falta de transparencia sobre la calidad es

prácticamente inevitable: el mercado de coches usados, en el que, dice, si un ofertante dispone de un coche de calidad superior a la media, no se vendería por su valor real, sino por un precio igual al valor de los coches de la menor calidad. Porque si no fuera así, los propietarios de coches de escasa calidad los pondrían a la venta rápidamente, ya que el precio de mercado sería superior al valor real de sus coches. Por ello, el comprador (especialmente, si se tiene en cuenta la aversión al riesgo que caracteriza su actuación) finalmente estará dispuesto a pagar únicamente el precio correspondiente al valor de los coches de la menor calidad existente (cfr. *Teoría contractual de la empresa*, p. 242).

En la literatura económica americana se ha planteado con frecuencia este problema de los productos de calidad no contrastable, y los remedios a las consecuencias de esas asimetrías informativas. Así, BEALES, CRASWELL y SALOP afirman que si los consumidores están imperfectamente informados, incluso los ofertantes de bienes o servicios más pequeños pueden lograr un cierto grado de poder informacional en el mercado, lo cual conducirá a situaciones monopolistas, más que de competencia perfecta. Porque, siguen diciendo, *los problemas de selección adversa y de riesgo moral pueden destruir el mercado, y conducir a un equilibrio del tipo de los limones, de baja calidad y bajos precios*. El motivo, continúan, es que el mercado responderá a las opacidades informativas canalizando la competencia exclusivamente hacia los atributos observables del producto: si el precio es observado más fácilmente que la calidad, la competencia se verá focalizada hacia productos baratos y de baja calidad. Los ofertantes *se verían inducidos a invertir exclusivamente en las cualidades observables externamente de sus productos*, para explotar esos signos aparentes, reduciendo la calidad de los atributos internos y no observables, e incluso en último término destruyendo a lo largo del proceso el valor predictivo de esos signos. Consecuentemente, los remedios probablemente más eficaces serían los informativos, dado que tratan de la causa, más que de los síntomas, del problema. Pero cuando esos remedios no sean posibles, la forma más eficiente de afrontar la cuestión es probablemente *la regulación de los productos y sus precios, exigiendo o induciendo la uniformidad, con lo que se reducirían enormemente las necesidades informativas* ("Information remedies for consumer protection", p. 411). Análogamente, ORDOVER y WEISS estudian cómo en mercados con numerosos ofertantes y demandantes, donde algunos de ellos estén imperfectamente informados, la absoluta libertad de contratación no conduce inevitablemente a la más eficiente asignación de recursos, sino que *las restricciones legales de los términos del contrato pueden aumentar la eficiencia de esas asignaciones de recursos* ("Information and the law: Evaluating legal restrictions on competitive contracts", p. 399).

Sin duda, todos estos argumentos tienen un notable grado de contacto con la realidad. El problema de las asimetrías informativas constituye uno de los fallos del mercado de más frecuencia y entidad. Por ello, los mismos operadores económicos diseñan mecanismos que, asegurando el mantenimiento de *una determinada reputación frente al mercado*, superen ese problema, aun a costa de un aumento a veces muy notable en los costes y precios: así, la generalización de las marcas o las franquicias son frecuentes instrumentos de esas finalidades. Y no deja de ser significativo que, en el caso de las franquicias, suele imponerse a los franquiciados un sistema de precios fijos que elimine las tentaciones de reducción de la calidad. El problema será de viabilidad y eficiencia de esos mecanismos en el mercado de servicios notariales.

Porque, en primer lugar, debe tenerse en cuenta otra consideración: el mecanismo que los mercados suelen emplear para superar los problemas derivados de las asimetrías informativas es como hemos dicho ya el uso de elementos que hagan aparente el grado de calidad de los servicios ofertados. Pero *esos mecanismos de publicidad presentan grandes problemas de eficiencia económica*: KALDOR afirma ("The economic aspects of advertising", p. 240) que, siendo indudable la necesidad de información, la publicidad, como medio de suministrarla, es muy deficiente, *por su carácter notablemente sesgado* (ya que, al ser suministrada por una parte interesada de la relación económica, suele tener por objetivo influir en el comportamiento del consumidor no a través del suministro de una información completa y útil, sino colocando en el primer plano de su consciencia únicamente una pequeña cantidad de información, sesgada hacia los objetivos del publicitante, concentrándose exclusivamente en alguno de los aspectos o caracteres del producto ofrecido, dejando de lado los demás—cfr., las anteriores afirmaciones de BEALES, CRASWELL y SALOP sobre la relevancia de las cualidades externamente observables—, y sin hacer mención alguna sobre otras fuentes de suministro del producto que pudieran resultar, por sus características, más convenientes para el consumidor).

A ello añade este autor que no cabe razonablemente dudar que la publicidad promueve la concentración empresarial, debido a que mediante ella las firmas de más tamaño suelen ganar a expensas de las más pequeñas (*op. cit.*, pp. 245 y s.). Consecuentemente, el empleo de la publicidad promueve la concentración empresarial debilitando la competencia e incrementando los rasgos monopolísticos del mercado. Ello, *si esa concentración no está justificada por la existencia de economías de escala, convierte, dice, a los efectos de la publicidad en dañinos*. Pues bien, tal aseveración presentará especial relevancia en relación con el mercado de servicios notariales, en el que, como veremos, la ley de los rendimientos marginales decrecientes se verifica de forma particularmente intensa, traducándose esa

disminución de los rendimientos no sólo, ni principalmente, en el aumento del coste, sino sobre todo en la reducción de la calidad del producto, con los perniciosos efectos que esa reducción llega a tener.

D) Valoración de los daños causados: seguridad jurídica v. seguridad económica.

Por otra parte, se suele afirmar que el mercado asegura la asignación eficiente de recursos porque permite a todo demandante elegir lo más adecuado a sus necesidades a través de un proceso de sucesivos ensayos de compras de productos de distinta calidad y precio (así, FRIEDMAN, MILTON & ROSE, *Free to choose*, p. 212). Pero ese mecanismo no siempre es suficiente, porque como señala el citado KALDOR (*op. cit.*, pp. 239 y s.), *los problemas de las asimetrías informativas se hacen especialmente graves "cuanto más importantes sean los complejos y duraderos productos de la industria en el presupuesto del consumidor; bienes que el consumidor compra sólo infrecuentemente —quizás sólo una vez en su vida— de modo que no puede adquirir la información necesaria sólo mediante la experiencia; y que son, por su naturaleza, tan complejos que sólo pueden ser juzgados por un experto"*. Y si esta definición de los supuestos de mayor gravedad de las asimetrías informativas parece ajustarse al pie de la letra tanto a los servicios notariales como sobre todo a los productos en cuyas transacciones interviene el notario, hay aspectos de estas transacciones que aumentan aún más la gravedad de las asimetrías: por una parte el hecho, reiteradamente citado, de que frente al notario ofertante de su servicio se encuentran *dos demandantes simultáneos, con intereses objetivamente opuestos* en cuanto a la calidad del servicio del notario, y sobre todo con la circunstancia agravante de que el cliente interesado en la menor calidad del servicio notarial, por ser habitual, no padece esas asimetrías informativas relativas a la calidad del servicio del notario, ni respecto a la calidad del producto que él ofrece, y especialmente del contrato a través del cual ofrece ese producto. Y el otro contratante, por el contrario, se verá afectado por una falta de información sobre la calidad del servicio notarial que puede ser utilizada para agravar las asimetrías que padece sobre el mismo bien o servicio contratado ante el notario.

A ello se añade otra circunstancia que aumenta notablemente el efecto de las asimetrías informativas sobre el producto ofertado por el notario: se trata del hecho de que *el valor de la pérdida económica derivada de las deficiencias en la calidad del servicio notarial* no es igual a la diferencia entre el precio teórico de un servicio de calidad mayor y uno de calidad menor, sino mucho más importante: ese valor será el valor del aumento de los costes de transacción generados en el negocio autorizado

por el notario, bajo forma de *riesgo de pérdida de una parte mayor o menor del beneficio económico esperado* del mismo.

Y cabe también observar que esa pérdida, siendo importante en términos absolutos (pues la cuantía del negocio intervenido por el notario es evidentemente incomparablemente superior al coste de los honorarios notariales), *lo es aún más en términos relativos*. Porque lo que se juega el consumidor es una pérdida cuantificable como una determinada cantidad de dinero. Pero, como han descrito numerosos análisis económicos, para el sujeto económico resulta más importante una pérdida que una ganancia de la misma cantidad. DAVID BERNOUILLI justificó esa *aversión al riesgo de los individuos* apoyándose en la idea de que para el sujeto lo que cuenta no es la esperanza matemática de adquirir (o perder) una cantidad de dinero (en cuyo caso se valorarían igual, quedando totalmente compensadas, la probabilidad de una pérdida y la de una ganancia de la misma cantidad y con el mismo riesgo), *sino la esperanza matemática de la utilidad que para el sujeto representa el dinero*. Y el dinero vale menos cuanto más se tiene: una peseta adicional vale menos para un rico que para un pobre, y para un mismo sujeto la peseta que se gana, acumulándose a un patrimonio ya existente, tiene por tanto menos valor que la que se pierde y que por tanto reduce el valor de ese patrimonio. Análoga es la explicación que se deriva de *la función asimétrica de valor* (KAHNEMAN, TVERSKY, cit. por ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 60), que representando en el eje vertical los valores para el sujeto y en el horizontal las pérdidas o ganancias, es cóncava en el sector de las pérdidas y convexa en el de los beneficios, pero tiene una pendiente mucho mayor en el sector de las pérdidas (de modo que una pérdida de cierta cantidad de dinero implica una pérdida de valor mucho mayor que la ganancia de valor que generaría una ganancia de la misma cantidad de dinero).

Lo anterior tiene una consecuencia importante: *la mayor utilidad, medida en términos cuantitativos, que tiene un sistema de seguridad jurídica en sentido estricto* (un sistema que evite que se den casos de ineficacia o de efectos imprevistos o indeseados del negocio) *frente a un sistema de seguridad puramente económica*, como el americano, donde se evitan los efectos perniciosos del negocio mediante un seguro que los compense. Porque por una parte la percepción de la indemnización de ese seguro será igualmente incierta, dados los problemas de asimetrías informativas sobre la celebración del propio contrato de seguro y los posibles riesgos de incumplimientos de la misma compañía. Y por otra, ni mucho menos está claro que el uso de ese seguro de pérdida de beneficio compense totalmente la pérdida derivada de la ineficacia del negocio, bien porque la compañía aseguradora valore en menos esa pérdida (repitiéndose, por

tanto, a la hora de solicitar la indemnización debida por la compañía problemas de determinación de la existencia del daño y valoración del mismo idénticos –y sobradamente conocidos para cualquier usuario– a los que suelen darse en otros seguros de daños), o bien porque, como frecuentemente ocurre, valorándose la pérdida en una cantidad igual al precio que se pagó al contratar, con ello no se compense la pérdida de los beneficios que se esperaba obtener del contrato (por ejemplo, por la revalorización del bien que se adquirió, o por la especial utilidad que éste generaba para el adquirente, que lo eligió para sí). Con ello, el sistema de seguridad económica no elimina completamente la posibilidad de que el contratante pierda alguna parte de los beneficios económicos esperados. Y, como hemos expuesto, el valor para el sujeto de esa pérdida potencial resulta notablemente incrementado por su aversión al riesgo.

Y otra consecuencia de esa asimetría de la función de valor es la insuficiencia que tendría el mecanismo que más fácilmente se podría emplear para hacer aparente una garantía de calidad del producto ofrecido. Porque, como señala ARRUÑADA (*Teoría contractual de la empresa*, pp. 239 y ss.), ante la falta de transparencia sobre la calidad del producto, uno de los mecanismos más utilizados y eficaces (sobre todo en los bienes de confianza y transacciones no repetitivas) es el ofrecimiento de *garantías que aseguren al consumidor la calidad del producto por él adquirido* (así, el fabricante de coches que ofrece una garantía contra todo tipo de fallos mecánicos durante tres o cinco años asegura al potencial adquirente, a través de este signo externo, que su producto es de calidad, o que si no la tiene en la medida esperada los efectos de esa carencia quedarán neutralizados). Pues bien, en los servicios notariales el mecanismo para hacer externamente aparente la calidad *sería el ofrecimiento de la existencia de un seguro de responsabilidad civil contratado por el notario*, capaz de paliar los efectos de los posibles defectos de calidad. Pero ese seguro, como acabamos de ver, no paliaría tampoco las consecuencias del fallo de calidad, por cuanto para el usuario no tiene el mismo valor el riesgo del quebranto económico derivado del fallo del contrato que la probabilidad de que ese quebranto quede reparado posteriormente. Y el ofrecimiento de la garantía brindada por un seguro de responsabilidad del notario tampoco sería un indicio válido de la existencia de una mayor calidad en el producto que él ofrece, pues todos los notarios ofrecerían un seguro, y las diferencias de calidad en el servicio notarial no se manifestarían por la inexistencia de un seguro, sino en todo caso (suponiendo que ese seguro fuera contratado por los notarios individual y no colectivamente) en el mayor coste del seguro para el notario, algo que no trascendería a los usuarios del servicio notarial.

8) ¿Está justificada la intervención estatal frente a las asimetrías informativas?

No obstante, frente a los anteriores razonamientos favorables a la introducción de medidas reguladoras del mercado, para eludir los problemas generados por las asimetrías informativas, *se alza una seria objeción, consistente en el carácter contradictorio del argumento de que pueda ser beneficioso para el consumidor un mecanismo regulador, que reduciría la competencia y por tanto generaría la apropiación de mayores cuasi-rentas de las que proporcionaría el puro mercado, a costa del mismo consumidor que es quien ha de pagarlas.* En consecuencia, según esta forma de razonar, sería el propio mercado el que, también en mercados con asimetrías informativas, proporcionaría el equilibrio más eficiente.

Pero el mecanismo de la regulación del mercado, incluso mediante la introducción de controles de precios, sí puede ser beneficioso para el consumidor. Deben tenerse en cuenta varios datos: en primer lugar, ya hemos visto, siguiendo a LI WAY LEE, cómo los estudios económicos sostienen la viabilidad de tales medidas regulatorias con tal que, de consistir en una regulación de precios, éstos sean fijados correctamente, *por terceras personas que atiendan a los intereses generales*, y no a los particulares de cada uno de los implicados en las transacciones.

En segundo lugar, debe considerarse que no se trata simple y directamente de medidas conducentes al mantenimiento artificialmente alto de los precios, a través de su regulación imperativa. Por el contrario, *de lo que se trata es de mantener la calidad, y para ello, en la medida en que sea necesario, de regular los precios*, debido a que esa regulación se considera necesaria *para evitar los procesos de sucesivas reducciones de la calidad y el precio de los productos.* Pero junto a esa regulación de los precios, y como medida primordial y de mayor importancia, están *las medidas conducentes al mantenimiento de un estándar mínimo de calidad en estos servicios*, a las que nos referiremos al final de este estudio. No debe perderse de vista que esas medidas para mantener la calidad son el elemento esencial, respecto del cual la regulación de los precios constituye realmente un medio adicional, *sine qua non*, para su eficacia. La regulación de los precios parece imprescindible, debido a que como hemos visto la libertad para su fijación conduciría a la creación de relaciones comerciales estables, basadas en el gran volumen de transacciones acordadas entre un operador empresarial o profesional y un notario, donde ese volumen de las transacciones y la reducción del precio van unidos. *Y las relaciones comerciales estables darían lugar a la vinculación del notario y el gran demandante de sus servicios, y por tanto a la falta de independencia del notario*, que sería incapaz de defender adecuadamente

los intereses del otro contratante (el que, por no ser habitual, sería precisamente el necesitado de esa protección). Por lo demás, la libertad de fijación de precios podría desencadenar la dinámica de un mercado de limones (con alternativas y sucesivas reducciones de calidad y precio).

Consecuentemente, no siempre la regulación de un sector productivo, para evitar los efectos de las asimetrías informativas, resulta perjudicial para el mercado, por determinar un encarecimiento de precios a costa del consumidor. *La cuestión de la utilidad de esas regulaciones del mercado dependerá muy especialmente de los efectos que puedan tener esas asimetrías informativas y las externalidades de la producción.* Porque, como acabamos de decir, pero conviene reiterar, si la consecuencia es únicamente que cuando el consumidor recibe una calidad menor de la esperada sufre una pérdida igual a la diferencia entre el valor teórico (el precio que razonablemente señalaría el mercado) de la calidad esperada y el valor de la efectivamente recibida, la escasa cuantía de ese riesgo justificaría plenamente la utilidad del mecanismo de pura relación entre la oferta y la demanda para la fijación de precios, calidades y cantidades de producto que son objeto de transacción. En esas circunstancias, el mercado, a través de mecanismos aseguradores de la calidad y la reputación como los descritos, proveería la solución al problema de las asimetrías, con unos costes económicos y sociales razonables.

Pero existen casos en que *los engaños o errores sobre la calidad del producto afectan a bienes o valores de entidad cualitativa o cuantitativamente muy superior*, justificando una intervención pública (por instituciones estatales o supraestatales, como ocurre con el prolijo derecho comunitario dictado en estas materias), para evitar las consecuencias de una calidad inferior a la debida o esperada. Ocurre así en la regulación de todas las actividades económicas relacionadas con la salud (servicios médicos y hospitalarios, producción y suministro de medicinas). Y lo mismo pasa con otros productos que pueden tener incidencia en la seguridad de las personas físicas o de sus bienes (homologaciones sobre la base de estándares de calidad predefinidos para la comercialización de vehículos de motor, herramientas, juguetes, etc.).

A ello debe añadirse otro hecho: la existencia de efectos externos de la suficiente entidad y valor hace que inevitablemente el mecanismo puro del mercado, al no tener en cuenta la retribución que se debería percibir por su generación, *no pueda producir de forma eficiente ese producto, con la cantidad y —especialmente— calidad que resultarían más útiles para el sistema económico general* (en términos, por tanto, de equilibrio general).

Nuestra posición consiste, pues, en que *los servicios notariales son uno de los sectores económicos en que ese tipo de circunstancias justifican una intervención pública en su mercado.* Ya hemos visto los efectos, en térmi-

nos de pérdida de valor, que se derivan de los posibles fallos de calidad de los servicios notariales. Y, para precisar más nuestra argumentación, la desarrollaremos en tres direcciones. En primer lugar, el estudio del valor añadido (o mejor, *los valores añadidos*, dado que no resultan los mismos totalmente homogéneos) por el servicio notarial; en segundo lugar, el estudio de las circunstancias en que concretamente se desarrollan *la producción, oferta y demanda de los servicios notariales*, y como conclusión el de *los requisitos o condiciones* que deben tener tanto el mercado en sí como los operadores del mismo para que el valor añadido del servicio notarial se mantenga, o incluso se incremente, al atender a nuevas necesidades socio-económicas.

No podemos continuar, sin embargo, sin dejar sentada antes una importante observación: ya hemos señalado cómo es frecuente que las políticas relativas a la ordenación de los servicios notariales se formulen sin demasiado conocimiento de causa, y con cierta inconsciencia sobre los posibles efectos de esas medidas (cfr. *supra*, I.5). Pues bien, las medidas reguladoras del régimen de prestación de los servicios notariales (ante todo, su organización bajo parámetros más funcionariales o más profesionalizados) tendrán una evidente e inevitable influencia sobre la calidad de los servicios prestados, especialmente por su efecto sobre la predisposición del notario a respetar las obligaciones y los límites legales que le sean impuestos. Y por ello se hace imprescindible adoptar una actitud de extrema prudencia al definir las, por cuando sus posibles efectos perniciosos sobre la calidad y utilidad de ese servicio pueden ser de muy difícil recuperación, cuando no irreversibles. En tal sentido, resulta paradigmático el caso de Portugal, donde la intervención notarial se funcionarizó de forma bastante radical, separándola de lo que sería propiamente un notariado de tipo latino tal como se entiende en los países europeos continentales, y haciendo imprescindible la obtención de un previo asesoramiento profesional externo sobre el contenido del negocio a formalizar (servicio que en ocasiones sería prestado por el propio notario, pero fuera y antes de su actuación como tal notario). Esa situación provocó un notable deterioro de la situación profesional de los notarios que abrió las puertas a una imparable serie de corruptelas en la prestación del servicio, que pueden terminar abocando a la profesión notarial a su propio final.

La razón de esos peligros (que intuitivamente se entienden bien si se piensa que, iniciado un proceso de generalización de incumplimientos, se hace muy difícil revertirlo debido a que cada notario individual se vería muy poco inclinado a aumentar el rigor de su actuación, con perjuicio para sus propios intereses pero con gran consuelo moral para él, si observa que a su alrededor los demás profesionales se siguen lucrando de

sus respectivos incumplimientos) estriba en *la sensibilidad de los equilibrios que se alcanzan en el mercado, en materia de corrupción*. Porque se ha señalado que para situaciones con igualdad de condiciones (principalmente, en materia de probabilidad de detección y sanción de la conducta irregular y relación entre el valor económico de la sanción y los ingresos actuales y sobre todo esperables en el futuro del funcionario inclinado a la corrupción) se alcanzan equilibrios diversos, grados distintos de corrupción de unos países a otros (cfr. MAGADÁN y RIVAS, *Corrupción y fraude. Economía de la transgresión*, p. 64). Ello se debería sobre todo a las diferencias existentes en el entorno. Entre dos grupos de individuos con igual grado de aversión al riesgo, y con igual probabilidad de sanción y de pérdida de rentas presentes y futuras, suelen darse diferentes grados de corrupción de los mismos, lo que obedecería a que un entorno donde haya un grado mayor de corrupción sería más difícil y cara la detección de la conducta irregular de un funcionario, y ello a su vez daría lugar a un menor grado de presión colectiva contraria a la corrupción sobre los funcionarios. Por eso, cuando se ha alcanzado un grado más elevado de corrupción o incumplimientos en un determinado entorno, no resulta fácil una política que pueda reducir eficazmente el grado general de corrupción existente.

2. El valor añadido por el servicio notarial.

1) *Planteamiento: efectos directos y efectos externos.*

Admitido que, si es indudable que la utilización del servicio notarial genera utilidades, es necesario asegurar la maximización de las mismas al mínimo coste posible, debemos empezar por aclarar cuáles son los concretos beneficios o ventajas que proporciona el servicio notarial, parte de los cuales hemos ido bosquejando en las páginas anteriores, pero que ahora estamos ya en condiciones de catalogar con más claridad. Pues bien, el servicio notarial genera *dos clases de beneficios fundamentales: los que favorecerán directamente al usuario concreto, y los dispensados más genéricamente a la sociedad*. Ambos, sin embargo, no son realmente independientes, puesto que las ventajas que obtiene el usuario del servicio notarial, relativas al aumento de la seguridad jurídica y económica en el contrato celebrado, y como consecuencia de lo anterior a la reducción de las necesidades informativas y de los costes transaccionales del contrato, *generan una acción potenciadora de la eficacia y rentabilidad de los mercados que es seguramente el principal efecto externo derivado de los servicios notariales*.

Los efectos externos de las actividades económicas son una cuestión extensa y conocidamente estudiada en la literatura económica moderna.

Conviene recordar que se trata de los beneficios incidentales para terceros (o, más genéricamente, para la sociedad o para el mercado en su conjunto), no específicamente previstos ni buscados, que se generan en diversas actividades, y que, por afectar a ámbitos distintos de los propios inductores (ofertantes/demandantes) de la transacción, no se tienen en cuenta para el cálculo del beneficio. Consecuentemente, *el productor que no recibe ninguna retribución por ellos no se verá inclinado a destinar excesivos recursos a su generación*, por muy provechosos que puedan ser para la colectividad, dándose por tanto *una producción inferior a lo que sería socialmente rentable*. Así, pues, “el sistema de precios falla en su papel de asignador de recursos”: por ello, el Estado deberá apoyar esas actividades generadoras de beneficios externos (BAUMOL & BLINDER, *Economics principles and policy*, pp. 608, 611).

Pues bien, COASE supone que en un mundo con costes de transacción nulos todos los efectos externos pueden ser internalizados (y consecuentemente tenidos en cuenta por los productores al asignar recursos a cada uno de sus productos) mediante acuerdos entre los distintos operadores en el mercado (básicamente, los productores y los beneficiados por esos efectos). Pero la existencia de costes de transacción y de obstáculos para la obtención de información en los mismos mercados generadores de esos efectos externos hace que tales acuerdos no puedan solucionar el problema eficientemente, por lo cual *la solución más eficaz será la intervención estatal, por más que su misma eficiencia se vea igualmente afectada por los mismos problemas de información sobre las preferencias de los consumidores y las posibilidades tecnológicas de las empresas productoras* (QUIRK, *Microeconomía*, pp. 512-514).

Vamos a analizar a continuación los diferentes efectos o utilidades generados por el sistema de prestación de servicios notariales en vigor en España. Muchas de esas utilidades son puramente externas, mientras que otras constituyen simultáneamente beneficios internos para los otorgantes y externos o generales para el conjunto del sistema económico. En cualquier caso, el mismo análisis de su naturaleza revelará cómo no son efectos susceptibles de generación espontánea, por la actuación de los individuos centrada, como en cualquier otro mercado, en su interés particular, sino que se requiere un control o dirección de su mercado suficientemente eficaz.

2) Seguridad jurídica, reducción de los costes transaccionales e incremento del beneficio.

Por lo que se refiere a la utilidad particular, el contratante se beneficia *por el aumento de seguridad jurídica y económica* en la transacción

celebrada, y, como efecto de lo anterior, incrementa *el beneficio o utilidad de la propia transacción*, de forma proporcional al aumento de la probabilidad de obtener ventajas mediante la misma o, desde otro punto de vista, a la reducción de la probabilidad de que las ventajas esperadas se frustren como consecuencia de las incidencias que puedan surgir en el desarrollo y cumplimiento de la transacción. Así, pues, de la formalización y autorización por el notario de la escritura que da vida al negocio se desprende una *reducción de los costes globales de transacción de ese negocio, ya que desaparecen por completo, o se reducen drásticamente, todos los que se relacionan con los riesgos contractuales* que en otro caso se habrían de asumir. Aparte de ello, no debe olvidarse que, si la intervención del notario no resultara capaz de proporcionar toda la seguridad necesaria y debiera complementarse con otros servicios de asesoramiento, difícilmente podrían los costes globales de esos servicios transaccionales mantenerse al nivel de los actuales.

Cabe recordar, a este respecto, que se ha dicho en reiteradas ocasiones que en un mercado perfectamente competitivo y dotado de una transparencia absoluta, no hay necesidad, ni lugar, para los servicios del notario, o de los abogados, ni hay por tanto por qué incurrir en costes de transacción (cfr. R. J. GILSON, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*; YALE, L. J., 94, 1984, p. 251, cit. por PAZ-ARES, en *El sistema notarial. Una aproximación económica*, p. 22; y análogamente, la justificación a las intervenciones públicas restringiendo la libertad de fijación de condiciones contractuales para evitar las ineficiencias de la asignación de recursos motivadas por las asimetrías informativas padecidas por alguno de los contratantes, ORDOVER y WEISS, "Information and the law: Evaluating legal restrictions on competitive contracts", p. 399). Pero la realidad dista mucho de esa transparencia informativa. El mercado, entorno en cuyo seno tiene lugar el conjunto de las transacciones, carece de ella no sólo porque resulte difícil la comparación entre el precio y la calidad de los diversos productos ofertados en él, sino, paralela y principalmente, porque los efectos de cada posible transacción se encuentran sumidos en la incertidumbre, debida, sobre todo, a la posibilidad real e inevitable de incumplimientos por la otra parte o más genéricamente de que aparezcan conflictos en su desarrollo, y a la dificultad de prever cada uno de los efectos que el negocio y su desarrollo habrán de generar. *Esa incertidumbre reduce la utilidad de la transacción, puesto que el contratante tiene que descontar del beneficio posible la probabilidad o esperanza matemática de insatisfacción como consecuencia de incumplimientos totales o simples cumplimientos defectuosos o que se aparten de los inicialmente esperados de la otra parte, o bien de otras incidencias como el agravamiento o encarecimiento de las prestaciones, res-*

ponsabilidades y efectos previsibles del contrato. Es decir, entre los costes de transacción, o costes inherentes a la celebración del contrato, se encuentra el coste del azar moral, o la inevitable asunción del riesgo de incumplimientos en el posterior desarrollo del mismo. Y otro riesgo a descontar es el derivado de la incertidumbre no sobre el cumplimiento en sí del mismo contrato, sino sobre los efectos que normalmente habrá de producir lo pactado en él, en la medida en que la complejidad de los numerosos elementos presentes en el negocio puede hacer imposible o enormemente difícil al contratante no habituado a ello la justa apreciación del significado y alcance que realmente habrá de tener cada una de sus cláusulas y de cada uno de los efectos que expresa o tácitamente se derivarán del negocio.

Por ello, en la contratación de cualquier tipo de productos y servicios *se suele asumir el pago de otros costes transaccionales que tiendan a reducir el riesgo derivado de la incertidumbre*, y que serán rentables si resultan inferiores no ya a la reducción de la esperanza matemática de lesiones patrimoniales derivadas de incumplimientos o efectos imprevistos de lo pactado, sino al valor que para el sujeto tiene la esperanza matemática de lesión patrimonial en el desarrollo del negocio: véase lo dicho (al estudiar los efectos de las asimetrías informativas) sobre la aversión al riesgo y la asimetría de la función de valor (BERNOUILLI, KAHNEMAN-TVERSKY).

Pues bien, la actuación notarial reduce los costes transaccionales generales derivados de la incertidumbre en la contratación, por varias razones: en primer lugar, por la existencia de un control que garantiza con una seguridad homogénea *la eficacia de la transacción*. Por otra parte, el hecho de que el negocio haya sido autorizado por notario *aminora enormemente el riesgo de incumplimientos por la otra parte, desincentivándolos, al limitar sus posibilidades de defensa jurídica* (gracias a las presunciones de veracidad y exactitud de las declaraciones del notario en la escritura que se derivan de la fe pública notarial, a la ejecutividad de las obligaciones establecidas en la escritura, y al control de la legalidad y eficacia del documento, y de la exactitud fáctica y jurídica de lo declarado en él, que actúa de fuerte potenciador de su admisibilidad y eficacia judicial). También colabora a la reducción de los incumplimientos el hecho de que el otorgamiento de la escritura vaya precedido de *la información por el notario a los otorgantes sobre los efectos y contenido del negocio formalizado*, “prestando especial atención al contratante más necesitado de protección” (como impone expresamente el Reglamento Notarial en su art. 145), evitando con ello la aparición de motivos imprevistos de ruptura del equitativo equilibrio inicialmente asumido y aceptado por cada una de las partes, que pudieran inclinarlas a no cumplir regularmente

por considerarse injustamente perjudicados por el contrato. Finalmente, la actuación asesora del notario reduce de manera notable *el riesgo de que aparezcan cargas o efectos lesivos legítimamente derivados del contrato, pero imprevistos* (por desconocerlos) por el otorgante lesionado, en forma de gravámenes sobre las cosas que fueran objeto del contrato, imputación de cargas fiscales, prestaciones contractuales imprevistas o más gravosas que las previstas, etc. Todo ello reduce los costes de transacción que se presentan en forma de riesgos o incertidumbres en el negocio, y por tanto actúa como *factor incrementador del beneficio o utilidad de la misma transacción*. Junto a ello, el hecho de que el asesoramiento notarial sea único para las dos partes, y que se preste por profesionales especializados en ello, permite unos costes menores de los que generaría un asesoramiento libre, en el mercado, buscado independientemente por cada una de las partes.

Profundizando en lo anterior, debemos analizar los problemas inherentes a la confección del contrato, para detectar luego las formas en que la actuación notarial puede contribuir a su solución. Esos problemas en la formalización del contrato radican en dos datos principales: *por una parte, el coste y las insuficiencias de la información disponible por los otorgantes, y por otra el oportunismo, tanto ex ante como ex post, del otro contratante*. Este último problema se debe a que las partes actúan en función de su propio interés, y no de forma altruista (salvo excepciones, debidas seguramente a la creencia del altruista de que mediante ellas puede llegar a beneficiarse, gracias a la mayor eficiencia de las conductas manifestadas en el grupo e incentivadas por la misma actuación del altruista; cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 85).

Centrándonos, en primer lugar, en la problemática de las asimetrías informativas, debemos comenzar reiterando algo que ya hemos observado repetidamente: los problemas informativos, la insuficiencia de la información disponible, el coste de la información y la desigualdad de las disponibilidades informativas son, y así se afirma por cuantos analistas se han ocupado de la cuestión, un fenómeno generalizado, con más o menos intensidad, en la práctica totalidad de los mercados de bienes y servicios, y que ejerce una influencia decisiva sobre las formas, condiciones y eficiencia de la contratación. Porque, partiendo del hecho de que toda información tiene un coste, y que ese coste suele ser notable, en muchas ocasiones la decisión más razonable desde el punto de vista económico puede ser la de adoptar decisiones económicas disponiendo de una información en mayor o menor medida incompleta (porque una información exhaustiva y total sería excesivamente costosa, y el aumento del coste no compensa el riesgo supuestamente reducido motivado por la indisponibilidad de los últimos datos o informaciones). Es decir, *cabe*

adoptar decisiones óptimas con información imperfecta, o decisiones subóptimas debido al empleo de una información deficiente, como ya hemos visto más arriba (III.1.7.B). Por ello, *todo instrumento capaz de reducir las necesidades informativas de un mercado o de abaratar la obtención de información en el mismo, resultará un eficaz potenciador de su eficiencia*.

Junto a lo anterior, debe tenerse presente que *todo operador económico actúa movido por el oportunismo, entendiendo por tal cosa la orientación de la propia conducta por el autointerés*, o, lo que es lo mismo, por la intención de obtener las mayores ventajas posibles. Ello no necesariamente implica una actuación maliciosa, ya que frecuentemente el mismo autointerés induce una actuación honrada debido a las ventajas de la manifestación al exterior de esa seriedad contractual. En otras ocasiones no se manifiesta el oportunismo en toda la medida en que podría hacerlo, bien por la existencia de salvaguardias implícitas que lo evitan (cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 70), o bien porque el riesgo de perjuicios derivables de esa actuación oportunista induzcan a un comportamiento más prudente.

En cualquier caso, sin dramatizar excesivamente la situación, sí resulta indiscutible que la tendencia a la actuación oportunista existe en la celebración y en el posterior desarrollo de todo contrato. Cabe, así, hablar de *oportunismo ex ante* y de *oportunismo ex post*.

Antes de la celebración de cualquier contrato, cada uno de los contratantes intenta obtener todas las ventajas posibles a su favor, valiéndose sobre todo de sus conocimientos sobre la situación en que se produce el contrato: conocimientos sobre el mercado, sobre las circunstancias técnicas, económicas y jurídicas que influirán en sus efectos, sobre las necesidades de la otra parte, etc. De manera especial, *cada uno de los contratantes, apoyado en sus conocimientos sobre la materia, intentará diseñar el contrato de forma que se eviten las posibles ocasiones para el oportunismo ex post de la otra parte (y posiblemente también intentando crear las posibles para el suyo propio)*. Ello, dado que siempre las carencias informativas afectarán en mayor o menor medida a una o a ambas partes, puede dificultar enormemente la utilidad de la contratación, por dos vías principales.

Por una parte, cuando ambas partes disponen de una información incompleta pero de equivalente nivel, la inseguridad en que ambas se encuentran puede llevarles a *pretender reforzar todas las posibles salvaguardas para su situación contractual, de forma que el coste de la misma contratación termine haciéndola inviable*. Porque una de las principales vías para evitar los problemas de riesgo moral en el cumplimiento del contrato es el establecimiento de mecanismos de supervisión, o de garantías, que incrementen la probabilidad del cumplimiento correcto y voluntario

por la otra parte. Pero esos mecanismos garantizadores conllevan un coste nada despreciable. Sobre todo, en el tráfico financiero e inmobiliario, el establecimiento de garantías se ve afectado por importantes *cargas fiscales* que con frecuencia hacen inviable el establecimiento de la garantía, y de rebote del mismo contrato. Ello resulta absurdo, puesto que las cargas fiscales están justificadas cuando gravan la operación material que se desarrolla; pero frente a los pactos meramente instrumentales de la operación sustantiva, como el establecimiento de una condición resolutoria o una hipoteca, o las formas de financiación de la misma, el sistema impositivo debería adoptar —y no lo hace— una posición de absoluta neutralidad, para no interferir en la elección de formas de llevar a cabo la operación material, ni reducir por ese motivo la eficiencia de la contratación, y consecuentemente de ese mercado.

Pues bien, no es infrecuente que, ante la inseguridad generada por las carencias informativas de ambas partes en la relación contractual que se está diseñando, una y otra exijan un notable refuerzo de sus respectivas garantías, produciéndose una verdadera “carrera de armamentos” (cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 158) que termine por hacer imposible el contrato, debido a sus costes. Ello puede ocurrir incluso si ambas partes disponen de algún tipo de asesoramiento, en la medida en que, como con no poca frecuencia ocurre, la existencia de ese asesoramiento no elimina por completo los déficits informativos padecidos. Sin embargo, *ese problema desaparece cuando el asesoramiento reúne dos requisitos: su imparcialidad y su calidad*. Porque en ese caso ambas partes pueden fiarse de la información que mediante él se les brinda, y considerar aceptable la configuración contractual que se les propone, confiando en que no se les oculta nada que se haya comunicado a la otra parte (o que simplemente el asesor común sabe que una parte conoce y la otra ignora), y en que no existe ninguna pieza relevante de información que no se les haya suministrado, ya la conozca la otra parte, ya la ignore.

Esa función puede ser cumplida por el notario, mediante su asesoramiento y asistencia en la formalización misma del negocio. Pero para que ello se haga eficientemente, *es preciso que se den las dos indicadas circunstancias*: por un lado, *su independencia*, que constituye el eje central de este estudio, por cuanto la configuración económica que se establezca del notariado y de su forma de retribución influirán decisivamente sobre la posición que el notario tenga respecto del contratante más fuerte, y esa posición de dependencia o independencia será vital para el mantenimiento de la utilidad del asesoramiento prestado a la parte más débil, como hemos venido analizando.

Y el otro requisito, también de capital importancia, es *la homogeneidad de la calidad del asesoramiento prestado* por el notario. La falta de

esa homogeneidad, con algunos de los notarios prestando un servicio de calidad inferior a la que se pudiera esperar, resultarían fatales no ya para el mismo cliente perjudicado, sino para la utilidad del servicio notarial en su conjunto. Porque por una parte, ello obligaría a la vez *a incurrir en mayores costes informativos*, como son los necesarios para conocer la calidad del asesoramiento que va a obtenerse de un determinado notario (costes que, a su vez, también acabarían conduciendo a la adopción de decisiones con información incompleta) o bien sobre la calidad de la información que concretamente se hubiera recibido de él. Y por otra, la inseguridad sobre la calidad de la información ofrecida por el notario sujetaría a las *partes a la misma situación de incertidumbre sobre la seguridad del negocio celebrado*, y por consiguiente a tener que descontar los mayores costes de transacción generados por los propios riesgos contractuales, y a buscar mecanismos adicionales de salvaguardia en la formalización del contrato. En otras palabras, un asesoramiento notarial carente de homogeneidad no solucionaría nada, ya que se reproduciría el problema de la necesidad de invertir en información sobre la calidad de ese mismo asesoramiento, o bien la aceptación de la incertidumbre sobre su calidad sería a su vez causa de incertidumbre sobre el mismo negocio celebrado, con el consiguiente incremento, en cualquiera de los dos casos, de los costes transaccionales.

Pero el oportunismo también puede darse *ex post*, y con frecuencia así ocurre. Porque frecuentemente las partes, una vez celebrado el contrato, tienden a pretender *utilizar los resquicios que sus términos y contenido dejan para incumplir el contrato, o al menos cumplirlo de forma distinta a lo que la otra parte esperaba*. No obstante, como hemos apuntado ya, estando el autointerés siempre presente también durante la fase de cumplimiento del contrato, los supuestos de incumplimiento no son tan frecuentes, de modo que en la mayoría de las ocasiones el oportunismo tampoco se llega a manifestar: ello sería, dice ARRUÑADA, porque funcionan las salvaguardias establecidas en el contrato (y asimismo las existentes con carácter más general en el mercado, la menor de las cuales no es la conveniencia de cumplir lo que de uno se espera, para mantener una imagen de seriedad contractual que permitirá contratar posteriormente en mejores condiciones). En cualquier caso, todo ello implica que los intercambios o transacciones sujetos al oportunismo (que son casi todos, dado que en casi todos los casos existen problemas de asimetrías informativas) *“se benefician en gran medida si, antes de contratar, actúan o se ponen en funcionamiento mecanismos de salvaguardia o protección que reducen el riesgo de que, posteriormente, el oportunismo pueda manifestarse”* (ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, pp. 70 y ss.).

Existe, finalmente, otra vía de incremento de la utilidad agregada del contrato, a la que puede contribuir el notario, siempre y cuando reúna los requisitos de imparcialidad y homogeneidad de su asesoramiento, mediante la correcta aserción, valoración e imputación de las cargas y los riesgos derivados del mismo. Porque el asesoramiento puede generar un notable valor añadido desde la perspectiva del concepto del *contrato perfecto*, es decir, *aquél en que todos los riesgos son perfectamente conocidos y valorados por las dos partes*, de modo que cada uno de esos riesgos resultará, en el contrato, imputado a la parte que le dé menos importancia o valor; es decir, a la que estaría dispuesta a soportarlo asignándole, para fijar el precio del contrato, un valor más reducido (cfr., OTT y SCHÄFER, *Manual de análisis económico del derecho civil*, p. 261). En otras palabras, siempre y cuando un riesgo determinado sea suficientemente conocido por ambos otorgantes, si es el vendedor el que tiene menos aversión al mismo, se decidirá imputar ese riesgo al propio vendedor, ya que ello se hará con un incremento del precio menor del que el comprador estaría dispuesto a soportar por asumirlo; y si es el comprador quien lo valora menos, el riesgo le sería imputado con una reducción del precio que el vendedor aceptará gustoso, ya que esa reducción es inferior al valor que para el propio vendedor tendría el hecho de que el riesgo le fuera imputado a él. Con ello, se lograría la máxima utilidad para ambas partes, un óptimo en el sentido de Pareto, ya que el precio que se alcanzaría sería a la vez el más alto posible en beneficio del vendedor y el más bajo posible en beneficio del comprador. Obviamente, el contrato perfecto es un concepto ideal que no se realiza en la práctica, debido a que es inevitable que el mismo se concluya con una información insuficiente, debido a su coste, como ya hemos dicho. Pero es evidente que cuanto mayor sea la información utilizada, cuanto más se acerque el contrato a la figura del contrato perfecto, mayor será la utilidad derivada del mismo para los otorgantes. Ello nos revela la utilidad que puede tener el asesoramiento imparcial y fiable a ambas partes tanto para maximizar la utilidad de un contrato en concreto como para incrementar la eficiencia del mercado en el cual, en la generalidad de los contratos formalizados, esa forma de asesoramiento mejore su utilidad para los operadores. Ello resulta particularmente cierto para aquellos mercados donde existan asimetrías informativas y los contratos, por la multiplicidad de sus efectos, sean más complejos y consecuentemente difíciles de valorar. Y, a mayor abundamiento, esa transparencia en materia de riesgos inherentes puede constituir un poderoso factor de reducción de la litigiosidad, en cuanto, se señala, ello hará que ese contrato “no se halle expuesto ya a los riesgos que posteriormente darían lugar a su modificación, anulación o impugnación. El contrato es perfecto e inata-

cable. No existe ninguna causa de rescisión, ni error sobre los fundamentos del negocio" (op. cit., p. 262).

A ello cabe añadir que la utilidad de ese asesoramiento se puede presentar con especial intensidad en los contratos con condiciones generales de la contratación, para los cuales es igualmente aplicable el modelo teórico del contrato perfecto, con las consecuencias derivables del mismo. Porque bajo estas condiciones, se aplicarían al contrato unas condiciones que maximizarían la utilidad para ambas partes, proporcionando la mejor combinación posible de precio, calidad del producto y calidad de las condiciones generales de la contratación. Por el contrario, la falta de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación conducirían al mercado hacia una evolución del tipo del mercado de limones: el contratante que empeorara sus condiciones generales de la contratación se ahorraría los costes derivados de la asunción de los riesgos generados por unas condiciones generales más beneficiosas para la otra parte. Ello le permitiría reducir precios, y al no estar los demandantes en condiciones de comparar la calidad y el precio de los productos, obligaría a los restantes ofertantes del mercado a su vez a reducir precios, y por tanto costes, para poder competir con ellos. Y la consiguiente reducción de los costes pasaría, inevitablemente, por el empeoramiento de las condiciones generales para la otra parte contractual.

3) Formas de la participación del notario en el diseño del contrato.

Lo expuesto en el anterior apartado nos da una idea sobre los requisitos de fondo para la eficacia del asesoramiento imparcial: se tratará ante todo de evitar las asimetrías informativas relativas a la celebración y posterior desarrollo del contrato, informando adecuadamente a las partes sobre sus connotaciones y efectos jurídicos, y sobre los aspectos jurídicos, materiales o económicos, relativos a su desarrollo que resulten de más o menos difícil previsión, evitando con ello las situaciones de exigencia por ambas partes de salvaguardas o garantías crecientes, o las simples negativas a contratar debido al miedo sobre posibles efectos ignorados e imprevisibles para una de las partes.

PAZ-ARES (*El sistema notarial. Una aproximación económica*, pp. 30 y ss.) describe cómo la aportación de utilidad o beneficio por el notario se produce en *las distintas fases de la formulación y perfección del contrato*: como mediador, en la fase precontractual (en la que, con una lógica cooperativa, las partes intentan detectar un excedente o beneficio común que haga rentable para ambas celebrar el contrato); como árbitro en la fase negocial (aquella en que las partes, con una racionalidad concesiva, hacen un diseño del contrato que determinará el reparto entre

ambas de las ganancias generadas), y en la fase postcontractual como ejecutor o elemento coactivo (ya que, por una parte, con la copia auténtica de la escritura proporciona un mecanismo seguro de prueba, además de un título ejecutivo cuando se trate de una primera copia, lo que facilitará la obtención del cumplimiento forzoso de lo pactado, y por otra parte, como hemos visto antes, la solidez sustantiva y procesal del título jurídico producido por el notario, junto al reiterado hecho de que la aceptación consciente de todos los efectos, suficientemente explicados por el notario, del contrato, y de la ausencia de desequilibrios abusivos en el negocio, incentivan fuertemente el cumplimiento voluntario de lo pactado).

Más detalladamente, cabe discernir dos momentos de generación de ventajas para los contratantes por la intervención del notario: la fase de diseño y la de ejecución contractual. Durante el diseño del contrato, el notario colabora a la maximización del beneficio negocial *suministrando fórmulas de seguridad jurídica* (tanto por la vía del aseguramiento de la validez y eficacia del negocio que se celebrará como por la del uso de mecanismos que garanticen su eficacia real: información sobre el estado de cargas de la finca, práctica del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, etc.), *buscando fórmulas de composición de intereses de las partes e identificando para las mismas problemas (tanto jurídicos como materiales) inicialmente ignorados*. Porque en todos los casos, incluso cuando el contacto previo de los clientes con el notario se reduce al mero encargo de la redacción de la escritura que se habrá de autorizar, aunque la misma, por la simplicidad del negocio formalizado, no haya de presentar mayores complicaciones, el notario debe comenzar realizando una completa auditoría jurídica de la situación que se generará con el negocio a celebrar, para con base en ella darle la forma y contenido adecuados, buscando por una parte garantizar completamente la seguridad jurídica de las partes, y procurando por otra un diseño negocial que equilibre la posición de ambas, sin condiciones abusivas ni efectos inesperados, o razonablemente no esperables, para ninguno de los contratantes.

Pero además la realidad es que las partes en el negocio han tenido la posibilidad de ponerse previamente en contacto con el notario, y en numerosas ocasiones lo hacen de forma efectiva, para analizar con él los problemas o aspectos involucrados en la redacción de la escritura antes de su otorgamiento, o incluso antes de celebrar un contrato privado que no se elevará a público hasta un momento muy posterior. Claro que para que ello sea efectivamente así, es importante que se garantice al contratante más necesitado de protección e información la posibilidad de ejercitar su derecho a la elección del notario, algo que realmente resultará esencial para la eficacia de la función notarial, y que la normativa vigente reconoce (aunque no siempre se respeta adecuadamente en la vida con-

tractual real, lo cual será una de las principales fuentes de riesgos para la eficacia de la función notarial). Volveremos sobre ello más adelante.

Es en esa fase de análisis de la escritura a confeccionar cuando el asesoramiento notarial *organiza el espacio jurídico y económico del negocio procurando el diseño de una posición beneficiosa a la vez para ambos contratantes*. Ello se debe fundamentalmente a dos de los efectos señalados: la identificación de problemas ignorados por las partes y el diseño de fórmulas de composición de sus respectivos intereses. Lo primero ocurre con enorme frecuencia, sobre todo por la complejidad y multiplicidad de los efectos inherentes a las relaciones económicas. Así, con frecuencia pasan inadvertidos a los contratantes, si no disponen de un asesoramiento expreso en tal sentido, cuestiones como los distintos gastos (no tanto los jurídicos sino, sobre todo, los fiscales) que pueda ocasionar la celebración del contrato, afecciones de todo tipo por deudas de los anteriores propietarios de la finca (fiscales, de la comunidad horizontal, por primas de seguros, etc.), limitaciones que a la propiedad de la finca y al ejercicio de las facultades inherentes a la misma puedan imponer regímenes especiales (como los establecidos en la normativa sobre urbanismo, VPO o concentración parcelaria y régimen del suelo rústico), problemas que para la eficacia del negocio jurídico puedan suponer normativas especiales, como las relativas a la retroacción de la quiebra, situaciones generadoras de responsabilidad por daños o por simples deudas de la entidad mercantil implicada (en los casos de pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad), etc. En la mayoría de las ocasiones, son varias de las anteriores cuestiones las que inciden en los efectos que tendrá el negocio, y en la generalidad de los casos las partes, o al menos una de ellas, no han tomado en consideración todas esas cuestiones para medir los efectos exactos y los riesgos de la transacción, y consecuentemente la ganancia que concretamente cabe esperar de ella.

Y existen también supuestos, aunque menos frecuentes, en los que el asesoramiento que se presta por el notario tiene aún mayor importancia. Se trata de la *colaboración en el diseño del negocio*, cuando las partes sólo han acordado sus líneas más generales o sus principios (jurídicos o meramente materiales), sin llegar a una excesiva concreción, en muchas ocasiones por haber encontrado lo que consideraban un obstáculo insalvable o por creer que la seguridad en el negocio era demasiado escasa, y que no existían fórmulas para mejorarla. La realidad nos muestra bastantes supuestos (especialmente en la contratación entre particulares, o con intervención de empresas de reducida dimensión) donde se producen esas consultas al notario, antes de tomar la propia decisión sobre la celebración del contrato; o decidida en principio la misma antes de des-

cender al acuerdo sobre sus detalles y la plasmación de los mismos en el contrato escrito. Ello, al parecer, se explica por una parte por la calidad del asesoramiento del notario (debida no sólo, ni quizás principalmente, a su formación previa, sino ante todo al capital de experiencia acumulado, gracias a la especialización en esas actuaciones), pero sobre todo por la seguridad de que su independencia respecto de ambas partes le inclinará a dar un asesoramiento imparcial que busque el equilibrio entre las posiciones de las dos, y por tanto la maximización del interés global o común de ambos contratantes y no la maximización del interés particular de uno de ellos a costa del interés del otro.

Así, por citar algunos ejemplos entre los más destacados, con frecuencia se produce el acuerdo sobre las condiciones de una compraventa, pero la necesidad de aplazar una parte del precio motiva que la venta sólo se celebre en contrato privado, posponiendo el otorgamiento de la escritura hasta el momento en que se deba pagar el precio, con los importantes problemas tanto sustantivos (por la inseguridad que ese modo de formalización crea) como fiscales (no ya porque no suela liquidarse el impuesto devengado por la venta desde el momento de la firma del contrato, sino sobre todo porque los efectos fiscales derivados del cambio de propiedad suelen y deben producirse para las partes desde la celebración del contrato privado, pero frecuentemente existirán problemas para la oponibilidad a la administración fiscal de ese cambio de titularidad). E incluso en muy numerosas ocasiones se aprecia que esas dificultades *disuaden a las partes de la final celebración del contrato*. Sin embargo, *existen, pueden encontrarse, y con mucha frecuencia se suministran a través del asesoramiento notarial, fórmulas* (como la opción de compra, las garantías del pago del precio aplazado, etc.) *capaces de evitar todos esos problemas*. Igualmente, los supuestos de venta de inmuebles, fundamentalmente viviendas, con aplazamiento de la entrega de la cosa debido a la necesidad de su uso temporal por la parte vendedora, encuentran frecuentemente durante el diseño de la escritura fórmulas facilitadoras de la celebración del negocio.

Algo parecido ocurre con otro negocio enormemente complejo, tanto por las fórmulas para su constitución, como por los sistemas que para garantizar la posición de las partes se emplean, como por los efectos fiscales y en materia de responsabilidad civil que cada una de sus modalidades presenta: se trata del contrato de transmisión de solar a cambio de obra, el cual ha encontrado en la práctica notarial numerosas formas de configuración que con enorme frecuencia posibilitan en la práctica real la celebración de un negocio del cual el aportante, de no existir esas formas de garantía, habría desistido, por no estar dispuesto a asumir un riesgo que él habría considerado excesivo. Y análogas complejidad y posibilidades de búsqueda de mecanismos conciliadores de los intereses de todas las partes se encuentran en los negocios de

organización de relaciones futuras, como la confección de estatutos de comunidades horizontales y urbanizaciones privadas, o de sociedades mercantiles. Bien es cierto que en este último aspecto se detecta una marcada tendencia a la infrautilización de los mecanismos de regulación que ofrece el sistema jurídico, e incluso una excesiva uniformidad en los estatutos de esas sociedades, generada no tanto por la simple inercia incitadora al uso de fórmulas ya consagradas, cuanto por la falta de conciencia social sobre la posibilidad de utilización de este mecanismo, que a través de una adecuada previsión de las futuras relaciones societarias, e incluso de las relaciones entre los mismos socios, así como de los problemas que en el desarrollo futuro de la sociedad aparecerán en estos ámbitos, mejoraría sin duda intensamente la eficacia y posibilidades de supervivencia del proyecto empresarial puesto en marcha. Porque se observa que en la inmensa mayoría de las ocasiones los socios, con la constitución de la sociedad, buscan exclusivamente la creación de un ropaje jurídico y fiscal bajo el cual cobijar las relaciones patrimoniales que la entidad habrá de establecer, dejando la regulación de las relaciones internas, de los socios entre sí y con la sociedad, a otros pactos reservados que, al adolecer en muchas ocasiones de notables grados de imprevisión e incluso de una falta de claridad generadora de interpretaciones divergentes entre los distintos socios, es causa no desdeñable del elevado grado de mortandad de los proyectos asociativo-empresariales que se inician.

Cabe así citar la participación notarial en el desarrollo de figuras y soluciones jurídicas como la sociedad de responsabilidad limitada, numerosas figuras estatutarias en el régimen de las sociedades mercantiles, la propiedad horizontal normal y la tumbada, las fórmulas para la atribución y disfrute de locales destinados a garaje, los contratos de permuta de solar por obra futura, la condición resolutoria, las fórmulas para la aportación de bienes a la comunidad, formas para disposiciones testamentarias del tipo de las cautelas socinianas, las disposiciones destinadas a proteger y garantizar el futuro de un incapaz, las formas de designación del cónyuge viudo como comisario distribuidor, las disposiciones para la regulación de la propia eventual incapacidad, los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges que inician su relación o la interrumpen, o entre convivientes no casados, etc. Todas ellas han recibido un importante impulso teórico y práctico a través de los esfuerzos de búsqueda notarial de soluciones a los concretos problemas y necesidades que presenta el tráfico.

PAZ-ARES califica la creación y acumulación de estas fórmulas notariales como un verdadero stock de tecnología jurídica, generado a partir de inversiones de tiempo, o en capital humano. Y señala cómo el incentivo para esa inversión es insuficiente, fundamentalmente por la imposibilidad de apropiación de los recursos creados a través de esas fórmulas.

Afirma, no obstante, que ese déficit se elimina a través del empleo de *fórmulas de tecnología dual, con una instancia central para la producción de intangibles (la organización colegial), y de unidades descentralizadas, los notarios, para la producción de los servicios ordinarios (El sistema notarial. Una aproximación económica, p. 45).*

Quizás quepa, sin embargo, formular a lo anterior la matización de que la actuación de la organización colegial consiste más bien en la formación de un stock de conocimientos técnico-jurídicos generales y compartidos, a través de la organización de actividades jurídicas de investigación y de estudio en el ámbito colegial, y de la difusión de los conocimientos generados dentro de ese ámbito y de otros entre los colegiados, siendo éstos quienes efectivamente realizan la creación de esas fórmulas en la gran mayoría de los casos. Y parecen existir ciertos estímulos para la realización individual de aportaciones científicas, y la creación de fórmulas y soluciones jurídicas, a pesar de la inapropiabilidad de esas aportaciones: ello se debe no sólo a que esa creación es en numerosas ocasiones la respuesta a las necesidades planteadas por un cliente al demandar la confección de una concreta escritura, y a que la realización de esas actuaciones técnicamente cualificadas suele determinar un incremento del prestigio del notario y consecuentemente de su trabajo profesional (al menos, en principio), sino también a que la aportación a un fondo común, y el consiguiente aumento de la cualificación del colectivo profesional de los notarios (y consecuentemente, de sus posibilidades de cumplir efectivamente su función social), también será directamente rentable para el propio notario individual, debido fundamentalmente a la especialización y concentración de la función de generación de seguridad preventiva en el cuerpo de notarios (véase al respecto lo que se dirá en el último capítulo de este análisis sobre los estímulos al cumplimiento de los deberes del notario).

Claro que quizás se objete a todo lo anterior que *constituye una visión más bien idealizada e irreal de la función notarial y de su contenido, debido a que realmente en muchos de los casos no se da de forma efectiva ese asesoramiento y control sobre el fondo del negocio*, en ocasiones porque los otorgantes, ya suficientemente asesorados, no precisan del asesoramiento adicional por el notario, y se limitan a demandar de él la actuación puramente formal de autenticación del negocio; y en otros casos a que los otorgantes no han demandado o podido obtener en debida forma ese control, información y asesoramiento notariales, debido a la premura con que se prepara y otorga la escritura. Tales objeciones, sin embargo, no nos parecen válidas.

En relación con la primera, debemos insistir en que obedece a *una visión parcial y deformada*, pero muy extendida en círculos de cierta cua-

lificación social y profesional, de *que el asesoramiento notarial es innecesario, por no precisarlo los otorgantes*, bien por disponer ya de información suficiente, o bien porque ya emplean el asesoramiento de otros profesionales elegidos por ellos y que, por la continuidad de su relación de servicios, conocen mejor sus circunstancias y necesidades. Sin embargo, tal afirmación no toma en consideración el hecho de que los casos en que eso es así, por estar todas las partes otorgantes ya suficientemente asesoradas e informadas, *representan un ínfimo porcentaje de las escrituras otorgadas ante notario*, mientras que en el resto ese asesoramiento no sólo es conveniente, sino *imprescindible para evitar a los otorgantes daños económicos serios, en relación con su situación económica y patrimonial*. Ocurre así no sólo con los consumidores de bienes y servicios, sino también con numerosas empresas de pequeña dimensión (que, no se olvide, representan un porcentaje nada desdeñable del PIB y del empleo generados en la economía española), para las cuales realizar individualmente grandes inversiones en información no puede ser rentable.

Y por lo que se refiere al hecho de que en otras ocasiones el otorgante necesitado de la especial protección brindada por el notario no la demande ni la emplee, ello puede ser revelador *de una infrautilización de los servicios prestados y ofrecidos por el notario*, y lo que es más grave, *de distorsiones en la organización de la contratación autorizada por notario que impiden el efectivo acceso a ese asesoramiento*. Pero esto, con ser una llamada de atención sobre la necesidad de regular correctamente la prestación de los servicios profesionales para evitar el deterioro de su eficacia, no significa tampoco, en modo alguno, que esos servicios no sean útiles. Por el contrario, su puesta a disposición de los ciudadanos se ve refrendada modernamente por un uso progresivamente más intensivo de esas utilidades por numerosos otorgantes, en una sociedad donde los individuos cada vez atienden de forma más incisiva, detallada y personal, a la protección de sus derechos e intereses propios, con el auge del derecho de los consumidores como mayor exponente al respecto. Y no se olvide que ese aumento de las exigencias de calidad por el lado de la demanda es y será un notable potenciador de la eficiencia de esos mercados, por lo cual mantener a disposición de los demandantes cauces que les faciliten la defensa de sus intereses, con la consiguiente intensificación de sus exigencias a través de una mayor información, y una mejor precisión del contenido de las cláusulas contractuales suscritas, constituirá una útil herramienta para esa potenciación de la competitividad de los mercados.

En conclusión, como primer efecto de la actuación notarial, detectamos que se produce un aseguramiento de la finalidad práctica de las transacciones celebradas, y consecuentemente *un aumento de la utilidad real obtenida por los operadores, que se traducirá en el aumento general de la*

eficacia y competitividad de dicho mercado. Es indudable que ésta será mucho mayor que la de un mercado donde reine la inseguridad y nunca se pueda estar totalmente seguro del resultado final de las transacciones en él concertadas. No es esta, sin embargo, la única de las externalidades generadas por la institución notarial. Existen otras varias, relacionadas con el reforzamiento de la eficacia de las leyes dictadas en el país, que a continuación analizaremos.

4) *La protección de los consumidores.*

Otro de los efectos generales de la actuación notarial tiene un contenido más bien social, al dar protección a cada uno de los miembros de la colectividad, que constituye un importante centro de preocupación de las legislaciones modernas, tanto en su nivel europeo como en el constitucional o el ordinario. Se trata de *la protección de los consumidores*, que el servicio notarial puede proporcionar gracias a su posición de independencia frente al operador habitual, pese a ser precisamente éste, como ya hemos señalado, el campo en que esa independencia se ve más comprometida, y necesitada de medidas que la refuercen, o al menos tiendan a evitar los factores que la ponen en peligro. (Cierto es que la actuación notarial tiene un campo más amplio que el concreto de la protección del consumidor, puesto que la seguridad jurídica y económica se dirige a ambas partes, y particularmente al contratante débil, pero con independencia de si tiene o no la condición de consumidor, no obstante lo cual es evidente que el control y asistencia notarial resultarán especialmente adecuados, por su contenido sustantivo y por la imparcialidad con la que se actúa, a este ámbito de la protección del consumidor). Pues bien, esa protección se hace efectiva por un fundamento legal doble: por una parte, por la exigencia genérica del Reglamento Notarial de que el notario brinde una asistencia especial al contratante más necesitado de ella (art. 147 del Reglamento Notarial), y por otra parte porque la propia normativa de protección de los consumidores se preocupa de asegurar la efectividad de esa asistencia. Así, por un lado, cuando el artículo 142 del Reglamento Notarial obliga a los notarios a cuidar que se respete el derecho de libre elección del notario y abstenerse de facilitar toda práctica que lo pueda cercenar, y además concede expresamente ese derecho al adquirente en las transmisiones de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación. Y para reforzarlo, el RD de 21 de abril de 1989 “de protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas” dice que al documentar un contrato entre el productor y un consumidor, debe hacer-

se constar explícitamente “El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor”. Finalmente, en materia de préstamos hipotecarios, el artículo 40 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio (de “Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios”), se encarga de recordar la existencia de ese derecho de elección, y la necesidad de su efectividad.

Y los mecanismos concretos para posibilitar esa defensa son también múltiples: aparte del genérico de la información al consumidor de los efectos del contrato a celebrar, y por tanto la asistencia al mismo para introducir en el contrato las cláusulas equilibradoras que puedan eventualmente estar a su alcance, el legislador, seguramente aprovechando la rapidez con la que las nuevas medidas son introducidas en la práctica contractual autorizada por notarios, ha establecido mecanismos precontractuales y contractuales que han constituido medios concretos y efectivos de protección al consumidor cuando su adquisición de productos o servicios se realiza a través de la autorización notarial. Así, pueden citarse el mecanismo de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios, organizadas rápidamente a través de nuevas formas de contratación en escritura pública unidas a la actuación controladora e incluso eventualmente gestora del propio notario propiciando el equilibrio y garantía de los intereses de todas las partes implicadas; o el mecanismo instaurado en la normativa sobre transparencia de préstamos hipotecarios, principalmente a través del útil instrumento de la oferta vinculante, que facilita enormemente que el consumidor pueda decidir su contrato con pleno conocimiento e información de las condiciones concretas ofrecidas, e incluso comparándolas con las de otras entidades (aunque en este último aspecto debemos reconocer que aún queda camino por recorrer, puesto que existen todavía entidades que por inercia retrasan hasta el momento inmediatamente anterior a la firma de la escritura la entrega de dicha oferta, lo cual reduce mucho su eficacia, por más que la exigencia por el notario de la acreditación de su entrega suponga un estímulo importante para el correcto cumplimiento de ese deber de la entidad). Por ello, en este como en otros aspectos se hace necesario revisar y profundizar en los mecanismos empleados, para garantizar su eficacia, tanto mediante la mejora de los instrumentos legales existentes como mediante el mantenimiento de la calidad del servicio notarial (en este campo, sobre todo, asegurando la dedicación por el notario de un tiempo mínimo para la información y asistencia del contratante, como más adelante veremos).

No debe olvidarse, por último, que si la protección de los consumidores se ha convertido en un muy importante campo del derecho económico moderno, como instrumento de mejora de la eficiencia del mercado (por la reducción de los costes de transacción a la que hacíamos referen-

cia) y de estímulo de la competitividad de los operadores en el mismo, esa política legislativa *alcanza una importancia crítica en los sectores en que se emplean los servicios notariales, ya que en ellos las transacciones presentan mayor importancia cuantitativa*, y por tanto los problemas de eficiencia del mercado para la mejor asignación de recursos se agravan (cfr. KALDOR, *supra*, III.1.7). Porque esas transacciones resultarán ser *decisivas para la vida económica del ciudadano* durante un largo periodo de tiempo: piénsese en la trascendencia que para la economía familiar tiene la compra de su vivienda, y el préstamo hipotecario obtenido para su financiación. Por lo demás, debe recordarse que son precisamente la información y asesoramiento precontractual las formas de protección del consumidor que tienen mayor virtualidad o eficacia, por no ser reparadores del daño o fraude sufrido, sino preventivas del mismo. Y ese mecanismo protector del consumidor, o más genéricamente del contratante débil, por medio de la información necesaria para que celebre el contrato con plena consciencia de sus implicaciones y efectos, y por tanto habiendo podido defender adecuadamente sus intereses en la negociación, encuentra un mecanismo especialmente adecuado en la autorización notarial de la escritura, dada la importancia y el alcance que, como hemos visto (*supra*, II.2), tiene la actividad notarial de indagación, información y contribución a la formación de la voluntad de los otorgantes.

5) *Externalidades relativas a la eficacia del ordenamiento jurídico.*

Otro de los aspectos del contenido de la actuación notarial, que genera con la mayor intensidad externalidades beneficiosas para la sociedad (y el sistema económico) en general, lo constituye el deber de sujetar su actuación autorizadora a la legalidad vigente, y por tanto de denegar la autorización de aquellos documentos o cláusulas que puedan conculcarla de una u otra forma.

Una primera manifestación de ese control de la legalidad se encuentra en la normativa sobre protección de los consumidores, a la que nos acabamos de referir. Junto a ello, el control de la legalidad asegura el cumplimiento de las normas imperativas en las relaciones contractuales entre particulares. En particular, se generará con ello *un aumento de la eficacia de las regulaciones de carácter público o semipúblico que inciden en la actuación de las personas físicas y jurídicas privadas* y de las políticas sectoriales que se pretenda poner en marcha mediante esas regulaciones (cfr. *supra*, II.2.3). Porque, como ya hemos señalado en el planteamiento de este trabajo, *el cumplimiento de la norma se asegura de forma mucho más efectiva si se emplean procedimientos preventivos*, que orienten la satisfacción de las necesidades de contratación de los ciudadanos

hacia los cauces y formas negociales legalmente admitidos, evitando la actuación conculcadora de la misma, que si únicamente se utiliza la sanción de la conducta incumplidora, la cual por una parte genera el mayor coste social derivado de la sujeción del ciudadano a la sanción impuesta, y por otra no siempre garantiza los efectos pretendidos por la norma imperativa, puesto que, aparte de que efectivamente se producirán casos de incumplimiento, la sanción grava al incumplidor, pero por sí sola no repara o anula necesariamente los efectos de la actuación incumplidora, sino que normalmente serán precisas otras medidas adicionales de restablecimiento de la legalidad violada, y éstas no siempre serán suficientes para reparar los efectos de esa conculcación.

Así, por citar sólo algunos casos de los más notorios a este respecto, el control notarial resulta un muy eficaz refuerzo (aunque, por supuesto, no pueda brindar una solución definitiva e indefectible) de la eficacia de las normas urbanísticas. Y, como también dijimos en la introducción, el tratamiento dado por normas que han introducido regulaciones novedosas en materias como subrogaciones y modificaciones de préstamos hipotecarios, transparencia en operaciones financieras, protección al consumidor de inmuebles, información registral sobre el estado de cargas de las fincas, regularidad del régimen organizativo de las sociedades mercantiles, coordinación de la información registral con la catastral, transparencia fiscal de la realización de operaciones inmobiliarias y sobre activos financieros, etc., resultan también claros exponentes de la contribución de la actuación notarial a la eficacia de esas medidas legales.

De este modo, la autorización notarial, en ocasiones obligatoria para la realización de ciertas operaciones y en otras voluntaria, pero necesaria para la obtención de mayores efectos o garantías con el negocio, al sujetar esas actuaciones a las nuevas normas materiales o meramente formales (en particular, en materia de transparencia y de información administrativa de las operaciones) *potenciará notablemente la eficacia de las nuevas regulaciones que se dicten*. Ello resulta especialmente importante para una sociedad donde, como ocurre en la actualidad, la proliferación de nuevas normas y regulaciones hace que en no pocas ocasiones caigan las mismas en desuso o inaplicación efectiva, debido a su incumplimiento generalizado desde el mismo momento de su entrada en vigor.

Por último, una tercera externalidad que se genera con la actuación notarial, siempre y cuando la misma sea suficientemente independiente, es la derivada del *deber de imparcialidad respecto de terceros*, además de las mismas partes del contrato. Como hemos visto en el apartado dedicado a la imparcialidad del notario, ello veta la autorización de cualquier escritura de la que se pueda derivar *un perjuicio ilegítimo para los intereses*

legítimos de terceros, y en consecuencia hace que de la actuación notarial se derive un efectivo beneficio, en forma de protección, para esos terceros.

6) *Externalidades por reducción de la litigiosidad.*

Hemos descrito ya de qué forma la actuación notarial puede colaborar a la reducción de la litigiosidad, al actuar como fuerte *desincentivador de los incumplimientos negociales, de los cumplimientos defectuosos, o de las simples discusiones sobre la forma que debe revestir el cumplimiento correcto*. Ello tiene un doble efecto, puesto que además de reducir la litigiosidad ante los tribunales, y por tanto las necesidades y gastos de la administración de justicia, evita a los ciudadanos tanto los costes generados por la misma dirección técnica de esos litigios como los derivados de la misma incertidumbre sobre los resultados de los mismos. Porque, como hemos visto al analizar la seguridad jurídica, si ésta consiste en la previsibilidad del resultado que tendrá la aplicación del derecho a una situación fáctica, las fuentes de inseguridad no se encuentran tanto en las dudas sobre la interpretación de las normas aplicables cuanto en la problemática de la calificación de los hechos reales, a los que las mismas deban aplicarse. Por ello, todo recurso a la resolución judicial de un conflicto encierra un notable grado de inseguridad, al tener que comenzar la misma por ese análisis judicial de los hechos y del negocio celebrado.

Pero debe recordarse que, como hemos razonado al hablar del contenido de los servicios notariales, ello tiene como requisito la existencia de *un asesoramiento sustancial, o sobre el fondo del negocio formalizado*, brindado simultáneamente a ambas partes, y desde *una posición de independencia respecto de ambas*, que permita que ese asesoramiento se brinde de forma activa e incisiva. Porque la reducción de la litigiosidad se debe a que el control sustancial o del fondo del negocio permite, por una parte, que cada uno de los contratantes conozca sus efectos y consecuentemente los acate y cumpla por su propia voluntad lo que a él le incumbe; en segundo lugar, permite tener la seguridad de que el negocio se ha concluido sin contravención de normas imperativas o vicios negociales que puedan impedir su eficacia; y, finalmente, la conciencia de la existencia de ese control desincentiva los impulsos de las partes en el negocio hacia el planteamiento de litigios, al reducir las probabilidades de éxito de los mismos.

7) *Externalidades por aumento de la eficiencia de los mercados.*

A todo lo anterior debemos añadir la existencia de importantes externalidades en relación con el mismo funcionamiento y eficiencia de los mercados donde se verifica la actuación notarial en la contratación.

En primer lugar, el hecho de que la contratación de gran parte o la práctica totalidad de las transacciones de un mercado se verifique mediante la autorización notarial determinará por una parte *un aumento directo de la calidad de los productos puestos en el mismo, entendida en sentido amplio (es decir, el producto adquirido en unas determinadas condiciones, que son las derivadas del contrato mediante el cual se haya verificado la adquisición)*. Porque el aumento de la transparencia del contrato, con la posibilidad de información que se brinda al demandante de bienes o servicios en ese mercado, hace que los distintos productores, obligados a ello por ese superior conocimiento del demandante y por la competencia de los demás productores, intensificada gracias a ese mayor conocimiento del consumidor, extremen la precaución y no se arriesguen a poner en el mercado productos inaceptables para un consumidor capaz de juzgar su calidad. Ese fenómeno se ha producido patentemente (por citar un caso de utilidad de la intervención notarial en la contratación en masa y con base en condiciones generales) en el mercado de servicios financieros, especialmente a partir de la publicación de la normativa sobre transparencia en operaciones hipotecarias. Y también se aprecia una mayor tensión hacia la calidad contractual, inducida igualmente por el superior grado de información y exigencia del consumidor, aunque con una intensidad notablemente menor que en los servicios financieros, en el mercado inmobiliario. Claro que para que eso sea así, para que la actuación asesora del notario pueda operar como causa inductora del incremento de la calidad en un mercado, *es preciso que el notario pueda actuar con la debida independencia respecto de ese ofertante económicamente poderoso*. Junto a ello, debe asimismo recordarse lo que hemos dicho (cfr., III.2.2) sobre la mayor eficiencia de la imputación de costes y riesgos en el llamado contrato perfecto.

En segundo lugar, la seguridad jurídica brindada por la actuación notarial permitirá frecuentemente *una reducción de precios en el mercado, al reducirse los riesgos derivados de la contratación*. Así, por ejemplo, parece evidente que la mayor seguridad que para el acreedor genera la existencia de una garantía hipotecaria suficientemente sólida permite una reducción de los tipos de interés a los que se ofertan los préstamos. Y algo parecido puede decirse de las condiciones en que se pactan otras operaciones necesitadas de garantías en relación con obligaciones de cumplimiento diferido, como las ventas por precio aplazado o la permuta de un solar por obra futura y a ejecutar por la otra parte.

En tercer lugar, el incremento de la seguridad y la consiguiente reducción de los costes de transacción permite *un aumento de la especialización económica*, al reducirse la magnitud de su principal obstáculo, como es el crecimiento de los costes transaccionales que oca-

siona la necesidad de contratación con operadores de otros sectores (cfr. *supra*, III.1.6).

3. El carácter mixto del notario, funcionario-profesional independiente, como requisito indispensable para el cumplimiento de esos fines.

Tratamos ahora de mostrar cómo la eficiencia económica, la capacidad de generar los efectos internos y externos que constituyen el principal objetivo de la actividad notarial, dependen de manera esencial de dos requisitos que se encuentran íntimamente unidos entre sí, como son el carácter mixto de la actividad notarial, *con rasgos o elementos funcionariales y profesionales, y la imparcialidad e independencia del notario*. Ya hemos caracterizado esas notas de forma extensa con anterioridad. Nos interesa en este lugar describir su relación con esas finalidades o efectos propios de la actividad notarial. A ellos deberá añadirse otra exigencia referente al conjunto de la oferta de servicios notariales, y por tanto a la institución notarial como tal, más que a la forma en que se presta el servicio como notario. Se trata de la *homogeneidad*, o si se prefiere, el mantenimiento de un elevado, o suficiente, *estándar mínimo de calidad* en estos servicios, cuestión que analizaremos detenidamente más adelante.

Para comenzar, debe observarse que la actuación del notario, en cuanto interviene en la contratación entre particulares, no constituye una actividad de mera intermediación, sino algo más: una verdadera mediación. Es decir, no se trata de hacer ver a las partes la posibilidad de celebrar un contrato (por más que, como antes hemos visto, la información por el notario sobre las posibles formas de composición contractual de intereses y de eliminación de riesgos puede despejar la posibilidad de la celebración de un contrato que inicialmente no veían posible). Se trata, como hemos analizado más arriba, *de una mediación: es decir, de un asesoramiento simultáneo a las dos partes, para buscar la solución maximizadora de la utilidad global, agregada, para uno y otro contratante*, que por tanto podrá ser equitativa al ponderar simultáneamente sus respectivos intereses, riesgos y problemas, en lugar de atender a los particulares del contratante que sea cliente del asesor. Para ello, será necesario asesorar simultáneamente a dos contratantes cuyos intereses en la celebración del contrato, aunque se les intente hacer converger, son por definición contrapuestos. Ello, obviamente, exige en el notario una posición de rigurosa imparcialidad e independencia respecto de los fines y utilidades de cada otorgante, de equidistancia entre ambos.

Conviene aquí tener presente *la relación que se da entre la imparcialidad del notario como nota sustantiva caracterizadora de sus servicios y*

la homogeneidad de los mismos. Más adelante dedicamos un epígrafe al valor económico de ésta, pero debemos insistir, por ahora, en el hecho de que todos los servicios notariales tengan una calidad y caracteres similares es uno de los elementos de más importancia para la eficiencia de los servicios notariales como instrumento reductor de los costes transaccionales, por cuanto hacen innecesaria la realización de mayores gastos en obtención de información tanto sobre la calidad de ese servicio notarial y la fiabilidad de la información y asesoramiento del notario como sobre las circunstancias y posibles incertidumbres del mismo negocio autorizado por el notario. Ahora bien, para que ello sea así, para que la información y asesoramiento del notario sean fiables, y haga innecesaria la obtención de mayores datos de origen endógeno o exógeno, tanto sobre el negocio en sí como sobre la propuesta negocial formulada por el notario, *resulta imprescindible que el propio notario sea real y efectivamente imparcial*, eliminando por tanto el riesgo de deficiencias informativas que pudieran derivarse de su inclinación hacia una u otra de las partes.

Por otra parte, *la función de gatekeeper*, o controlador de la legalidad, que asume el notario, y a la que nos hemos referido en la conclusión del epígrafe anterior, con sus efectos de exclusión de contratos o cláusulas que incumplan normas imperativas o sean lesivos de intereses legítimos de terceros y de potenciación del cumplimiento y la eficacia de las leyes, *no se puede cumplir eficazmente desde una posición pura o predominantemente profesional, centrada en los intereses de los clientes, sino que requiere el distanciamiento inducido por el carácter a la vez funcional que tiene esa actuación* (junto a los estímulos precisos para inducir el cumplimiento de las normas que sean de aplicación), aun cuando ello contraría los intereses personales del propio controlador (tanto por la pérdida de ingresos derivados de la actuación concreta que se deniegue como sobre todo por la posible desafección del cliente habitual o frecuente, descontento por la negativa). En otras palabras: esas externalidades de la actuación notarial tienen un coste para el notario, consistente en el riesgo, o bien el hecho cierto, de la pérdida de ingresos; pero difícilmente el mercado puede por sí mismo retribuirlos, dado que no sólo los efectos externos no benefician directamente al demandante del servicio, sino que en la gran mayoría de los casos le perjudicarán, por lo que lo que ese demandante estaría dispuesto a retribuir es precisamente lo contrario: la desaparición de la misma externalidad.

Finalmente, conviene recordar cómo la organización de la función notarial supone la *cesión, o delegación en el notario, de una cierta parcela de la soberanía del Estado*, fundamentalmente porque el contenido de la escritura autorizada por el notario genera una serie de *presunciones iuris tantum* que vincularán y obligarán en principio a todos, tanto particulares

como autoridades administrativas y judiciales. Ello explica, como hemos visto al analizar la inescindibilidad del carácter funcional y profesional del notario, la negativa de los estados a ceder esa porción de su soberanía a las instituciones o el mercado comunitarios, mediante la exclusión que establece el artículo 55 TCEE. Porque, como se ha señalado, cuando esta norma exceptúa del derecho de establecimiento las actividades que signifiquen una participación en el ejercicio de una actividad pública, se está refiriendo precisa y concretamente a los notarios. Por participación en el ejercicio de la autoridad pública se suele entender “un poder exorbitante del derecho común, permitiendo una intervención autoritaria sobre los bienes o las personas”, algo que suele ocurrir cuando lo afirmado o sentado por el titular de ese poder “vincula a la autoridad pública” (CRAYENCOUR, *Comunidad Europea y libre circulación de profesionales liberales*, p. 40). Criterio éste que indudablemente se ajusta de forma exacta a la naturaleza de la función notarial.

Y esa indudable naturaleza de ejercicio de una autoridad pública, si bien ceñida a su concreta esfera (el establecimiento y regulación de relaciones entre particulares), que tienen los servicios notariales, determina un cierto paralelismo o proximidad entre los servicios notariales y otras formas de ejercicio de la autoridad pública (orden público y policía, régimen penitenciario, administración de justicia, etc.), que constituyen partes esenciales de la soberanía o de los fines del Estado. Estas últimas formas de ejercicio de la soberanía estatal no admiten su privatización, precisamente porque el interés individual, centrado en la maximización del beneficio, que presidiría su desempeño, *entraría en continuo conflicto con el interés general y público* en el ejercicio de la función, y *el Estado no puede admitir que aspectos esenciales de su organización y funcionamiento puedan correr el riesgo de sufrir esas distorsiones*. Por la misma razón, la organización del notariado, en la medida en que incluye el desempeño de una función pública, o el ejercicio de una forma siquiera parcial o limitada de autoridad pública, no puede realizarse desde los criterios propios de las organizaciones de interés particular, por cuanto de esa manera no se atenderían adecuadamente las necesidades públicas en juego.

Además, un puro profesional tendrá también notables dificultades para atender a otras de las finalidades características del servicio notarial, pues ello implicaría necesariamente *una identificación o vinculación con los intereses de su cliente (especialmente, si se trata de un cliente frecuente o habitual), que difícilmente sería compatible con un control de legalidad* que exige frecuentemente denegar las pretensiones del propio cliente en cuanto sean contrarias a la ley o al orden público, y *con la posición de equidistancia respecto de las dos partes de la escritura* para equilibrar su respectiva posición contractual. Ciertamente, contra lo anterior puede

alegarse que existen formas de actuación puramente profesional que sí presentan esa nota de absoluta independencia, como fundamentalmente el arbitraje, para el cual hay un incipiente desarrollo de entidades dedicadas a él de forma habitual y conocida. Sin embargo, cabe objetar a esto que por una parte el aún escaso desarrollo de estas figuras posiblemente sea índice de la dificultad de encontrar esas formas profesionales de intermediación absolutamente imparcial, y por otra parte que la intermediación inherente a la actuación notarial presenta caracteres netamente diferentes de las actuaciones arbitrales. Porque el arbitraje se da de forma mucho más esporádica, en las contadas ocasiones en que aparece un efectivo conflicto jurídico entre dos partes, mientras que la actuación notarial, respecto de ciertos operadores del tráfico jurídico se da de forma no ya frecuente, sino prácticamente cotidiana. Ello genera un riesgo de vinculación mucho mayor que el existente en los otros casos indicados, y por tanto incrementa enormemente la importancia de las normas preventivas de esa vinculación. Por otra parte, el arbitraje actúa a posteriori, para resolver los problemas de interpretación y ejecución de un convenio previo, ya formulado y consentido, mientras que el notario actúa a priori, tanto sobre la misma realidad socio-económica como sobre la jurídica, mediante la búsqueda de fórmulas jurídicas concretas para encauzar y dar solución al problema fáctico de los otorgantes. Se trata, pues, de una actuación que requiere un conocimiento y valoración detallados de la situación e intereses de ambas partes, que *sólo son posibles desde una actuación independiente del notario, y no a partir de su vinculación con una de las partes, ni tampoco desde el encuadramiento en un organigrama funcional.*

Porque, pasando a la discusión sobre el punto de vista opuesto, el notario *tampoco puede ser un puro funcionario*, por cuanto en tal caso *difícilmente podría atender adecuadamente a los intereses de los particulares*. El funcionario, y la Administración pública de la que el mismo forma parte, operan para defender y promocionar los intereses generales de la sociedad; pero difícilmente podría justificarse que la Administración destinara sus medios humanos y materiales a la atención de necesidades o intereses materiales o económicos, particulares y por tanto egoístas, de una persona o entidad privada. Y ni siquiera el cobro de una tasa sería suficiente para no ya justificar, sino sobre todo asegurar que, cuando el problema jurídico del particular, puramente económico o bien de naturaleza personal, requiera una atención o unos medios especiales, ya sea porque su complejidad exija un estudio particularmente detenido o en profundidad, o porque por sus circunstancias se precise una atención especialmente rápida, esos medios puedan quedar a disposición del demandante de los mismos, con el mismo coste de cualquier otra escritura

de la misma cuantía. Del mismo modo, difícilmente se entendería que el funcionario realizara una indagación detallada de la voluntad negocial, de los fines e intereses concretos, del ciudadano que acudiera a la Administración para solicitar los servicios organizados por la misma, y que pudiera hacerlo equilibrando la posición de los dos contratantes en atención a su efectiva situación real antes de la celebración del contrato. Además, no debe olvidarse que las especiales circunstancias del tráfico jurídico y económico moderno, con la necesidad continua de proporcionar la autorización de escrituras con urgencia máxima, frecuentemente en el mismo día de la recepción del encargo, y con la precisión en no pocos casos de introducir en la escritura revisiones o modificaciones en el momento de la firma, generan exigencias que muy difícilmente se verían satisfechas con una actuación puramente funcionarial (en la que se darían los conocidos e inevitables problemas de eficiencia de las organizaciones públicas, no condicionadas por el estímulo generado por el interés particular de sus individuos).

4. Conclusiones (I): las circunstancias fácticas del mercado de productos notariales

Ya hemos ido apuntando los datos o circunstancias del mercado de servicios notariales que hacen especialmente necesaria la regulación cuidadosa del mismo, debido al peligro que para la calidad y la eficacia de la actuación notarial existen en la práctica. A continuación, para mayor orden y claridad de nuestro análisis, nos detendremos brevemente en las implicaciones de cada una de ellas.

1) *Asimetrías informativas en el mercado de servicios notariales.*

El primer dato que debe destacarse es la *falta absoluta de transparencia sobre la calidad del servicio notarial*. Esta circunstancia será fundamental, no sólo por su entidad y efectos específicos, sino también y muy especialmente por su relación con dos de las principales notas del servicio notarial, como son su función protectora de contratantes esporádicos y la bilateralidad y tensión de intereses que presenta la relación entre los otorgantes que concurren ante el notario.

Pues bien, la asimetría informativa que se produce en el mercado de servicios notariales, en relación con la calidad del servicio prestado, es *consustancial al propio contenido del servicio notarial*. Porque, como ya hemos señalado más detalladamente en la introducción, la misma función o finalidad preventiva de la intervención notarial produce un efecto de eliminación de problemas jurídicos o económicos, de modo que si en

la mayoría de los casos esos problemas no llegan a aparecer, resultará muy difícil para el usuario apreciar la utilidad (medida en términos de reducción de la probabilidad de conflictos) que esa actuación efectivamente tiene. De este modo, la indisponibilidad de datos históricos o estadísticos hará que los únicos medios para valorar la calidad de la actuación del notario sean indicios externos, no siempre demasiado reveladores de la realidad (recuérdese, además, lo dicho más arriba –III.1.7.C– sobre los problemas de ineficiencia de la publicidad y los sistemas para comunicar en el mercado el grado de calidad del servicio ofrecido). Y, junto a los anteriores, otro medio para apreciar la calidad del servicio notarial será el conocimiento del notario y de su forma de actuar, algo que será posible para el contratante habitual, pero no para el ocasional.

Por tanto, encontramos una segunda causa de las asimetrías en *lo esporádico de la utilización del servicio notarial por la mayoría de los usuarios* (que son precisamente aquéllos a los cuales, para atenuar las consecuencias y riesgos derivados de su desinformación, está dirigida con más intensidad la utilidad social e individual de la actuación notarial). Porque ello les impide no sólo disponer de la más mínima información cuantitativa o estadística sobre los posibles supuestos de cumplimiento defectuoso de sus deberes por el notario o de fallos en la calidad de sus servicios, sino también incluso valorar los indicios que sobre la calidad podrían extraerse de la forma observable de actuación del notario.

Además, hay que advertir que la función informadora, con la fundamental exigencia de la advertencia a los otorgantes de los riesgos implícitos en el negocio, se ve siempre afectada por *un cierto grado de inconcreción o aleatoriedad*. Porque por una parte, siempre cabría discutir si es conveniente informar al contratante sobre un determinado riesgo de probabilidad muy reducida, ante el peligro de abrumarle con un número excesivo de datos e informaciones que, ante su falta de costumbre, no esté en condiciones de comprender, recordar y ponderar adecuadamente (recuérdese, en este sentido, cómo se ha observado que en ocasiones, empleando un asesoramiento parcial y diferenciado para cada uno de los contratantes, y exagerándose la magnitud de los riesgos del negocio, su negociación se convierte en una verdadera *carrera de armamentos* entre las dos partes, para asegurar la absoluta eliminación de cualquier peligro o contingencia dañina en su desarrollo, lo cual finalmente hace imposible la celebración del negocio, o reduce notable e innecesariamente su eficiencia y utilidad: cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 34). Y lo mismo cabe decir de efectos del contrato que pudieran considerarse obvios por inevitables y no necesitados de explicitación porque en apariencia cualquier contratante suele o debería conocerlos. Pero la experiencia nos muestra que no son excesivamente

raros los casos de contratantes ocasionales y desinformados que no son conscientes ni siquiera de los efectos más evidentes del contrato. Pues bien, todas esas circunstancias generadoras de confusión *pueden favorecer la inducción de una relajación peligrosa en la actuación preventiva de riesgos jurídico-económicos de la contratación*, tanto por razones de autojustificación moral como de reducción del riesgo de responsabilidad del notario por defectos de su asesoramiento dada la posibilidad de oponer tales justificaciones.

Por decirlo en otras palabras, ocurre que el deber de información y asesoramiento a la parte débil es difícilmente cuantificable o definible en términos o conceptos jurídicos precisos, de modo que la misma dificultad de su rigurosa apreciación puede ser un factor inductor del riesgo de pérdida de calidad de ese asesoramiento.

2) *Asimetrías informativas en los mercados de bienes y servicios en los que se emplean los servicios notariales.*

Por lo demás, las consecuencias de la falta de transparencia sobre la calidad del servicio notarial se agravan notablemente por la finalidad de la misma intervención notarial. Porque, como venimos diciendo, esa intervención previa y simultánea a la autorización es necesaria precisamente *porque existen mercados que presentan graves asimetrías informativas* que afectan a la calidad del producto ofertado, entendido de manera amplia (es decir, *el producto ofertado mediante un determinado contrato de cuyas estipulaciones dependerán los concretos efectos y utilidad de la adquisición*). En tales mercados, la actuación del notario pretende precisamente paliar esas asimetrías y sus efectos, dando al contratante menos preparado por una parte una mayor información y por otra parte una mayor seguridad jurídica (o certidumbre sobre la efectiva producción de los efectos esperados del negocio, con lo cual se reducen notablemente la necesidades informativas sobre el mismo).

Ahora bien, en los contratos en que se presta el servicio notarial se dan tres notas que agravan notablemente los riesgos derivados de las asimetrías de ambos mercados (el de servicios notariales y el de los productos cuya contratación es autorizada por notario). Se trata, en primer lugar, de que en la práctica totalidad de esos casos *el negocio es bilateral*, con conflicto concreto de intereses con el otro contratante, quien por su parte con enorme frecuencia (como ocurrirá siempre que se trate de empresarios) *dispone de una información incomparablemente mayor tanto sobre el negocio en sí como sobre la calidad del servicio prestado por el notario*. En cambio, el otro contratante carece de información sobre la calidad del servicio notarial, con lo que se vería más expuesto a la

adquisición de un servicio notarial de baja calidad; y como a la vez carece de información sobre el negocio que el notario ha de intervenir, *está igualmente expuesto a riesgos en la celebración del mismo negocio*, riesgos que una actuación notarial de baja calidad, a pesar de estar diseñada precisamente para eso, sería incapaz de evitar en la medida suficiente. Finalmente, debe observarse que esos riesgos presentan para el contratante poco habitual *una gravedad especial por la trascendencia patrimonial que para él tiene en la práctica totalidad de las ocasiones el negocio celebrado*, que formaliza sólo una o unas pocas veces a lo largo de su vida.

3) *Efectos de las asimetrías en el mercado de servicios notariales.*

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el efecto reductor de la calidad estudiado por AKERLOF (en su antes citado "The market for «lemons»: Quality uncertainty and the market mechanism", en *Quarterly journal of economics*, agosto 1970) *sea potencialmente grave, y peligroso para la misma utilidad de la función, en el supuesto de los servicios notariales* (cfr. *supra*, III.1.7). Y *no parece que el mercado por sí solo pueda suministrar la solución a ese problema*. Porque hemos citado anteriormente que el mercado emplea mecanismos como la marca o las franquicias, o bien la inversión tanto publicitaria como por la vía de la señalización de la calidad ofertada mediante la propia conducta (evitando, por ejemplo, cualquier caso o atisbo de problema en relación con la calidad del producto). Pero no parece que esos mecanismos puedan llegar a ser suficientes en el mercado de servicios notariales, especialmente porque la inexperiencia que siempre presenta el contratante particularmente necesitado de la calidad del servicio notarial hará que, por muchos signos aparentes indicadores de esa adecuada calidad que se quieran presentar, ese demandante ocasional del servicio inevitablemente *sea incapaz no ya de tener conocimiento de esos mismos signos, sino incluso de discernir su fiabilidad*, frente a los signos indicadores que también presentarán, sin duda, los productores de servicios de menor calidad. Además, como hemos indicado ya, tratándose de un servicio dirigido a hacer muy improbable la aparición de riesgos o conflictos en el desarrollo del negocio formalizado, difícilmente se podrá señalar la eficacia de esa reducción del riesgo o del número de conflictos, dado que los mismos resultarán siempre muy escasos.

Por lo demás, que el mercado no puede ser la única ni la principal solución al problema de la calidad y eficiencia en el sector de los servicios notariales lo muestran las numerosas quejas que, en tono altamente crítico, se formulan en la literatura notarial moderna y que coinciden unánimemente *en ver precisamente en la lucha por el cliente el principal o*

uno de los principales factores de reducción de la calidad, y de riesgo de degeneración de la función y pérdida de su finalidad esencial.

Más adelante, al tratar el problema de la homogeneidad de los servicios notariales, profundizaremos en esta problemática.

4) Estímulos externos a la reducción y al mantenimiento de la calidad del servicio notarial.

Centrándonos ahora en los estímulos sobre la calidad del servicio notarial, la reducción de la misma se verá inducida, aparte del ya mencionado dato de la asimetría informativa inherente al mercado de servicios notariales, por la inexistencia o al menos la enorme *dificultad de un control objetivo sobre esa calidad*, y porque el propio mercado, los *contratantes habituales, tenderán a presionar como regla general hacia una baja calidad, para obtener, como hemos visto, una posición contractual o negociadora más fuerte*. Y conviene retener ahora un hecho, sobre el que volveremos más adelante: se trata del dato de que la abierta profesionalización de la función notarial, reduciendo su carácter funcional, y estimulando la máxima competencia entre los notarios, únicamente podrá beneficiar al contratante habitual y objetivamente interesado en la reducción de la calidad, y no al ocasional, quien por el reducido volumen de su contratación carece de fuerza negociadora frente al notario, y por su inexperiencia ignora la existencia misma de los mecanismos de presión sobre la calidad, susceptibles de ser usados tanto por la otra parte como por él mismo.

Porque el contratante empresario o profesional, gracias al mayor volumen de su contratación de servicios notariales, *será el único que pueda ejercer una presión efectiva sobre los precios ofertados por el notario*. Y a la vez, gracias a la *relación de dependencia creada como consecuencia del mantenimiento de unas relaciones comerciales estables con el notario* y de la necesidad en que éste se verá de realizar mayores inversiones, e incurrir en mayores costes fijos, para atender al volumen de demanda generado por el gran contratante, se encontrará éste en disposición de *presionar sobre el notario para conseguir la forma de desempeño de la función más conveniente a sus intereses*. Además, le será fácil inducir a la otra parte de la escritura (que en la contratación con empresarios suele ser la que asume la carga de pagar los gastos derivados de la autorización notarial) a aceptar ese servicio notarial con ese precio y esa calidad, dado que la falta de información sobre la calidad *inducirá a éste a creer que, siendo el precio menor, se va a obtener el servicio más rentable posible*. Precisamente, las disfunciones en el sistema de elección del notario, a las que en seguida nos referiremos, son claro indicio de lo dicho.

Todo ello nos revela la ineficacia de los puros mecanismos de mercado como elemento incentivador de la calidad del servicio prestado por el notario.

Ahora bien, si los estímulos a la reducción de la calidad son tan importantes y poderosos, *hay que preguntarse qué es lo que, de modo efectivo, está estimulando hoy el mantenimiento de la calidad del servicio notarial*. Pues bien, en este sentido, cabe decir que la calidad sólo podría ser rentable para el sujeto individual como *inversión a largo plazo, pero no de forma inmediata*. Porque su mantenimiento, la adopción de una actitud crítica y rigurosa frente al contratante que intente eludir el necesario control de legalidad o abusar de su posición contractual, tendrá como principal efecto inmediato el riesgo de pérdida de ese cliente.

Por ello, la inversión en calidad, negándose el notario a la autorización de documentos improcedentes e invirtiendo tiempo y recursos materiales en mantener o mejorar su cualificación técnica, sólo puede ser económicamente rentable a largo plazo, en función del *beneficio futuro esperado*. Seguramente, ello se deba no sólo al riesgo de sanciones que pueden hacerle perder esas retribuciones futuras, sino principalmente al hecho claro y conocido de que *bastaría un número pequeño de casos de "incumplimientos" de los deberes inherentes al ejercicio notarial para desprestigiar al conjunto de la profesión*, y como consecuencia hacer incierto su mismo futuro. Téngase en cuenta lo que se dirá en el próximo apartado sobre la necesidad de que los notarios sean capaces de actuar "con una tasa de descuento baja", dispuestos a aceptar la posposición de la percepción de beneficios inmediatos a cambio de mayores beneficios futuros.

Lo anterior explicaría, por tanto, la existencia de *una fuerte conciencia profesional, un importante papel de la autoestima del notario*, capaces de estimular el cumplimiento de los deberes inherentes a la función, unida y reforzada por *la presión ejercida por el mismo grupo profesional*, con base en el interés corporativo en el mantenimiento del prestigio de la profesión, que es el dato que con más intensidad justificaría el interés colectivo en el cumplimiento de la ley. Porque es el mantenimiento de la calidad general o media de los servicios notariales el que ha determinado su prestigio en el mercado, y consecuentemente ha asegurado la subsistencia de la profesión. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha afirmado, en su Resolución del expediente r335/98 (caso Colegios Notariales) afirma expresamente que la "elevada preparación jurídica (de los Notarios) es actualizada, no sólo para ofrecer un adecuado asesoramiento a los clientes, sino también para mantener elevado el prestigio de su carrera".

Sin embargo, este mecanismo de estimulación de la calidad no es por sí solo lo bastante eficiente. Porque si es cierto que el mismo parece

producir ciertos efectos de forma agregada, no lo es menos que el sistema no puede en modo alguno impedir que individuos aislados valoren menos el estímulo temporalmente aplazado, opten por maximizar sus beneficios a corto plazo en cuanto les sea posible, y para lograrlo reduzcan los estándares de calidad en toda la medida que cada cliente exija (cfr. lo ya dicho *supra*, I.5.C). Ese peligro existirá siempre de forma inevitable, y resulta grave, puesto que la reducción de la calidad de la prestación de un solo, o unos pocos notarios, generará la reducción del prestigio de esos servicios. Y ello estimulará, como ya hemos dicho al analizar los mercados afectados por asimetrías informativas, la reducción del precio que los demandantes de estos servicios estén dispuestos a ofertar, y la reducción de la calidad de los servicios subsiguientemente puestos en el mercado, en un ciclo recurrente, difícilmente controlable.

Así, pues, los mecanismos estimuladores de la calidad del servicio notarial, en la medida en que su mantenimiento implicará inevitablemente para cada individuo una pérdida de rentas a corto plazo, serán de particular importancia, y su regulación deberá ser muy cuidadosa para no generar su inoperancia. Esos mecanismos consistirán fundamentalmente en tres tipos de estímulos, que necesariamente deberán darse de forma simultánea, para ser eficaces: por un lado, el mantenimiento de *una estructura de cuasi-rentas adecuada* (con el actual dato del *aplazamiento* hacia la mitad de la carrera profesional, o algo antes, del comienzo de la percepción de las rentas más cuantiosas, y a la vez con la necesaria *seguridad* de la conservación de unas cuasi-rentas suficientes a largo plazo, ya que en otro caso tendría menos sentido seguir esperando beneficios futuros si los mismos son inciertos, en lugar de lanzarse a una desaforada carrera para la percepción de las mayores rentas posibles a corto plazo, hasta conducir al mismo sistema a la extenuación, debido a su ineficacia). El segundo mecanismo consiste en el mantenimiento de una estructura de relaciones comerciales que *atenúe en toda la medida posible la creación de vinculaciones y relaciones de dependencia con determinados clientes fuertes*, dada la consideración de que es en esas relaciones habituales con clientes bien informados donde se producen los principales estímulos a la reducción de la calidad. Y finalmente, parece imprescindible el establecimiento por las instancias colegiales y administrativas competentes de unos estándares mínimos y homogéneos de calidad, principalmente sobre la base de la exigencia de *un tiempo mínimo de atención por el notario*, con el corolario de la limitación del número máximo de actuaciones profesionales admisibles, en función del mayor tiempo que se pueda dedicar al ejercicio profesional (dado que es el notario, y no sus empleados, la persona cualificada para prestar el servicio en condiciones adecuadas).

5) *La dimensión de la empresa notarial desde el punto de vista de la teoría de la función de producción.*

Hay, en primer lugar, un dato que no puede ser ignorado al analizar el impacto de la desregulación en las actividades notariales en relación con el volumen de esa empresa y de sus ventas totales (que presumiblemente se aumentarían para las aparentemente más eficientes como consecuencia del aumento de la competencia, dando lugar a un proceso de concentración en un número menor de grandes macronotarías: entre otras cosas, recuérdese lo dicho más arriba sobre los efectos de la publicidad como sistema informativo). Se trata del hecho de que el servicio notarial es una actividad profesional fuertemente personalizada, en la medida en que ese servicio sólo puede ser correctamente producido si la prestación se realiza directamente por el profesional notario, que es quien tiene la formación jurídica adecuada al efecto. No cabe, por tanto, la delegación del servicio en empleados del propio notario, ni siquiera sobre la base de un riguroso proceso de selección y formación de los mismos, aunque, obviamente, sea necesario el empleo de esos auxiliares para la prestación de la propia función notarial. (Porque si se alega que un empleado tiene la misma formación del notario, no hay razón para que no obtenga el título de notario, mejor remunerado, como no pocos empleados de notarías han hecho; y si no lo hace es precisamente porque no tiene esa formación, por más que su especialización en una serie de materias concretas le haya dado un notable grado de formación en ellas). Ello implicará que en la producción de servicios notariales, a partir de un cierto volumen, se generará necesariamente *un muy notable incremento del coste marginal de la producción*. Ello se debe, por una parte, al hecho de que la menor cualificación del personal empleado respecto a la del notario hace que, al aumentar la producción de una notaría y reducirse el tiempo que el notario puede dedicar a cada asunto o escritura producida, se precise inevitablemente *un empleo mucho más intensivo de trabajo por cada escritura, imposible de atenuar (en la perspectiva sincrónica) mediante mayor intensidad de inversiones de capital*. Y por otra parte, el hecho de que ese trabajo empleado más intensivamente sea menos cualificado implica necesariamente una importante *reducción de la calidad del servicio de seguridad jurídico-económica que se presta* (reducción que tampoco se previene mediante el uso más intensivo de capital, ni siquiera con mejoras organizativas en el proceso de producción del servicio), con el agravante de la falta de transparencia sobre la misma a la que reiteradamente nos estamos refiriendo. En consecuencia, esa posible concentración empresarial, o el posible aumento del volumen de trabajo de las mayores notarías, daría lugar necesariamente a una reduc-

ción de la eficiencia del servicio ofertado, debido en parte a la necesidad de un aumento más que proporcional del gasto, y sobre todo a la fuerte reducción de la calidad del servicio prestado que se generaría, y que quedaría oculta al usuario, dada la opacidad o asimetría informativa que caracteriza al sector.

Todo ello resulta claro a la luz de la formulación tradicional de la *teoría de la producción, y más concretamente de la teoría de los rendimientos marginales decrecientes*. Porque los rendimientos de un proceso productivo se pueden mantener constantes (o ser crecientes, por las economías de escala que puedan producirse) si los procesos productivos son independientes, es decir, divisibles, homogéneos y acumulables, de modo que puesto un proceso productivo en funcionamiento es posible duplicarlo o triplicarlo mediante otros procesos idénticos. En el caso de los servicios producidos por un notario, ello significaría la posibilidad de duplicar el número de escrituras generadas mediante la contratación de otro equipo de empleados que las produjera de la misma forma que el ya existente.

Pues bien, salta a la vista la imposibilidad de tal proceso en el caso de los servicios notariales. *Porque precisamente esos servicios no se producen mediante un proceso predominantemente empresarial, en el que la función esencial del titular de la notaría sea simplemente la organización de los medios humanos y materiales para la confección de escrituras al coste más bajo posible*. Si así fuera, carecería de sentido la exigencia de una cualificación del titular de la notaría. Por el contrario, los servicios notariales se conciben y en la realidad práctica se producen como *una prestación profesional –a la vez que funcionarial–, basada ante todo en el asesoramiento a los otorgantes y el control de legalidad y eficacia negociales por un profesional que tiene una preparación específica para ello*. Es decir, dentro de la organización que constituye la notaría es el notario el elemento central, porque es él personalmente quien presta el servicio, quien controla la legalidad de la transacción, se asegura de su eficacia, y asesora e informa a las partes sobre sus efectos, y sobre la forma negocial más adecuada para alcanzar sus fines. El hecho de que en ocasiones esa información sea en primer término suministrada por alguno de los empleados de la notaría no limita en modo alguno lo anterior, porque finalmente se ha de producir siempre la autorización de la escritura de forma personal por el mismo notario; y si éste no ha tenido intervención en las fases previas de su preparación debido a su sencillez, ello no limita en modo alguno el deber de informarse sobre la efectiva voluntad de los otorgantes y de comprobar que la escritura a autorizar, además de legal y eficaz, es la más adecuada para los fines empíricos de las partes. La abdicación de esas funciones, descargándolas sobre los empleados, y li-

mitándose el notario a comprobar la identidad de los otorgantes y a presenciar la firma, que constituyen una fuerte tentación para los notarios con un volumen de trabajo excesivo, son una de las principales fuentes de peligro de reducción de la calidad del servicio.

La ley de los rendimientos marginales decrecientes dice que en un determinado proceso productivo, *a medida que se añaden unidades de un factor variable a cantidades fijas de todos los demás factores, se alcanza un punto a partir del cual la productividad marginal del factor variable comienza a descender* (cfr., por ejemplo, QUIRK, *Microeconomía*, p. 161; CLOWER & DUE, *Microeconomía*, p. 117; BAUMOL & BLINDER, *Economics principles and policy*, p. 396). El motivo sería que el incremento del factor variable determinaría una reducción del número de unidades del factor fijo disponibles por cada unidad del factor variable, y del producto generado. O, en la formulación más genérica de la ley de las proporciones variables (QUIRK, *op. cit.*, p. 165), cuando uno o varios factores se mantienen constantes, se alcanza un punto a partir del cual *los incrementos proporcionales de la misma magnitud de todos los demás factores conducen a un incremento menos que proporcional del producto*.

Como venimos diciendo, eso ocurre patentemente con los servicios notariales. Porque el aumento del número de trabajadores empleados, manteniéndose constante el número de notarios de un despacho, hará inevitablemente que *el tiempo y la cantidad de atención dedicados por el notario a cada escritura se reduzcan*. Ello genera por una parte una reducción de la productividad, en la medida en que los empleados, al no contar con la misma intensidad de dirección de su trabajo por el notario, necesiten un mayor esfuerzo y tiempo no ya para preparar cada una de las escrituras producidas, sino sobre todo para dar por totalmente finalizada su tramitación (porque esa reducción de la atención del notario dará lugar a complicaciones cuya solución consume una gran cantidad de tiempo, en la mayoría de las ocasiones superior al mismo tiempo necesitado para confeccionar materialmente la escritura). Pero, sobre todo, la disminución de la productividad se producirá *por la notable pérdida que inevitable e inmediatamente experimentará la calidad del producto*. Y recuérdese, para evaluar correctamente la cuantía de esa pérdida del usuario, lo dicho más arriba sobre la valoración que el sujeto económico da al riesgo de pérdidas.

Ciertamente, el decrecimiento de la productividad marginal puede en no pocas ocasiones verse compensado por las utilidades o rendimientos a escala. Ello puede ser así también en el caso de los servicios notariales. Pero sólo hasta un nivel de producción bastante reducido: aquél a partir del cual el notario pierde la capacidad de controlar desde la preparación

hasta la autorización de cada una de las escrituras que produzca, y de resolver personalmente las dudas que en la configuración del respectivo negocio se puedan plantear. Ello se debe a que es tal el grado de importancia y el peso en el valor del producto final que tiene la prestación personal y profesional del notario que en seguida se alcanza la saturación relativa del uso de los demás factores productivos; en seguida ocurre que la reducción de la atención prestada por el notario tiene impacto en la calidad del servicio ofertado.

Ello tiene importantes consecuencias: por una parte, es la base de la justificación de la argumentación que daremos más adelante sobre el control corporativo de la calidad evitando los perniciosos efectos de las macronotarías. Y por otra, en idéntica línea, justifica sobradamente la advertencia que hacíamos sobre el peligro que para el mercado de servicios notariales tienen los mecanismos de publicitación de la calidad (o, para ser más precisos, de la apariencia de calidad) y en general las medidas de desregulación del mercado como potenciales generadores de procesos de concentración empresarial. No se olvide, ante todo, lo dicho reiteradamente sobre la incapacidad estructural del demandante del servicio notarial, para controlar el nivel de calidad del servicio que se le oferte.

6) *La elección del notario.*

Uno de los datos que con más claridad revelan la actual situación del mercado de los servicios notariales y de las tensiones existentes en el mismo en materia de calidad de esos servicios es el régimen legal sobre la elección del notario, así como el grado de su efectiva implantación. Porque en línea de principio parece indudable que si el contratante, sea habitual u ocasional, elige él mismo al notario, ya por tener anterior relación con él, o incluso simplemente por dirigirse antes de la preparación de la escritura a la notaría en demanda de asesoramiento sobre la misma, *se encontrará en condiciones de obtener una atención más detallada* que si simplemente va al notario señalado por el empresario con quien contratará, previo envío por el mismo empresario de toda la información necesaria para preparar la escritura.

Ciertamente, el hecho de que el empresario sea quien designe al notario no impide que el otro contratante pueda a continuación dirigirse al mismo para dar y recibir toda la información que pueda ser pertinente, con lo cual aparentemente se obviaría el problema. Sin embargo, la general inhibición que existe en este sentido revela la existencia de una generalizada falta de información sobre la problemática del negocio a celebrar, sobre la utilidad de la actuación notarial en relación con la misma, *y sobre las posibilidades reales de acceder a ese asesoramiento.*

Además, como venimos diciendo, el hecho mismo de la habitualidad de la relación entre el cliente y el notario constituye *un poderoso estímulo hacia la reducción de la calidad e intensidad* de la atención hacia la otra parte.

Lo anterior resulta tan obvio que incluso ha tenido un reflejo legal explícito. Porque tanto las normas sobre protección del consumidor en general como las de protección del mismo en el tráfico inmobiliario y en la contratación de préstamos hipotecarios se ocupan expresamente de la cuestión de la elección del notario. En primer lugar, el Reglamento Notarial, en su artículo 142, obliga a los notarios a cuidar que se respete el derecho de libre elección del notario y a abstenerse de facilitar toda práctica que lo pueda cercenar. Igualmente, concede expresamente ese derecho al adquirente en las transmisiones de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación. Y para reforzarlo, el RD de 21 de abril de 1989 “de protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas” dice que al documentar un contrato entre el productor y un consumidor, debe hacerse constar explícitamente “el derecho a la elección de notario que corresponde al consumidor”. Derecho éste que tiene naturaleza irrenunciable, por lo que esa renuncia sería nula, sin que ello afectara a la eficacia de las restantes cláusulas del contrato (cfr. art. 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Y de forma parecida, aunque con menor concreción, la Orden de 5 de mayo de 1994 establece que en materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables. Y para reforzar la posibilidad del consumidor de obtener el asesoramiento adecuado, la misma Orden de 5 de mayo de 1994 establecerá que, cuando no se firme la escritura en el despacho del notario, deba el prestatario tener a su disposición la escritura durante los tres días previos a la firma, para poder presentarse en la notaría y examinar su redacción. Debe, por último, recordarse que ese criterio se reitera explícitamente en el ya citado artículo 40 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio.

Dicho de otra forma, parece existir una evidente relación entre el hecho de la elección del notario y la independencia e imparcialidad del mismo frente al cliente. Ya nos hemos referido a su necesidad para que el asesoramiento a las partes pueda ser activamente equilibrador de ambas, y al peligro que para esa independencia pueda significar la existencia de una relación comercial habitual y de volumen notable con un cliente. De todo ello se desprende que *si la elección del notario efectivamente quedara residenciada en el contratante ocasional, en lugar del fuerte y habitual, los peligros en relación con la independencia del notario y la reduc-*

ción de la calidad de su servicio se verían drásticamente reducidos, cuando no prácticamente anulados.

Pero, a pesar de los esfuerzos legislativos para garantizar al cliente la elección del notario, se observa que *la virtualidad de ese mecanismo legal resulta muy escasa. Porque en la inmensa mayoría de los casos es el propio contratante habitual (el promotor, y sobre todo el banco) el que efectivamente designa al notario*, y son enormemente escasos los supuestos en que el cliente realiza esa designación. Incluso, como botón de muestra de esa realidad, se observa el desconocimiento por numerosos apoderados de entidades financieras de la existencia de ese derecho legalmente reconocido, lo cual resulta claro indicio de la escasez de supuestos de ejercicio de tal derecho. Y la prueba de que eso es así, de que es el contratante fuerte, habitual, y realizador de un gran número de operaciones el que designa al notario, es que los despachos notariales que acumulan mayor volumen de trabajo lo hacen a través de la atribución de ese trabajo por los propios clientes habituales (y no por la elección de ese notario de forma repetida por un gran número de pequeños contratantes, algo que por otra parte resultaría prácticamente imposible, dado que por simple cálculo probabilístico ese trabajo se distribuiría de forma relativamente homogénea entre los diversos despachos existentes).

5. Conclusiones (II): requisitos organizativos para que ese carácter y utilidades del notario se conserven.

1) *Las cuasi-rentas notariales como elemento incentivador de la calidad.*

El funcionamiento del sistema de cuasi-rentas como elemento incentivador de una actuación notarial correcta y dotada de la debida calidad debe abordarse desde una doble perspectiva: la colectiva y la individual. Por lo que se refiere a la primera, acabamos de ver cómo uno de los principales factores desincentivadores de las transgresiones lo constituye la fuerte conciencia profesional individual existente, junto con una intensa presión colectiva hacia el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio profesional. Ese estímulo, individual y corporativo a la vez, se basaría en la conciencia del peligro que para el prestigio colectivo, de la misma profesión, tendría la aparición de casos de incumplimiento de sus deberes por sus miembros, y de que ese desprestigio pondría en cuestión el sentido de la misma profesión. Parece clara, en ese sentido, la percepción de que *sólo ese mantenimiento de los estándares de actuación y del prestigio del colectivo profesional justificaría y aseguraría la percepción en el futuro de las cuasi-rentas atribuidas a la función no-*

tarial. Pero hemos observado también cómo ese interés colectivo, y la consiguiente presión grupal, no son suficientes para eliminar absolutamente toda posibilidad de conductas individuales transgresoras, más o menos probables en función de cuáles sean los estímulos tanto hacia la actuación transgresora como hacia la ajustada a las normas.

Y la otra perspectiva del estímulo del cumplimiento de los deberes es la puramente individual. ARRUÑADA, en un estudio ya citado (*Análisis económico del notariado*, pp. 67 y ss.), analiza la estructura de las cuasi-rentas notariales, mostrando cómo en las primeras fases de la vida activa del notario (es decir, durante la etapa de preparación de la oposición y en los primeros años de la carrera, en los cuales se suelen atender notarias de escaso volumen de trabajo) las cuasi-rentas percibidas son netamente negativas; es decir, que la dedicación a otras actividades profesionales proporcionaría una retribución mayor que la derivada del ejercicio profesional. Pero a medida que avanza la vida profesional del notario los ingresos del mismo aumentan (para volver a experimentar cierta disminución estadística en los últimos años de ejercicio profesional). Ello indica que las cuasi-rentas de mayor volumen que se reciben durante las fases intermedia y final de la vida profesional del notario no sólo retribuyen el trabajo realizado durante esa fase, sino también la pérdida de cuasi-rentas de los primeros años. Ese sistema generaría la selección de notarios, y la formación de los mismos en sus primeros años de ejercicio, como *personas altamente predispuestas a consentir la pérdida de los beneficios que pueden alcanzarse inmediatamente, para asegurar la percepción de otras retribuciones superiores en etapas posteriores* de la carrera profesional (es decir, personas con una tasa de descuento baja).

La posibilidad de realizar reducciones de precios, por una parte, reduciría el margen de beneficio obtenido por los notarios, hasta el punto de *sólo retribuir el trabajo y las inversiones actuales del individuo*. Desaparecería automáticamente el mecanismo por el que *esos precios a la vez retribuyen las inversiones personales pasadas* (consistente en la pérdida de cuasi-rentas para percibirlas en el futuro). Porque, respecto de ellas, el gasto ya está hecho, y no es económicamente amortizable, dado que no puede generar otras fuentes autónomas de productividad y retribución para el individuo, el cual, por tanto, terminaría teniendo que dar por perdidas esas cuasi-rentas inicialmente invertidas. Y aún *tendría menos sentido económico el mantenimiento de unos precios superiores, con la finalidad a la vez de retribuir el gasto actual y asegurar la percepción* de futuras cuasi-rentas que retribuyan el aplazamiento de las actuales, dado que esas rentas futuras serían percibidas por el colectivo globalmente (y no por el sujeto individual que sería, recuérdese, quien negociaría hoy el precio). Consecuentemente, el notario que hoy se viera inclinado a per-

cibir rentas mediante una actuación incumplidora carecería del estímulo contra ese incumplimiento constituido por la expectativa de futuras cuasi-rentas mayores, puesto que sabría que el sistema tiende, por su mismo mecanismo de fijación de precios, a suprimir la retribución futura de pérdidas anteriores. Ello reduciría gravemente el estímulo actual hacia el cumplimiento de las normas imperativas, y consecuentemente eliminaría o haría enormemente ineficaz el estímulo existente hacia el cumplimiento de esos deberes.

Claro que contra lo anterior cabría alegar que con un sistema de precios fijos igualmente existiría la inclinación a incumplir a cambio de beneficios inmediatos. Pero *la escasez y falta de relevancia de los supuestos de incumplimientos en el sistema actual demuestra precisamente que éste sí mantiene estímulos adecuados para asegurar el cumplimiento*. Seguramente, ese estímulo se encuentra en no pequeña medida en el hecho de que el sistema actual *da la información de que en el futuro probablemente seguirán existiendo esas mayores cuasi-rentas esperables*, junto con la aversión al riesgo de perderlas en el futuro si incumplimientos actuales desencadenaran la sanción al notario individual o el desprestigio de la función.

A lo anterior debe añadirse otro dato, que, como hemos visto, hace referencia al aplazamiento de la percepción de cuasi-rentas. Porque, como han señalado PAZ-ARES y ARRUÑADA, la liberalización de precios permitiría a los *notarios que se encuentren en sus primeros años de ejercicio competir con los más veteranos*, reduciendo precios, y por tanto *aumentar sus cuasi-rentas actuales, a costa de una notable reducción de las cuasi-rentas futuras del conjunto de notarios*, y sobre todo de la inseguridad de que en el futuro esas cuasi-rentas puedan llegar a percibirse, con lo cual desaparece del conjunto de estímulos existente el del temor de perder las futuras cuasi-rentas de mayor envergadura.

Claro que contra todo lo anterior puede alegarse que realmente ese proceso sería beneficioso para el consumidor, puesto que generaría una reducción de los precios que él mismo tendría que pagar, y por tanto un aumento de su bienestar. Sin embargo, esa argumentación ignora un hecho capital: que a medio plazo *la contrapartida de esa reducción sería, como hemos venido defendiendo, una reducción de tal naturaleza e intensidad en la calidad de su asesoramiento, y en el grado de seguridad jurídico-económica proporcionado a la transacción, que la pérdida potencial sería enormemente mayor que el posible beneficio*. Ello hace que ese sistema de reducción de los costes no pueda considerarse realmente rentable, si lo contemplamos desde la perspectiva del equilibrio general.

2) Sistema retributivo que evite la generación de vinculaciones con la clientela.

Pero seguramente el principal efecto sobre la calidad de una modificación del sistema retributivo, liberalizando las tarifas de los servicios notariales, radique en su efecto *de pérdida de independencia del notario frente a su "cliente"*. Es sobradamente conocida en la vida empresarial la utilidad para las mismas empresas del establecimiento de *relaciones estables con determinados proveedores o clientes que les aseguren un determinado volumen de contratación*, y que gracias a las ventajas derivadas de esa estabilidad del volumen demandado *permita la obtención de mejores condiciones contractuales*. Surgen así, por ejemplo, los conocidos y frecuentes rappels o descuentos por volumen, con los cuales, si se produce una reducción del beneficio generado por cada unidad producida y comercializada, el mayor volumen de beneficio total generado *gracias al seguro aumento de la cuantía total contratada compensa esa pérdida unitaria*.

La obvia traducción de esa realidad en el mercado de servicios notariales sería que *mientras el cliente ocasional apenas tiene capacidad de presión al contratar para obtener mejores condiciones, el cliente habitual y generador de un gran volumen de negocio la tendría en mucha mayor medida*. La consecuencia de ello es que se crearían relaciones de fuerte vinculación entre el notario y los grandes clientes, donde el gran cliente obtendría mejores condiciones en los costes notariales, mientras que el notario aseguraría un gran volumen de trabajo. En cambio, *los clientes pequeños u ocasionales apenas obtendrían mejora alguna*, e incluso a medio plazo podrían verse sujetos de forma generalizada a la imposición de peores condiciones de precio, como modo de compensar la reducción del beneficio unitario de los contratos con clientes mayores. El anterior peligro es real, y no meramente conjetural, y *las normas reguladoras de los honorarios notariales y del principio de libre elección del notario son evidentes indicios de ello*.

Esta intensificación de la vinculación, sin duda, es indeseable, dados los potenciales riesgos que encierra contra la independencia del notario (como las propias normas protectoras del consumidor reiteradamente citadas revelan). El riesgo de pérdida de la imparcialidad radica en dos hechos: por una parte, la vinculación entre notario y cliente habitual creada por la frecuencia de sus relaciones *genera inevitablemente una dependencia más o menos fuerte*, según los casos, debida no sólo a que el notario tiene interés en conservar ese cliente para no perder el volumen de ingresos que el mismo le proporciona, sino también, y muy especialmente, porque el notario, cuando consigue asegurarse la fidelidad de alguno de esos clientes, debe realizar *un esfuerzo inversor para dotar*

a su despacho de los medios materiales y humanos que le permitan atender a la demanda generada por ese gran cliente. Por ello, la pérdida del mismo no sólo le ocasionaría una pérdida de ingresos, sino también, lo que posiblemente sea aún más grave desde el punto de vista empresarial, la aparición de una situación de infrautilización de esos recursos puestos en el despacho, lo cual causaría *un muy grave deterioro de los excedentes netos obtenidos mediante su actividad.*

Y junto al anterior, el otro hecho determinante de la pérdida de independencia, quizás aún más peligroso por su sutilidad, y por la consiguiente dificultad para apreciar su existencia y sus efectos sobre la actuación del notario, es el ya citado (al analizar la independencia del notario) *de ligero, progresivo e indetectable acercamiento de las dos partes, al ir confluyendo progresivamente sus intereses* en la relación, y acercándose sus puntos de vista sobre la misma, en la forma que hemos descrito. Porque ello llevaría al notario, en las situaciones de conflicto potencial o real, patente u oculto, a contemplar con más benevolencia o comprensión la posición y los argumentos de su cliente habitual, al que le une una comunidad de intereses que los de la otra parte.

Cierto es que la existencia de clientes habituales y generadores de gran volumen de negocio para un determinado notario *ya se da en la actualidad*, con todos los riesgos que hemos analizado. Pero parece indudable que la posibilidad de realizar reducciones arancelarias, intensificando la relación notario-cliente, *la aumentaría notable y peligrosamente.* Ha de tenerse en cuenta que aunque en la práctica totalidad de los contratos firmados entre un empresario y un consumidor los gastos notariales son soportados en exclusiva por el propio consumidor, no son pocos los supuestos en que el empresario debe realizar desembolsos para preparar u organizar la futura contratación con sus clientes. Precisamente, por ello, aparte de la normativa que en la legislación sobre consumo impide repercutir esos gastos sobre el propio cliente, la normativa reguladora del arancel notarial consciente del peligro que para la independencia en el ejercicio de la función notarial supone la *tentación* del empresario de obtener beneficios en relación con esos gastos, en su norma de aplicación 13.^a, tras establecer que el notario puede dispensar totalmente los derechos devengados por cualquier escritura pero no hacer dispensas parciales (o rebajas en los honorarios a percibir), continúa estableciendo la prohibición de “dispensar totalmente los derechos correspondientes a uno o varios actos o contratos conexos o económicamente relacionados con otros otorgados por el mismo sujeto respecto de los cuales no conceda la misma dispensa”.

3) *La homogeneidad de los servicios notariales: su valor económico.*

Hemos venido insistiendo a lo largo de esta exposición sobre la importancia de la homogeneidad de la calidad del servicio notarial, consistente entre otras cosas en un asesoramiento sobre las circunstancias e implicaciones jurídicas del contrato. La inexistencia de esa homogeneidad genera dos problemas para el contratante: por una parte, el problema que suele tener el adquirente de productos complejos y de difícil valoración es el del coste de la información, que, como hemos visto, le obliga a tomar decisiones apoyadas en una información incompleta. La solución a ello sólo puede estar *en una fuente de información de coste contenido, pero que ante todo presente un grado de seguridad elevado y cognoscible, de modo que el usuario pueda tener confianza en la misma.* En otro caso, si falta esa seguridad –aunque sólo sea porque en unos casos la información es correcta pero en otros supuestos (aunque sean raros) presenta fallos– las necesidades informativas del usuario no se habrán acabado con la información recibida directamente del notario, sino que deberá completarla bien con información sobre la calidad del servicio notarial adquirido, o bien con información adicional sobre el mismo negocio sustantivo en que se produce la intervención notarial. Con ello *no sólo se eleva el coste de la información a obtener, sino que se aumenta de forma sensible el número de supuestos en que se decide contratar con una información deficiente*, con todos los problemas de fallos en la contratación e ineficiencia del mercado que ello acarrea.

Porque la formalización del negocio sin disponer de una seguridad alta sobre la fiabilidad de la información empleada implicará, por un lado, un notable incremento de los costes transaccionales asociados al negocio, no sólo por la indicada necesidad de aumentar el gasto en *otras fuentes de información*, sino también, muy especialmente, por el *aumento de los riesgos inherentes a la contratación*, los cuales, como hemos venido repitiendo, constituyen por sí mismos un incremento de esos costes transaccionales del negocio por la vía de la reducción de la probabilidad matemática de satisfacción de los objetivos del negocio, y la consiguiente disminución de la esperanza matemática de beneficios.

Y desde un punto de vista no económico, sino propiamente jurídico, debemos recordar lo dicho anteriormente sobre las exigencias de control material del contenido del documento para que sea admisible en el ordenamiento jurídico un documento público con fuerza probatoria y vinculante para particulares y para autoridades públicas (con todas las implicaciones que ello tiene desde el punto de vista de la cesión de la soberanía del Estado). Ello explica que se haya podido afirmar que “la variabilidad de la calidad es (...) incompatible con los efectos homogé-

neos que los sistemas jurídicos atribuyen al documento público” (PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, p. 61). Y debemos recordar cómo se ha señalado que la desmonopolización de la actividad notarial necesariamente determinaría el suministro de servicios de calidad variable, como lo prueba la experiencia de la auditoría (L. DE ANGELO, *Auditor size and auditor quality*, cit. por PAZ-ARES, *op.*, *loc. cit.*).

El mercado, como ya hemos indicado, emplea diversos *mecanismos para asegurar la calidad de los productos ofertados, y consiguientemente reducir los costes de transacción* derivados del coste de la información y del riesgo de deficiencias en la calidad del producto. Entre ellos, posiblemente los principales sean las marcas y las franquicias, dispositivos ambos en los que coinciden dos elementos: por una parte, la señalización autónoma (o externa al mismo ofertante último del servicio al público) de unos criterios de calidad de obligado respeto, y por otra el mantenimiento de un cierto nivel de precios no susceptible de reducción, para evitar que la actuación competencial basada en la reducción de los precios se produzca mediante una simultánea reducción de la calidad (que es un atributo del producto menos observable que el precio), cuya reducción permitiría al productor mantener o incluso aumentar sus márgenes, provocando a la vez la desconfianza en el producto ofertado por los restantes productores.

Sin embargo, esos sistemas de salvaguardia de la calidad y de información en el mercado sobre la misma, son poco eficientes en un mercado como el de servicios notariales. Porque esos servicios, para la mayoría de los usuarios (y, sobre todo, para la totalidad de los usuarios necesitados de la calidad del asesoramiento notarial) *no son bienes de búsqueda o de experiencia*, cuya calidad sea contrastable mediante una previa investigación sobre el producto (ya que, como hemos venido exponiendo, la complejidad de elementos presentes en el negocio intervenido y en la misma intervención notarial hace imposible su previa contrastación), o mediante la repetición de transacciones que tengan por objeto esos servicios (puesto que, como resulta patente, para la inmensa mayoría de los usuarios las transacciones con intervención notarial se realizan sólo en unas cuantas ocasiones en su vida). *Se trata, pues, de bienes de confianza, donde la calidad sólo se conoce a largo plazo, o incluso no puede llegar a ser conocida* (cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 239). Añádese a ello el dato de que en la inmensa mayoría de los supuestos el consumidor, más necesitado de protección e información por medio del servicio notarial, no realiza de forma efectiva la elección del notario a la que la ley le reconoce derecho esencial e irrenunciable, sino que esa elección se impone por la vía de los hechos, de forma más o menos sutil, por la otra parte, demandante casi siempre de una calidad inferior (y de ello son prueba los muy frecuentes enfados o resistencias de esos contra-

tantes fuertes cuando el notario insiste en informar a la otra parte sobre los aspectos menos beneficiosos o más generadores de riesgos para ella).

¿Y en qué consiste la calidad del servicio notarial? Como estamos viendo a lo largo de este trabajo, puede decirse, de forma muy sintética, que la calidad del servicio notarial no sólo consiste en *un efectivo control de la legalidad y eficacia del negocio formalizado por el notario* (aspectos que se verifican en la inmensa mayoría de los casos), sino que además exige *una adecuada información a los otorgantes sobre los distintos aspectos, riesgos y efectos del negocio formalizado*, información que debe darse tanto en el mismo momento del otorgamiento de la escritura como con anterioridad, durante su preparación. Pues bien, la efectividad de esos contenidos del servicio notarial exige dos elementos fundamentales: *la independencia del notario, y la atención personal y suficientemente detenida a cada caso concreto*. Pero esos dos elementos tienden a verse en peligro en las grandes macronotarías de algunas ciudades modernas. Porque, por un lado, las macronotarías existen en la mayoría de los casos gracias al establecimiento de fuertes vinculaciones con algunos clientes importantes que controlan un gran número de escrituras (de otra forma, cuando las escrituras fueran encargadas una a una por el pequeño usuario del servicio, sería casi imposible la concentración, aunque sólo sea por motivos estadísticos). Y esa concentración, esa intensificación de las relaciones comerciales con algunos grandes clientes, supone un serio y evidente peligro para la independencia del notario frente a ellos, y consiguientemente para su capacidad de defender al otro contratante ante posibles pretensiones abusivas. Junto a ello, en esas grandes notarías el elevado número de asuntos que se atiende obliga inevitablemente a reducir de forma drástica el tiempo de atención dedicado a cada uno de ellos, con el consiguiente riesgo de reducción hasta niveles inadmisibles de la calidad del asesoramiento prestado a los otorgantes, que llegarían a sentir que la actuación del notario se limita a presenciar las firmas, sin apenas mayor aportación.

Ciertamente, no es esa en absoluto la realidad del notariado. Basta analizar el número de notarías existentes en España y el número de las que pasan de, pongamos por caso, cinco mil números de protocolo ordinario, para observar que *el porcentaje de macronotarías es ínfimo*. La calidad del asesoramiento se mantiene, pues, de forma general en las demás, pero su imagen se ve dañada por el escaparate que son esas pocas notarías de gran dimensión, que por esa dimensión suelen recibir una alta consideración a primera vista, pero que en la práctica dejan insatisfecho al consumidor. Ello obliga a plantearnos la problemática del control de la calidad en los servicios notariales, para evitar las disfunciones que, cada vez más intensamente, van apareciendo.

4) *Control corporativo de la calidad.*

La importancia económica de la calidad del producto, en nuestro caso del servicio prestado por el notario, desde el punto de vista de su utilidad para el demandante individual, y para el mercado de forma más general, y los problemas que como hemos visto presenta el mantenimiento de esa calidad, nos llevan a plantearnos la eficiencia de los actuales mecanismos de control, así como la viabilidad de otros alternativos.

Pueden detectarse tres clases de incentivos: por un lado los notarios estarían inclinados a prestar un servicio de elevada calidad para evitar perder su cuota de mercado, debido al eventual conocimiento en el mismo de los problemas de calidad que su servicio viene sufriendo. En segundo lugar, la prestación de un servicio de calidad adecuada y sin fallos que afecten a la eficacia del negocio formalizado, o simplemente al control de legalidad en los diversos aspectos en que el mismo es obligatorio (aunque la ilegalidad no siempre implique la ineficacia del negocio) se ve estimulada por un mecanismo disciplinario que en los casos límite puede llegar a poner en peligro las cuasi-rentas futuras del notario sancionado. Y por último, la conservación de la calidad se debería al interés colectivo, puesto que no sólo la generalización, sino incluso la simple aparición regular de algunos casos, aunque no excesivamente frecuentes, de problemas de calidad del servicio prestado por algunos notarios, generarían una pérdida colectiva de confianza en el notariado como institución que con seguridad acabaría erosionando su papel social, y degradando la misma función.

No cabe duda de que todos esos incentivos se dan, y son la explicación del mantenimiento del nivel de calidad en sus actuales términos. Pero son mecanismos débiles, por lo que parece posible que la ausencia de un efectivo refuerzo de los mismos puede poner en peligro la futura efectividad del control notarial, ante los embates que en las modernas formas de contratación se dan. Porque *el esfuerzo por mantener la calidad no siempre tiene sentido económico desde el punto de vista de la conservación de la clientela*, ya que, como hemos venido explicando, *las dificultades para valorar esa calidad* y la realidad de una *demandas de infracontrol e infracalidad* debilitan extraordinariamente, e incluso anulan por completo en ocasiones, su eficacia. La vía sancionadora es quizás la más efectiva, tanto por la vía corporativa interna como por la de la responsabilidad civil del notario. Pero las dificultades procedimentales con que en la actualidad topan ambos mecanismos de imputación de responsabilidad también los debilitan sensiblemente, hasta el punto de que resulta tan difícil la imposición de sanciones civiles o disciplinarias

al notario poco diligente o riguroso que no es en modo alguno imposible la adopción de conductas improcedentes de forma totalmente impune. Finalmente, *el interés corporativo constituye un factor de inducción del cumplimiento en la mayoría de los casos. Pero no en la totalidad de los mismos*, por cuanto, en una forma del conocido dilema del prisionero, resultaría más rentable incumplir los límites impuestos a la actuación notarial para lucrarse a corto plazo, mientras el sistema notarial resista los embates que motivarán ese tipo de conductas de unos cuantos individuos.

Esos problemas de eficiencia de los mecanismos de mantenimiento de la calidad hacen que sin duda pueda resultar muy eficaz la solución *del mantenimiento de la misma por medio de medidas de estandarización externa a cada productor individual* (de modo análogo a lo que se hace para la puesta en el mercado de las marcas y las franquicias). Porque las medidas adoptadas internamente, por un notario, con el fin de aumentar su demanda con base en la confianza generada, se encontrarán con el insoluble problema de la imposibilidad para el demandante de comprender con precisión los atributos del producto mismo (cfr. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, p. 236) y de la ocasionalidad de la demanda de cada operador. El intento de encontrar solución al problema a través del *ofrecimiento al público de garantías que hagan aparente la existencia de una determinada calidad mínima* del producto ofertado (de forma parecida a lo que ocurre con las garantías frente a posibles averías de vehículos durante un largo número de años) tampoco es suficiente, como hemos dicho. Por un lado, porque el mecanismo que a tal efecto podría utilizarse, como es un seguro de responsabilidad civil del notario, tampoco permitiría, por la complejidad de la valoración de las condiciones de la póliza suscrita por cada notario, ofrecer un índice accesible sobre la calidad de sus servicios. Y por otro lado, porque no debemos olvidar los problemas de ineficiencia que presenta el seguro como mecanismo reparador del daño causado por un supuesto de ineficacia negocial.

Pues bien, seguramente la principal medida que podría eficazmente complementar el alcance de los mecanismos inductores de la conservación de la calidad sería *la regulación del volumen de trabajo de cada notario, limitando el número de actuaciones profesionales que cada uno pueda desarrollar en cada ejercicio*. Ciertamente, esa propuesta encontrará importantes obstáculos. El primero, y con mayor frecuencia alegado, por tratarse de algo aparentemente esencial e inherente a la misma función notarial, es la obligación de prestar esa función notarial, autorizando la escritura solicitada, cuando en ella no existan motivos de ilegalidad, y que impediría obligar al notario a renunciar a la autorización de la escritura solicitada cuando hubiera sobrepasado un determinado nú-

mero de escrituras en el año. No obstante, esa objeción puede ser eludida, porque, por una parte, no tiene sentido argumentar con apoyo en el derecho del usuario a obtener la autorización de una determinada escritura para eliminar una medida que pretende garantizar un interés o derecho de mayor importancia del mismo usuario, como es la calidad del servicio demandado. Por otra, la regla de la obligatoriedad de prestación de funciones puede perfectamente admitir excepciones, como la de haber sobrepasado un determinado volumen de trabajo, siempre que se articulen soluciones que aseguren la obtención de ese servicio de otro notario, sin perturbaciones excesivas para el usuario. Y por último, el uso de mecanismos flexibles y adaptados a las circunstancias para controlar los casos de autorización de un número excesivo de documentos evitaría sin duda los problemas que ello puede crear.

El segundo argumento que puede darse contra esa limitación del volumen de trabajo de cada notario es puramente económico: se trataría de una regulación, *una traba al libre desarrollo de la competencia y del mercado, que no podrían sino reducir su eficiencia*. Ese argumento no es sin embargo admisible, por un lado porque la utilidad de las regulaciones sobre el mercado para mantener su eficiencia *es hoy ampliamente reconocida* (y la menos discutida de ellas es una que guarda gran relación con la aquí propuesta: la adopción de medidas para evitar los riesgos que para el usuario se derivan de la concentración empresarial generadora de situaciones monopolísticas).

En cambio, a favor de la limitación del número de escrituras se encuentra un argumento que parece evidente: con ello se posibilita que el notario, profesional que ha de prestar personalmente su servicio (por mucho que lo haga valiéndose de auxiliares), *dedique un mayor tiempo de atención a cada escritura autorizada*, lo que sin duda alguna redundará en una mejora de la calidad de la información al usuario sobre el negocio. Además, debe recordarse lo dicho más arriba sobre la intensidad con que se da la ley de los rendimientos marginales decrecientes en la prestación de la función notarial, y particularmente sobre el dato de que la principal consecuencia de ello sea en nuestro caso la reducción de la calidad del producto (cfr. *supra*, III.4.5).

Un segundo argumento se apoyaría en el dato de la falta de justificación, y el efecto antieconómico que tiene la *apropiación de grandes porciones de cuasi-rentas por algunos macronotarios* que en la actualidad autorizan un número de escrituras excesivamente elevado. Porque, por un lado, las cuasi-rentas notariales tienen por finalidad retribuir el mantenimiento de la calidad del servicio prestado. Pero precisamente esos macronotarios *son los que más intensa y peligrosamente pueden reducir los estándares de calidad*, tanto en materia de seguridad jurídica de la

transacción intervenida como de información al consumidor, con los consiguientes riesgos económicos que las deficiencias en dicha información generaría. Por ello, carece absolutamente de sentido que esos notarios, productores de servicios de menor calidad, perciban además cuasi-rentas superiores a las de los que mantienen mayor calidad profesional. Y a ello se añade el dato de que el acaparamiento de cuasi-rentas por esos macronotarios reduce sensiblemente las cuasi-rentas que quedan para los demás, cosa que *obligará a reforzar o aumentar el volumen de las rentas percibidas por los restantes notarios* para mantener adecuadamente el estímulo a su calidad.

Junto a lo anterior, otro factor que contribuiría notablemente a la defensa de la calidad de los servicios notariales sería el reforzamiento, para hacerla efectiva, de *la libre elección del notario por el usuario necesitado de ella*, por cuanto esa medida por un lado aumentaría el grado de *independencia* de los notarios frente a los clientes poderosos, y por otro reduciría la *concentración* en las grandes macronotarías, por cuanto la elección del notario por los consumidores, de forma más o menos aleatoria, generaría sin duda una mayor difusión de la demanda. Ello, además, daría lugar a la intensificación de la atención concreta y personalizada prestada por el notario individual al cliente, por el doble motivo de la desaparición de los notarios que autorizan un número excesivamente elevado, e inabarcable, de escrituras, y porque el hecho de haber sido elegido directamente por el propio cliente interesado en recibir el asesoramiento intensificaría notablemente la relación entre notario y cliente.

IV. Recapitulación final

Para concluir, vamos a recapitular brevemente las ideas que hemos expuesto, y cuyo desarrollo y justificación se encontrará a lo largo del trabajo. Hemos explicado cómo la función notarial puede cumplir varias finalidades tanto internas o para los mismos otorgantes, como para terceros determinados, o, en forma de externalidades positivas, para la colectividad. Ahora bien, esas ventajas del producto notarial sólo se darán si el mismo reúne los requisitos de fondo o contenido, y las modalidades organizativas, que son la base de su actual configuración, especialmente en materia de imparcialidad del notario frente a los clientes. Pasemos a enumerarlos.

1. En primer lugar, debe recordarse que la realidad social en que se presta el servicio notarial presenta una serie de rasgos que es preciso to-

mar en consideración para poder apreciar el sentido económico de la institución notarial. Pero, curiosamente, esas particularidades de la función notarial suelen ser poco conocidas, cuando no radicalmente ignoradas.

Los efectos de la función notarial en el mercado de bienes y servicios en que la misma se da, en el espacio jurídico donde actúa, son varios, todos relacionados entre sí: por una parte, se asegura la eficacia y legalidad de los actos y contratos, y por otra se garantiza la corrección negocial del documento formalizado, a través del control de la coincidencia de la voluntad real y común de los otorgantes con la plasmada en el documento, informando a los mismos sobre los efectos, tanto jurídicos como materiales o económicos, de la transacción documentada. Esto tiene varias consecuencias: se evita el oportunismo ex ante de uno de los otorgantes, y ello, unido al control de la legalidad y eficacia del negocio, proporciona a ambos seguridad jurídica y un nivel mayor de utilidad del negocio. Todo ello genera externalidades positivas, como el aumento de la eficiencia de ese mercado. Asimismo, se cumple una importante función equilibradora, mediante un reparto equitativo de los beneficios que genera el mismo y la prevención de la apropiación abusiva de esos beneficios y rentas por una de las partes, operador habitual que se encuentra en condiciones de actuar de forma oportunista. Pero ello exige la homogeneidad del producto notarial: es preciso que cualquier ciudadano que acude al notario sepa que se le ofrece un producto (servicio) de una determinada calidad, que conozca el grado de fiabilidad del asesoramiento que se le va a dar, y por tanto la confianza que puede depositar en la información que sobre la transacción a formalizar le dará el notario. Cobra, así, pleno sentido, en el análisis del mercado de servicios notariales, la crítica al modelo microeconómico clásico que desde la economía neoinstitucional se ha formulado, al observar que las condiciones de la competencia perfecta son irreales y, por lo que aquí nos interesa, los bienes (en nuestro caso, los servicios ofertados por cada notario) tienen características diversas, cuya apreciación, dadas las carencias informativas existentes en todo mercado, tendrá un alto coste que conducirá inexorablemente a la adopción de decisiones con información incompleta. Y las imperfecciones de los mercados son especialmente pronunciadas en el de servicios notariales, especialmente respecto de aquellos operadores que demandarían la máxima calidad en esos servicios porque de ella obtendrían mayor utilidad.

Otro efecto de la actuación notarial en la esfera negocial es la obtención de un ajuste general de los documentos formalizados a la legislación imperativa en vigor, junto con la garantía de su regularidad sustancial y por tanto, de su eficacia. Ello motiva una importante reducción de la conflictividad ante los tribunales, tanto por la reducción del número de

negocios ilegales o viciados, como por la eliminación de incertidumbre en torno al resultado de los eventuales pleitos sobre el negocio, con lo que se desincentiva el recurso de los otorgantes a esos pleitos en lugar de cumplir voluntariamente lo que estaba pactado y previsto. A la vez incrementa significativamente la eficacia de las normas imperativas que se dicten, ya que es obvio que, antes que sancionar o reparar las transgresiones producidas, será siempre preferible que los ciudadanos se vean espontáneamente impulsados a ajustar sus conductas a esas previsiones legales a través de cauces que al efecto les sean brindados (debido tanto a la facilidad con que esos cauces son configurados y ofrecidos por el notario en su función asesora, como al desempeño por éste de su papel de *gatekeeper* que impide la trasgresión). La finalidad de las normas imperativas no es la imposición de sanciones, que no constituyen más que un estímulo de relativa eficacia para su cumplimiento, sino lograr que los ciudadanos ajusten sus conductas a lo en ellas previsto.

Precisamente por esas finalidades a las que debe atender el ejercicio de la función notarial, tanto en la línea del respeto de la legalidad como en la de la información y equilibrio de ambas partes del contrato, se desarrolla su prestación en medio de importantes tensiones que hacen que el funcionamiento de este mercado se aleje especialmente de los modelos de competencia perfecta: de un lado aparece la tensión entre el interés público en el cumplimiento de la ley y el interés de los particulares en no respetarla cuando ello pueda redundar en provecho propio, y de otro la tensión entre las posiciones e intereses contractuales de las dos partes, aderezada en la gran mayoría de los casos por un desequilibrio en la experiencia y capacidad de negociación jurídica de los dos contratantes que potencia las posibilidades de oportunismo de uno de ellos, convirtiéndose la actuación notarial en un dique para el mismo. Para poder actuar en medio de esas tensiones contradictorias, que tienden a arrastrar al notario hacia la posición o los intereses particulares del otorgante fuerte, se hace preciso configurar la función notarial a través de un modelo híbrido, de funcionario y profesional, que por la primera de las dos notas se encuentra sujeto a una obligación particularmente intensa de respeto de las normas y de cumplimiento de sus deberes respecto de ambos contratantes, de terceros y de los intereses públicos; y por la segunda de ellas estará en condiciones de realizar una actividad de asesoramiento, de activa imparcialidad para equilibrar efectivamente la posición de dos otorgantes inicialmente desequilibrados en sus aptitudes negociadoras, y para permitirles formalizar un negocio debidamente ajustado a sus finalidades prácticas, encontrando para ello los cauces más adecuados, dentro de lo que la legalidad permita.

Todo ello tiene como consecuencia que la función notarial no sea un simple factor productivo más, cuya utilidad o eficacia vengan determinadas por circunstancias análogas a las que intervienen en los demás factores de producción. Es esto así por varios motivos: en primer lugar, por el hecho de que, como hemos venido diciendo, esa función, los servicios prestados por el notario, no constituyen un simple asesoramiento técnico a un operador económico, sino que generan importantes externalidades positivas, favoreciendo la organización jurídica general, promoviendo de forma efectiva valores de rango constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad, e incrementando la eficiencia de los mercados donde esa intervención se da de forma generalizada. En segundo lugar, por el especial mecanismo de la concertación en el mercado de servicios notariales, en una relación que no es bipolar como en la mayoría de los productos (con un ofertante y un demandante, con intereses contrapuestos que se intenta concertar de forma útil para ambos), sino que tiene tres vértices cuyos intereses y cuya posición en el mercado, en la negociación del producto concreto, son totalmente divergentes, lo cual conducirá a equilibrios muy inestables. Porque existe un ofertante del producto, el notario, que se encuentra inmerso dentro de un mercado de servicios notariales donde otros ofertantes compiten con él en calidad (ofreciendo como una ventaja mayor calidad, o a veces menor calidad). Pero hay dos demandantes simultáneos del mismo servicio, las dos partes en el contrato a formalizar. En ocasiones, los dos demandantes son dos particulares, cuya posición al demandar el servicio notarial es análoga: ambos quieren que tenga la mayor calidad posible, para maximizar la seguridad jurídica; y habiéndose pactado quién pagará los gastos de la formalización, normalmente sólo uno de los dos estaría interesado en obtener el precio más reducido que quepa. Pero no es éste el panorama general. En un porcentaje muy significativo de los casos, ocurre que uno de los dos contratantes es un operador habitual (un promotor inmobiliario, una entidad financiera, etc.) y el otro un consumidor que sólo en ocasiones esporádicas, unas pocas a lo largo de su vida, realiza ese tipo de operaciones. En esos casos, el contratante profesional se encontrará en condiciones de concluir una negociación más ventajosa en la medida en que pueda dar al otro la apariencia de mayor utilidad del negocio, ocultando los aspectos que para él puedan resultar gravosos o generadores de riesgos. Por ello, ese contratante estará objetivamente interesado en una función notarial, un asesoramiento, de la menor calidad posible, que se limite a informar sobre las líneas generales del negocio pero sin profundizar en sus detalles. Y el otro contratante estará interesado, por el contrario, en un servicio de la calidad máxima, ya que para él esa mayor utilidad redundará en una mayor rentabilidad del negocio, al reducir

apreciablemente los riesgos jurídicos (en términos de riesgo de ineficacia, o de limitación de sus efectos por estipulaciones negociales o circunstancias externas al propio negocio —cargas, etc.—) y económicos (en términos de efectos del negocio, de algunas de sus estipulaciones, que puedan imponer inesperados gravámenes a ese otorgante).

La especial naturaleza de esa relación triangular entre ofertante y demandantes hace que el equilibrio alcanzado de forma espontánea no sea normalmente el más útil, especialmente desde el punto de vista del contratante ocasional, por varias razones. Quien paga el servicio suele ser casi siempre ese contratante ocasional, por así imponérselo el otro, normalmente como parte de sus condiciones generales. Por tanto, será ese contratante el que debería buscar un servicio de la calidad que le interesara, aunque ello pudiera implicar algún incremento de sus costes. Pero la realidad muestra estar muy lejana de ello: aunque la normativa aplicable al respecto insiste reiteradamente en que la elección del notario corresponde al contratante no profesional, se observa que en muy contadas ocasiones ese derecho de elección es efectivamente ejercitado, debido no sólo a la resistencia más o menos pasiva que los operadores habituales oponen a ello, sino también, y muy especialmente, al hecho de que siendo el otro contratante inexperto e inhabitual, no conoce notario alguno respecto del cual haya podido contrastar la calidad de sus servicios, careciendo por ello de medios de evaluación de la calidad que se le oferte, mientras que la otra parte conocerá más que sobradamente la forma de actuación de un amplio abanico de notarios, y por tanto podrá elegir el que más le convenga. Y resulta llamativo que precisamente esos operadores habituales, interesados en no facilitar el ejercicio del derecho de elección del notario, insistan frecuentemente en el abaratamiento de los servicios notariales, a través del incremento de la competencia, cuando ellos no asumen en casi ninguna ocasión el pago de los mismos.

Existe una dificultad intrínseca para conocer la calidad de esos servicios (por la ya citada ocasionalidad de su uso por el contratante débil; por su carácter meramente preventivo de riesgos que hace que, como ocurre con los productos presentados por una compañía de seguros, sólo se pueda conocer la calidad del producto —sus fallos— cuando se ha producido un siniestro, cosa que además ocurre sólo de forma muy excepcional; por la complejidad de todas las circunstancias presentes en la contratación —alcance de los pactos contractuales, de las cargas y riesgos asumidos en la contratación— que impide al contratante poco habituado apreciar el grado de precisión con que se realiza el asesoramiento en todas esas materias; etc.). Por todo ello, el único dato valorable con cierta precisión por el contratante poco habituado sería el del precio del servicio notarial demandado, sin tener noción alguna sobre la calidad que va

a recibir. De este modo, se alcanza un equilibrio enormemente ineficiente, dado que una eventual reducción de los costes para el demandante del servicio –que, cuando pudiera llegar a haberla, será realmente inapreciable dentro del conjunto de los costes de la transacción– se obtendría a cambio de una reducción de la calidad que puede resultar enormemente costosa para él, no sólo por la abismal diferencia de valor que se da entre el negocio que se está contratando y el coste del servicio notarial, sino también, y muy especialmente, por el hecho de que el negocio autorizado por el notario suele tener una trascendencia notable en la vida económica de ese otorgante, durante los numerosos años que durará el uso de la vivienda que se quiere adquirir, o el pago del préstamo hipotecario que para su financiación se concierta. Y debe también observarse cómo el operador fuerte en no pocas ocasiones cuenta con medios para presionar a favor de una infrcalidad de los servicios notariales, especialmente porque la concentración que se va produciendo en el mercado inmobiliario y, sobre todo, en los financieros, genera una situación de práctico oligopolio, donde ese operador, con el elevado volumen de demanda que controla en el mercado de servicios notariales, está en condiciones de imponer las formas de actuación que más le interesen (y aunque algunas de las operaciones se escapan de esa forma de actuación, porque algunos de los clientes ejercitan y defienden adecuadamente sus derechos, son tan minoritarios que no palian, en modo alguno, la situación de control del mercado por esos operadores fuertes).

Los incentivos del mercado son, pues, hacia la reducción de la calidad, debido al control de la gran mayoría de la oferta por los pocos operadores grandes objetivamente interesados en su degradación y a que, de forma inmediata o a corto plazo, el infracontrol suele resultar beneficioso para el notario. En esa situación, se corre el riesgo de ver efectivamente acelerados los procesos de deterioro de la calidad de los servicios notariales, en la forma de pérdida de la independencia frente al contratante habitual con el consiguiente debilitamiento o reducción de la intensidad del apoyo e información al cliente inexperto, y de reducción del tiempo y atención dedicado por el notario a ese cliente débil. La presión corporativa, debida al interés colectivo en el mantenimiento de la calidad y el prestigio de la institución notarial, por mucha intensidad que aún hoy presente, resulta incentivo insuficiente, ya que es absolutamente incapaz de impedir comportamientos individuales que basados exclusivamente en el interés propio dañen la calidad global del servicio notarial (por el conocido dilema del prisionero). La progresiva aparición de esos comportamientos insolidarios puede desencadenar un proceso de crecimiento exponencial de los mismos en otros compañeros, al reducirse el incentivo para actuar en interés del prestigio general. Por ello, el in-

centivo fundamental se ha de centrar en el mecanismo del aplazamiento de rentas (como modo de hacer peligrosas y poco rentables por tanto las conductas incumplidoras de los deberes del notario), y en la estructuración del mercado en la forma que sea capaz de garantizar una mayor independencia del notario frente a los contratantes fuertes. Ello será posible sólo si se asegura e incentiva adecuadamente el ejercicio efectivo de la libre elección del notario por el operador ocasional demandante de esos servicios y a la vez se evitan las situaciones de concertación generadoras de vinculaciones de duración e intensidad excesivas entre el notario y un cliente fuerte.

2.1. La autorización notarial de un documento, o la intervención de una póliza por el notario, no se limitan a un control formal de la autenticidad de las firmas puestas sobre él, y posteriormente la autenticidad de las copias expedidas del mismo, sino que tienen un alcance y contenido materiales: se debe realizar tanto un control de la legalidad y la eficacia del negocio, como de la coincidencia de la voluntad de las dos partes con la expresada en el texto del documento. Es en ese control sustantivo, y no simplemente en la autenticidad formal del documento, donde radica la mayor parte de la virtualidad y utilidad jurídica de la actuación notarial.

El control del contenido del documento que realiza el notario implica para comenzar un análisis de la verdadera y exacta voluntad de los otorgantes del negocio. Porque frecuentemente ellos tienen una simple voluntad empírica relativa a los aproximados resultados que efectivamente pretenden lograr con ese negocio; pero careciendo de datos y conocimientos concretos sobre todos y cada uno de los efectos directos e indirectos que se han de derivar de sus estipulaciones, no tienen formada la voluntad sobre esos extremos, cuando no desconocen abiertamente el verdadero significado del negocio en sí mismo. Por ello, la labor del notario comienza por el análisis de la voluntad de las dos partes, con el fin de comprobar que hay una efectiva coincidencia entre ellas, y de ambas con el negocio plasmado en el documento que se va a autorizar. De este modo, no sólo se comprobará en una gran medida la inexistencia de vicios de la voluntad (por error o dolo) o la falta de un verdadero acuerdo de voluntades, que motivaría la inexistencia de un negocio jurídico, sino que además el notario podrá asegurarse del ajuste del negocio a la legalidad, ya que, más allá de denegar la formalización de estipulaciones o negocios que por sí mismos contravengan una norma imperativa o prohibitiva, podrá evaluar la verdadera finalidad del negocio, y por tanto controlar su legalidad. Pero hay algo más: frecuentemente, las partes del negocio, o el único otorgante del mismo, con alguna finalidad que por sí misma

no es ilícita, pretenden alcanzarla por un cauce ilegal, o bien buscan un objetivo que es ilegal por ignorar que junto a él existe otra posibilidad que, no incurriendo en esa contravención legal, es también capaz de satisfacer sus fines en una medida quizás menor, pero suficiente. En tales casos, la indagación por el notario sobre la verdadera y concreta voluntad empírica de los otorgantes le permitirá, en su función asesora, ayudarles a buscar los cauces lícitos que sí permitan realizar esa finalidad, o al menos alcanzarla en la mayor medida posible. Ello hace que la contribución notarial al cumplimiento de las leyes pueda resultar enormemente más eficiente que las simples prohibiciones, ya que no se limita a sancionar o rechazar las conductas ilegales, sino que encauza los comportamientos de los ciudadanos hacia los fines, las formas, que las propias leyes prevén.

Y hay que destacar que ello ocurre incluso en la contratación en masa: no sólo porque en ella el asesoramiento al contratante no profesional resulta especialmente importante, dada la situación de riesgo en que se encuentra el mismo, sino también porque, aunque en esos casos muchas de las cláusulas contractuales suelen estar predispuestas por una de las partes, será igualmente imprescindible comprobar que la otra las acepta, y que por tanto la voluntad de ambos sobre las mismas es coincidente. Para ello es necesario informar con especial atención al otorgante sobre el contenido y alcance de dichas cláusulas. Y con frecuencia, como suele ocurrir con las letras pequeñas en todos esos contratos, a la parte que ha predispuesto esas cláusulas le interesa que se pase por encima de ellas de la forma más rápida y superficial posible. Así, por ejemplo, el sistema que se ha instaurado de la oferta vinculante controlada por el notario en las operaciones de préstamo hipotecario tiende precisamente a evitar esos riesgos, facilitando al demandante del préstamo su más completo conocimiento, a fin de que pueda decidir el contrato que le resulte más aceptable de entre los ofertados (por más que el proceso de concentración empresarial en el sector vaya reduciendo de forma peligrosa el abanico de posibilidades de elección).

El control material, del contenido del documento, resulta imprescindible para que la contribución a la seguridad jurídica y económica de la intervención notarial sea efectiva. Porque puede definirse la seguridad jurídica como la previsibilidad de la aplicación del derecho a una situación de hecho y de la interpretación que a esa situación darían los tribunales. Y la seguridad económica sería la previsibilidad de todos y cada uno de los numerosos efectos económicos que el contrato tiene para los otorgantes, teniendo en cuenta la complejidad de esa realidad, dado que los efectos económicos son múltiples y no siempre conocidos por los otorgantes, con elementos frecuentemente ignorados, como las afeccio-

nes del bien al pago de los impuestos que lo hayan gravado en los últimos años o de gastos de comunidad, los gastos accesorios al contrato —como los de preparación de la titulación, declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales, préstamos para financiar al promotor, etc., de los que, por su importancia se ha ocupado expresamente la legislación sobre consumidores—, el pago de los diversos impuestos que genera el contrato —y que no siempre se cargan al sujeto pasivo, normalmente por pactarse la asunción de los mismos por el adquirente, pero en no pocas ocasiones por una convicción generalizada y compartida por los dos otorgantes de que una norma, o una costumbre con valor de fuente del derecho, impondrían al otro la carga de asumir todos esos gastos—, el aseguramiento del pago del precio aplazado y los costes de las garantías que hayan de establecerse, etc. Pues bien, la seguridad sobre todos esos efectos del contrato sólo se logra si el notario controla el contenido del documento, la voluntad de los otorgantes. Sólo así podrá asegurarse de que conocen y aceptan todos los efectos del mismo, y sólo así podrá el notario comprobar que el negocio encaja dentro de los requisitos y márgenes que la ley impone o en su caso buscar alternativas que discurran dentro de los cauces legales para poder realizar los fines de los otorgantes. Por lo demás, si una de las principales fuentes, cuando no la principal, de inseguridad jurídica, es la imprevisibilidad sobre la calificación de los hechos con los que se tiene que enfrentar un tribunal para aplicar el derecho, las inseguridades en el campo negocial suelen proceder de la indefinición de los perfiles del mismo negocio, de la concreta y exacta voluntad de los otorgantes. Porque si en ocasiones el problema que dificulta la interpretación se encuentra en una redacción del documento que no defina con claridad su finalidad y sentido, en otras ocurre que las intenciones de una de las partes se reflejan en el documento sólo de forma indirecta, o lo más oculta posible, para lograr imponérselas al otro otorgante sin su conocimiento. Por ello, sólo un funcionario que sea capaz de indagar, conocer y controlar la voluntad de ambos otorgantes estará en condiciones de asegurar la propiedad de su redacción.

Todo ello genera numerosas e importantes externalidades, o consecuencias en el sistema jurídico. Por una parte, para la sociedad en general, determinará una importante reducción del número de litigios, en la medida en que la aceptación por los otorgantes, gracias a su previo conocimiento, de su clausulado y condiciones hará que éstas encuentren menos motivos de desacuerdo sobre los hechos, sobre el contenido y efectos del negocio, y por tanto menos razones para incumplirlo o impugnar judicialmente la interpretación que al mismo esté dando el otro otorgante. Además, la consciencia de que el contenido del contrato está perfilado con suficiente claridad y precisión, y que por tanto será difícil

susitar dudas en el intérprete, hará que los otorgantes se sientan poco inclinados a la impugnación judicial del negocio formalizado, ante la reducida probabilidad de que la misma prospere. Desde el punto de vista de la sociedad, hemos descrito también cómo el control material es requisito imprescindible para que la intervención notarial sea capaz de promover diversos valores constitucionales, principalmente la seguridad jurídica, por lo ya dicho, y la igualdad (en la medida en que un asesoramiento activo e imparcial, especialmente volcado en el contratante inexperto, y con una calidad homogénea, no sólo equilibra la posición de ambas partes en el negocio, sino que además se convierte en un verdadero y efectivo factor catalizador de la más equitativa distribución de los recursos generados en el mercado).

Por otro lado, el control notarial del fondo del negocio resulta de capital importancia para terceros. Porque si no existiera el mismo, y el documento siguiera gozando de la especial fuerza legitimadora que tiene en el tráfico (con la presunción *iuris tantum* de la veracidad y exactitud de lo que en él afirma el notario, presunción de legalidad de lo en él contenido, apariencia de eficacia que tiene para terceros, y su especial eficacia *erga omnes* cuando el documento haya quedado inscrito) sin que se hubiera previamente asegurado la legalidad de su contenido, frecuentemente aparecerían terceros que confiaran en el contenido del documento —adquiriendo derechos derivados de él, absteniéndose de conductas incompatibles con lo en él establecido, etc.— para luego verse defraudados, en todos los casos en que el documento pudiera llegar a invalidarse, o sus efectos a limitarse por posteriores pronunciamientos judiciales. No en vano, en los sistemas anglosajones, donde no existe un notario que controle el contenido del negocio formalizado, el contrato intervenido por un *public notary* carece absolutamente de esa fuerza legitimadora y queda sometido, en toda su extensión, a la valoración y revisión judicial.

Finalmente, el control del contenido del documento por el notario presenta una especial utilidad para los propios otorgantes, no sólo porque, como ya hemos dicho, el hecho de que el asesoramiento notarial se dé con una calidad homogénea (en la medida en que esa homogeneidad pueda conservarse, ya que, como hemos dicho, las fuerzas del mercado tienden a eliminarla) y con especial atención al otorgante más necesitado de protección, reduce notablemente los costes de transacción para los mismos, al hacer innecesaria la búsqueda de otro asesoramiento en cuya calidad pueda confiar el contratante y reducir los riesgos de efectos graves inesperados, sino sobre todo porque elimina un importante y grave peligro para ellos. Porque un negocio dotado de la intensa fuerza legitimadora de la escritura pero sin que sus otorgantes tuvieran la ne-

cesaria seguridad en torno a su contenido sería enormemente peligroso para los mismos, una verdadera “trampa tendida a la buena fe de las partes”, vinculadas por la potente eficacia de un documento público cuyo tenor pudiera no corresponder a su efectiva voluntad.

2.2. Para que esas finalidades puedan efectivamente realizarse se precisa que se den en la figura del notario dos caracteres básicos: la inescindible coexistencia de su carácter de funcionario y profesional y su independencia efectiva respecto de ambas partes.

La naturaleza dual de la figura del notario es necesaria para posibilitar que, como funcionario, quede el mismo sujeto a la obligación particularmente intensa que recae sobre él de respeto de las normas y de cumplimiento de sus deberes respecto de ambos contratantes, de terceros y de los intereses públicos. Pero sólo si es a la vez un profesional estará en condiciones de realizar una actividad de asesoramiento, de activa imparcialidad para equilibrar efectivamente la posición de dos otorgantes inicialmente desequilibrados en sus aptitudes negociadoras, y permitirles formalizar el negocio que con más precisión se ajuste a sus finalidades prácticas. Pues bien, esa coexistencia de las dos naturalezas del notario se da en él de manera esencial. No es que el notario actúe unas veces como profesional y otras como funcionario, y por ello deba ser ambas cosas. De lo que se trata es de que en cada actuación notarial que se realice, en cada concreta autorización o intervención de un negocio, el notario actúa necesariamente con ese doble carácter.

La efectiva independencia del notario respecto de ambos otorgantes es otra nota imprescindible, y de especial sensibilidad ante las circunstancias que como hemos descrito se dan en las habituales formas de oferta y contratación de los servicios notariales en el mercado. Por su contenido, se trata de una imparcialidad e independencia activas, y en ese sentido muy distintas de las que debe mantener, por ejemplo, un juez. Porque no se limita el notario a recibir las manifestaciones de los otorgantes y advertir de las posibles ilegalidades, como el juez se encuentra constreñido a resolver según las peticiones y argumentos formulados por la defensa de cada una de las partes, sin facultad de llegar mucho más allá, ni siquiera en el caso de que perciba que la defectuosa defensa de una de las partes ha de conducir inevitablemente a una solución injusta del pleito. El notario, por el contrario, debe indagar los fines prácticos de los otorgantes, la coincidencia o divergencia entre cada una de las consecuencias que ha de tener el negocio que piden al notario que autorice y sus expectativas respecto del mismo; debe advertirles de esas posibles divergencias, de todo riesgo que pueda derivarse del negocio tal como los otorgantes lo han diseñado, y de cualquier consecuencia del mismo

que no haya sido prevista por alguno de los dos; debe, pues, realizar una auditoría jurídica completa y sin resquicios del contrato que ambos piensan celebrar para asegurar la completa aceptación de sus efectos por los otorgantes.

Pero la independencia del notario es una nota muy delicada, peligrosamente eludible, porque el margen, los matices que pueden darse, son muy estrechos, y resulta muy fácil argumentar o creer que no se ha apreciado la divergencia entre el negocio autorizado y la voluntad de alguno de sus otorgantes, la imprevisión o el desconocimiento de uno de ellos sobre alguna de las características del contrato. Ello se agrava porque el mantenimiento de una continuada relación de clientela con los operadores habituales conducirá inexorablemente a una confianza, una aproximación de puntos de vista, que fácilmente puede hacer que el notario acabe dando por supuesto, al asesorar al otro otorgante, cosas que no debía suponer: que el otro contratante entiende aspectos de la relación contractual que realmente ignora, que entre ambos ha existido una negociación transparente donde los dos asumen su respectiva posición contractual con perfecto conocimiento de sus consecuencias, etc. O simplemente a ser más suave y benévolo al explicar al contratante que no es su cliente habitual los riesgos o los aspectos menos beneficiosos para él del clausulado del contrato que se va a celebrar. Se comprende fácilmente la diferencia con respecto a la situación del juez, igualmente obligado a la independencia, debido a que por una parte no suele existir ninguna relación habitual entre el juez y las partes del pleito (y cuando la misma pueda darse ello será normalmente causa de incompatibilidad, y por tanto de abstención o recusación), y por otra a que el juez no está obligado a desarrollar una colaboración tan estrecha con los otorgantes, una vigilancia tan concreta e integral de sus intereses.

3.1. Si bien la desregulación suele dar lugar a notables incrementos de productividad y eficiencia en el sistema económico general, ello no significa que toda supresión de medidas regulatorias sea sin más aceptable o que sea conveniente la indiscriminada desregulación de cualquier actividad económica:

Las construcciones de la microeconomía clásica, basadas en modelos de competencia perfecta, han debido ser revisadas en tiempos recientes (cfr., la Economía Neoinstitucional y la Nueva Economía Institucional), debido a que esas condiciones del mercado no se dan en la realidad, haciéndose necesaria la utilización de modelos que tengan en cuenta factores tan reales e influyentes como las asimetrías informativas, el coste de la información, el oportunismo de los operadores económicos, los problemas de selección adversa y riesgo moral, etc.

Los problemas relativos a la regulación que se haya de introducir o suprimir en un sector económico determinado no pueden estudiarse aisladamente, analizando únicamente los efectos que esas medidas puedan tener en ese sector o mercado, sino necesariamente en términos de equilibrio general, tomando en consideración sus efectos sobre otros sectores relacionados con el mismo. Las medidas relativas a un sector no pueden, por tanto, tener por objetivo exclusivamente el funcionamiento de ese concreto sector, sino la utilidad general, la eficiencia, del sistema económico globalmente considerado.

Si lo anterior es cierto en términos generales, resulta aún más claro en relación con el sistema jurídico (cfr., por acudir a la más clásica de las fuentes, ADAM SMITH, que dijo que entre las escasas funciones del Estado se encuentra la de mantener un sistema jurídico –judicial– que evite la injusticia y la opresión, algo que –aparte de otros valores– tendría el efecto evidente de asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, y consecuentemente de incrementar su eficiencia). Así pues, la necesidad de estudiar los problemas de eficiencia desde una perspectiva de equilibrio general resulta especialmente clara respecto de la producción y oferta de servicios notariales, ya que la finalidad de esos servicios no se agota en ellos mismos sino que precisamente se proyecta sobre el funcionamiento económico y la mejora de la eficiencia de otros sectores y mercados.

No pueden, por lo demás, ignorarse los posibles efectos externos negativos de una desregulación poco cuidadosa. En otro caso, podrían derivarse de ella consecuencias como los fenómenos de control de mercados –frente a los cuales se realiza, a nivel estatal y comunitario, una intervención cuya utilidad nadie discute–, la pérdida de externalidades positivas en relación con intereses generales que merezcan ser preservados, etc.

Centrándonos en la materia objeto de nuestro estudio, las intervenciones del Estado en relación con los servicios notariales encuentran su principal sentido y justificación en el hecho de que se trate de una regulación cuyo efecto no se limita a la producción y puesta en el mercado de un determinado tipo de servicios, sino que tiene un alcance muy superior, afectando al funcionamiento, eficiencia y transparencia de otros mercados. Porque la finalidad del servicio notarial es precisamente la intervención, la regulación de la contratación, de otros bienes y servicios. Y si la intervención en esos mercados se considera conveniente en la medida en que el puro mecanismo del mercado parece inevitablemente conducir a decisiones subóptimas, en la medida en que existan fallos en esos mercados (y la abundante y creciente normativa sobre información y defensa de los consumidores en esos sectores es buena prueba de ello), la regulación de los mismos a través del control notarial presenta, frente

a otros modos de intervención, la ventaja de su eficiencia, ya que no introduce sesgos en la forma en que esos bienes o servicios se producen o se ofertan, sino que simplemente da mayor transparencia a su contratación.

En este sentido, existen numerosas evidencias históricas sobre el valor que la seguridad jurídica y la garantía de los derechos de propiedad tienen para los procesos de crecimiento y desarrollo económicos.

3.2. El principal problema o fallo del mercado en el sector de los servicios notariales es el de las asimetrías informativas, que se dan tanto en los mercados de bienes y servicios en que tiene lugar la intervención notarial como en el mismo mercado de servicios notariales. Junto a él, se da en este mercado otro hecho que contribuye a su ineficiencia, como es la ocasionalidad de la contratación de la mayoría de los demandantes, que, aparte de dificultar su valoración de la calidad, impide la sanción de los fallos de esa calidad en futuros contratos con el productor poco cuidadoso. Finalmente, la existencia de numerosas externalidades de los servicios notariales, que el mercado por sí mismo no podría en modo alguno satisfacer, es otro factor de capital importancia al abordar la regulación del sector.

Las circunstancias que se suelen citar como requisitos para que pueda hablarse de un mercado en régimen de competencia perfecta apenas se dan en el mercado de los servicios notariales. La existencia de numerosos ofertantes es real y hace que la competencia entre ellos, al menos en cuanto a la calidad del producto, sea efectiva, pese a las ineludibles barreras legales de entrada al número de ofertantes. Desde el lado de la demanda existe, en cambio, una situación de concentración empresarial que da a los demandantes fuertes un notable poder de influir sobre el mercado. Las otras dos notas características de una situación de competencia real, la homogeneidad del producto y la información perfecta, se encuentran estructuralmente ausentes en este mercado, salvo que una regulación del mismo sea capaz de asegurarlas en mayor o menor medida, o de paliar las consecuencias de esa carencia.

Los problemas de información, en cualquier mercado, conducirán a la adopción de decisiones óptimas con información incompleta. En otras ocasiones esos problemas determinan la adopción de decisiones subóptimas por la utilización de una información deficiente, debido a los bajos estándares de aceptabilidad de los sujetos intervinientes, que no llegan a explorar todas las alternativas posibles. Ello provoca siempre reducciones de la eficiencia de esos mercados, que serán proporcionales a la magnitud tanto de las insuficiencias informativas como del coste de la información. La solución a esos problemas de eficiencia de los mercados

será disponer de un mecanismo de intermediación que, a un coste reducido gracias a la especialización, sea capaz de suministrar la información precisa. Pero para que ese sistema sea eficiente es obviamente imprescindible que a su vez en relación con ese intermediario no se reproduzcan los problemas de carencias informativas y heterogeneidad de la calidad del servicio ofertado.

La relación entre las asimetrías informativas y la calidad de la oferta ha sido ampliamente estudiada en la microeconomía moderna, por ser seguramente el principal problema del funcionamiento de los mercados de supuesta competencia perfecta. Las asimetrías desencadenan un inevitable proceso de deterioro de la calidad, del tipo de los llamados mercados de limones, debido a que la inversión en mayor calidad, al no ser la misma observable, no se verá compensada por un incremento de la demanda, ni del precio que estén dispuestos a pagar los demandantes, por encima del que correspondería a productos de menor calidad. En esas situaciones se invertirá, pues, en las cualidades observables del producto, no en la calidad que no sea susceptible de contrastación. Ello provocaría que la generalidad de los demandantes (incapaces de conocer las características del concreto producto ofertado, pero conscientes del bajo nivel medio de la calidad en el conjunto del mercado) sólo estén dispuestos a pagar un precio bajo por esos productos, lo cual terminará por expulsar del mercado a los ofertantes de productos de mayor calidad (y por tanto mayores costes de producción), especialmente si la ocasionalidad con que cada demandante suele contratar impide que su concreto ofertante sea premiado o sancionado en futuras operaciones en atención a la calidad suministrada, con lo cual la sanción por la infracalidad terminará por proyectarse sobre el conjunto del mercado y no sobre los concretos productores responsables de ella. La solución a los problemas informativos que se ha propuesto por la vía de hacer aparente esa calidad presenta algunos problemas, precisamente porque en los mensajes emitidos se insistirá en esas notas observables pero no necesariamente importantes del producto, y porque la información brindada mediante la inversión publicitaria se verá sesgada hacia los intereses del productor, no hacia los del consumidor.

Como ha observado la doctrina económica, el problema generado por las insuficiencias informativas es más grave para consumos ocasionales, complejos y duraderos para el demandante. Pues bien, esas notas se dan en relación con los servicios notariales, ya que los mismos son evidentemente ocasionales para la mayoría de los demandantes, y si bien por su cuantía son en sí mismos de escasa trascendencia para el usuario, los posibles problemas de calidad del servicio notarial contratado inducirán riesgos, cuando no daños, en la contratación de otros productos o servi-

cios, de una magnitud incomparablemente mayor que la que corresponde al precio de los servicios notariales que se contraten (y al ahorro que en esa contratación podría llegar a lograrse). Ello se agrava por el notable valor relativo que el contrato formalizado ante notario suele tener dentro del patrimonio del contratante ocasional, y por el valor más elevado que para cualquier operador tienen las pérdidas (debido a la aversión al riesgo, al carácter asimétrico que tiene la función de valor para los operadores), lo que hace que los sistemas de seguridad económica, debido a las incertidumbres tanto sobre la percepción de una indemnización como sobre su valoración, sean mucho menos eficientes que los de seguridad jurídica.

La conclusión de lo anterior es la necesidad de una regulación estatal del mercado de servicios notariales, a pesar de que pueda argumentarse que esa regulación pueda generar una reducción de la competencia, y consecuentemente un fenómeno de apropiación de cuasi-rentas a costa de los usuarios. Ello, por un lado, porque las regulaciones del mercado en materia de precios y de formas de producción y comercialización son posibles siempre que se hagan por un operador imparcial que atienda al interés público y general antes que al particular de los productores de ese mercado, y, por otra parte, porque las mismas deben tener un objetivo muy concreto, como es el mantenimiento de la calidad de un servicio cuyos fallos pueden afectar a otros bienes o valores de cuantía y entidad muy superiores, por encima de los intereses de una clase profesional.

3.3. Los beneficios particulares y generales derivados de la intervención notarial de la contratación en determinados sectores o mercados y la naturaleza de esas utilidades, de los bienes o valores a los que afectan los beneficios generados, son la principal justificación de la regulación del mercado de servicios notariales.

El primer y obvio efecto de la intervención notarial es la seguridad jurídica que la misma proporciona a la operación, por varios motivos: por un lado, la seguridad de que el negocio formalizado será eficaz al no adolecer de vicios observables por el notario (y debe recordarse cómo la realización de un control y asesoramiento simultáneo a ambas partes sobre el fondo del negocio potencian las posibilidades de observación de esos defectos). De otra parte, se desincentivan las impugnaciones judiciales del negocio o las resistencias a su cumplimiento forzando a la otra parte a acudir a la vía judicial para obtenerlo, tanto por la reducción de la probabilidad de éxito de las estrategias contenciosas como por el hecho de que la configuración material equitativa del negocio, o al menos la aceptación consciente por las partes de lo pactado y suficientemente explica-

do por el notario, evitan sensaciones de agravio o injusticia de uno de los otorgantes que induzcan la resistencia a cumplir lo pactado. Téngase en cuenta, además, lo dicho más arriba sobre el impacto del control del contenido del documento y de su redacción en la previsibilidad de su interpretación, y consecuentemente en la seguridad jurídica.

Ello es posible gracias a la realización de un asesoramiento notarial simultáneo a ambas partes y verificado no sólo en el momento de la formalización del contrato, sino desde antes, al negociarse sus términos y definirse la posición de cada una de las partes en la relación negocial creada. Esa forma de asesoramiento por una parte reduce de forma efectiva las carencias informativas de los otorgantes sobre el contrato celebrado, sobre la posición jurídica y económica que se adquiere a través del mismo, y por otra reduce las posibilidades de oportunismo, tanto *ex ante* como *ex post*, del otorgante más avezado.

Todo esto genera para los propios otorgantes una reducción de los costes de transacción, no sólo por el hecho de eliminar la necesidad de obtener un asesoramiento profesional para cada uno de ellos, sino sobre todo por la reducción de las incertidumbres relativas a los efectos que se lograrán con el contrato, y por tanto del coste de esas incertidumbres, medido en términos de probabilidad de aparición de daños o cargas, o de minoración de los beneficios para alguno de ellos. Porque hemos visto cómo esos riesgos o incertidumbres deben entenderse de modo amplio: hacen referencia no sólo al peligro de que el negocio finalmente llegue a ser ineficaz o a no generar los efectos previstos por el contratante, sino especialmente a la posibilidad de aparición de cargas o efectos inesperados que agraven las prestaciones a realizar por el otorgante reduciendo su utilidad.

Y no cabe oponer que todo lo anterior sea irreal: es frecuente la objeción, desde una visión subjetiva y deformada de la realidad de los servicios notariales, de que ese asesoramiento completo y detallado no se suele dar, debido a que los otorgantes ya disponen de sus propios sistemas de información y asesoramiento, y por tanto pueden prescindir de un asesoramiento adicional que incluso en ocasiones llega a resultar entorpecedor. Frente a ello, se alza en primer lugar, el dato de que el asesoramiento o control sobre el fondo del negocio documentado es imprescindible para que el notario pueda desarrollar su función de *gatekeeper*, en beneficio de la colectividad, aunque pueda resultar molesta para los directamente interesados en el contrato. Pero, sobre todo, ese planeamiento ignora el hecho evidente de que en la inmensa, abrumadora, mayoría de los casos, el contratante que demanda el servicio notarial tiene un nivel cultural y de información notablemente inferior al habitual en los ámbitos sociológicos desde los que se suelen formular esas obje-

ciones, y por tanto la necesidad de ese asesoramiento es real. Cabe, a pesar de todo, formular la observación crítica de que resultaría socialmente más útil realizar un uso aún más intenso de las posibilidades de asesoramiento que brinda el sistema notarial, y si no se hace es fundamentalmente debido a la falta de información sobre las posibilidades de empleo del mismo que provocan frecuentemente una inhibición del cliente que acude al notario para otorgar algún documento, carencia que seguramente venga motivada en cierta medida por el hecho de que la efectiva actuación de muchos de los notarios no haga suficientemente aparente para el cliente la posibilidad que tiene de solicitar una información más detallada sobre alguno de los aspectos del contrato, o de discutir y perfilar aún más alguna de sus cláusulas.

Por otra parte, debe recordarse que otros muchos de los efectos beneficiosos derivados de la intervención notarial de la contratación son externos: afectan a personas o grupos diferentes de los mismos demandantes del servicio, y por tanto nunca serían retribuidos por los mismos demandantes, que o no tienen interés en tales efectos o bien se verán más bien perjudicados por los mismos. Consecuentemente, el mercado, por sí solo, no puede asegurar la generación, en el volumen social más rentable, de tales efectos, ya que los mismos no serían retribuidos por el demandante del servicio notarial, haciéndose necesaria una intervención del mercado que posibilite que sus operadores la generen en esa cuantía socialmente rentable.

Entre esos efectos externos, cabe citar en primer lugar la instauración de un sistema de protección general de los consumidores, en los mercados donde se da la intervención notarial, a través del principal de los cauces que para esa protección suelen establecer los ordenamientos jurídicos en materia de consumo: la información previa y preventiva, que sin duda es mucho más eficiente que un sistema basado en la protección a posteriori del consumidor damnificado. Los propios principios inspiradores de la regulación en esta materia son exponente de ello: véase, por citar la norma de mayor rango y generalidad sobre la materia, el artículo 51.2 de la Constitución Española. Esa información produce, por lo demás, beneficios para los consumidores por una doble vía: por un lado, al garantizar que cada operador concreto se encuentre en condiciones de concluir su contrato de forma más conveniente a sus intereses, en la medida (cierto que habitualmente demasiado limitada) en que pueda discutir su clausulado, y sobre todo elegir la más conveniente entre las diversas posibilidades puestas en el mercado; y por otro, porque esa posibilidad general de conocer y discutir las condiciones de los contratos propuestos, o al menos de comparar ofertas, genera no sólo una competencia más intensa entre los ofertantes, sino una mayor transparencia en

torno a sus respectivas condiciones generales que conducirá a la retribución de las más beneficiosas para el consumidor (y más costosas para el ofertante), invirtiendo los procesos de deterioro de la calidad de las condiciones generales por las asimetrías informativas que en otro caso se darían.

Una segunda externalidad, que guarda relación con la anterior en la medida en que es realmente una manifestación concreta de ésta, es el incremento de la eficiencia de los mercados, inducido por la reducción general de los problemas de carencias informativas, sobre cuyo efecto no merece la pena insistir más. Únicamente añadiremos un dato, como es el hecho de que una auditoría completa y precisa sobre cada uno de los efectos del contrato, permitirá internalizar eficientemente todos y cada uno de los riesgos y cargas del mismo, al asignárselos al contratante que los valore menos y por tanto esté dispuesto a soportar un precio menor por los mismos. Ello hace que el concreto negocio sea más eficiente para ambos y que la eficiencia aumente también de forma general en el mercado, si en él se introducen esos sistemas que proporcionen la máxima exhaustividad de la información.

Por último, la intervención notarial permite otros dos tipos de efectos externos que resultan evidentes: la reducción general de la litigiosidad, por todo lo dicho anteriormente, con los consiguientes efectos generales de agilización del tráfico jurídico, descongestión de los tribunales y reducción del coste de esa administración de justicia (lo cual, además, se logra mediante una función que es costeada precisamente por los potenciales usuarios de la administración de justicia). Y junto a ello, se intensifica notablemente la eficacia general del ordenamiento jurídico, de cada una de las normativas reguladoras que se establezcan, al adoptarse una táctica de encauzamiento, de estimulación de la adopción de conductas dentro de los cauces legales que sean más adecuados para los concretos fines de los otorgantes del negocio escriturado, haciendo innecesario o menos frecuente el recurso al mecanismo estimulador del cumplimiento a base de la sanción de las acciones contrarias a las normas imperativas o prohibitivas. Ello se posibilita gracias al hecho ya citado de que la función notarial no se limita al control de legalidad del negocio propuesto por los otorgantes, sino que deben indagarse sus verdaderos fines empíricos para darles el tratamiento, la solución, más adecuados.

3.4. Vistos cuáles son los potenciales beneficios derivados del desempeño de la función notarial, las posibles medidas reguladoras de la misma deben tomar en consideración las circunstancias y características del desempeño de esa función para potenciarlos.

Ya hemos descrito suficientemente cómo el notario y su actuación deben reunir una serie de características básicas para que esos efectos

sean posibles: la coexistencia de sus notas funcional y profesional, la imparcialidad y la homogeneidad. La primera, posibilitará que el notario a la vez pueda ejercer eficazmente su función de *gatekeeper* impidiendo la formalización de actos contrarios a las normas, y posibilitando la prestación a las partes de un asesoramiento proyectado efectivamente sobre sus intereses y necesidades. A la vez, el carácter funcional es inevitable dado que al organizarse esta función se produce una cierta cesión de la soberanía del Estado a ese funcionario cuyos documentos tienen la especial fuerza legitimadora y vinculante frente a todo tipo de personas o entidades privadas y públicas. Y el carácter profesional es imprescindible para permitir que se dé un asesoramiento detallado y centrado en las necesidades individuales de los otorgantes. Por su parte, la imparcialidad permite la prestación del asesoramiento de forma simultánea a ambos otorgantes, con la finalidad no sólo de abaratar la transacción al permitir el uso de un solo asesoramiento para ambas partes, sino sobre todo de potenciar la calidad y eficacia del mismo, de la información brindada por el notario a los otorgantes, al posibilitar que esa información se organice sobre la búsqueda por un solo asesor especializado del terreno o interés común a ambos, de la óptima composición equilibrada de sus respectivos intereses. Finalmente, la homogeneidad es imprescindible para que el asesoramiento sea útil como reductor de las carencias y necesidades informativas de los contratos en que se presta (evitando que los mismos problemas de carencias informativas se reproduzcan respecto del propio asesoramiento notarial), y especialmente para que ese asesoramiento pueda resultar equilibrador de las posiciones de las dos partes, al centrarse especialmente en la más necesitada de protección, y para que por esa vía pueda potenciar la transparencia de los mercados.

Pues bien, centrándonos en las circunstancias del mercado de servicios notariales que pueden afectar en mayor o menor medida a las anteriores características o utilidades de la función notarial, deben recordarse varios datos que hemos ido describiendo a lo largo del trabajo:

– Las estructurales e inevitables carencias informativas que se dan en torno a la calidad de los servicios notariales, y la extremada potencialidad que esas carencias presentan para desencadenar un proceso de deterioro de calidad del tipo de los definidos en los llamados mercados de limones. Ello se debe, principalmente, a factores como la reducida probabilidad de la aparición de problemas en la posición adquirida mediante el contrato formalizado ante notario y que sean imputables al mismo notario, a la complejidad y multiplicidad que presenta el contenido del asesoramiento notarial, que imposibilita delimitar su contenido mínimo mediante concep-

tos determinados, y a la ocasionalidad del uso de esos servicios por la mayoría de sus demandantes, que impide tanto la disposición de datos históricos sobre esa calidad (algo que, en cambio, no ocurre en la parte habituada a la contratación, y por ello a la vez menos necesitada de esos servicios y potencialmente interesada en la reducción de la calidad e intensidad de su virtualidad informativa) como la sanción en futuras operaciones al notario que incurriera en el deterioro de la calidad de su servicio.

– Los poderosos estímulos al deterioro de la calidad, al infracontrol, existentes en la realidad, dado que cualquier actuación de control realizada a base de impedir la actuación solicitada por uno de los otorgantes o por ambos genera inevitable e inmediatamente una lesión económica para el notario, en la forma de pérdida de los ingresos que se derivarían de la autorización del documento solicitado, algo que además suele verse agravado por el dato notablemente más importante de la pérdida eventual de ulteriores ingresos, bajo la forma de la pérdida del volumen potencialmente mayor de documentación que el cliente damnificado puede dejar de encomendar a ese notario. (Obviamente, en la actualidad, el hecho de que la generalidad de los notarios cumplan debidamente sus deberes aminora el impacto de esas posibles pérdidas, puesto que ese demandante tiene extremadamente difícil –cuando no imposible– encontrar un notario dispuesto a transigir con sus exigencias; pero la iniciación de un proceso de deterioro de la calidad, de reducción de los estándares de control, se vería inmediatamente acelerada por el hecho de que la posibilidad de encontrar notarios menos rigurosos incrementaría la probabilidad para los más estrictos de perder su clientela futura y potencial).

– La limitada eficacia de los estímulos a la calidad, en la medida en que la mayoría de los mismos harían referencia al interés colectivo y no al individual del notario, al prestigio de la función y al consiguiente mantenimiento de su utilidad en el futuro. Ello hace que en principio puedan considerarse racionales las conductas centradas exclusivamente en el interés individual del notario, las actuaciones de incumplimiento de sus deberes, que puedan reportarle utilidades a corto o medio plazo, aunque a largo plazo estén comprometiendo un interés colectivo que en modo alguno se vería asegurado por el hecho de que el notario individual dejara de incurrir en un concreto incumplimiento de deberes.

Todo ello hace que el mantenimiento de la calidad del servicio notarial se base en una variada y compleja serie de estímulos que no pueden eliminarse sin que ello entrañe un riesgo de pérdida del efecto de esa función sobre la eficiencia de los mercados y sobre el sistema jurídico.

– La especial intensidad con que en el desempeño de la función notarial se da la ley de los rendimientos marginales decrecientes, debido

a la elevada incidencia que en el producto final tiene la prestación puramente personal y profesional del mismo notario. Ello motiva que el incremento excesivo del volumen de una notaría se traduzca en el aumento de los costes de producción, y por tanto en la necesidad final de incrementar los precios en el mercado ante la reducción de márgenes; y sobre todo, por ser lo más grave, en la notable reducción de la calidad que el excesivo volumen de trabajo de una notaría puede y suele inducir, con perjuicio para los contratantes poco habituales, más necesitados de esa calidad e incapaces de valorarla y de sancionarla en el mercado.

– La importancia que para el mantenimiento de los estándares de calidad y de la intensidad del asesoramiento al contratante menos experto puede tener la efectiva elección del notario por éste, y junto a ello la constatación de que, a pesar de las reiteradas muestras de afirmación de la misma por el legislador, no es ejercitada con toda la frecuencia que sería deseable. Porque esa elección del notario por el contratante ocasional eliminaría en gran medida los fenómenos de concentración de la contratación en unas pocas notarías, y el riesgo de establecimiento de vínculos de mayor o menor dependencia del notario con el cliente habitual.

Sentado lo anterior, podemos concluir puntualizando varias notas organizativas de la función notarial que resultarán fundamentales para asegurar su utilidad, en función de los parámetros que para la misma acabamos de enumerar:

– En primer lugar, debemos recordar el valor económico de la homogeneidad de la calidad del servicio notarial, suficientemente descrito más arriba, y que por su importancia debe constituir uno de los fines u objetivos básicos de la organización de la función notarial.

– Uno de los elementos que tienen mayor impacto en la calidad del servicio prestado por los notarios es la estructura de las cuasi-rentas percibidas por los mismos, sobre la base de su aplazamiento, de modo que los ingresos de los años iniciales de la vida activa de esas personas sean inferiores a los que se lograrían en otros sectores de actividad económica, para verse posteriormente compensadas por cuasi-rentas de superior cuantía en el tramo medio y final de la vida de los notarios. Ello tiene efectos en la actitud de los notarios, y por tanto en la calidad de sus servicios, por una doble vía: por una parte, mediante la selección espontánea como notarios de individuos altamente predispuestos a renunciar a beneficios inmediatos a cambio de otros mayores en el futuro (eso es lo que se hace cuando se decide preparar las oposiciones a notarías en lugar de acceder a otros trabajos inicialmente mejor retribuidos, y eso es lo que se hará cuando se opta por negarse a una

actuación incorrecta a pesar de la pérdida económica inmediata que ello pueda suponer para el notario), y por otro lado, porque el hecho de que una gran parte de las cuasi-rentas a percibir esté aplazada desincentiva fuertemente las conductas improcedentes, al aumentar el valor del riesgo de las sanciones por las mismas, especialmente durante los primeros años del ejercicio profesional, en los que se define el carácter, la forma de actuación, del notario. Ahora bien, debe recordarse que un sistema de liberalización arancelaria, al permitir a los notarios de ingreso reciente competir en precio con los más antiguos, y por tanto acceder a una cuota de las rentas que inicialmente iban a corresponder a éstos, deteriora muy notablemente ese sistema de estímulos.

– Otro de los factores organizativos que resultan capitales para la eficiencia de la función notarial es la prevención de las causas de vinculación del notario con su clientela, como factor determinante de la independencia del mismo y, en último término, de la homogeneidad de la calidad de los servicios notariales. Ello depende fundamentalmente de dos factores: la efectividad de la libre elección del notario por el contratante ocasional (algo que en la actualidad se realiza con insuficiente intensidad), y el establecimiento de un sistema retributivo que evite esas vinculaciones. Pues bien, un sistema de arancel libre tendría efectos perniciosos también en este aspecto, ya que potenciaría la aparición de relaciones comerciales intensas, basadas en la compensación de reducciones de precios con el aumento del volumen contratado, a la vez que permitiría a los contratantes habituales inducir a los menos expertos a aceptar esos servicios, gracias a la incapacidad de éstos de apreciar y valorar su efectivo grado de calidad, y al hecho de que únicamente podrían ver, como atributo observable en relación con la rentabilidad del servicio ofertado, el de su precio.

– Finalmente, se considera que el incremento de la eficiencia de los mecanismos de control corporativo de la calidad es un factor de importancia capital ante los riesgos de reducción de los estándares de calidad que puede acarrear la intensificación de las dinámicas de mercado. Ese aumento de la eficiencia requiere, en la actualidad, dos cambios sustanciales: por un lado, la mejora del régimen disciplinario, definiendo con más precisión los tipos de faltas y los procedimientos sancionadores, mediante una norma del rango adecuado, y por otro, introduciendo de una vez mecanismos que permitan luchar adecuadamente contra el fenómeno de las macronotarías, unánimemente percibido como el principal factor de riesgo o de efectivo deterioro de la calidad de la función notarial, en el que incurren muy pocos notarios, pero que afecta de forma muy generalizada a la profesión, y sobre el cual no se ha sabido hasta el momento adoptar ninguna disposición eficaz, pese a los numerosos intentos realizados al respecto.

Bibliografía

- ARRUÑADA, Benito: *Análisis económico del notariado*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1995.
- ARRUÑADA, Benito: *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- BARRE, Raymond: *Economía política*. Ed. Ariel. Barcelona, 1971.
- BAUMOL, William J. y BLINDER, Alan S.: *Economics principles and policy*. Ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc. Nueva York, 1979.
- BEALES, Howard; CRASWELL, Richard y SALOP, Steven: "Information remedies for consumer protection", *The American Economic Review*, may 1981.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: "La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil". En vv.aa., *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*. Ed. Civitas. Madrid, 1993.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: "La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor". *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 24, oct.-dic. de 1997.
- BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique: "Retribución Notarial". VI Jornada Notarial Iberoamericana, Ponencias presentadas por el Notariado Español. Consejo General del Notariado. Madrid, 1993.
- CLOWER, Robert W. y DUE, John F.: *Microeconomía*. Ed. Tecnos. Madrid, 1978.
- COSTAS COMESAÑA, Antón: *Problemas económicos en las sociedades avanzadas*. Ed. Biblioteca Nueva (Fundación Argentaria). Madrid, 1997.
- CUENCA ANAYA, Francisco: *Función notarial y defensa de los consumidores*. ASN, Tomo IV. Edersa, 1991.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: "La función notarial". VI Jornada Notarial Iberoamericana, Ponencias presentadas por el Notariado Español. Consejo General del Notariado. Madrid, 1993.
- DÍAZ, Elías: *Sociología y filosofía del derecho*, Ed. Taurus, 2.ª edición, Madrid, 1980.
- EGGERTSSON, Thráinn: *El comportamiento económico y las instituciones*. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- FERGUSON, C. E. y GOULD, J. P.: *Teoría Microeconómica*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y SÁINZ MORENO, Fernando: *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Ed. Civitas, S.A., 1.ª ed., Madrid, 1989.
- FIGA FAURA, Luis: "La función social del notario". En vv.aa., rec. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: *Deontología notarial*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1992.
- FRAGA IRIBARNE, Manuel: "La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 33, enero-marzo de 2000.
- FRAILE BALBÍN, Pedro: *La retórica contra la competencia en España*. Ed. Visor-Fundación Argentaria. Madrid, 1998.
- FRANK, Jerome: *Derecho e incertidumbre*, 2.ª ed., Ed. Fontamara, México, 1993.
- FRIEDMAN, Milton: *Capitalismo y libertad*. Ed. Rialp. Madrid, 1966.

- FRIEDMAN, Milton & Rose: *Free to choose*. Avon books. Nueva York, 1981.
- FUENTES QUINTANA, Enrique: "Las reformas de la economía española ante el reto europeo", *AAMN*, XXXV.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: *La función del notario en la Unión Europea*, 2.ª edición. Consejo General del Notariado. Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: "El deber de imparcialidad del notario". En vv.aa., rec. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: *Deontología notarial*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José: "Derechos y deberes generales del notario en el ejercicio de sus funciones". En vv.aa., rec. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: *Deontología notarial*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: "Sociología del derecho y sociologismo jurídico", en *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid, 1971.
- KALDOR, Nicholas: "The economic aspects of advertising", en vv.aa., *Readings in current economics*; coord., Morton, Grossman *et al.* Ed. Irwin series in economics. Homewood, Illinois, 1961.
- LAMSDORFF-GALAGANE, Vladimiro: *Teoría del derecho*. PPU. Barcelona, 1989.
- LI WAY LEE: "A theory of just regulation". *The American Economic Review*, dec. 1980.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *et al.*: *Derecho constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.
- MAGADÁN DÍAZ, Marta y RIVAS GARCÍA, Jesús: *Corrupción y fraude. Economía de la transgresión*. Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- MARTÍN ACEÑA, Pablo: *Naturaleza y orígenes del mercado*. Ed. Biblioteca Nueva (Fundación Argentaria). Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ SERRANO, José Antonio, y PARICIO TORREGROSA, Joaquina: "La desregulación de los servicios". En vv. aa., *La economía española en un escenario abierto*, Ed. Visor-Fundación Argentaria. Madrid, 1995.
- MARZAL, Antonio: *Análisis político de la empresa*. Ariel Economía. Madrid, 1990.
- MEZQUITA DEL CACHO, José-Luis: *Sobre la unificación de la fe pública documental*. Ed. Visor. Madrid, 1995.
- MYRO SÁNCHEZ, Rafael: "Crecimiento y competitividad de la industria española". En vv.aa., *La economía española en un escenario abierto*. Ed. Visor-Fundación Argentaria. Madrid, 1995.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Estudios de Derecho notarial*, Madrid, 1986.
- ORDOVER, Janusz y WEISS, Andrew: "Evaluating legal restrictions on competitive contracts". *The American Economic Review*, may 1981.
- OTERO PEÓN, Manuel: "En torno al notario y la función notarial". En vv.aa., rec. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: *Deontología notarial*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1992.
- OTT, Claus y SCHÄFER, Hans-Bernard: *Manual de análisis económico del derecho civil*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- PASTOR PRIETO, Santos: *Intervención notarial y litigiosidad civil*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1995.
- PAZ-ARES, Cándido: *El sistema notarial. Una aproximación económica*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1995.

- PIRENNE, Henri: *Las ciudades de la Edad Media*. Alianza Editorial. Madrid, 1994.
- PISTOR, Wellons, et al.: *The role of law and legal institutions in Asian economic development*. Oxford University Press, 1999.
- QUIRK, James P.: *Microeconomía*. Ed. Antoni Bosch. Barcelona, 1981.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 21, enero-marzo 1997.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Escritos Jurídicos* (seis tomos), Consejo General del Notariado. Madrid, 1996.
- RUEDA PÉREZ, Manuel-Ángel: "La función notarial en la economía de mercado". *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 25, enero-marzo 1998.
- RUIZ GÓMEZ, José-Juan: "La economía española en el umbral del siglo XXI: una visión esperanzada". En vv.aa., *La economía española en un escenario abierto*, Ed. Visor-Fundación Argentaria. Madrid, 1995.
- SAMUELSON, Paul A.: *Economics*. USA, 1980.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: "El notario y los derechos fundamentales". *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 28, octubre-diciembre 1998.
- SMITH, Adam: *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial. Madrid, 1999.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: *Costes de transacción y fe pública notarial*. Fundación Para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1994.
- TORRES SIMÓ, Pedro de: "Seguridad jurídica, valor económico", *AAMN*, XXXIV.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Retos actuales del Notariado". En vv.aa., rec. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: *Deontología notarial*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1992.
- VARIAN, Hal R.: *Microeconomía intermedia. Un enfoque moderno*. Ed. A. Bosch, 1987.
- VENTURA VICTORIA, Juan: *Análisis competitivo de la empresa: un enfoque estratégico*. Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- VICIANO PASTOR, Javier: *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

EL RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL TRAS LA SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2000

MANUEL LÓPEZ PARDIÑAS
Notario

SUMARIO: **I.** FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **II.** EL CAUCE DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS. **III.** LA VÍA JUDICIAL CIVIL DE TUTELA DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **IV.** LA VÍA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **A)** Presupuestos. **B)** Propuestas concretas de modificación. **V.** LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. **VI.** LA CUESTIÓN DE LAS RESOLUCIONES PENDIENTES Y DE LAS DICTADAS EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DEROGADA O LA PREVIA. **VII.** ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. **VIII.** CONCLUSIONES.

Toda sentencia judicial constituye, en principio y básicamente, una contestación que el juez o tribunal da a la cuestión planteada por las partes, al modo del “*ius respondendi*” del Derecho Romano.

Por ello, quien ha sido parte en un procedimiento goza de una posición privilegiada para desentrañar la “ratio” de la resolución judicial, y de ahí que yo me considere, al tiempo, especialmente legitimado y obligado a escribir estas consideraciones.

Consideraciones que se hacen desde el apoyo del magístral dictamen que sobre estas materias redactó, por mi encargo, mi condiscípulo D. Valeriano Hernández Martín.

I. Fundamento del derecho a la inscripción

No conviene abordar la cuestión del régimen jurídico de los recursos contra la calificación registral sin establecer **el punto de partida, que no es otro que la posición del ciudadano, administrado o –en la terminología de la Dirección General de los Registros y del Notariado– el usuario del servicio registral frente al Registro.**

Y tal posición encuentra sus raíces, ni más ni menos que en dos derechos constitucionales: el derecho de propiedad y el derecho a la seguridad jurídica.

BLANQUER UBEROS, pionero en abordar esta cuestión, habla del derecho a la inscripción. Y en efecto, el derecho de propiedad se configura como una panoplia de facultades entre las cuales nuestro ordenamiento incluye, precisamente, la de obtener la inscripción registral, y con ella la singular tutela que confiere el Registro.

Esto es algo que parece obvio, pero que quizás se ha olvidado a menudo, y que resulta trascendente: **la inscripción no es algo graciable, que el Estado o la Administración pueda conceder o no; es algo a lo que el ciudadano tiene derecho, en su sentido más estricto, y que puede exigir que se le otorgue.**

Y la obtención de esa tutela de parte del Estado o la Administración debe sujetarse, en el fondo y en la forma, a las exigencias del segundo principio invocado que es el de la seguridad jurídica; lo cual se traduce, al menos, en dos consecuencias: una) que sólo cabe denegar la tutela del Registro en base a un precepto que fundamente (cabría decir en rigor que imponga) la denegación de manera clara, y dos) que el ciudadano debe tener a su alcance un procedimiento eficaz de tutela de su derecho, mediante los correspondientes recursos, si entiende que la denegación ha sido indebida.

El primer aspecto nos lleva a la debatida cuestión del ámbito de la calificación registral, en la cual no voy a entrar ahora, aunque sí quiero

dejar constancia de que el punto de partida debe ser el expuesto: la existencia del derecho a obtener la inscripción, de manera que, como cualquier restricción de un derecho subjetivo por parte de la Administración, su negación debe hacerse siempre razonadamente y en base a una norma legal que lo ampare, es decir, en función de criterios, no ya y desde luego no arbitrarios, sino tampoco meramente discrecionales.

Dicho muy brevemente: en la duda, debe estarse en favor del derecho a la inscripción, y no en su contra. En tal sentido, el Tribunal Supremo, en la Sentencia que comentamos, habla de la “obligación inexcusable” de inscribir por parte del registrador.

II. El cauce de regulación del régimen de recursos

Es la segunda cuestión, la tutela del derecho a la inscripción, la que nos ocupa ahora.

La Sentencia de 22 de mayo de 2000 plantea una cuestión previa: el cauce nomogenético de regulación de esta materia.

A primera vista, y así parece que se ha entendido mayoritariamente, no deja nuestro más alto Tribunal otra opción válida que la de la Ley Formal. Hasta siete Fundamentos de Derecho de la Sentencia se ocupan de remacharlo.

Y sin embargo puede no ser así. Lo que dice la Sentencia es que la regulación impugnada quebranta el principio de reserva de ley. Subrayo: la regulación impugnada. **Pero de ello no se sigue el que necesariamente la regulación haya de recogerse en una Ley, sino más precisamente, el que la regulación debe respetar los principios básicos de cualquier procedimiento**, debe contar con un apoyo legal, del que la normativa anulada carecía.

En efecto, ni la Ley Hipotecaria ni la invocada Ley Orgánica del Poder Judicial ofrecían el necesario apoyo. Y tampoco la legislación básica de Procedimiento Administrativo o el Judicial de cuyo tenor se apartaba preocupante y manifiestamente el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, en esta materia, tal y como expresamente pone de manifiesto la Sentencia, hasta el punto de considerarlo como una causa más de anulación.

En mi opinión **es perfectamente posible establecer la regulación del recurso contra la calificación registral por vía del Reglamento Hipotecario**. Y tal afirmación no es contradictoria con el tenor de la Sentencia. Lo que reclama la Sentencia es que tal regulación respete los principios básicos a todo procedimiento, cosa que distaba de ocurrir con la regulación anulada.

Pues bien, **bastaría con que en la normativa reglamentaria se apoyaran y respetaran los criterios contenidos en la Ley 30/1992 de Procedimiento**

Administrativo Común, para que el cauce reglamentario fuera perfectamente admisible.

Desde luego ello comporta aceptar algo que el Tribunal Supremo ha afirmado ya en dos Sentencias: la aquí analizada de 22 de mayo, y sobre todo, en la anterior de 24 de febrero de 2000: su fundamento de derecho octavo señala expresamente cómo “el Registro de la Propiedad es un organismo formalmente administrativo integrado en la organización administrativa del Estado, aun cuando el procedimiento registral presente características específicas”.

Es decir, la especificidad del procedimiento registral no menoscaba su sujeción a los principios básicos del ordenamiento, y en concreto a los del ordenamiento administrativo.

No se trata de negar, pues, que el procedimiento de inscripción tenga rasgos propios, sino que sea un procedimiento distinto del administrativo, un procedimiento no administrativo: *un genus* (no sabemos si “*tertius*” o más), diferente.

Y por cierto que esta doctrina: la de que la peculiaridad de los procedimientos no está reñida con el carácter administrativo, y por ende con la aplicación de la normativa administrativa básica, no es algo nuevo. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1965 afirmaba ya que la especialidad de un procedimiento (se refería en ese caso al de impugnación arancelaria) no se oponía a la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Aún más, y comprendo que pueda parecer contradictorio, **el establecimiento de un procedimiento singular, a modo de “*tertius genus*”, en esta materia, aun por vía de Ley, podría ser inadmisibles, inconstitucional.**

Nuestra Constitución no conoce sino tres órdenes de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Uno de los fundamentos que llevan al Tribunal Supremo a anular la regulación impugnada es precisamente la mixtificación entre los ámbitos administrativo y judicial, es decir, la pretensión de configurar un procedimiento extravagante a caballo entre lo judicial y lo administrativo, una regulación en la cual un órgano de la Administración viene a desautorizar las decisiones de un órgano judicial del rango de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

Tras la Sentencia de 24 de febrero de 2000 no cabe duda de que los Registros se encuadran en el ámbito de la Administración, sin que con ello se pretenda en modo alguno cuestionar el “status” de quien sirve el Registro, ni las necesarias especialidades de procedimiento.

Pues bien, la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, constituye la cristalización de la doctrina constitucional, y de la deseable unificación de los principios de todo procedimiento administrativo.

Por ello, una regulación reglamentaria que respetara los principios de la Ley 30/92 sería perfectamente admisible, y encontraría en dicha Ley el necesario apoyo que faltó al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, en esta materia.

Y por contra quizás una regulación, aun contenida a nivel de Ley Formal, que pretendiera instaurar un tipo de procedimiento distinto del administrativo o del judicial, ni siquiera fuera, como el anulado, una mixtificación de ambos, chocaría frontalmente con un principio constitucional básico, que obliga a reconducir los procedimientos a los propios de uno de los poderes del Estado.

Obviamente, tampoco es admisible pretender configurar un procedimiento en el ámbito de la Administración, al margen y en contravención de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común. Esa marginalidad y esa contravención han concurrido a determinar, hubieran determinado por sí solas, la nulidad del RD 1867/1998, de 4 de septiembre. (Cfr. fundamento de derecho décimo de la STS de 22 de mayo de 2000).

Ello no es incompatible, repetimos, con la afirmación de que el procedimiento registral tiene peculiaridades: pero es que posiblemente todos los procedimientos administrativos las tienen; y es lógico, no puede ser idéntico el procedimiento para obtener un permiso de conducir o una licencia de caza, que el procedimiento para obtener una licencia de edificación. De lo que se trata, repito, es de respetar los principios básicos de todo procedimiento.

Ni es cabalmente contradictorio tampoco con el peculiar “status” de funcionario y profesional que desde la reciente normativa se viene atribuyendo al registrador: pues como señala el fundamento de derecho octavo de la Sentencia de 24 de febrero de 2000, el registrador al ejercer la función registral actúa “como titular de un organismo administrativo”.

III. La vía judicial civil de tutela del derecho a la inscripción

Cuanto antecede tampoco es, en rigor, incompatible con la pretensión de configurar la función registral como un acto de jurisdicción voluntaria, contenida en las Exposiciones de Motivos de recientes disposiciones, como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (e incluso antes, y también en la Exposición de Motivos, en el RD 1879/1994, de 16 de septiembre). Bien es cierto que, como señala el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de 22 de mayo de 2000 “en ningún precepto de la mencionada Ley 7/1998, de 13 de abril, se establece el carácter de jurisdicción voluntaria del recurso gubernativo contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad ni que las resolucio-

nes que lo ponen fin no sean susceptibles de recurso contencioso-administrativo”.

Pero aceptando tal tesis, la configuración de la calificación registral como un acto de jurisdicción voluntaria, debieran aceptarse de plano las consecuencias de ello.

Una primera e importante sería la exclusión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, poniéndose fin a una ya secular regulación. No es congruente, bien lo ha subrayado la Sentencia que comentamos, la intromisión de órganos de la Administración en procedimientos que pretendan configurarse como judiciales.

La vía inmediata de control sería el recurso a la jurisdicción ordinaria por parte del administrado.

Es decir, el administrado al cual se le niega la inscripción de su título, debiera poder acudir al juez natural, al juez de primera instancia de su domicilio, para que dictamine si el título es o no inscribible.

Esto es lo que aparece señalado por la Sentencia de 22 de mayo, en su fundamento de derecho noveno *in fine*.

Me permito llamar la atención de que no estoy hablando aquí de un procedimiento contencioso entre las partes acerca de la validez o no del título, al que alude el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Ni tampoco de los procedimientos que pueden suscitarse en orden a la anulación o rectificación de inscripciones ya practicadas, y por tanto, bajo la tutela de los Tribunales.

Se trataría de un procedimiento civil seguido para dictaminar, no acerca de la validez del título o de una inscripción ya practicada, sino de la posibilidad de inscripción de un título negada por el registrador.

Quedaría lógicamente por decidir cuál de los procedimientos judiciales sería el más adecuado. Y parece razonable inclinarse por aquel que sin merma de las debidas garantías procesales, permitiera una más rápida solución del conflicto suscitado.

Opciones las hay y diversas, algunas ya previstas (no sé si vigentes) en el Derecho Positivo: el recurso de plano ante el juez de primera instancia, a modo del que se prevé cuando se deniega el asiento de presentación o se sobrepasan los plazos de inscripción, o, por qué no, el recurso en única instancia ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, sin ulterior competencia administrativa de la DGRN. Debo decir que, en mi opinión, lo que el Tribunal Supremo rechaza no es propiamente la conveniencia de que los Presidentes de los Tribunales Superiores conozcan de estas materias, sino que el criterio de un órgano jurisdiccional de tan elevado nivel pueda verse luego enmendado por un órgano y una vía puramente administrativa. Es esta mixtificación la que resulta intolerable.

Y una cuestión que debiera analizarse con cuidado sería la relativa a la posición del registrador en ese procedimiento. No creo que sea mantenible, sin más, hoy, la restricción contenida en el artículo 132 del Reglamento Hipotecario, que trata de excluir la legitimación pasiva del registrador, al parecer, en todo caso.

A mi entender, la cuestión dependería de la causa de la impugnación de la calificación. En efecto, si la causa es una mera discrepancia jurídica, no parece que fuera estrictamente necesario dirigir la demanda contra el registrador, cuya audiencia quedaría garantizada en tanto que las notas de calificación se sujetarán, en cuanto a la forma de su extensión, a los requisitos mínimos de fundamentación y motivación que requiere cualquier acto judicial o administrativo.

Sólo en aquellos casos en los que el demandante entendiera que concurre además una negligencia o ignorancia inexcusable del registrador, de manera que pudiera derivarse responsabilidad civil para él mismo, resultaría inexcusable que la demanda se dirigiera específicamente contra él.

La cuestión tiene un aspecto que no debe pasarse por alto: el de la legitimación para recurrir las resoluciones dictadas en el procedimiento. Si el registrador no ha sido demandado, y su responsabilidad queda a salvo, no tiene razón de ser que pueda recurrir la resolución judicial dictada. Por contra, si la acción se ha dirigido contra él, quedaría fuera de discusión su legitimación para recurrir a una segunda instancia, si la misma se previera.

Por contra no creo que debiera preocupar en exceso la existencia de una diversidad de criterios. Eso mismo ocurre con cuestiones judiciales no menos trascendentes que las calificaciones registrales en las que no caben recursos ulteriores, y por otra parte, hasta la fecha, los profesionales del Derecho hemos tenido que convivir con una diversidad de criterios en función del registrador que califica. En todo caso, podría ser la Dirección General quien emitiera criterios unificadores de la práctica, o incluso por qué no, los propios Colegios de Registradores. Sin perjuicio, claro está, de la falta de carácter jurídico vinculante estricto para el administrado de tales criterios.

IV. La vía de la tutela administrativa del derecho a la inscripción

Y la segunda vía es la administrativa: el hasta ahora denominado recurso gubernativo, que debe encontrar su apoyo en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre y a cuyos principios básicos ha de atenerse.

A) Presupuestos:

Ahora bien, esta vía sólo tiene sentido, y de hecho será empleada en tanto en cuanto ofrezca al ciudadano una vía más eficaz que la judicial ordinaria. **Eficacia que se traduce, cuando menos, en dos beneficios: rapidez y objetividad.** Ahí radica la clave del arco de todo el sistema de recursos.

Todo el mundo concuerda en que el gran problema es el de los plazos. La cuestión estriba en qué se entienda por plazos. Si se está pensando en fijar plazos más breves de interposición o de resolución, podemos no haber avanzado nada. Tenemos el ejemplo del sistema establecido en el Reglamento del Registro Mercantil: los recursos deben resolverse en seis meses; el último que le resolvieron a este notario tardó dos años.

La solución no puede ser por tanto fijar simplemente plazos breves para dictar las resoluciones. No está de más traer aquí las afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la recientemente entrada en vigor Ley de Enjuiciamiento Civil: "... se ha comprobado que un sistemático acortamiento de los plazos legalmente establecidos para los actos de las partes no redundaría en la deseada disminución del horizonte temporal de la sentencia. No son los plazos muy breves ninguna panacea para lograr que, en definitiva, se dicte, con las debidas garantías, una resolución que provea sin demora a las pretensiones de tutela efectiva".

Al parecer una de las ideas que se manejan es la de la introducción del principio del silencio administrativo positivo: pasado el plazo sin que recaiga resolución el recurso se tiene por admitido, y se procedería a la inscripción.

Si ese es el camino que se elige, por mi parte bienvenido sea: pero hágase con cuidado. Lo digo porque hay una norma cuyo sentido y alcance siempre me han intrigado: estoy hablando de la Disposición Adicional Segunda del RD 1879/1994, de 16 de septiembre. Si leemos esa norma, vemos que el silencio administrativo ya está regulado (aunque a la vista de la Exposición de Motivos del RD no llego a saber si cabe extender la regulación al denominado recurso gubernativo). Pues bien, si la regulación que ahora se propugna no es clara y contundente corremos el riesgo de que, al igual que ocurre en el precepto mencionado, se establezca un loable principio general inmediatamente desnaturalizado por una excepción de significado no suficientemente claro.

Agilidad y objetividad: en efecto, la experiencia enseña que un sistema de recursos sólo sirve si permite obtener una solución pronta, y no menos importante, si esa solución es con una admisible frecuencia estadística favorable al ciudadano: nadie recurriría a la jurisdicción contenciosa si ésta (cosa que afortunadamente dista de ocurrir) fallara de forma

abrumadoramente mayoritaria en favor de la Administración. Un sistema de recursos, que no es en definitiva sino un sistema de garantías, sólo resulta digno de crédito si mantiene una razonable dosis de objetividad.

No se trata de formular críticas gratuitas, o descalificaciones fuera de tono, frente a un órgano, la DGRN, que ha llegado a gozar de un merecido reconocimiento por su *autoritas*. Pero hágase un cálculo estadístico de plazos y de resoluciones favorables a los recurrentes, y sáquese de ello las consecuencias que procedan. Y ello conecta de manera directa con la afirmación mantenida en su comienzo: la idea de que la obtención de la inscripción no es algo graciable, discrecional: sino un derecho que asiste al ciudadano, que sólo debe restringirse cuando exista un fundamento claro para ello.

No existe una real contradicción entre el derecho del ciudadano a obtener la inscripción, y la seguridad jurídica que demande una especial rigurosidad en la dispensa de la protección registral. El tercero, si entiende que una inscripción lesiona sus derechos, dista de quedar indefenso: los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero no son intocables, y el “tercero” tiene a su alcance todos los remedios que le ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, la publicidad registral puede ser instrumento privilegiado para facilitar al tercero la tutela de sus derechos.

B) Propuestas concretas de modificación

A ambos objetivos, agilidad y objetividad, debería atender una nueva regulación de esta materia, lo cual requerirá una profunda revisión de la vieja normativa del Reglamento Hipotecario.

La primera adecuación, y no es fútil, es la terminológica: términos tales como “auto”, “diligencias para mejor proveer”, “apelación”, constituyen una buena muestra de la confusión entre lo judicial y administrativo que ha arrostrado la nulidad del RD 1867/1998.

En segundo lugar, deben respetarse las garantías esenciales para el ciudadano contenidas en la Ley 30/1992.

1) Es inconcebible, de entrada, que no se establezcan unos plazos de calificación e inscripción claros y adecuados a los ritmos actuales del tráfico inmobiliario y mercantil, y más inconcebible aún que los plazos se computen desde la nota de calificación y no desde su notificación en forma.

2) La decisión del registrador debe ajustarse igualmente a las exigencias de cualquier acto que constriñe un derecho, el de obtener la inscripción: la perfecta y completa identificación del autor, una motivación clara y completa, con cita expresa de los preceptos legales presuntamente in-

fringidos, o de la doctrina jurisprudencial de los Tribunales en que se ampare, razonando su aplicación.

Debe desterrarse la práctica habitual en la cual las denominadas notas de calificación son hasta tal punto concisas que el administrado ha de recurrir en ocasiones sin saber muy bien qué, y sólo en su posterior informe, al cual no puede replicar, se detallan en su caso las razones de la no inscripción, todo lo cual genera una indefensión práctica absolutamente rechazable. La decisión del registrador debe ser, pues, completa, clara y ofrecer al ciudadano todos los elementos necesarios para, o bien aceptar las razones del registrador, o bien discutir las con conocimiento de causa.

3) Es obvio decir que la notificación se hará en forma, y por parte del Registro al ciudadano, por cualquiera de los procedimientos previstos legalmente, con clara expresión de los recursos que caben, plazos, forma de interposición, etcétera. Exigencia esta que debe predicarse no sólo de la calificación propiamente dicha, sino de cualquier incidencia relevante en el proceso de inscripción.

4) En ningún caso la vía de recurso puede suponer un empeoramiento de la posición jurídica del recurrente. Es algo tan obvio que no debiera ser dicho. Y sin embargo es preciso, tras el desdichado intento, primero por vía “doctrinal”, y luego por vía legislativa, de coartar el derecho al recurso situando al administrado en la encrucijada de o bien acatar sin discusión la calificación registral, pudiendo así obtener la inscripción en los plazos ordinarios, o caso de discutir, asumir que el acceso al Registro se obtendrá, si se obtiene, *ad calendas grecas*, tras un largo peregrinaje de recurso.

5) El protagonista, el *dominus*, del recurso debe ser el propio ciudadano, de modo y manera que no es concebible que el registrador pueda alzarse contra las resoluciones que se adopten. Ello carece además de sentido: su responsabilidad, en todos los aspectos, queda salvada.

V. La revisión judicial de la vía administrativa

La cuestión anterior enlaza con otra igualmente debatida: la de cuál haya de ser la jurisdicción competente para conocer de los recursos contra las Resoluciones de la DGRN en sede de recursos gubernativos.

La cuestión fue ya abordada por BLANQUER UBEROS, quien al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994 entendió razonadamente que había de partirse de una dicotomía competencial: si la cuestión debatida era un aspecto procedimental, se estaría en presencia de un problema administrativo, y por tanto la jurisdicción competen-

te sería la contenciosa, y por contra, si se debatía un asunto de “fondo”, la jurisdicción competente debiera ser la civil.

No obstante, la cuestión ha tomado un nuevo aspecto tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero y de 22 de mayo del año 2000. En la primera, la representación de la Administración alegó el razonamiento expuesto, y sin embargo el TS se decantó por declarar la competencia de la jurisdicción contenciosa. En la segunda, la representación del Colegio de Registradores, entre otros muchos argumentos, tornó a esgrimir el expresado, siendo nuevamente rechazado por la Sala, que le recuerda precisamente la primera de las Sentencias. Téngase presente que el Magistrado Ponente de la Sentencia de 22 de mayo, Sr. Peces Morate, había formulado, de manera por demás magistral, un voto reservado a la previa de 15 de febrero.

En mi opinión, lo que ocurre es simplemente que en materia del denominado recurso gubernativo **siempre y en todo caso** se discute una cuestión de índole administrativa. En efecto, el objeto del recurso no es, no puede ser en modo alguno, la validez o eficacia del título (es impensable que un órgano de la Administración pueda pronunciarse sobre el contenido de una resolución judicial, ni tampoco de una escritura, o un documento administrativo); lo único que se debate es si es inscribible o no, y eso, la inscripción, el acceso al Registro Mercantil o de la Propiedad, es una cuestión meramente, valga la redundancia, registral, no sustantiva, y por ende, de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Si se plantea la discusión en vía civil sobre la validez y eficacia del título, entonces sí será competente la jurisdicción civil: pero eso es otra cuestión. Como lo sería si en su caso se estableciera un recurso estrictamente judicial contra la calificación registral.

Lo que no parece congruente es la mixtificación pretendida de obligar al ciudadano a recorrer el cauce de un procedimiento administrativo, para remitirle, a última hora, y sin saber con claridad de antemano la vía, en unos casos a la jurisdicción contenciosa y en otros a la civil.

VI. La cuestión de las resoluciones pendientes y de las dictadas en aplicación de la normativa derogada o la previa

De esta cuestión no he visto ocuparse a ninguno de los ilustres comentaristas que han analizado la Sentencia.

Y sin embargo tiene, en mi opinión, innegable trascendencia práctica.

De entrada deben diferenciarse dos cuestiones: una primera es cuál sea el régimen legal aplicable a los recursos que se interpongan con

posterioridad a la Sentencia; la segunda, la cuestión relativa a la situación de los recursos ya pendientes, al tiempo de dictarse la Sentencia.

La primera cuestión nos lleva a si, anulada la reforma del régimen de recursos, debe entenderse vigente y aplicable la legislación anterior.

Me parece comprensible que el registrador, en trance de extender nota y de consignar los recursos, se remita a la legislación hipotecaria, bien que dejando constancia, como es norma administrativa, de que se hace sin perjuicio de cualesquiera otros recursos que el administrado entienda que le pueden asistir. No me parece misión del registrador dilucidar por sí esta cuestión del régimen aplicable o prejuzgarla.

Más delicada es desde luego la situación de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia ante los cuales se formalicen recursos contra las calificaciones registrales. Ya antes de la Sentencia de 22 de mayo no faltaron autorizadas voces que entendieron que no era procedente la intervención de dichos órganos jurisdiccionales. Y tras la Sentencia, parece perfectamente congruente con su doctrina, el que las resoluciones presidenciales se limiten a remitir al recurrente de plano ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Y es así la Administración en definitiva quien debe afrontar la cuestión. Puedo entender que por inercia se pretenda seguir aplicando el antiguo régimen. Pero no debiera perderse de vista la severa advertencia de ilegalidad que respecto del mismo hace la Sentencia de 22 de mayo. Un mínimo de prudencia debiera llevar, cuando menos, a tratar de corregir por vía administrativa alguno de dichos defectos, paliando en lo posible las graves deficiencias. Y en todo caso, asumiendo la Administración que todo el procedimiento podrá ser objeto de cuestión ante los Tribunales, por la ilegalidad del régimen de recursos, en su conjunto considerado.

En cuanto al tema de los recursos ya pendientes, podemos diferenciar tres supuestos: recursos interpuestos con arreglo a la normativa anterior a la anulada y ya resueltos; recursos interpuestos conforme a dicha normativa anterior y pendientes de resolución, y recursos interpuestos conforme a la normativa anulada y pendientes de resolución (no creo que exista ningún caso que ya haya sido resuelto) e incluso, cabría hacer una alusión a la situación de los recursos denominados “a efectos doctrinales”.

En cuanto a los primeros, cabe pensar que si han transcurrido los plazos de impugnación, la cuestión estaría cerrada. No obstante debe tenerse presente la gravedad de los motivos que han llevado a la anulación de la normativa, y que expresamente el Tribunal ha hecho constar que su postura será la misma en relación a la legislación anterior, en cuanto adolezca ésta (que adolece) de los mismos defectos que la ahora anulada. Piénsese por ejemplo en un recurso desestimado por haberse inter-

puesto supuestamente fuera de plazo, o no haberse acompañado testimonio de los documentos calificados, o incluso, en resoluciones dictadas en base a los ahora muy cuestionables recursos interpuestos por el registrador, o simplemente, si se revocó el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, por la incompetencia para ello de un órgano de la Administración.

Respecto de los recursos pendientes, tanto con arreglo a la legislación antigua como a la anulada, la cuestión es ciertamente espinosa. Desde luego parece fuera de lugar el que la Administración continúe aplicando normas anuladas. Y en cuanto a las antiguas su aplicación debiera hacerse con una interpretación correctora, ajustada a las directrices, por lo demás bastante concretas, contenidas en la Sentencia.

Finalmente, unas líneas respecto de los recursos denominados como a “efectos doctrinales”. No es cuestión el repetir aquí el duro juicio que tal “categoría” ha merecido al Tribunal Supremo. Pero lo coherente con la Sentencia debiera ser abordar los mismos con iguales criterios que los ordinarios, y desde luego, rescatarlos del cajón del olvido en el que sistemáticamente habían caído.

VII. Estado actual de la cuestión

Lo cierto es que pese a la contundencia de la Sentencia de 22 de mayo de 2000, la Dirección General de los Registros y del Notariado, lejos de tomar la senda de rectificar, por vía de sus resoluciones, los muchos y graves errores de que adolece la regulación anterior al Decreto anulado, y dando sin mayor fundamentación por vigente la misma, sigue defendiendo la no sujeción del recurso gubernativo a los criterios procedimentales básicos. La reciente Resolución de 8 de noviembre de 2000 (BOE de 9 de enero) despeja cualquier duda acerca de una posible evolución de la doctrina administrativa.

En cuanto a las vías de impugnación judicial, un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de diciembre de 2000, estimó la falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de un recurso interpuesto contra una Resolución de la Dirección General en materia de Registro Mercantil, remitiendo la cuestión a la jurisdicción civil. El citado auto se halla recurrido en casación, por lo que en su momento, se podrá contar con una nueva Sentencia del mayor rango sobre esta materia que, esperemos, pueda servir para despejar cualquier duda sobre la jurisdicción competente.

En cuanto a la cuestión de los recursos pendientes, el Tribunal Supremo tiene por resolver su competencia para conocer de un procedimiento

contencioso contra una desestimación por silencio de un recurso gubernativo interpuesto, a efectos doctrinales, conforme a la antigua regulación. La providencia que plantea la cuestión no parece, empero, cuestionar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sino solamente si el Tribunal competente es el propio Tribunal Supremo, en cuanto se cuestiona la vigencia y validez de la propia normativa reglamentaria, o si por contra el recurso debe interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero ante la Sala de lo Contencioso. No es de descartar que si el recurso hubiera de plantearse en tal instancia, se produjera una nueva declinación de competencia de jurisdicción.

La cuestión es comprensiblemente compleja, nadie lo duda, y por eso resultan razonables las dudas de nuestros Tribunales; pero por igual razón parece aconsejable intentar establecer un criterio jurisprudencial claro. Tanto más cuanto la propia DGRN sigue sin pronunciarse sobre la materia, es decir, sigue sin señalar, como es preceptivo conforme a la normativa administrativa, qué recursos caben contra dichas resoluciones, al menos, qué recursos entiende la Administración que caben.

VIII. Conclusiones

Recapitulando lo expuesto, debemos volver al comienzo.

Esta materia debe abordarse desde dos presupuestos primordiales: el derecho del administrado a obtener la inscripción, y obtenerla en virtud de un procedimiento reglado, dotado, como cualquier procedimiento que regula una actividad pública, de las debidas garantías, incluidas las de recursos, y todo ello dentro de unos plazos y una objetividad, que no desvirtúen el contenido del derecho, haciéndolo ilusorio.

Y si se cumplen esas metas, lo de menos será la cuestión dogmática, sobre la naturaleza o especialidad del procedimiento.

Y será lo de menos si se concede al ciudadano la doble vía judicial civil y/o administrativa, o sólo una de ellas, garantizada la tutela judicial efectiva, mediante el oportuno recurso contencioso administrativo en el segundo caso.

Pero pocos empeños suelen resultar tan inútiles como intentar mantener las materias jurídicas al margen de los criterios que demanda el interés general, por muy razonadas sinrazones que se esgriman doctrinalmente.

LA GESTIÓN DE LAS FUNDACIONES.

Con una especial referencia a las fundaciones tutelares

IGNACIO SERRANO GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Valladolid

En la discusión parlamentaria de la Ley de Fundaciones se planteó la cuestión de la definición de la fundación. Como quiera que la Comunidad Autónoma catalana se había adelantado en doce años a la Administración central en la regulación de una moderna Ley de Fundaciones, que promulgó el 3 de marzo de 1982, en su artículo 2º.1 dice que las fundaciones “son personas jurídicas...”, el Grupo Parlamentario catalán (CiU) discutió el pronunciamiento del artículo 1º.1 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994 cuando dice que “son fundaciones las organizaciones...” (1), sosteniendo que era más correcto definir a las fundaciones como personas jurídicas que como organizaciones.

Las pretensiones de CiU no prosperaron y Congreso y Senado se inclinaron por dar mayor relevancia al aspecto organizativo. En las fundaciones hay varios aspectos relevantes: la voluntad del fundador, la masa de bienes destinados a la consecución de fines de interés general y la organización controlada por el Estado. La doctrina alemana había puesto

(1) Sobre este punto y en sentido elogioso, ver el trabajo de PIÑAR MAÑAS, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, tomo I, Madrid, 1995, p. 8.

el acento en la clásica figura de la *universitas bonorum* (2), pero poco a poco se desplazó el centro de atención desde el patrimonio hacia la organización (3). El importante trabajo de J. J. LÓPEZ JACOISTE (4) afirma la inexcusabilidad de la organización para las fundaciones afirmando que “sin asignación patrimonial no puede haber liberalidad, pero para hacer efectiva la liberalidad de modo continuado hace falta una organización” y cita a FEDERICO DE CASTRO en sus *Explicaciones de cátedra*. Y el fundamental trabajo de URBANO VALERO, anticipo en muchas de sus soluciones de la regulación legal de la Ley 30/1994 destaca cómo “mientras en una fundación ordinaria, consistente en un patrimonio en reposo, que produce por sí mismo, sin necesidad de actividad alguna... los rendimientos que se han de aplicar a la promoción del fin fundacional, la organización para lograr dicho cumplimiento puede ser muy simple, en el caso de la fundación utilizada como forma de empresa, la organización tiene necesariamente que ser más complicada” (5). Tanto en la Ley general 30/1994 como en las leyes autonómicas, se configura la dotación como un patrimonio que hay que administrar empresarialmente, por lo que no cabe hablar como hace VALERO de “patrimonio en reposo” (6).

(2) BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, 1873, I, p. 194: considera a las fundaciones como patrimonio de destino.

(3) FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tomo I, vol. 2, 1983, pp. 96-97.

(4) LÓPEZ JACOISTE, José Javier, “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, *RDP*, tomo XLIX, p. 594.

(5) VALERO AGÚNDEZ, Urbano, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 352.

(6) El artículo 12.2 de la Ley 30/1994 se refiere a que hay que mantener plenamente en rendimiento y utilidad del patrimonio. El art. 12 de la Ley catalana de 3 de marzo de 1982 dice que “Los componentes del patronato están obligados a... b) Conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas”. La Ley gallega de 22 de junio de 1983, dice en su artículo 16 que “los miembros del órgano de gobierno de la fundación están obligados a: ... 2. Conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente, la productividad de los mismos, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas”. La Ley canaria de 29 de enero de 1990, manifiesta en su art. 11.b): “Los componentes del patronato están obligados a mantener los bienes y derechos y conservar su productividad y utilidad según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas”. La Ley de 1 de marzo de 1973, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, en su ley 46 dice que “salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponden al patronato, plenamente y sin limitación alguna, las facultades siguientes: ... 3. Las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales”. La Ley vasca de 17 de junio de 1994 se refiere dos veces a la dotación: por una parte en el artículo 10.2 dice que el órgano de gobierno “administrará los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación” y luego al concretar las obligaciones en el artículo 13 señala que “los miem-

El artículo 12.2 de la Ley de Fundaciones señala que “corresponde al patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación *manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos*”; también viene a colación la expresión de tintes mercantilistas del artículo 15.1, “los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal”. El artículo 64 de la Ley de Cooperativas dice que “los miembros del Consejo Rector desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado gestor y de un representante leal” (7).

Con lo expuesto se quiere resaltar que la cuestión de la gestión de la fundación y su control por el protectorado, es muy destacada en la Ley de Fundaciones, incluso ya desde el momento de la definición de lo que es una fundación para el legislador de 1994. La gestión de la fundación la ejerce el patronato con la supervisión del protectorado que se configura tanto o más como órgano de asesoramiento de las fundaciones inscritas y las que se encuentran en período de constitución [artículo

bros del órgano de gobierno de la fundación están obligados a: ... b) Administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económico-financieros de un buen gestor”. La Ley madrileña de 19 de febrero de 1998 se remite a la Ley estatal al decir en el artículo 14 que “la administración y disposición del patrimonio corresponderá al patronato en la forma establecida en los estatutos y con sujeción a los preceptos de la legislación estatal en materia de fundaciones que sean de aplicación general al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución y a la presente Ley”. Hay, por último, una Ley valenciana, la 8/1998, de 9 de diciembre (BOE de 21 enero 1999), que en su artículo 16 indica que “los patronos están obligados a... b) administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos, conforme a los criterios económico-financieros de un buen gestor”. Y el artículo 29 f), dispone: “Son funciones específicas del protectorado... f) Velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional...”. Sobre la Ley valenciana V. BENEYTO BERENGUER, Remigio, “La Ley valenciana de fundaciones. Valoración crítica de sus disposiciones generales”, en *Revista General del Derecho*, 1999 (núms. 658 y 659), pp. 8991 y ss.

(7) Ver nota anterior, especialmente el artículo 13 de la Ley vasca de 1994. Contrastan grandemente las expresiones de la Ley 30/1994 con las que se señalaban en la Instrucción de 14 de marzo de 1899 para el ejercicio del protectorado del gobierno en la beneficencia particular, en cuyo artículo 35, y respecto de los bienes se decía: “4º. Tener en buen estado de conservación, producción y cobro los bienes y valores que administren”. Y el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas, de 21 de julio de 1972 reproduce casi exactamente la expresión de 1899 cuando manifiesta en el artículo 15 que “son obligaciones de los miembros de los órganos de gobierno y dirección de las fundaciones: ... 2. Mantener en buen estado de conservación y producción los bienes y valores de la fundación”. De modo que la afirmación del “patrimonio en reposo” de VALERO en la opinión anteriormente citada en el texto ha quedado desfasada ante la nueva realidad de las fundaciones actuales.

32.2,a), Ley de Fundaciones] que de policía administrativa (8). Es más adecuado hablar de “asesoramiento” o de “tutela” (9), “pero lejos de considerarla una técnica para completar una supuesta capacidad insuficiente de las fundaciones, ha de ser explicada como técnica de fomento, en suma, de protección” (10).

En el recurso promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por 55 diputados y por la Junta de Galicia contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de normas básicas sobre órganos rectores de Cajas de Ahorro, se dictó una de las Sentencias del TC sobre fundaciones, la de 22 de marzo de 1988, en la que aun sin entrar a fondo en la naturaleza del protectorado, se hacen afirmaciones incidentales como son la de que las leyes prevén un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman; y en otro momento se afirma que la función administrativa se ha de reducir a velar para que se cumpla la voluntad fundacional y para que se consigan los fines de interés general. Esta era la misión del protectorado...

En la doctrina es ya clásico el trabajo de GARRIDO FALLA, en los *Estudios con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado*, en el que después de hablar de la función de policía administrativa, “ya que los organismos sometidos a él (las fundaciones privadas de interés público) no son organismos públicos (por tanto, no pertenecen ni a la Administración centralizada ni a la descentralizada)” señala que “mientras que la policía limita coactivamente la actividad de los particulares en razón de la discrepancia que pueda existir entre el interés público y el interés por aquéllos perseguido, en cambio, el protectorado tiene por finalidad inmediata la defensa de los intereses de los particulares de cada fundación”. Reflexionando acerca de que las fundaciones se alinean junto a otra serie de entidades, también privadas declaradas de interés público: por ejemplo las llamadas empresas de interés nacional, seguramente es-

(8) La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 1979 asigna al protectorado la función de “policía”, “puesto que la de «tutela» suele reservarse a la ejercitada de forma interorgánica y jerárquica, o con relación a entes de la descentralización funcional o administrativa indirecta, o respecto de los de la Administración local; la actuación del protectorado, repetimos, tiene su justificación en el hecho de que a través de estas fundaciones, un bien patrimonial, o bienes, son apartados de su dedicación a satisfacer necesidades o conveniencias particulares y egoístas, adscribiéndoles a un fin de carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos a cargo de la Administración”.

(9) La STS de 28 de octubre de 1963 afirmaba que “el protectorado se constriñe simplemente a una misión tuitiva veladora por que se respete la voluntad de los fundadores”.

(10) Ver LORENZO GARCÍA, Rafael de, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, p. 274.

temos en presencia de fenómenos que autorizan una revisión de las categorías jurídicas generales y que puede ser necesario hablar de un “control administrativo sobre las entidades privadas de interés público” con caracteres propios (11).

La nueva concepción del protectorado dibujada en la Ley de Fundaciones se desarrolla en el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. Concretamente el artículo 22, núm. 3, señala cuáles son las funciones del protectorado en relación con la constitución de la fundación y no suprime el tradicional papel del protectorado que se explicita en el artículo 22.5, f), “Velar por la integridad y suficiencia de la dotación fundacional” y g) “Conocer y supervisar el régimen presupuestario y contable y acordar, en su caso, la realización de auditorías externas”.

En la tradicional desconfianza que tienen los gobiernos de los Estados hacia las asociaciones y fundaciones, personas jurídicas de carácter privado civil, frente a la libertad, e incluso, incentivación de las personas jurídicas de carácter privado también, pero mercantil, es “precisamente en la actividad de gobierno de la fundación donde con mayor intensidad se refleja el conflicto entre autonomía privada y control público, así como el doble efecto de atracción y repulsión hacia la sociedad anónima como modelo general de organización” (12).

Composición del órgano que gestiona la fundación

En toda la normativa existente sobre fundaciones y puesto que ya hemos destacado que la Ley de Fundaciones las configura como “organizaciones”, se establece una estructura en la que necesariamente tiene que existir un órgano al que encomendar la formación y ejecución de la voluntad de la persona jurídica. Este órgano recibe la denominación de patronato y tiene que constar en los estatutos por prescripción del artículo 9º.1 e) Ley de Fundaciones: “En los estatutos de la fundación se hará constar: ... e) El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos”.

(11) GARRIDO FALLA, Fernando, “La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, IV, Madrid, 1963, pp. 377 y 378.

(12) SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael, “El patronato de la fundación”, número 9 de las Monografías de la *Revista de Derecho de Sociedades*, Pamplona, 1997, p. 36.

La denominación de “patronato” que se da al órgano de gobierno la establece el artículo 12.1: “En toda fundación deberá existir, con la denominación de patronato (13), un órgano de gobierno y representación de la misma” (14).

Los miembros del patronato tienen que ser personas físicas; ahora bien, estas personas pueden ostentar su condición de patronos por sus condiciones personales o como miembros de una persona jurídica de carácter público o privado (15). Cuando el patrono sea una persona jurídica (La Ley de Fundaciones, artículo 13.2.II dice: “las personas jurídicas podrán formar parte del patronato, debiendo designar a la persona natural que las represente”) actuará a través de una persona física. Hay que resaltar que en el caso de que el patrono sea una persona jurídica, es la entidad la que ostenta el cargo de patrono y no la persona física que la representa. Esto es muy frecuente y está en la tradición de las fundaciones: el obispo, el alcalde, el rector de la Universidad eran y lo son aún, designados como patronos de fundaciones. Ahora bien, de acuerdo con lo dicho anteriormente, será el Obispado, el Ayuntamiento o la Universidad quienes sean patronos y no quienes estén al frente de estas entidades. Habrá, no obstante, que tener en cuenta la voluntad fundacional, que puede haber querido que sea el Obispado quien ostente el encargo o que lo sea el Sr. Obispo, o bien que sea la Universidad o el Sr. Rector. Las fundaciones tutelares con mucha frecuencia son creación de las federaciones de padres de deficientes, a las que se reconoce la posibilidad de nombrar vocales

(13) En alguna fundación tutelar la denominación es la de “Consejo General del Patronato”.

(14) Esta norma es de singular importancia por constituir, de acuerdo con la disposición final primera, una condición básica del derecho de fundación reconocido en el art. 34, en relación con el 53, ambos de la Constitución española y es de aplicación directa en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1ª de la propia Constitución. Ya no hay cuestión sobre ello, dados los tajantes términos del art. 12.1 y los de la disposición final primera; la hubo en la discusión parlamentaria, porque el grupo parlamentario del PNV proponía que el órgano de gobierno pudiera denominarse de otra forma, y en efecto, en la Ley de Fundaciones del País Vasco de 17 de junio de 1994, en su artículo 10.1 se indica que “en toda fundación sujeta a esta Ley existirá un órgano de gobierno que podrá adoptar la denominación de «patronato» u otra similar”. Parece que la expresión en cursiva ya no es de aplicación, al ser el art. 12.1 de “directa aplicación en todo el Estado”.

(15) La STS (Contencioso-Administrativo) de 6 junio 1988, respecto de una antigua fundación creada en 1622 en cuya creación se designa patrono, entre otros, al “regidor más antiguo de la ciudad”. El problema se plantea porque pretende ostentar la representación y consiguientemente legitimación procesal el alcalde como representante del Ayuntamiento y el TS dice que la condición de patrono la ostentan los Sres. G y B gracias a su condición de alcaldes, pero no como representantes del Ayuntamiento, sino por razón de su dignidad de alcaldes.

del patronato. Por cooptación entre los vocales se nombran los órganos de gobierno: Presidente, Vicepresidente o Vicepresidentes y Tesorero, por ejemplo.

En todo caso el patronato está formado por personas físicas (“natural” dice el artículo 13 para el caso del designado por la persona jurídica). Parece que, aunque el precepto distingue, hay que aplicar a todos los patronos lo dispuesto en el artículo 13.2-I: “que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos”. Lo que ocurre es que la persona “natural” que es patrono por designación de la jurídica, debe tener un cargo en la persona jurídica que no podría desempeñar si careciera de plena capacidad jurídica o si estuviera inhabilitado para el ejercicio de cargo público. Quizá por ello esta doble condición la establece la Ley de Fundaciones sólo para el caso del patrono, persona física (16).

La “plena capacidad de obrar” tiene una interpretación relativamente fácil en el sentido de que tienen que ser personas que no estén incapacitadas judicialmente. Aun cuando el Código civil, después de la reforma de 24 de octubre de 1983 señala que la incapacidad es graduable, cualquier merma en la capacidad de obrar parece suficiente para no poder ostentar el cargo de patrono de una fundación. En la redacción original del Código civil en materia de adopción el artículo 173 decía que para adoptar había que estar en el pleno uso de sus derechos civiles (con ligera modificación se repitió la fórmula en la reforma de 24 de abril de 1958). Hay una cierta semejanza entre tener “plena capacidad de obrar” y “estar en el pleno uso de sus derechos civiles”. La exigencia de la “plena capacidad de obrar” parece excluir de la posibilidad de ocupar el cargo de patrono a los menores de edad y a los incapacitados; la gestión de los intereses de la fundación como un “representante leal” obliga a ser muy prudente a la hora de establecer los requisitos para acceder al cargo de patrono. Los menores no tienen “plena capacidad” de obrar.

El menor emancipado plantea mayores problemas, aunque no parece adecuado ampliar la capacidad del menor emancipado para administrar bienes ajenos y que no dependen de la sola voluntad individual del representado (17). En una ya antigua Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) de 7 de octubre de 1931 se decidió que para el ejercicio de la función de patrono “es condición plena indispensable que

(16) En el mismo sentido se manifiestan las leyes autonómicas de fundaciones. Ver por ejemplo lo que dispone la Ley valenciana en su art. 13.

(17) PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Designación de menor emancipado como administrador de una sociedad anónima”, *RJC*, núm. 3 de 1987, p. 726. SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael, “El patronato de la fundación”, Pamplona, 1997, p. 139.

se halle en la plenitud de sus derechos civiles”. En esta Sentencia distinguió el TS entre ejercicio del cargo y titularidad del mismo.

En cuanto a los incapacitados, aunque teóricamente habría que estar a lo que dispusiera la sentencia de incapacitación, según dispone el artículo 210 del Código civil, la misma situación de incapacitación revela ya que no está en plena capacidad, aunque la sentencia le restrinja muy poco su capacidad de obrar. Una alusión a la incapacidad la encontramos en el artículo 16.2 b) de la Ley de Fundaciones: “El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes: b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la Ley” (18). Nos interesa ahora la incapacidad y ésta claramente es causa del cese del cargo de patrono; solución distinta a la que se mantenía en el Reglamento de fundaciones docentes y culturales, de 1972, cuyo artículo 10.3 señalaba que “cuando sea miembro nato una persona incapacitada actuará en su nombre su representante legal” (19). La misma solución en el Derecho autonómico de fundaciones sostienen las Leyes de fundaciones del País Vasco y la de fundaciones de interés gallego.

Parece que los pródigos tampoco pueden ser patronos, aunque aquí nos encontramos con la misma problemática que en el supuesto de los incapaces y es la de que la sentencia graduará la capacidad del pródiigo (20). De todos modos, nos inclinamos por considerar que el pródiigo no puede ser patrono de una fundación (21).

SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER se inclinan por la solución de que también están inhabilitados para el ejercicio del cargo de patrono los condenados en vía penal, cuando la condena lleve aparejada la inhabilitación para ocupar cargos (art. 39 del Código penal de 1995). Y el mismo criterio debe adoptarse para los quebrados y concursados no rehabilitados (arts. 878. I Código de comercio y 1.914 Código civil).

Una cosa es la capacidad para ser patrono y otra muy distinta la capacidad requerida para fundar. Para realizar eficazmente el negocio ju-

(18) Esta Ley de la que habla el art. 16.2 b) puede ser, como señala LÓPEZ-NIETO Y MALLO, en lo que afecta a funcionarios públicos la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y Real Decreto 598/1985, de 30 de abril. Ver *Manual de fundaciones*, Barcelona, 1996, p. 203, nota 3. En el mismo sentido, ver HUERTA HUERTA, Rafael, y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, César, *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, Barcelona, 1998, tomo I, pp. 495 y 496.

(19) El art. 14.1 de la Ley gallega de fundaciones y el 11.2 de la vasca permiten a los incapacitados que sean miembros natos para que continúen siendo patronos a través de su representante legal.

(20) Sobre este tema ver GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, 1996.

(21) En el mismo sentido SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...”, cit. p. 140.

rídico fundacional se requiere la capacidad general de obrar que regula el Código civil. Y así, para fundar por actos *inter vivos* se necesitará la capacidad para contratar que exige el artículo 624 del Código que debe completarse con el 1.263 y para constituir una fundación por acto *mortis causa*, la capacidad requerida es la de otorgar testamento (22). Evidentemente lo anterior se refiere al caso de que el fundador sea una persona física. La Ley de Fundaciones prevé la posibilidad de que el fundador sea una persona jurídica tanto privada como pública, estableciéndose en el artículo 6.3 que “las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector”. Y en el número 4 del mismo artículo 6 se nos explica que “las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”.

El patronato

No está mal que la Ley de Fundaciones conserve una denominación que se encontraba en las viejas leyes. En efecto, el término “patronato” ya estaba en la Ley desvinculadora de 27 de septiembre/11 de octubre de 1820. Por su parte la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 habla de “patronos”. El término se ha venido usando por la doctrina y la jurisprudencia y únicamente el Reglamento de fundaciones docentes y culturales de 1972 elude la designación del órgano de gobierno; pero ahora se recupera con la Ley de 24 de noviembre de 1994.

Además del patronato, como órgano colegiado, adquiere especial relevancia la figura del presidente del mismo, que tiene necesariamente que existir y designarse de entre los patronos. La Ley de Fundaciones, en su artículo 13 dice cómo se elige o designa el presidente. Para desempeñar el cargo de presidente del patronato hay que tener en cuenta, en primer término, lo señalado en la escritura de constitución o en los estatutos fundacionales y si éstos nada dicen los patronos elegirán de entre ellos al presidente. La Ley 30/1994 no señala nada más respecto del presidente.

Puede ser ilustrativo, respecto de sus funciones, lo dispuesto en el Decreto 248/1992, de 18 de junio, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego, porque allí se dice (en el artículo 13) que el presidente tiene que convocar las reuniones del patronato y que el voto del presidente es dirimente en caso de empate. También hay alguna precisión en el Decre-

(22) Ver para esto MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...* cit., pp. 66 y 67.

to 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado y del registro de fundaciones para el País Vasco, en el que además de señalar lo mismo que el Reglamento gallego, añade que el presidente dirigirá las deliberaciones del patronato.

El presidente tendrá, en primer lugar, las competencias que le atribuya el fundador, a salvo las disposiciones imperativas de la Ley de Fundaciones y parece perfectamente razonable que, como cargo de un órgano colegiado tiene que asegurarse del normal funcionamiento de las relaciones internas de la fundación, convocar las reuniones, dirigir los debates, coordinar la actividad de los miembros del patronato, y quizá, si el número de patronos es par, tener un voto de calidad para sacar adelante los acuerdos. Otra atribución que parece razonable que tenga el presidente es la de suministrar información a los patronos para que los acuerdos se adopten con perfecto conocimiento de causa (23).

Todo lo anterior hace referencia a las relaciones internas de la fundación; ahora bien, en las relaciones externas de la misma el presidente ostenta la representación de la fundación ante cualquier persona o entidad. Esta es la terminología tradicional: el presidente *representa* a la fundación. Ya trataremos más adelante de esta especial representación y de la caracterización como *órgano* de la persona jurídica.

El cargo de presidente, prevé la Ley de Fundaciones que puede reservárselo el fundador y que puede ser vitalicio. Evidentemente, también puede ser rotativo o electivo cada cierto número de años. La imaginación del fundador puede disponer lo que crea más conveniente en este sentido.

Antes de entrar en posesión del cargo de presidente, éste, como el resto de los patronos, tienen que aceptarlo expresamente en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el registro de fundaciones (artículo 13.3 Ley de Fundaciones) que según sea la fundación tendrá

(23) Ver SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, "El patronato...", cit., pp. 113 y 114. Tiene interés el art. 13.1 de la Ley de fundaciones valenciana, que en materia de toma de acuerdos dispone lo siguiente: "Si los estatutos no lo hubieran previsto, los acuerdos se adoptarán por mayoría de los patronos presentes, salvo cuando se trate de actos de enajenación, gravamen, arrendamiento o disposición de bienes de la fundación, del sometimiento a arbitraje o transacción sobre los mismos bienes, modificación de estatutos, fusión y extinción, en que se requerirá el voto favorable de la mitad más uno de todos los patronos de la fundación". Es evidente que se trata, en primer lugar, de una norma prevista para las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de la Comunidad valenciana, y en segundo lugar, que se trata de una norma de carácter dispositivo. Pero es de interés como modelo que pueden adoptar los fundadores cuando decidan acerca de cómo se adoptarán los acuerdos.

que hacerse ante el Ministerio al que corresponda el protectorado en Madrid, o ante el registro que lleve la consejería correspondiente en cada una de las Comunidades Autónomas (24).

Además del presidente, en las fundaciones puede y es conveniente que exista un secretario. En las fundaciones de carácter estatal no es preceptiva la existencia del mismo. El artículo 13.1 II dice que “el cargo de secretario, cuando exista, podrá recaer en persona que no sea miembro del patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto”. La misma redacción en la novísima Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en su artículo 13.6, inciso segundo. El secretario es un cargo de relevancia en todo órgano colegiado. En este tipo de órganos le competen funciones típicas como son las de levantar acta de las sesiones y custodiar los libros, así como la de certificar de los acuerdos adoptados, con el visto bueno del presidente. Aunque en las fundaciones de ámbito estatal ya hemos visto que no es necesario que exista un secretario como miembro permanente del patronato, sí parece que alguno de los patronos tiene que ejercer como tal secretario (alguna de las leyes autonómicas habla del patrono más joven), para lo cual se le encargará, en cada sesión, que actúe en ella como secretario (25). Dado que el secretario del patronato puede no ser patrono de la fundación, en caso de no serlo, no le son aplicables las reglas que regulan la gratuidad del ejercicio del cargo (artículo 13.4 Ley de Fundaciones). En el caso de que sea patrono, aunque ejerza de secretario, sí le afecta la norma de la gratuidad.

Ya la Ley catalana de Fundaciones de 1982 tenía en cuenta, en su artículo 11, una estructura más compleja del órgano de gobierno de la fundación y así determina que “si los estatutos no lo prohíben, el patronato puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidad mancomunadas o solidarias”. Esto es, exactamente, lo que ha hecho la Ley 30/1994 al disponer en su artículo 14 que salvo prohibición en los estatutos, el patronato puede delegar sus facultades en uno o más de sus

(24) Únicamente las Autonomías de Ceuta y Melilla no tienen en sus Estatutos referencias específicas en materia de fundaciones.

(25) LÓPEZ-NIETO y MALLO, Francisco, *Manual de fundaciones*, Barcelona, 1996, p. 202 dice, en el mismo sentido del texto que “el hecho de que el patronato sea un órgano colegiado implica que en su funcionamiento deberá atemperarse a lo establecido para esta clase de órganos. Nada dice la Ley al respecto, pero parece cosa evidente que sus reuniones vayan precedidas de una convocatoria en la que figure el orden del día, que sean conducidas por el presidente y que de las deliberaciones y acuerdos se levante la correspondiente acta por el secretario, y que este documento se transcriba a un libro, para su constancia. Igualmente, que de estos acuerdos se puedan librar las oportunas certificaciones expedidas por el secretario o por el miembro del patronato a quien, para ello, autoricen los estatutos”.

miembros aunque no son delegables la aprobación de cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran aprobación del protectorado (26).

En el mismo sentido que la Ley catalana, el artículo 14.2 de la Ley general de Fundaciones nos dice que “el patronato podrá nombrar apoderados generales o especiales”.

Los delegados

La Ley de Fundaciones adopta previsiones para cualquier clase de fundación: pequeña, mediana o grande. Cuando la fundación sea pequeña —en su patrimonio— podrá funcionar con una estructura muy sencilla de los tres patronos que, como mínimo, exige el artículo 13.1. Organización colegiada, pero bastante simple. Como antes se ha explicado este órgano colegiado de tres miembros tiene que tener un presidente y, parece, que alguno de los dos miembros restantes tendrá que actuar como secretario. Con esta estructura puede funcionar una fundación pequeña, pero a medida que la fundación y su patrimonio vayan complicándose, puede tener necesidad de una estructura más compleja. La complejidad vendrá determinada por su patrimonio dotacional y por la variedad de fines de interés general que el fundador haya determinado (27).

Hay supuestos en los que la fundación puede tener, incluso, participaciones en empresas, en los que parece necesario que el patronato diversifique sus órganos con una composición más numerosa de los tres que, como mínimo, indica la Ley. Y de entre los patronos se designarán Comisiones delegadas, Comisión ejecutiva, Junta Rectora u otros órganos de denominación semejante. Las facultades patronales pueden ser asumidas por parte de estos órganos, aunque siempre hay unas, las más importantes, que no pueden delegarse y que son “la aprobación de cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran la aprobación del protectorado”.

(26) Casi idéntica redacción en la Ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 19 de febrero de 1998, en su art. 13.1, con la salvedad de que prevé que además de delegar facultades en miembros del patronato, puede hacerlo en Comisiones. Ver también la posibilidad de delegación en uno o más miembros del patronato en la Ley valenciana de fundaciones, de 9 de diciembre de 1998, art. 15.1.

(27) Tiene que ser radicalmente distinta la estructura de una fundación que tenga por finalidad, por ejemplo, premiar la labor de dos maestros que se hayan destacado en el ejercicio de la docencia en el ámbito de una determinada localidad, y que tiene una dotación de menos de diez millones, que la de otra que tenga por finalidad la tutela de los deficientes en el ámbito de Castilla y León, con independencia de su patrimonio. Esta segunda requiere de médicos, asistentes sociales, abogados, además de los patronos.

Hay que señalar que los miembros de las Comisiones delegadas que se creen han de ser designados por cooptación de entre los miembros del patronato. La Ley de Fundaciones no dice más que “el patronato puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros” y ello si los estatutos no lo prohíben. Hay que pensar que también es perfectamente posible que los estatutos lo prevean y establezcan las Comisiones con encomienda de las facultades que se les deleguen. Siempre hay que tener en cuenta que en la organización de la fundación tiene una gran autonomía el fundador, y que va a depender, normalmente, de la importancia de la fundación el que su estructura sea más o menos compleja. Si se echa un vistazo por el Directorio de las fundaciones, observaremos que las hay con una dotación que va desde 6.622 ptas. (Fundación Biblioteca, para crear una biblioteca en la Universidad de Oviedo), 5.688 ptas. (Fundación Patronato Pascual Veiga, para crear un Conservatorio de música en Lugo) (28) hasta decenas de miles de millones de pesetas (Fundación del BBV, del Banesto o del Central).

En la discusión parlamentaria hubo enmiendas que no prosperaron y que pretendían que la dotación mínima alcanzara una cuantía de diez millones de pesetas (hubiera simplificado mucho la tarea de evaluar la adecuación y suficiencia para el cumplimiento de los fines fundacionales). Y en la clasificación de los documentos presentados a registro y que deben ser calificados a los efectos de señalar el Departamento ministerial o la Consejería de Comunidad Autónoma que tienen que ejercer el protectorado, se rechazan algunas fundaciones que tienen una dotación tan pequeña, que los encargados del examen para su registro, entienden que no se trata de un propósito serio de crear una fundación con una “dotación adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales” sino que de lo que se trata, simplemente, es de organizar una persona jurídica con la finalidad de concurrir a la convocatoria de subvenciones.

Es muy interesante consultar el libro de VALERO AGÚNDEZ y comprobar la complejidad que adoptan fundaciones con forma de empresas en Alemania y Dinamarca, como son la *Carl Zeiss Stiftung* en Alemania o la fundación *Carlsberg* en Dinamarca (29).

(28) Aunque no es mi intención tratar de las clases de fundaciones que puedan darse, ante unas cifras tan ridículas como capital dotacional, no hay más que pensar en las que J. M. DE PRADA llama “fundaciones gerenciales”, en “Las fundaciones hoy y mañana: fines, constitución y extinción” en *Hacia una nueva Ley de fundaciones*, Santander, 1992, p. 91, donde las define como “aquellas en las que con un capital muy pequeño y un programa inicial muy modesto, se centra todo en la captación de elementos patrimoniales posterior a la constitución de la fundación, mediante subvenciones, actuaciones de mecenazgo, protección de otras fundaciones, contactos entre ellas, etc...”.

(29) VALERO, Urbano, *La fundación...* cit., pp. 358 y ss.

Apoderamientos

El artículo 14.2 dice que “el Patronato podrá nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario”. Estos apoderados no tienen necesariamente que ser patronos y generalmente no lo serán, sobre todo el *apoderado general*, que tendrá probablemente una retribución difícil de calcular, ya que no se puede tener en cuenta como en las personas jurídicas societarias, la cuenta de resultados, al tratarse en las fundaciones, de personas jurídicas sin ánimo de lucro. La relación que liga al apoderado general con la fundación es la de mandato representativo (30).

Dada la amplitud de funciones que estos apoderados generales pueden desempeñar, dice el artículo 14.3 de la Ley de Fundaciones que deberán figurar inscritos en el Registro de fundaciones, previsión que se repite en el Reglamento de 1 de marzo de 1996 del Registro de fundaciones de competencia estatal: artículo 3. “*Actos sujetos a inscripción*. Se inscribirán en el Registro de Fundaciones de competencia estatal los siguientes actos: e) Las delegaciones y apoderamientos generales concedidos por el patronato y la extinción de estos cargos”. Nos informa DEL CAMPO ARBULO que la fórmula más usual, casi de estilo, acuñada por el notario para el apoderamiento general suele facultarles “para que puedan ostentar la representación de la Fundación en toda clase de relaciones, actos y contratos y ante el Estado, Administración Territorial Autónoma, Provincia, Municipio, Autoridades, Centros y Dependencias de la Administración, Juzgados, Tribunales, Corporaciones, Organismos, Sociedades, Bancos, personas jurídicas y particulares de toda clase, nacionales y extranjeras, ejercitando todos los derechos, acciones y excepciones y siguiendo todos sus trámites, instancias, incidencias y recursos en cuantos procedimientos, expedientes, reclamaciones y juicios competan o interesen a la Fundación” (31).

Al lado de estos apoderamientos generales, puede haber otros particulares, para que se ocupen de algún asunto concreto que interese a la fundación y que responde también a la figura del mandatario (artículos 1.709 y ss. del Código civil). Tanto al apoderado general como al particular le son de aplicación las reglas sobre responsabilidad que se contienen en el artículo 1.726 del Código civil.

(30) V. HUERTA HUERTA, Rafael y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, César, *Fundaciones...* cit., tomo I, pp. 509 y 510, teniendo en cuenta la regulación de la fundación-empresa y la posible configuración de los apoderados como mandatarios mercantiles o comisionistas.

(31) CAMPO ARBULO, José Antonio del, *Ley de fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid, 1996, p. 198.

Pero mientras el apoderamiento general debe inscribirse en el registro de fundaciones, según vimos anteriormente, el especial o particular no necesita de inscripción en el registro. Y su remoción tampoco, pudiendo la fundación revocar de forma inmediata los poderes que hubiera conferido.

De todo lo anterior puede vislumbrarse una estructura sumamente compleja, frente a la aparente simplicidad que parece desprenderse del artículo 13 de la Ley de Fundaciones: un patronato de tres miembros, con un presidente nombrado de entre ellos y, lógicamente, algún otro patrono que ejerza de secretario. Al lado de esta organización sencillísima, encontramos que de los artículos 13 y 14 resulta que puede haber delegaciones desarrolladas por los patronos, apoderados generales y especiales o particulares que serán, normalmente, personas que no sean patronos. Y es que la figura de la fundación, aun permaneciendo en la órbita del Derecho privado ha copiado gran parte de la estructura de las sociedades mercantiles, teniendo que adaptarse al Plan General de Contabilidad (Disposición adicional octava), teniendo asimismo que confeccionar con carácter anual el Inventario, Balance de situación, Cuenta de resultados, liquidación del presupuesto de ingresos y gastos, informes de auditoría externa, en su caso (artículo 4º del Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal).

Gratuidad del cargo de patrono

Está expresamente establecido en el artículo 13.4 de la Ley de Fundaciones: “Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función”. También en el Título II de la Ley de Fundaciones, sobre incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, hay un artículo 43 que señala que “para disfrutar del régimen previsto en este título, los cargos de patrono de las fundaciones... deberán ser gratuitos (32) ... Asimismo, tales personas deberán carecer de interés económico en los resultados de la actividad por sí mismos o a través de persona interpuesta”.

(32) Desde la Ley catalana de 1982, hasta la Ley valenciana de 1998 se repite la misma redacción: “Los patronos ejercen su cargo gratuitamente, pero pueden ser reembolsados de los gastos, debidamente justificados, que éste les produzca” (art. 11.5 Ley catalana). La Ley gallega prevé que, además del abono de gastos pueden abonarse dietas por asistencia a las reuniones del patronato, tal como las fije el órgano de gobierno y siempre que no lo prohíban sus Estatutos (art 14.3 Ley gallega).

Este punto, históricamente, se explica como reacción a una práctica abusiva en la llamada *décima de administración* que definía el artículo 109 de la Instrucción de 1899 como “el importe del premio que por administración cobran los patronos”, y que venía a implicar la percepción de la décima parte de la renta de los bienes de la fundación (o mayor, según la voluntad del fundador) dando lugar a una verdadera y particular vinculación de bienes a favor de los patronos (33).

La Orden de 23 de junio de 1986, clarifica otra de 10 de septiembre de 1914 y reitera el carácter gratuito del cargo de patrono pero con cierta flexibilidad porque señala, en los cuatro puntos básicos de esta Orden:

a) Los patronos de las fundaciones desempeñarán las funciones propias de su cargo con carácter gratuito. No parece que se quisiera impedir la retribución por actividades prestadas a la fundación por los patronos, en todo caso (34).

b) Se reconoce el derecho de los patronos a resarcirse de los gastos que el ejercicio de dicho cargo les irroque. El fundamento es evitar el enriquecimiento sin causa.

c) Los gastos computables a efectos de resarcimiento de gastos a los patronos no podrán exceder de la décima parte de los ingresos netos de la fundación, y

d) Cabe retribución para administradores, gerentes y demás personal al servicio de la fundación, con cargo a “gastos de explotación o gestión” y no a cargo de “gastos por razón de patronato”.

Este punto fue muy debatido en enmiendas presentadas al proyecto de ley por parte del Grupo Parlamentario de CiU, del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y del Grupo Parlamentario Popular; este último argumentaba que “la prohibición de remuneración del cargo de patrono. Sólo tiene sentido que la establezcan las leyes, en la medida en que concedan beneficios fiscales a las fundaciones y se considere que éste es un requisito esencial para poder acogerse a dichos beneficios. Desde el punto de vista del régimen jurídico sustantivo de las fundaciones, no hay obstáculo

(33) LORENZO, Rafael de, “Comentario al art. 13 Ley de Fundaciones”, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* cit., p. 117 del tomo 1º. PRADA GONZÁLEZ, José María de, “La organización y funcionamiento de las fundaciones”, en el volumen dirigido por LORENZO, R. de y CABRA DE LUNA, M. A., *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, 1990, afirma que es la Ley catalana la “que recoge, a diferencia del Reglamento [de 1972] y de la anterior legislación fiscal, y es que los patronos ejercen su cargo gratuitamente, lo cual es llevado por primera vez en nuestro Derecho a categoría normativa”. Comp. p. 200. Más recientemente, sobre este mismo punto de la gratuidad y de la antigua *décima de administración*, ver HUERTA y HUERTA, *Fundaciones...* cit., p. 497 del tomo 1º.

(34) DE LORENZO, *op. et loc. cit.* Nota anterior.

para que el ejercicio del cargo de patrono sea retribuido. Especialmente cuando resulta que todo el personal que trabaja en una fundación suele cobrar un sueldo”.

La cuestión más polémica radica en determinar si cabe incluir en la partida de los gastos debidamente justificados, causados en el desempeño de la función de patrono, el lucro dejado de obtener por este ejercicio. Plantean el punto SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, los cuales señalan que “limitando el art. 13.6 a las cantidades anticipadas por los patronos se hace difícil responder positivamente a esta cuestión. En cambio, aproximando el artículo 13.6 al artículo 1.101 C.c., resulta más sencillo aceptar la indemnizabilidad de estas partidas” (35).

Carácter personal del cargo de patrono

El artículo 13.5 de la Ley de Fundaciones señala que el cargo de patrono, en caso de recaer en una persona física, deberá ejercerse personalmente. Se exceptúan quienes fueran llamados a ejercer esa función por razón de los cargos que ocuparen, en cuyo caso podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución (comp. art. 13.2-II).

El Reglamento de 1972 decía que “el cargo de miembro del órgano de gobierno y dirección de la fundación es personal y no delegable” y la Ley de Fundaciones catalana de 1982 impone que el ejercicio del cargo de patrono es personalísimo. Admitido en la Ley de Fundaciones y en todas las legislaciones autonómicas que una persona jurídica puede ser patrono, conviene dejar claro que en este caso, el patrono es la persona jurídica y no el individuo (persona física) que la representa en el patronato. Consecuencia de ello es que una actuación de la persona jurídica contraria a los intereses de la fundación es una actuación negligente del artículo 15.2 de la Ley estatal y generará responsabilidad. Puede surgir aquí una problemática, que sólo apuntamos, entre el interés de la persona jurídica y el interés general que debe perseguir toda fundación.

Hubo en la tramitación parlamentaria de la Ley una discusión porque el proyecto de ley hablaba de “cargo público”, argumentando el Grupo Parlamentario Popular (PP) a favor de la eliminación del término “público” por lo indeterminado de la expresión “cargo público”, que no viene definido en ninguna Ley. Prosperó la enmienda dejando la expresión de la forma siguiente: “ejercer esa función por razón del cargo que ocuparen”. De acuerdo con ello, actuará en nombre de la persona que ocupa el cargo aquella otra a quien corresponda su sustitución.

(35) SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...” cit., p. 146.

El problema que se plantea en esta materia de ejercicio del cargo de patrono, cuando lo es una persona jurídica por razón del cargo que ocupa es el de si es posible delegar el voto en las reuniones del patronato. Una cosa es la delegación del cargo y otra la del voto. Si el cargo es delegable cabrá la sustitución total de los derechos y obligaciones del patrono a favor de otra persona. Si lo delegable es simplemente el voto (y si la solución fuera afirmativa, lo que ocurriría normalmente es que delegara la facultad de votar en otro patrono, persona física), estaremos ante una encomienda limitada y para casos concretos de una facultad del patrono. Esto entraña importantes consecuencias en orden a la responsabilidad, puesto que de admitir la adopción de acuerdos con voto delegado, ello entrañará responsabilidad tanto para el patrono sustituto como para el patrono delegante (36).

La solución al problema anterior, me parece, con la letra del artículo 13.5 en la mano que es la de que en el caso del patrono que lo es por el cargo que ocupa (Presidente de una Asociación, Obispo de una diócesis), la delegación que cabe es la de sustitución por quien ostente otro cargo inferior en la persona jurídica privada o pública (Vicepresidente de la Asociación, Vicario del Obispado, Vicerrector de la Universidad, u otras personas que formen parte del organigrama de la persona jurídica pública o privada y que no ostenten cargo alguno, pero sean señalados *ad hoc* para formar parte del patronato de la fundación). DE PRADA, respecto de la Ley gallega que tiene la misma previsión que la Ley de Fundaciones estatal, dice que “el carácter potestativo de esta última norma, parece que abre la puerta a la posibilidad de que la persona jurídica actúe por medio de sus órganos o nombre una persona natural que la represente” (37).

Gobierno de la fundación

El patronato gobierna y representa a la fundación, lo que no es más que una consecuencia del carácter de persona jurídica que la fundación tiene y que, al carecer de corporeidad, tiene que actuar a través de personas físicas. El gobierno puede ser muy complejo; como ya avancé en una nota anterior hay personas jurídicas fundacionales que, al amparo del artículo 242 del C.c., reformado en 1983, tienen como finalidad tutelar a los deficientes mentales, y en ellas quizá por la variedad de los fundadores [generalmente asociaciones de padres de discapacitados que temen por la suerte de sus hijos al desaparecer ellos y confían en una

(36) DEL CAMPO ARBULO, *Ley de fundaciones...* cit., p. 191.

(37) DE PRADA GONZÁLEZ, *Presente y futuro...* cit., p. 200.

fundación que se especializa en la atención a las personas afectadas de alguna discapacidad (38)] suele haber un patronato amplio en cuanto al número de miembros. Suele existir también una comisión ejecutiva compuesta por quienes ostentan cargos en el patronato (presidente, vicepresidente, tesorero, secretario; este último muchas veces sin voto por no ser patrono) y como su finalidad es el ejercicio de las tutelas, curatelas y defensas judiciales que les encomiendan los juzgados, la gestión material de estos cargos tutelares se efectúa a través de una compleja organización, en la que hay trabajadores sociales y médicos que informan a la fundación de la situación de las personas afectadas de discapacidad para que se pueda instar la incapacitación de las mismas. Cuando la incapacitación ya se ha pronunciado y la figura de guarda adecuada a la persona se propone, la fundación tutelar se reúne para aceptar o excusarse por falta de medios materiales para el ejercicio de la guarda. Cuando la tutela se acepta, hay asesores económicos, para la llevanza del patrimonio de los pupilos y curatelados (rendición de cuentas, por ejemplo), asesores jurídicos para la defensa en juicio de los asuntos en que estén incurso las personas a cargo de la fundación (realizar actos de administración de sus bienes —arrendamientos, por ejemplo— autorizaciones judiciales para la venta de bienes de los pupilos) y hay también los llamados “tutores delegados” que son personas que acompañan físicamente a los pupilos, encargándose de la buena atención de sus necesidades materiales, dándoles afecto y compañía y, en definitiva, velando materialmente por ellos. No por esta compleja organización, la fundación tutelar deja de ser tutora, que sí lo es, pero ejerce la tutela y demás figuras de guarda que se le encomiendan a través de diferentes personas físicas, con diferentes encargos.

El artículo 12 al señalar que el patronato gobierna la fundación no puede querer decir que esta figura sea el único órgano de gobierno de una fundación, puesto que como ya he puesto de relieve recientemente y antes también con las indicaciones acerca de las delegaciones y apoderamientos generales o particulares, hay otra organización que será más o menos compleja, según las finalidades que persiga la fundación y según la dotación que tenga.

Es muy frecuente que en la fundación exista el cargo de gerente que, a veces hace también las funciones de secretario y que no es patrono, estando ligado a la fundación por una relación jurídica de carácter laboral. Muchísimos estatutos y, a veces, reglamentos de régimen interior de las fundaciones contienen esta figura del gerente. Cuando la dotación es

(38) Sobre fundaciones tutelares ver el trabajo de MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Barcelona, 1994.

muy cuantiosa, o sus fines son muy complejos su gestión requiere una dedicación que no puede exigírsele a un patrono, sobre todo teniendo en cuenta el carácter gratuito del cargo (39).

Puesto que el artículo 12.1 dice que el patronato es el órgano de gobierno y representación, aunque quepan delegaciones y apoderamientos, hay actuaciones que el patronato tiene que desempeñar necesariamente sin poder delegarlas ni apoderar a nadie para que las realice. Por eso el artículo 14.1 en el inciso segundo se proclama que “no son delegables la aprobación de cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado”. Lo que sí puede y debe hacer el gerente es preparar la documentación para que, cuando se reúna el patronato, pueda adoptar los acuerdos que haya que presentar al protectorado para que éste los examine y para que resuelva en el sentido que considere más conforme con la legalidad, los fines de la fundación y demás extremos que considere oportuno tener en cuenta. Debe tenerse siempre en cuenta que las fundaciones están bajo la salvaguardia de los tribunales y por eso el artículo 35 nos indica que “los actos del protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. Otros actos de las fundaciones son recurribles directamente en vía civil. Hay que tener también en cuenta el Reglamento de fundaciones de competencia estatal aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, cuya disposición adicional segunda nos recuerda que “las autorizaciones que hayan de solicitarse del protectorado se otorgarán o denegarán de acuerdo con el procedimiento establecido para cada caso por este Reglamento. Supletoriamente será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones”.

(39) DÍAZ BRITO, Francisco J., *Normativa y competencia de Canarias sobre fundaciones privadas*, Barcelona, 1997, p. 210: “para evitar en gran medida los problemas derivados de la gratuidad del cargo de patrono, las fundaciones canarias [cualquier fundación, puede decirse] podrán recurrir a la figura del gestor, que sería quien llevaría de hecho la gestión administrativa y contable de la fundación, aunque supeditado siempre a la aprobación del patronato. A diferencia de lo que ocurre con los patronos, nada impide que dichos gestores sean retribuidos, pudiendo tal retribución imputarse a los gastos de administración que la LFC permite deducir de las rentas obtenidas por la fundación (cfr. art. 8.4). Con ello las fundaciones tendrán la posibilidad de que su administración y contabilidad se realicen con mayor eficacia y profesionalidad. Pero, a pesar de todo, sería conveniente que la Ley canaria permitiera expresamente esta posibilidad, como lo hace la Ley vasca en su artículo 19”.

Representación

El gobierno de la fundación, en cuanto a los órganos de que se compone, ya se ha expuesto brevemente en puntos anteriores. Por lo que hace a la función de representación hay que decir que el patronato, en los términos de la ley, representa a la fundación y, en consecuencia, tiene que realizar aquellos actos que sean adecuados a las finalidades de interés general que vengan señaladas en los estatutos. La representación la tiene el órgano de gobierno colegiadamente, sin perjuicio de que pueda atribuir poderes a uno o a varios de sus miembros.

Tanto si la representación la ostenta el patronato en su conjunto, como si la ejerce el presidente por un poder general conferido por el órgano de gobierno, u otro de los miembros del patronato, el problema que puede plantearse es de límites: como dicen SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER “conviene señalar las dificultades para establecer con claridad cuándo un acto puede entenderse comprendido en el objeto de la fundación y para precisar el régimen de los actos extraños al mismo” (40). Aquí entra en juego el Registro de fundaciones ya que en el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal (384/1996), en su artículo 3.d) y e) determina que “se inscribirán en el Registro de fundaciones de competencia estatal los siguientes actos... d) El nombramiento, renovación, sustitución y cese, por cualquier causa de los miembros del patronato y otros órganos creados por los estatutos. e) Las delegaciones y apoderamientos generales concedidos por el patronato y la extinción de estos cargos”. Estos actos que están sujetos a inscripción si no se inscriben no perjudicarán a terceros de buena fe (art. 37.1 Ley de Fundaciones); luego, si están inscritos perjudicarán a los terceros de buena fe.

Como organización que es, la fundación actúa a través de sus órganos que no son propiamente representantes. La actividad del órgano se imputa a la fundación y la voluntad del órgano vale como voluntad de la fundación. Esto supone rechazar la teoría de la representación para explicar el mecanismo de actuación de las fundaciones. Lo cual no impide que, para asuntos concretos se puedan otorgar poderes representativos a favor de personas físicas (41).

(40) SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...” cit., p. 101.

(41) DE LORENZO, *Comentarios...* cit., p. 104 del tomo 1º. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación...* cit., pp. 134 y 135 señala que “en la fundación... al no estar formada por personas individuales, que promuevan por medio de ella su propio interés no es posible concebir, ni siquiera de una forma mediata, a través del mecanismo de la entidad interpuesta, la posición de las personas individuales, titulares de los órganos, se base en un encargo o mandato de sujetos particulares. La posición de estas personas se apoya en un llamamiento, realizado mediante la actuación del orden jurídico, al servicio directo y exclusivo de la fundación misma.

El órgano que actúa para la fundación tiene que acomodar su conducta a las previsiones que el fundador haya señalado en la carta fundacional porque, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades mercantiles, los órganos de las fundaciones no son dominantes sino servidores de la voluntad del fundador para el cumplimiento de los fines que señale.

Hay algunos límites legales organizativos establecidos de manera cautelar y flexible por el legislador. Al quedar cristalizada la voluntad del fundador cuando constituye la persona jurídica, debe tener la cautela de señalar qué organización quiere para la figura que crea y cuáles son los poderes de los órganos de gobierno (cfr. artículo 8, en relación con el 9 de la Ley de Fundaciones).

Como señala FRANCISCO J. DÍAZ BRITO, aunque toda fundación tiene que tener una organización, el señalamiento del órgano que ha de regir la fundación no es elemento esencial del negocio fundacional (42) y, en efecto, el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 316/1996) entre las atribuciones del protectorado, contiene un artículo 22.3 que señala cuáles son las competencias “en relación con la constitución de la fundación. ... c) Otorgar escritura pública de constitución de la fundación, a través de la persona que designe el propio protectorado, en los supuestos de fundaciones constituidas por actos *mortis causa* que prevé el artículo 7.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre ...”.

En este sentido debe entenderse cuanto se dice sobre el carácter de los órganos como servidores de la fundación y su fundamentación directa sobre el orden jurídico y no sobre el mandato derivado de personas individuales. ... En consecuencia, las decisiones de estos órganos no serán, –no deberán ser– nunca resultado de compromiso o composición entre intereses particulares contrapuestos, inexistentes en la fundación-empresa [se podría decir en la fundación, simplemente], sino que deberán ser una expresión fiel del interés esencialmente unitario, de la fundación misma. Ni siquiera el interés particular del fundador influye directamente en la formación de la voluntad de los órganos fundacionales: el que las decisiones de estos órganos en la gestión de la empresa y la fundación deban ajustarse a la voluntad del fundador, en cuanto elevada por la ley a norma privilegiada de la fundación, no es expresiva del interés particular de aquél que queda extraño a la fundación, sino del de esta misma”.

DÍAZ BRITO, Francisco J., *Normativa...* cit., pp. 213 y 214 abunda en la misma idea con cita de jurisprudencia, si bien referida a los órganos de la comunidad del régimen de casas por pisos; se trata de la STS de 19 junio 1965 cuando dice que “es forzoso tener en cuenta lo que dice la Exposición de Motivos de la vigente Ley de 21 de julio de 1960, a cuyo tenor, es uno de los tres órganos... a quienes se confía normalmente el adecuado funcionamiento de esta forma de propiedad, el cual, *aunque represente a la comunidad* según se dice en el art. 12 de la misma Ley, *no lo es en el sentido técnico de representante*, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso unos poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que *actúa como un auténtico órgano del ente comunitario* ...”.

(42) DÍAZ BRITO, Francisco J., *Normativa...* cit., p. 168.

Y en la escritura, de acuerdo con el artículo 8 Ley de Fundaciones “deberá contener, al menos, los siguientes extremos: e) La identificación de las personas que integran al órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional”.

De esta forma el protectorado corrige los incumplimientos de la voluntad del fundador, pues no es extraño que se creen fundaciones como la que reseña el número monográfico destinado a fundaciones de los “*Cuadernos de Acción Social*” (43), en donde se relata que una señora acaudalada manifestó en su testamento “que una parte de su herencia se destinara a la fundación que tendría que erigirse en el solar que la testadora poseía en el paseo llamado entonces de Marín-Barnuevo, de esta ciudad, con la denominación de *Refugio de San José y San Enrique* para asilo de niños huérfanos de padre y madre y los que, siendo sólo huérfanos de madre, hubiera pasado su padre a segundas nupcias”. No se dice en el trabajo citado si la cláusula testamentaria está copiada literalmente, ni si el testamento contenía otras previsiones, pero está claro que una voluntad como la manifestada de crear una fundación, dotarla de medios económicos y señalar sus fines, tiene que desencadenar unos efectos. No habría fundación aún, en la regulación actual, puesto que la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción en el Registro de Fundaciones, pero sí habría una “fundación en proceso de formación”, como se titula el artículo 11 de la Ley de Fundaciones. Los albaceas y, en su defecto, los herederos testamentarios y, en caso de que éstos no existieran, la persona que se designe por el protectorado (art. 7.4 Ley de Fundaciones) deberán otorgar la carta fundacional con todas las previsiones legales entre las que está la designación de los órganos de gobierno (44). Pero, a mayor abundamiento, el artículo 179 del Reglamento Notarial, en su párrafo 1º dice: “Los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, que tenga por objeto la enseñanza, educación e instrucción, el incremento de las Ciencias, Letras y Artes, remitirán a la Junta de Beneficencia de la provincia a que pertenezcan y a la Dirección General del Ramo, en el primer caso, y al Ministerio de Educación

(43) *Cuadernos de Acción Social*, núm. 4 de 1987, p. 171.

(44) Hay que advertir, no obstante lo manifestado en el texto que “la simple voluntad del fundador carece de relevancia constitutiva si no se realiza en la forma y con los requisitos prescritos” por la Ley 30/1994. Ver esta y otras interesantes observaciones en MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso de creación de una fundación*, Pamplona, 1999, p. 42. Aun considerando cierta tal afirmación, hay que matizarla diciendo que la voluntad que carece de relevancia es la voluntad manifestada por acto *inter vivos*, no así la expresada en testamento sea éste público o privado.

Nacional en los demás, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador" (45).

Como la Junta provincial de beneficencia ya no existe y el tema de la competencia en materia de fundaciones se ha complicado mucho, entiendo que el notario tendrá que remitir copia simple de la cláusula al abogado del Estado del Ministerio de Justicia, que es donde se encuentra el Registro de fundaciones, para que, estudiado el documento, comunique la disposición que contiene al Ministerio a quien corresponda el protectorado, para que éste inste, de los albaceas o de la persona designada (46) la constitución de la fundación correspondiente. Si se trata de una fundación que desarrollaría sus actividades en el territorio de una Comunidad Autónoma, la comunicación se efectuará al letrado jefe de la Consejería que tenga encomendado el Registro (que será normalmente la de Presidencia) para que, calificada la fundación y determinado quién va a ejercer el protectorado, remita a la Consejería correspondiente el expediente para completar la voluntad fundacional (47). Incluso en el caso de que se hayan determinado albaceas o herederos para completar la voluntad fundacional dando los pasos necesarios para la creación de la fundación, el protectorado tiene que vigilar la forma en que albaceas o herederos lleven a cabo la empresa que tienen encomendada y, llegado el caso, nombrar a una persona que les sustituya y se encargue de esta actividad (48). Como dice MORILLO (49) "será en última instancia el

(45) Ver art. 5.4 Ley de fundaciones canaria y Disposición adicional 5ª de la Ley valenciana.

(46) BERCOVITZ, Rodrigo, Prólogo a MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso de creación...* cit., p. 18. Recuerda el propio autor, en p. 130 que "es posible que en el testamento se designe un albacea particular cuya misión sea la realización de tal empresa (art. 894 Código civil)".

Para el mismo supuesto planteado en el texto, la Ley madrileña de fundaciones, en su art. 8 encarga otorgar la escritura pública a "la persona o personas a quienes en derecho corresponda la ejecución del testamento u otra disposición mortis causa, según la legislación civil aplicable".

(47) Bien es verdad que con la actual complejidad de la vida moderna va a ser muy difícil que el notario se entere del fallecimiento de la persona que expresó una voluntad de fundar en testamento, que determinó la destinación de unos bienes y señaló los fines a los cuales quería aplicar dichos bienes o sus rentas. Pero también es verdad que en una partición, por ejemplo, puede aparecer una voluntad fundacional de las del artículo 7.4 de la Ley de Fundaciones que obligue a actuar al notario, si los albaceas o herederos no han cumplimentado debidamente la disposición testamentaria.

(48) MORILLO, *El proceso de creación...*, cit., p. 131 al plantear esta misión del protectorado cita los art. 32.1 de la Ley y 22.3, apartado a) del Reglamento 316/1996, que atribuyen al protectorado genéricamente la función de asegurar la legalidad en la constitución de la fundación.

(49) MORILLO, *El proceso...* cit., p. 196.

protectorado el que designe provisionalmente las personas que formarán parte del patronato. Pero es más, si ninguno de los designados acepta su cargo, será directamente el propio protectorado el que ejerza provisionalmente sus funciones, tal y como se dispone genéricamente en el artículo 32.2 e) LF”.

En esta situación descrita y en casi todos los supuestos normales hay un periodo de tiempo que va desde el otorgamiento de la escritura fundacional, con sus estatutos, hasta la inscripción en el Registro de fundaciones. Es lo que en el artículo 11 de la Ley de Fundaciones se denomina fundación *en proceso de formación*. La redacción es extraña y un tanto insólita, porque como ya se ha indicado y está claramente dispuesto en la Ley, la personalidad jurídica no aparece en la vida hasta que la escritura se inscribe en el Registro de fundaciones. Nuestra Ley insta un sistema de inscripción registral constitutiva de la personalidad jurídica, pero el artículo 11 habla de que “en tanto se procede a la inscripción en el registro de fundaciones, *el órgano de gobierno de la fundación...*”. No parece que pueda hablarse de órgano de gobierno de una persona inexistente (50). Estamos ante un supuesto de fundación *nascitura* y la solución es la misma que el Código civil señala para el concebido y no nacido que se le atribuyen los derechos que le sean favorables siempre que nazca en las condiciones del artículo 30. En el caso de las fundaciones, los que serían sus órganos de gobierno tienen que hacer lo indispensable (“actos necesarios” dice la Ley) para la conservación del patrimonio de la fundación y aquello que no admita demora sin perjuicio; es decir, lo que sea beneficioso para la fundación que va a nacer (51).

Pero no es esto lo que me parece extraño, sino la responsabilidad solidaria de los patronos para el caso de no inscripción. Por una parte la expresión *solidaridad* sólo aparece en la fundación en proceso de forma-

(50) En sentido parecido al texto DURÁN RIVACOBIA, Ramón, *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, 1996, p. 170 sostiene “que propiamente hablando no cabe considerar la existencia jurídica de un *órgano de gobierno* ni *fundación*, ni *patronos*, como pretende la norma transcrita, sino más bien, de unas personas llamadas en el futuro a gestionar el ente, que, además, son receptores, en todo caso, del encargo del fundador o fundadores en orden a crear la persona en proyecto”. Para el estado de la cuestión, tanto en Derecho español como extranjero, ver MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...* cit., pp. 176 y ss.

(51) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, Íñigo, “Constitución condicional de fundaciones: el respeto a la voluntad del fundador en el proceso de inscripción de la fundación como condición suspensiva del negocio fundacional”, en el volumen colectivo dirigido por REAL PÉREZ, Alicia, *Constitución y extinción de fundaciones*, Valencia, 1999, pp. 125 y 126, donde sostiene el autor que los actos que pueden efectuar los patronos “tienen en común la característica de haber sido realizados para favorecer a la nueva fundación”.

ción, porque el artículo 15 de la Ley de Fundaciones, que establece la responsabilidad de los patronos, no utiliza la expresión *solidaridad*, y, por otro, el artículo 22.7.a) del Reglamento de fundaciones de competencia estatal (316/1999) cuando habla de ejercitar las acciones de responsabilidad por parte del protectorado, tampoco alude a la solidaridad (52). Está más agravada la responsabilidad de la fundación en proceso de formación que la de la fundación ya constituida. Pero, además, la inscripción de la fundación, que produce la exoneración de esta responsabilidad solidaria, no depende exclusivamente de los patronos.

Aunque el sistema de colación de personalidad jurídica en la actual legislación de fundaciones (y también antes) sigue el procedimiento de otorgamiento por disposiciones normativas, el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal sigue hablando de calificación. Antes de la aprobación de los Reglamentos que desarrollan la Ley 30/1994 había sostenido que las fundaciones seguían teniendo que ser clasificadas (53); la clasificación ya no aparece en la Ley estatal de fundaciones, pero sí aparece en el Reglamento últimamente citado lo que se denomina *calificación*. Aunque durante unos años de aplicación de la LF no había Órdenes ministeriales clasificando a las fundaciones, últimamente están apareciendo en el BOE y en los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas, Órdenes ministeriales que clasifican las fundaciones y disponen su inscripción en el Registro (54). La inscripción registral, una vez

(52) Cabe establecer una similitud entre la responsabilidad solidaria de los que serán patronos, con la responsabilidad de los fundadores de la sociedad anónima, pues el artículo 18 del Texto refundido de 1989 dice que “Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros, de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley y de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla”.

(53) SERRANO GARCÍA, Ignacio, “Control y gobierno de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 14, abril-junio 1995, pp. 186 y ss.

(54) Puede verse la reciente Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 8 de septiembre de 2000, por la que se clasifica la *Fundación contra la Impunidad*, como cívica y se dispone su inscripción en el Registro de Fundaciones asistenciales (BOE de 5 octubre 2000). Otros ejemplos, la Orden de 11 de enero de 2000 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se clasifica y registra la *Fundación Acción Social, Educación y Tiempo Libre ESPLAI* (BOE 14 enero 2000). Como ejemplo de clasificación por Comunidades Autónomas puede verse el Boletín Oficial de La Rioja de 12 de febrero de 2000, que inserta una Resolución de 28 de enero de 2000, de la Dirección General de Política Interior, por la que se clasifica e inscribe en el Registro de Fundaciones Benéfico-Asistenciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la *Fundación Riojana de Ayuda al Pueblo Costarricense* instituida en Logroño.

efectuada hace surgir a la vida jurídica el nuevo ente; en el artículo 7.2, inciso segundo del Reglamento 384/1996 se nos dice que “El encargado del registro solicitará del protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación”. Aunque se habla de un Registro único con protectorados diversos según el fin perseguido por la fundación de que se trate (la benéfica estará bajo el protectorado del Ministerio o de la Consejería, en su caso, de Asuntos Sociales, la docente dependerá del Departamento de Educación, la laboral, del de Trabajo...), en la realidad, además del Registro único que en las fundaciones de ámbito estatal se lleva en el Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dentro de ella a la Subdirección General del Notariado, de los Registros de la Propiedad y Mercantiles (artículo 2 del Real Decreto 384/1996), en las Comunidades Autónomas se atribuye a una Consejería. En Castilla y León, por ejemplo, el Decreto 121/1996, de 9 de mayo, por el que se crea el registro de fundaciones de la Comunidad de Castilla y León, en su artículo 2 se indica que el registro “será único para toda la Comunidad, dependerá de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial”. Aunque luego en el número 2 del mismo artículo 2º añade: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el registro administrativo de cada Consejería que ejerza el protectorado actuará como auxiliar del registro de fundaciones”.

Lo que me interesa resaltar es que la inscripción no es un acto de voluntad de los propuestos patronos (que tendrán que aceptar el encargo), sino que depende de la calificación que haga el Ministerio o la Consejería encargada del protectorado. Si el informe es favorable, el registrador no tiene nada que añadir y no le queda más remedio que inscribir la fundación. El informe tiene que juzgar acerca de si los fines son de interés general y de si la dotación es adecuada y suficiente. Deberá también estudiar si se cumplen los requisitos de fondo y forma que exige la legislación, pero fundamentalmente lo indicado.

Pues bien, los propuestos patronos habrán de ser extremadamente cuidadosos en el momento de aceptar el cargo, que es acto formal, que debe hacerse en la misma escritura de constitución de la fundación, o por aceptación posterior ante notario, porque pueden incurrir en una responsabilidad que comprometa sus propios bienes de forma solidaria con los demás patronos y ello aunque el cargo sea gratuito. Entiendo que no se puede ir por la vida actuando “irresponsablemente”. Nuestros actos, fruto de nuestra libertad, generan responsabilidad. Pero esta responsabilidad solidaria me parece excesiva. No entiende lo mismo MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, quien sostiene que “la responsabilidad del patrimonio fundacional por los actos realizados en ese periodo intermedio, es por-

que entiende que durante ese periodo ha existido una «fundación en proceso de formación», con dotación propia desde el otorgamiento de la escritura de constitución, dotación a la cual, precisamente se hace responsable. Igualmente, si se establece la responsabilidad subsidiaria y solidaria de los patronos, es porque parte de la base de que en ese periodo intermedio los patronos, nombrados «eficazmente» en la escritura de constitución –y que aceptaron su cargo en ese mismo momento o en otro posterior–, han sido los que han realizado –con la legitimación que nace de su nombramiento eficaz– los actos de los que habrá de responder en el supuesto de no inscripción de la fundación” (55).

Vicisitudes del cargo de patrono, sustitución, cese y suspensión

Para el nombramiento y con independencia de la naturaleza jurídica del acto por el que se nombra a los componentes del patronato, hay que manifestar claramente que éstos, para ser efectivamente patronos tienen que aceptar la encomienda, porque una designación unilateral no puede serles impuesta contra su voluntad.

No hay limitaciones temporales en la Ley de Fundaciones para el desempeño del cargo que durará lo que señalen los estatutos; y así pueden señalar que el cargo dure un determinado número de años; si caben las renovaciones o no; qué número de veces se puede renovar a los patronos o si son vitalicios. Es frecuente que si la fundación se crea por acto *inter vivos* el fundador se reserve vitaliciamente el carácter de presidente del patronato.

Las variaciones en el cargo de patrono en una fundación se efectuarán, en consecuencia, de acuerdo con lo prevenido en los estatutos, como ya establecía el artículo 9.1 e) de la Ley 30/1994, “en los estatutos de la fundación se hará constar. e) El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos”. Cuando en los estatutos no se haya previsto este extremo no parece que el órgano ministerial deba proceder a la inscripción de la fundación en el registro, ya que el Reglamento que desarrolla el registro de fundaciones (384/1996, de 1 de marzo) sujeta a inscripción, según el artículo 3, d) “el nombramiento, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de los miembros del patronato y otros órganos creados por los estatutos”, aunque de la lectura del Reglamento para el

(55) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA CASTILLO, Íñigo, “Constitución...”, cit., p. 125.

registro se deduce que esta circunstancia puede ir en documento aparte. El artículo 5.3 del tantas veces citado Reglamento dice que “los actos mencionados en el párrafo d) de dicho artículo 3 podrán formalizarse en escritura pública, documento privado con firma legitimada notarialmente o comparecencia firmada ante el encargado del registro”. Así debe ser pues aunque pudieran constar en los estatutos los nombramientos iniciales, su aceptación debe ir aparte ya que nadie puede, contra su voluntad, ser nombrado patrono. Pienso, además, que la decisión de aceptar ser patrono tiene que ser tomada ponderando mucho la situación de la fundación y los fines que tiene encomendados, porque el desempeño del cargo de patrono acarrea unas responsabilidades que pueden ser importantes. Ya hemos señalado la responsabilidad solidaria de los patronos en el caso de la fundación en proceso de constitución, pero también existe responsabilidad en el ejercicio de las funciones del patronato una vez constituida la fundación, como expresa el artículo 15 de la Ley. Y lo que decididamente debe ir en documento aparte son las sustituciones de los patronos.

Cabe que “ello no fuera posible” (artículo 16 Ley de Fundaciones) debiendo entonces procederse como determina el artículo 27 de la Ley 30/1994 para la modificación de los estatutos, pudiendo en este caso el protectorado nombrar a la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación (artículo 16.1 al final). Esta hipótesis es distinta de la prevenida en el artículo 32.2, e) que impone al protectorado “ejercer provisionalmente las funciones de órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo”. Esta actuación del protectorado no requiere autorización judicial y no se fija plazo máximo de duración de tal situación (56).

Hay alguna otra intervención temporal del protectorado en la fundación; concretamente la prevista en el artículo 34 de la Ley: “si el patronato advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá al patronato, una vez oído este, la adopción de las medidas pertinentes para la corrección de aquélla”. En el número 2 del mismo artículo 34 se prevé que si hecho el requerimiento éste no fuere atendido, el protectorado, con autorización judicial, asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias

(56) PIÑAR MAÑAS, J. L., Comentario a los art. 1 a 5 y 32 a 39 y disposición final 1ª, en AA.VV *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 297.

del patronato durante el periodo que determine el juez. El procedimiento es el de los incidentes y como todo lo que afecte al patronato se dispone que la resolución judicial que decreta la intervención temporal, se inscribirá en el registro de fundaciones.

Hay autores que se inclinan por entender que es posible que en los estatutos se prevea la posibilidad de patronos suplentes (57) al igual que ocurre –aunque con previsión legal– en las sociedades de responsabilidad limitada, para los administradores (art. 591 LSRL).

El artículo 16.2 de la Ley de Fundaciones dice que el cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes: “a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica. b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la Ley. c) Por cese en el cargo para el cual fueron nombrados miembros del patronato. d) No desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior. f) Por el transcurso del periodo de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo. g) Por renuncia, que deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el registro de fundaciones o bien en documento público o en documento privado con firma legitimada por notario, que se hará efectiva desde que se notifique formalmente al protectorado. h) Por las causas establecidas válidamente para el cese en los estatutos.”

En cuanto a la letra f) de este artículo, la interpretación más correcta es que no son nombrados para un determinado periodo de tiempo, su duración es vitalicia.

En cuanto a la sustitución y cese hay que decir que la primera implica el nombramiento de un sustituto que ocupe el lugar del sustituido. Pero el cese no supone necesariamente sustitución, salvo que los estatutos hayan previsto un determinado número de patronos, en cuyo caso al cesar uno o varios hay que nombrar a otro u otros para rellenar el número señalado estatutariamente.

Señalar por último, en cuanto al cese, que las causas que enumera la Ley de Fundaciones no son tasadas, sino que cabe que, por voluntad del fundador, en los estatutos, existan otras diferentes, además de las señaladas en la Ley.

La última vicisitud por la que pueden pasar los patronos es la suspensión, que es una medida judicial de carácter cautelar que tiende a evitar un cese. El juez puede acordar la suspensión de algún o algunos de los patronos cuando se entable contra ellos una acción de responsabilidad.

(57) SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...” cit., p. 168.

A destacar, únicamente, la cautela legal que impone para la suspensión la resolución judicial en perjuicio de una actuación unilateral del protectorado, lo que no es más que una manifestación más de que la función del protectorado ha perdido gran parte del carácter de control y de policía administrativa, para ser una función tutelar y de ayuda a las fundaciones para que desarrollen correctamente su cometido.

Responsabilidad

Es éste un apartado muy interesante en relación con la gestión de la fundación. Los patronos –individualmente– responden (artículo 15.2 Ley de Fundaciones) por dos causas: por los daños y perjuicios que con sus actos, causen a la fundación y por conducta negligente. Cuando el patrono sea una persona jurídica, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio de la acción de regreso que la persona jurídica tenga contra la persona natural que la “represente”. Y responden frente a la fundación, no frente a terceros, sin perjuicio de que la fundación, en vía de regreso pueda reclamar del patrono desleal las correspondientes responsabilidades (58).

Con inspiración mercantilista –como ya se ha dicho– el artículo 15.1 Ley de Fundaciones señala que los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal. Es posible que la ubicación de esta obligación no sea la más correcta, debiendo incluirse, con mejor técnica jurídica, entre los “principios de actuación” de la fundación, en el artículo 21 (59).

En las leyes sobre fundaciones hay tres fórmulas: la del “representante leal” de la ley general para las fundaciones de competencia estatal, la de “administrador leal” que utilizan las leyes catalana, gallega y canaria y la de “buen gestor” que usa la ley valenciana. En todo caso, estas

(58) CAMPO ARBULO, José Antonio del, *Ley de fundaciones...* cit., p. 201.

(59) En este punto vuelve a surgir la polémica, ya tratada anteriormente, de que los patronos no son representantes, sino órganos de la persona jurídica, aunque ya el Reglamento de 1972 de fundaciones culturales decía “representante leal”, estableciendo además que era responsable con arreglo a las leyes. Comp. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Problemas planteados en los proyectos sobre regulación sustantiva del Derecho de Fundaciones”, *XI Encuentro sobre fiscalidad de las Fundaciones*, Madrid, 7 de julio de 1992. CAMPO ARBULO, José Antonio del, *Ley de fundaciones...* cit., p. 200, entiende que, “la observación carece de toda trascendencia, y que el patrono es un gestor hacia *adentro*, pero es un representante hacia *fuera*. Se trata de un curso de representación propia de las personas jurídicas. De hecho los patronos actúan a nombre de otro, sea el fundador, sea la propia fundación, que desde luego no se identifica necesariamente con sus órganos”.

expresiones señalan un módulo de conducta de los patronos, señalándoles un deber que, por un lado es fuente de obligaciones y por el otro establece un modo de cumplimiento de las mismas (60). Es curiosa la fórmula que utiliza la ley vasca (artículo 13) que, además de obligar a los patronos a servir el cargo con la diligencia de un representante leal [13, c)], señala antes, en la letra b) que los patronos tienen que “administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según los criterios económicos de un buen gestor”, combinando así dos de las tres fórmulas que determinan la diligencia con la que deben actuar los patronos.

“Al hablar... de la diligencia de un representante leal, la ley está pensando en puros términos de Derecho civil, en posibilidades meramente indemnizatorias, para las que escoge un patrón de diligencia abstracto y objetivo. No actúa como un representante leal quien no prevé o no evita una falta de cumplimiento o evento dañoso que podría haberse previsto y evitado empleando la diligencia que, en las específicas circunstancias del caso, era razonablemente exigible de una persona media en el sector del tráfico en cuestión, como dice PANTALEÓN PRIETO. Mas lo cierto es que la diligencia exigida al patrono es una diligencia especialmente cuidadosa, lo que supone su posible responsabilidad incluso por *culpa levis*” (61).

La cuestión no es tan académica como a primera vista pudiera parecer, pues alguna trascendencia práctica tiene. La responsabilidad del artículo 15 de la Ley de Fundaciones no es, evidentemente, una responsabilidad extracontractual, ya que entre patronos y fundación existe una relación jurídica, que yo entiendo que es orgánica, sin que pueda encuadrarse exactamente en las categorías de responsabilidades contractual y extracontractual. Pero extracontractual no es, desde luego. La trascendencia práctica que puede tener este tema está, por ejemplo, en el plazo de prescripción de la acción, entendiéndolo con SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER que es el del 1.964 del Código civil, para aquellas obligaciones personales que no tienen señalado un plazo especial y, por tanto, de quince años (62). Abona esta solución el que la acción, por disposición del artículo 15.3, se entablará ante la jurisdicción ordinaria.

Me parece que en este punto de la responsabilidad hay que ser cauteloso y que el tema merece matizaciones, ya que la responsabilidad, que debe ser siempre “leal”, no tiene el mismo alcance en toda clase de fun-

(60) SALELLES y VERDERA, “El patronato...” cit., pp. 182 y 183.

(61) En estos términos se expresa CAMPO ARBULO, José Antonio del, *Ley de fundaciones...*, cit., pp. 200 y 201.

(62) SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...” cit., p. 177.

daciones variando según la dimensión y fines de la misma. No me parece que responda igual el patrono de una fundación para la prevención del sida, que uno que lo sea de una fundación para la protección de un animal en peligro de extinción por ejemplo. Y también en este punto de la responsabilidad, me parece que no a todos los patronos debe exigírseles la misma, estando ésta agravada en el caso de que ostenten un cargo dentro del patronato, como el de presidente o secretario, o formen parte o no de la comisión ejecutiva.

Por otro lado no se debe olvidar que “quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción” (artículo 15.2, inciso 2°).

Aquí hay dos situaciones: los patronos que no asisten a la reunión y, en consecuencia, no participan, por su ausencia, en la adopción del acuerdo generador de responsabilidad. Éstos pueden tener algún grado de responsabilidad si su ausencia no está debidamente justificada. Y el otro supuesto es el de aquellos patronos que, asistiendo a la reunión en la que se adopte el acuerdo, salvan su voto, oponiéndose al acuerdo adoptado por la mayoría.

Porque no hay que olvidar que la responsabilidad de los patronos es individual y no todos tienen en el patronato las mismas atribuciones. Por otra parte no debe olvidarse que la gestión de los patronos es gratuita por lo que no parece de aplicación lo que dispone el artículo 1.726 del Código civil que hace responsable al mandatario del dolo y de la culpa, pero ésta deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido (63).

Nos podemos también preguntar de qué responden los patronos, encontrando la respuesta en la norma del artículo 12.2 de la Ley, “corresponde al patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos”. Insiste el artículo 21 en el cumplimiento de los fines fundacionales, pero señala otra obligación que, me parece, puede ser fuente de responsabilidad y es la del número 3 del citado artículo: “actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios”. Hay otras muchas normas que imponen obligaciones en la legislación de fundaciones, tanto en la Ley como en los Reglamentos para su aplicación, pero las señaladas son, como si dijéramos, las fundamentales.

(63) Ya apuntaba esta posibilidad de la responsabilidad del mandatario por dolo y por culpa, moderada por los Tribunales, según fuera o no retribuido el mandato, PRADA, José María de, en *Presente y futuro...* cit., p. 202.

Otro tema que se plantea en sede de responsabilidad es el de la legitimación activa. El número 3 del artículo 15 nos dice que la acción se entabla “en nombre de la fundación” ya por el patronato, ya por el protectorado, pudiendo darse incluso un litisconsorcio activo (64); si no se legitimara al protectorado podría darse el caso de que no pudiera exigirse responsabilidad a los patronos, cuando colectivamente deciden alguna actuación contraria a los fines de la fundación, a la ley o a los estatutos (65).

Los patronos, singularmente, que no hayan participado en el acuerdo y con más razón quienes se hayan opuesto al mismo, pueden interesar (pero no exigir) la actuación del patronato (66). Si el patronato no actuara, podrían poner en conocimiento del protectorado el acuerdo lesivo del interés general, contrario a la ley o a los estatutos, o el acuerdo o actuación negligente, para que, de acuerdo con la legitimación que le concede el artículo 32.3, ejercitara la correspondiente acción de responsabilidad. Igual solución me parece que hay que adoptar respecto de los beneficiarios. Éstos, por sí mismos carecen de legitimación activa, pero pueden acudir al protectorado para que, por parte de éste, se impugne el acuerdo adoptado o se exija la responsabilidad correspondiente a quienes determinaron la adopción del acuerdo.

El artículo 15.2 de la Ley de Fundaciones dice que los patronos responderán... por actos. No hay que entender al pie de la letra el precepto, y el daño y perjuicio puede ser causado también por omisiones (ej., falta de ejercicio de las obligaciones correspondientes al cargo) que quizá entraran en la categoría mencionada en el artículo 15 de actuación negligente. Pero hay otras actuaciones generadoras de daño que no derivan del acuerdo o de la falta de acuerdo, y son cuando se trata de ejecutar o dejar de ejecutar el acuerdo adoptado. Ahora bien, en todos estos casos tiene que haberse causado un daño o un perjuicio, no bastando para entablar la acción de responsabilidad la simple culpa.

Hay casos de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones no tan esenciales, pero sí administrativas en el Reglamento de fundaciones (316/1996), en los artículos 9.4: que el patronato no ponga en venta las participaciones minoritarias o mayoritarias en sociedades mercantiles personalistas; 10.1 y 2: enajenación o gravamen de bienes de la fundación sin la preceptiva autorización del protectorado; 11.4 y 5: aceptación de legados o donaciones con carga sin autorización del protectorado y repudiación de una herencia o legado o no aceptación de una donación sin autorización del protectorado.

(64) CAMPO ARBULO, J. A. del, *Ley de fundaciones...* cit., p. 203.

(65) Planteaba el tema VALERO, Urbano, *La fundación...* cit., p. 390.

(66) SALELLES CLIMENT y VERDERA SERVER, “El patronato...” cit., p. 190.

LAS NUEVAS MODALIDADES DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: LA FUNCIÓN NOTARIAL ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN SU VALOR JURÍDICO (*)

DIEGO SIMÓ SEVILLA
Notario
Profesor Asociado de Derecho Civil
en la Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FORMA ELECTRÓNICA Y EL DERECHO DOCUMENTAL. a) Funciones de la forma documental. b) La forma electrónica en sentido estricto. 3. TELECOMUNICACIONES Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 4. CRIPTOGRAFÍA Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 5. EL PAPEL DEL NOTARIO EN EL ÁMBITO TELEMÁTICO. BIBLIOGRAFÍA.

(*) Conferencia pronunciada en el seminario “La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales”, patrocinado por el Consejo General del Notariado, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, agosto 1997.

Publicada en el libro *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, octubre 2000, pp. 405 a 434.

1. Introducción

La tecnología del intercambio electrónico de datos (*Electronic Data Interchange*, EDI) está conociendo una relevancia creciente en los últimos años, especialmente como consecuencia del hecho de haberse puesto al alcance de cualquiera que tenga un equipo informático conectado a la red telefónica. A través de este medio tenemos a nuestra disposición de forma instantánea una cantidad ingente de datos, imágenes e informaciones que difícilmente podríamos almacenar con la misma disponibilidad en papel, único soporte utilizado hasta ahora para el intercambio de conocimientos.

Este nuevo fenómeno interesa al Derecho desde diversas especialidades, en cuestiones tales como los delitos informáticos, propiedad intelectual, protección de la infancia frente a ciertas informaciones, etc.

En el campo del Derecho patrimonial, esta tecnología es objeto de atención desde el momento en que lo que se transmita a través de la red no sean meros “datos” o “información” (palabras que en sí están huecas, vacías de contenido), sino declaraciones de voluntad, es decir, manifestaciones del querer humano dirigidas a la producción de efectos jurídicos, a la creación de derechos y obligaciones en relación con la persona que las emitió. En realidad, el problema no es nuevo: apenas surgidas tecnologías hoy “primitivas” como el teléfono o el telégrafo, ya fueron estudiadas por los juristas.

La materia que nos ocupa ha de abrir un nuevo apartado en el capítulo de la forma de los negocios jurídicos, puesto que de una nueva forma de exteriorización del consentimiento negocial se trata. Ésta sería, en efecto, uno de sus posibles tratamientos teóricos: entender que los contratos electrónicos constituyen un nuevo *genus* formal, distinto de la forma oral o la escrita o documental. Ahora bien, como siempre que se trata de una situación nueva, los juristas tratamos de encuadrarla en alguna de las categorías jurídicas conocidas: por mucho que se haya insistido en el carácter cerrado y autointegrado del Ordenamiento Jurídico a través de la analogía y los principios generales del Derecho, no deja de haber un cierto “horror al vacío” jurídico. Este vacío (o “desregulación”, como dicen algunos malos traductores del inglés) ha sido denunciado –con poco fundamento, desde luego– en el ámbito de Internet; y por lo que se refiere a nuestro tema, ha conducido a los intérpretes a aproximar e incluso a asimilar totalmente la forma electrónica a la clásica forma documental.

La forma electrónica, al ser comparada con la forma documental, plantea dos grandes núcleos de problemas que podemos referir a dos perspectivas distintas:

a) Desde un punto de vista estático, nos interesa conocer si el soporte electrónico es equiparable jurídicamente a los documentos de papel a los que se refieren nuestras leyes.

b) Desde un punto de vista dinámico, nos preguntamos por el procedimiento de formación de los documentos electrónicos, especialmente mediante la telecomunicación.

Como consideración de carácter general, válida para ambos aspectos, hay que afirmar que tanto *de lege lata* como *de lege ferenda* es imprescindible tener en cuenta tanto los aspectos técnicos como los jurídicos. Ahora bien, así como las soluciones tecnológicas pueden ser importadas cualquiera que sea su origen, no se puede hacer lo mismo con las respuestas jurídicas a los problemas planteados. Cada Ordenamiento resuelve de modo distinto las cuestiones de forma de los actos jurídicos, por lo que los modelos propuestos en otros países pueden no ser compatibles con nuestro Derecho. Ello es particularmente cierto respecto de los países del *Common Law*, en los que la forma cumple un papel mucho más secundario que en los de tradición romano-germánica.

2. La forma electrónica y el Derecho Documental

Hay que comenzar acotando la materia objeto de estudio. En sentido amplio, tienen forma electrónica todos aquellos negocios jurídicos que han sido formados por medio de un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se presenten. En sentido estricto, la doctrina italiana (TAGLINO) los delimita como aquellos que están escritos en lenguaje binario en un soporte adecuado para ser leído por un ordenador (magnético u óptico generalmente), por medio del cual son traducidos a lenguaje natural y así son hechos comprensibles.

Con esta distinción se excluyen en el sentido estricto los documentos elaborados con un programa de tratamiento de textos y que han sido impresos en papel. Dado que desde hace ya bastante tiempo han desaparecido las normas que prescribían determinado modo de escritura (como la escritura a mano en las escrituras públicas o en los asientos del Registro de la Propiedad), el régimen jurídico de estos documentos electrónicos en sentido amplio o documentos informáticos es exactamente el mismo que el de cualquier otro documento de papel. Por esta razón estudiaremos únicamente la forma electrónica en sentido estricto, como hace toda la doctrina especializada (1).

(1) Ello no quiere decir que la constancia en forma electrónica de documentos de papel carezca de todo interés. Así, por ejemplo, desde el punto de vista notarial, se plantea la cuestión de su conservación (especialmente en los casos de cese del Notario, a la vista de los principios de custodia legal y secreto del protocolo) y su régimen jurídico (pues quizá podrían ser considerados como una copia simple).

Esta prevalencia o *vis attractiva* de la forma de papel sobre la electrónica nos conduce, como primera conclusión, a la subsidiariedad de esta última. Se trata de una subsidiariedad análoga a la que existe entre el documento público y el documento privado y la forma oral y la escrita, que da lugar a dos modalidades, las escrituras renovatorias y las escrituras de reconocimiento; tema ampliamente debatido en la doctrina notarialista y que no corresponde exponer aquí.

a) Funciones de la forma documental

Nuestro punto de partida ha de ser necesariamente el recordatorio del principio bien conocido de libertad de forma, contenido en el artículo 1278 del Código Civil: **“los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”**. En el mismo sentido, el artículo 51 del Código de Comercio.

Esto quiere decir que salvo excepciones cualificadas no se va a cuestionar la validez de los contratos electrónicos por motivos formales. Ahora bien, como dice BLANQUER (2), desde un punto de vista pragmático es cuestionable la efectividad de un contrato oralmente perfecto que no se ejecute inmediatamente. Si el contrato es complejo o transcurre un cierto tiempo entre la celebración y el cumplimiento, parece imprescindible, en términos de utilidad, la forma escrita.

Esto es así porque la forma documental desempeña una serie de funciones, que desde IHERING se resumen en dos (3):

- El efecto psicológico de la forma: los contratantes experimentan una mayor sensación de quedar obligados; y por otra parte, se evita la precipitación en los acuerdos (función de advertencia).

- La función de certidumbre de la forma, en varios sentidos: determinación del contenido, separándolo de los tratos preliminares; certidumbre de la identidad y capacidad de los otorgantes, en un tiempo y lugar determinado; protección de terceros (función clarificadora y probatoria). Facilita por tanto la interpretación y la conservación y la prueba del negocio.

(2) BLANQUER UBEROS, R.: “Nuevos esquemas contractuales. (Una visión notarial)”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 125-126 (julio-diciembre 1984), pp. 49 y ss.

(3) Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 4.ª ed. (1993), tomo I, pp. 249 y ss.

Cuando el legislador hace suyas estas finalidades, por considerarlas de interés general (en especial, para la mejor protección de las partes y los terceros), impone la forma escrita y restringe la libertad de forma. Naturalmente, la oportunidad de estas limitaciones es siempre objeto de discusión: anotemos, por ejemplo, que la función de “evitación de la precipitación” es hoy discutida en el ámbito de la ideología liberal y del análisis económico del Derecho (4).

De entre las formas especiales exigidas por el Derecho, sobresale la forma notarial, ya que frente a otras formas como los documentos privados, la presencia de testigos, etc., la actuación del Notario como asesor imparcial de las partes refuerza las funciones antes mencionadas. Más aún, el instrumento público notarial desempeña otras funciones:

- La labor principal del Notario es asesorar a las partes, recoger e interpretar su voluntad y adecuarla al ordenamiento jurídico. Es decir, que junto a la autenticidad formal o externa, el instrumento público notarial posee una autenticidad de fondo. La fuerza del documento notarial no se limita al hecho de la comparecencia de las partes en un lugar y fecha determinado, como si el Notario fuera un mero testigo, sino que alcanza al “hecho que motiva su otorgamiento”, que es el mismo acto o contrato que se escruta, que ha de presumirse válido y eficaz. Naturalmente es una presunción *iuris tantum* (lo cual no significa que pueda ser contradicha por cualquiera y en cualquier ocasión), pero la intervención conformadora del Notario, al depurar la voluntad de las partes de posibles errores, inexactitudes, etc., acentúa la confianza de los terceros de que la voluntad plasmada en el instrumento es la efectivamente querida.

- De otra parte, la creciente intervención administrativa en todos los ámbitos hace descansar en el Notario una parte del control público, de modo que la formalización notarial y las correspondientes obligaciones del Notario de comunicación a la Administración pública de los actos instrumentados son una garantía del cumplimiento de ciertas normas jurídicas en la contratación privada.

b) La forma electrónica en sentido estricto

Como queda dicho, la primera aproximación al tratamiento de la forma electrónica es su equiparación a la forma documental: después de todo, aparentemente leemos la forma electrónica de la misma manera que la

(4) Véase PAZ-ARES, C.: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, p. 58, n. 103, que califica este tipo de justificaciones como paternalistas.

forma documental, por medio bien de la pantalla del ordenador, bien de su impresión en papel. Realmente son aplicables a la forma electrónica las distintas teorías acerca de la naturaleza de los documentos: tanto la teoría de la representación de CARNELUTTI, según la cual documento es “cualquier cosa idónea para la representación de un hecho” (y que, como cabía esperar, repiten los autores italianos que se han ocupado de estos temas), como la teoría de la expresión que frente a la anterior ha defendido RODRÍGUEZ ADRADOS, y para la cual documento es todo medio que expresa por medio de una grafía el pensamiento de su autor.

Sin embargo, un análisis jurídico cuidadoso debe realizarse desde una perspectiva funcional: se trata de averiguar si la forma electrónica puede cumplir las mismas funciones que los documentos de papel. La equiparación tropieza con dos dificultades esenciales:

1) La primera es que nuestro Derecho, como todos los de la familia romano-germánica, y a diferencia de los de raíz anglosajona, establece una distinción fundamental entre documentos públicos y privados. El documento público por excelencia es el documento notarial, en cuya confección el Notario ha de observar una serie de reglas que dan como resultado las funciones antes enumeradas. Quizá por influencia de los Derechos anglosajones, en la literatura sobre esta materia se omite esta distinción, lo que conduce a examinar la forma electrónica sólo desde el punto de vista de las funciones de los documentos privados.

2) Las características físicas del soporte legible por medios electrónicos presentan diferencias importantes con los soportes tradicionales. En realidad, la cuestión de si los textos en forma electrónica pueden ser considerados un “escrito” a los efectos establecidos en las leyes civiles y procesales civiles se escinde en dos: el requisito del soporte en sí, y el requisito de la firma manuscrita.

a) La cuestión del soporte es la que presenta menos problemas. No existe una definición legal general de “documento” o “escrito” (5), y por ello no hay dificultad en considerar escritos no sólo aquellos documentos

(5) Existen algunas definiciones a efectos de ciertos sectores del Ordenamiento, como el artículo 26 del Código Penal, que dispone que “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Por su parte, el artículo 3.º.d) del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, que regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, define documento como “entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de información o usuarios como una entidad diferenciada”.

que constan en papel, sino también en materiales similares hoy anticuados (pergamino, y antes todavía papiro, tablas de arcilla o metal, etc.). Así pues, la forma electrónica, que consta materialmente en discos ópticos o magnéticos, cintas magnéticas, etc., puede ser también considerada como tal.

Directamente relacionado con el requisito del soporte está la idea de grafía: el documento en sentido estricto es un objeto escrito; y la escritura se caracteriza por su visibilidad. Por esta razón se dudó tradicionalmente del carácter documental de ciertos medios, al no ser perceptible la grafía por la vista (6). No obstante, como observa con razón TAGLINO, el requisito de la legibilidad a ojo desnudo es absurdo, pues conduciría a negar el carácter de escritos a los realizados con letra muy pequeña, o a plantearse si el empleo de las gafas hace perder al escrito su carácter de documento. El empleo de medios técnicos para leer lo escrito no debe conducir a negar el carácter de documentos a los que consten en soportes electrónicos.

Los documentos electrónicos han de surtir los mismos efectos que los documentos de papel, siempre que puedan cumplir la misma función. Por ejemplo, desde un punto de vista procesal no hay mayor obstáculo para tratar la forma electrónica como medio de prueba documental, lo cual la sujetaría a las especiales reglas de aportación de los artículos 504 y 506 LEC (7), si bien el artículo 516 LEC exige que las copias que se den a las otras partes litigantes consten en papel.

En otros casos, la posibilidad de cumplir el requisito de la identidad de función no es tan clara, debido a las diferentes características físicas de uno y otro soporte. Examinaré a continuación las diferencias más relevantes.

a'. En primer lugar, ni el papel ni los soportes electrónicos son materiales precisamente indestructibles: la humedad, el calor, los productos químicos, los afectan gravemente o los destruyen; más otros ataques específicos de cada uno como la acción de los parásitos o la degradación química de algunas tintas en cuanto al papel y la suciedad, la descomposición o los campos magnéticos en cuanto a los documentos electrónicos. Pero éstos presentan un problema adicional, derivado de su legibilidad

(6) Así, R. NÚÑEZ-LAGOS no consideraba documentos por esta razón a la escritura Braille o a las reproducciones fonográficas ("Concepto y clases de documentos", en *RDN*, 16, p. 21).

(7) Los documentos en que la parte funde su derecho han de ser presentados con la demanda o con la contestación. Esta exigencia tiene carácter preclusivo, es decir, impide proponerlos como prueba en el trámite procesal correspondiente; pero el TS no siempre lo ha sancionado con rigor. Los documentos no fundamentales son los únicos que pueden no presentarse con la demanda o contestación y ser propuestos después.

mediata: es posible que los avances tecnológicos conviertan en ilegibles determinados soportes: pensemos en las tarjetas perforadas o incluso los *floppies* de 5^{1/4}, los archivos generados con *software* obsoleto, etc.

Estos problemas no parece que deban conducir a negar el carácter de documentos a la forma electrónica, como ha sostenido algún autor italiano; pero sí debe poner en guardia a todos acerca del hecho de que la forma electrónica, aunque goce de las ventajas jurídicas de los documentos, puede perderlas por mera obsolescencia. La que he llamado “función de certidumbre” se proyecta hacia el futuro, de suerte que todo documento ha de poder ser utilizado posteriormente (y cuanto más tiempo, mejor); si el documento deja de ser legible, ya no puede cumplir esta función (8).

Por lo que se refiere a los documentos públicos, su superior eficacia jurídica exige como contrapartida especiales garantías de conservación y perdurabilidad. En cuanto a los documentos administrativos, el Real Decreto 263/1996 establece que corresponde al Consejo Superior de Informática la aprobación y difusión de los criterios generales de seguridad, normalización y conservación de las aplicaciones que vayan a emplearse por la Administración General del Estado; y que en sus disposiciones de desarrollo se concretarán para cada caso las medidas técnicas y de organización que aseguren la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información.

En cuanto a los documentos notariales, la legislación fiscal prescribe todavía el empleo de papel timbrado; mientras que la legislación notarial, en estrecha conexión, determina las características físicas de la escritura y su conservación. Dado su carácter imperativo está fuera de duda que sin una reforma legislativa no tendría carácter de instrumento público un documento electrónico firmado electrónicamente por las partes y por un notario (9). Pero estos obstáculos no son insuperables; basta observar que la futura regulación habría de comprender los siguientes aspectos:

– En cuanto al requisito fiscal, si se considera conveniente mantenerlo (ya que hoy tiene un mero carácter simbólico, tanto desde el punto de

(8) El artículo 6º de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL dispone: “1. Cuando la ley requiera que la información esté por escrito, este requisito se entenderá cumplido por un mensaje de datos si la información en él contenida es accesible de modo que sea utilizable para una referencia ulterior. 2. El párrafo anterior se aplicará tanto si el requisito está en forma de una obligación o simplemente si la ley prevé consecuencias para la información que no esté por escrito”.

(9) Así también en Italia, RAGOZZO/GIAQUINTO, *Il sigillo informatico*, ap. 5.

vista "visual" como desde el presupuestario), es fácilmente sustituible por un reintegro posterior (incluso electrónico) (10).

– En cuanto al documento en sí, del mismo modo que la legislación notarial prevé la preservación de los instrumentos públicos de los agentes destructores del papel (humedad, calor, parásitos, etc.) regulando con detalle la encuadernación y exigiendo el empleo de un papel especialmente tratado, deberían establecerse garantías análogas para el archivo en soportes electrónicos.

b'. En segundo lugar, las características físico-químicas de la unión de la tinta con el papel (como es sabido, uno de los supuestos de accesión mobiliaria) hacen extraordinariamente difícil alterar el documento de forma indetectable. Las adiciones, supresiones o intercalaciones son siempre bien visibles y en documentos de elevada regulación formal, como los notariales, existe una precisa normativa sobre su validez formal.

Nada de esto sucede en cuanto a los soportes de las formas electrónicas, que pueden ser alterados sin que se note.

De entrada, esto supone que la distinción entre original y copias es inaplicable en el mundo electrónico, tanto porque ambos son dos series de bits exactamente idénticas, como por la dificultad de fijar qué es el original: el mismo documento archivado en un disco duro ha existido antes previamente como impulsos eléctricos en la memoria RAM o en la red.

La distinción es importante en materias tales como los títulos ejecutivos o los poderes, en las cuales existe un riesgo de uso extralimitado que se evita de modo sencillo y eficaz exigiendo la utilización del original (o la primera copia, tratándose de documentos notariales). En estos casos parece razonable excepcionar la equiparación del documento electrónico con el tradicional en tanto no se arbitren medidas de seguridad suficientes para evitar dichos riesgos (11).

(10) En este sentido, el artículo 4.2 del reciente Reglamento italiano sobre actos, documentos y contratos en forma electrónica (Decreto de 5 de agosto de 1997), confía al Ministerio de Finanzas, oída la Autoridad Informática para la Administración Pública, la determinación de la forma de cumplimiento de estas obligaciones fiscales.

(11) Así, por ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico dispone en su artículo 8.º: "1. Cuando la ley requiera que la información se presente o retenga en forma original, este requisito se entenderá cumplido por un mensaje [electrónico] de datos si: (a) existe una seguridad fiable de la integridad de la información desde el momento en que se generó por primera vez en su forma final, como mensaje [electrónico] de datos o de otro modo; y (b) cuando se requiera que la información sea presentada, si esa información puede ser hecha visible a la persona a la que se ha de presentar. 3. A los efectos del apdo. a del párr. 1: (a) los criterios para determinar la integridad serán que la información ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o algún cambio que resulte en el curso normal de la comunicación, almacenamiento y presentación; y (b) el modelo de fiabilidad re-

También se alude al concepto de original en el artículo 602 LEC, pues los documentos privados, a diferencia de los públicos, han de ser presentados en original. De todos modos, la jurisprudencia permisiva en materia de fotocopias de documentos privados, usuales hoy en la práctica forense –que se reconduce en última instancia al tema de la valoración conjunta de la prueba y la degradación de la prueba legal– (12), permite soslayar el problema de qué es lo que se debe aportar: si la copia impresa o la copia en soporte informático.

Otra consecuencia de la fácil alterabilidad del soporte informático es la inutilidad del sistema de “doble ejemplar” de los documentos privados. En algunas legislaciones extranjeras, como la francesa, es un requisito obligado de todo documento privado bilateral (art. 1325 Code); en nuestro Derecho sólo se impone en algunos casos como en la Ley de Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles o la Ley de Crédito al Consumo; en otros casos es una cautela habitual. Este procedimiento de nada sirve si sólo consta la forma electrónica, pues cualquiera de los ejemplares puede ser modificado después sin que se pueda averiguar en caso de contradicción o contienda sobre su falta de integridad cuál es el auténtico. Esto compromete muy gravemente la utilidad práctica de la forma electrónica, de manera que se hace imprescindible algún tipo de autenticación auxiliar, bien electrónica, bien física (p. ej. confiando la custodia del soporte físico –disquete, disco óptico– a un tercero).

b) El segundo elemento de los documentos de papel que merece atención especial es el de la firma. A diferencia de otros Ordenamientos (13), en nuestro Derecho no hay una exigencia general de firma de los documentos privados negociales, aunque podría deducirse de lo dispuesto en los artículos 1225 y 1226 (14). La firma aparece exigida para algunos negocios concretos: entre otros, los títulos cambiarios, el testamento ológrafo o el crédito al consumo.

querido será determinado a la luz de la finalidad para la cual se generó la información y a la luz de todas las circunstancias relevantes”.

(12) Véase ORTIZ NAVACERRADA, *La prueba de documentos en el proceso civil: estudio jurisprudencial*, Madrid, 1994, p. 52.

(13) Por ejemplo, el § 126 BGB. En el ámbito del *Common Law*, la exigencia de firma para ciertos actos se remonta al *Statute of Frauds*. Una aplicación particular para las ventas mercantiles es el § 2-201 del *Uniform Commercial Code*.

(14) De hecho, la jurisprudencia francesa e italiana, interpretando respectivamente los artículos 1322 del Code y 2702 del Codice, exigen que el documento privado esté firmado, y no admiten una cruz como sustitutivo de la firma. Dichos preceptos coinciden no sólo en el sentido, sino también en los términos (*souscrit*, *sottoscritta*) con el artículo 1225 de nuestro Código Civil.

La firma cumple varias funciones:

1) Identificación del autor del documento, pues la firma es personal e intransferible. Mediante reconocimiento o cotejo de la firma se puede acreditar que ha firmado el supuesto firmante y no otra persona. Naturalmente son posibles las falsificaciones, aunque no son fáciles de ejecutar sin ser advertidas. Esta función es fundamental, pues toda la teoría jurídica del documento requiere la presencia de un autor; sin autor no hay documento (RODRÍGUEZ ADRADOS).

2) Vinculación del autor del documento así determinado a su contenido, en distinta medida según los Ordenamientos. Así, los del área del *Common Law* ponen el acento en la responsabilidad, mientras que los de la familia romano-germánica en que es una manifestación de voluntad.

El fundamento de estas funciones se explica por los hechos físicos: la firma forma parte del documento-papel por adhesión y no puede ser separada de él; además viene a acotar la materia firmada, de modo que no son posibles adiciones posteriores, que aparecerían ostensiblemente como no firmadas.

El requisito de la firma presenta algunas dificultades para su transposición a la forma electrónica. En efecto, el concepto de firma incluye normalmente la idea de que ha de ser manuscrita (lo cual supone la máxima garantía de la autoría); en otros Ordenamientos se exige además que ha de ser el nombre del firmante y ser legible; no valdrían ni huellas digitales, ni iniciales, marcas o cruces (15).

Es obvio que el requisito de la firma manuscrita no puede cumplirse en los documentos informáticos. Las reproducciones electrónicas de la firma, o cualquier otro signo equivalente, presentan el problema antes aludido de la perfecta modificabilidad de los soportes electrónicos: la firma podría ser transferida a otro documento, y el documento firmado ser alterado de modo indetectable.

Existe por ello una cierta tendencia en el ámbito del comercio internacional a suprimir o al menos encontrar sustitutivos a la firma (16); así

(15) Así, en el § 126 BGB; o el Derecho belga según la jurisprudencia recogida en *Authentication of Trade Documents by Means Other than Signature* en <http://ecie.un.or.th/trade/rec/rec14en1.htm>.

(16) La Recomendación núm. 14 del Grupo de Trabajo para la Facilitación de los Procedimientos de Comercio Internacional (órgano subsidiario de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas) recomienda enmendar los textos legales que requieren la firma para que la información que contengan los documentos pueda ser preparada y transmitida por medios electrónicos o automáticos de transferencia de datos, y que el requisito de la firma

lo vemos por ejemplo en el artículo 14.3 de las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías), que permite que la firma sea manuscrita, impresa en facsímil, perforada, sellada, en símbolos o hecha por cualquier otro medio mecánico o electrónico. El artículo 7.º de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico dispone que “cuando la ley requiera la firma de una persona, este requisito se entenderá cumplido respecto a un mensaje de datos [electrónico] si: (a) se utiliza un método para identificar a dicha persona y para indicar la aprobación de la información contenida en el mensaje de datos; y (b) ese método es fiable según sea apropiado para la finalidad para la cual el mensaje de datos fue generado o comunicado, a la luz de las circunstancias, incluyendo cualquier acuerdo relevante”.

Entre esos medios sustitutivos fiables se encuentran las llamadas “firmas digitales” o “electrónicas” de las que hablaré seguidamente, al tratar de la contratación telemática.

Respecto a los documentos públicos, el problema es esencialmente el mismo en cuanto a los documentos autógrafos, es decir, aquellos que contienen declaraciones únicamente de su autor, como ocurre con todos los documentos administrativos en sus diversos tipos y con las copias de los instrumentos públicos notariales, que contienen la afirmación del Notario de su correspondencia con el original. En estos casos bastaría una garantía de autenticidad como la que suministran las firmas digitales.

Mayores problemas suscitan los documentos públicos heterógrafos, como son los documentos notariales matrices. En estos documentos, además de las declaraciones de su autor, el Notario, éste recoge declaraciones de terceros, los otorgantes. Ambas declaraciones se hallan fuertemente entrelazadas para producir las especiales funciones del documento público antes examinadas. En particular conviene decir ya que la intervención notarial tiende a asegurar la plena eficacia de las funciones de la firma: no sólo autentifica la identificación de su autor, sino que —y esto es lo verdaderamente importante— refuerza su paternidad por el hecho de la instrucción y el asesoramiento jurídicos prestados por el Notario. El documento notarial matriz electrónico no debe dar lugar a una relación de esta perfecta simbiosis, lo cual exigirá adaptaciones en el procedimiento ordinario de firma digital, como veremos más adelante.

se entienda cumplido por la autenticación garantizada por el medio utilizado en la transmisión; así como que se examine en qué documentos se puede eliminar con seguridad el requisito de la firma.

3. Telecomunicaciones y contratos electrónicos

Paso ahora a ocuparme de la segunda perspectiva antes anunciada, la relativa a la formación del contrato. Una de las características de la forma electrónica es la posibilidad de su transmisión instantánea a través de redes de telecomunicación. Más aún podría decirse que es su característica de mayor interés práctico, puesto que tratándose de un contrato celebrado entre presentes la forma documental clásica sobre papel firmado por las partes sigue teniendo a su favor el innegable dato de su mayor sencillez al menos en cuanto se refiere a su formación. No obstante, la telemática también puede venir en ayuda de los contratos en papel que sean contratos electrónicos en sentido amplio, puesto que sus copias pueden ser transmitidas a distancia. En este apartado nos referiremos a ambos aspectos, aunque nos apartemos de la categoría del documento informático en sentido estricto que hemos examinado antes.

Aunque las telecomunicaciones escritas existían antes de la generalización de la informática (telégrafo, télex, y más recientemente telefax), se plantean ahora nuevas cuestiones, que enlazan con los caracteres de la forma electrónica que antes he estudiado y que se suelen estudiar bajo la rúbrica de “comercio electrónico”.

El punto de partida no es en principio diferente del de nuestro Código Civil: el contrato resulta del concurso de una oferta y una aceptación. La novedad radica en que la oferta y la aceptación quedan documentadas electrónicamente y se transmiten entre oferente y aceptante por medio de una red telemática. Con razón señala MICCOLI que más que de contratos electrónicos habría que hablar aquí de contratos telemáticos, ya que ésta es la cuestión principal.

La transmisión de declaraciones de voluntad a través de una red de acceso libre y universal como Internet tiene un gran atractivo, puesto que permite comunicar fácilmente a un gran número de personas, potenciales contratantes, oferentes o consumidores. Pero al mismo tiempo plantea un grave problema de seguridad: se trata de evitar suplantaciones de personalidad o alteraciones o manipulaciones en su contenido, que pueden darse con la misma facilidad en la red abierta. Estas alteraciones pueden deberse tanto al fraude como a la existencia de errores por fallos en la comunicación (imaginemos que se pierde un “0” al final de una cifra). Este tipo de riesgos no existen en el mundo de papel, ya que la falsificación en sus diversas variantes (material, mediante la alteración del papel; simulación de firma ajena, etc.) es más o menos fácilmente detectable. Con esto no quiero decir que el fraude florezca en el mundo de la contratación electrónica, ya que también se da en el mundo de papel, bien por su perfeccionamiento, bien por la relajación de los mecanismos de

control (p. ej. no se coteja adecuadamente una firma). Simplemente se trata de observar que ciertos errores o fraudes pueden ser completamente imposibles de detectar.

Algunas técnicas, a veces llamadas “firmas electrónicas”, tratan de dar solución a estos problemas. Es el caso del reconocimiento electrónico de datos biométricos (huellas dactilares, vasos sanguíneos de la retina, la propia firma del interesado realizada con un lápiz electrónico y reconocida por el ordenador, etc.). No obstante, este tipo de medios presentan ciertos problemas, que señala MICCOLI: en primer lugar, sólo funcionan a modo de “clave de acceso” a la máquina o a la red en la que se transmite el documento, pero no se unen al documento mismo; y en segundo lugar, crean otros problemas, como negativas erróneas de acceso por no reconocer el sistema al propio titular de la clave.

Otra solución, por lo demás añeja, es la de los signos convencionales. Mediante éstos se trata de asegurar la autenticidad de las declaraciones utilizando determinadas contraseñas que el receptor conoce. Este tipo de procedimientos fueron conocidos de antiguo p. ej. en la práctica testamentaria, pues se empleaban tanto para complementar el testamento mediante memorias testamentarias, como para regular su revocación mediante las llamadas cláusulas *ad cautelam*, hasta su supresión por el Código Civil (art. 737-2 y Disposición Transitoria 2.ª; subsisten sin embargo en Derecho navarro, conforme a las leyes 196 y 208 de su Compilación). También fueron empleadas en la práctica comercial, lo que explica su adopción por el Código de Comercio para el primer sistema de contratación telemática: dispone el artículo 51 que **“la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones y signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado”**. Desde este punto de vista, estos acuerdos pueden ser considerados como acuerdos normativos o formas convencionales, que en última instancia vienen a atribuir a la forma convencional la función de certidumbre en cuanto a la identidad y sobre todo en cuanto al momento de conclusión del contrato. No obstante, en cuanto se refiere a la identificación, sólo tienen interés si se practican entre pocas personas.

Por estas razones el tipo de solución que se va extendiendo en la práctica se basa en el uso de la criptografía, que en buena medida se asemeja al anterior.

4. Criptografía y contratos electrónicos

La criptografía es una rama de las matemáticas aplicadas, que trata de la transformación de un mensaje en otro aparentemente ininteligible y viceversa.

La criptografía clásica (desde la Antigüedad clásica hasta la famosa máquina “Enigma” de la II Guerra Mundial) utilizaba la misma clave para cifrar y descifrar, por lo que es calificada como “simétrica”; en esto se parece al sistema de los signos convencionales, pues emisor y receptor conocen la misma clave. Desde los años 70 se han ideado sistemas “asimétricos”, basados en una clave doble, compuesta de dos códigos matemáticamente relacionados. La clave es doble porque tiene una parte privada, que sólo conoce el usuario titular de la clave y sirve para cifrar el mensaje; y una parte pública, que puede estar accesible para cualquiera que quiera contactar con el titular, mediante la cual se puede descifrar el mensaje cifrado con la clave privada y asegurarse de que no ha sido alterado y que procede realmente de la persona que aparece haberlo emitido. Por otra parte, el sistema criptográfico tiene que hacer virtualmente imposible deducir la clave privada de la pública (17).

Cada sistema criptográfico tiene utilidad para supuestos distintos:

1) El sistema de criptografía simétrica es adecuado en entornos cerrados, cuyos usuarios tienen confianza recíproca en que no revelarán la clave, ya que ésta, una vez revelada, permitiría conocer los mensajes ajenos e incluso hacerse pasar por otro con total facilidad. De este tipo suelen ser sistemas criptográficos que se emplean en las relaciones electrónicas interbancarias en los distintos países, y que se basan en el sistema simétrico más perfeccionado, llamado *Data Encryption Standard* (DES). En España, la Circular del Banco de España de 29 de marzo de 1996 regula las normas criptográficas de las transmisiones entre los miembros del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, y vistas las extraordinarias precauciones que muestra para garantizar su secreto, parece claro que están basadas en un sistema simétrico.

También basta un sistema simétrico en los supuestos en que las partes asumen siempre la misma posición contractual respecto a un tipo único

(17) Decir “virtualmente imposible” no es muy correcto, pues es evidente que aplicando potentes equipos informáticos puede llegar a descubrirse cualquier clave. Técnicamente hablando esto depende de la longitud del código de la clave: cuanto más larga, más segura, pero también más difícil de manejar (en esto la seguridad informática no se diferencia de las medidas de seguridad en los demás órdenes de la vida). El usuario habrá de sopesar, según las circunstancias, si le conviene usar una clave más o menos larga que pueda forzar a quien pretenda “atacar” el mensaje cifrado a consumir más o menos tiempo en averiguar la clave.

de contrato; p. ej. una empresa comercial o de servicios que ofrece sus productos al público, que puede contratarlos a distancia. En este caso basta con la clave asignada por la empresa a sus clientes. (De este género son las relaciones telemáticas de la “Banca telefónica”).

La misma idea no presenta grandes inconvenientes en supuestos de alcance limitado; p. ej. las aplicaciones de tratamiento de textos modernas permiten proteger los documentos mediante una clave o contraseña, que sirve tanto para guardarlos como para recuperarlos. Dentro de un grupo cerrado o de pocas personas éstas podrían intercambiarse mensajes mediante esa única clave que todos conocen.

2) Las técnicas asimétricas permiten la contratación a distancia con seguridad técnica —la seguridad jurídica es harina de otro costal— sobre cualquier objeto entre dos personas sin previa relación entre sí y por tanto sin necesidad de que tengan confianza recíproca. El cifrado podría extenderse bien a todo el documento; bien a un texto “comprimido” extraído del documento completo mediante un proceso matemático, llamado gráficamente en inglés *hash* (“picadillo”), de modo que el “comprimido” (nombre que le voy a dar a partir de ahora (18)) se corresponde unívocamente con el original (si el original cambia, el comprimido cambia).

El cifrado del “comprimido” da lugar a lo que los ingleses llaman *digital signature* o “firma digital”. Externamente la firma digital aparece como un conjunto ilegible de números y letras añadidos al final de un texto no codificado y por tanto perfectamente legible. La firma digital es por tanto una contraseña electrónica en clave que se añade al documento, y que puede ser descifrada con la clave pública para comprobar que el documento no ha sido alterado y que procede de la persona que supuestamente lo ha producido (19). Quizá, como señala la doctrina italiana, la denominación inglesa no es la más adecuada, puesto que evoca las firmas manuscritas con las que no tiene nada que ver; en este sentido, SILVIA MICCOLI y RAGOZZO/GIAQUINTO prefieren hablar de “sello electrónico” o “informático”, y observan su semejanza con nuestros signos y sellos notariales (20).

(18) El Diccionario define comprimido como “pastilla pequeña que se obtiene por compresión de sus ingredientes”, definición que en sentido figurado le va bien al *hash result*.

(19) El Grupo de Trabajo de UNCITRAL las define (ap. 55a, art. A del Proyecto de Ley Modelo) como “un valor numérico, que se anexa a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido asociado con la clave criptográfica privada del originador, hace posible determinar unívocamente que dicho valor numérico se ha obtenido con la clave criptográfica privada del originador”.

(20) También el § 2 del Proyecto de Ley de Firmas Digitales alemán define la firma digital como un sello.

Desde un punto de vista técnico, el empleo de la criptografía para usos “contractuales” no difiere del dirigido a la protección que se quisiera dar a cualquier otra información de acceso restringido. Por esta razón se han puesto algunos reparos a la generalización de las técnicas criptográficas, ya que se ha indicado que no sería del todo conveniente por consideraciones de defensa nacional o de lucha contra organizaciones terroristas o criminales. De hecho en algunos países esta tecnología está sometida a restricciones diversas (en cuanto a su elaboración, utilización, exportación e importación, etc.) por razones de seguridad nacional.

En lo que interesa a efectos de este estudio, es decir, el uso contractual, el procedimiento de utilización de las firmas digitales sería el siguiente:

1) La persona que pretende intervenir en la contratación electrónica obtiene un par de claves.

2) El autor del documento lo redacta con su ordenador, elabora con él un “comprimido” informático y lo cifra mediante su clave privada secreta. El texto cifrado obtenido es el sello electrónico o firma digital, que se añade al final del documento.

3) El documento es enviado electrónicamente a su destinatario, que conoce la clave pública del autor del documento y el programa de elaboración del “comprimido”.

4) El destinatario elabora un “comprimido” con el texto no cifrado que ha recibido, y descifra el “comprimido” recibido cifrado con la clave pública del emisor; actividad que se conoce con el nombre de “verificación”. Si ambos “comprimidos” coinciden, puede concluirse que el texto no ha sido alterado y que ha sido cifrado con la clave privada secreta del emisor.

Este procedimiento plantea una serie de cuestiones jurídicas y otras netamente prácticas, que analizaré por este orden.

Desde el punto de vista jurídico-civil, que es el que nos interesa, la primera cuestión que se plantea es la de la imputación del mensaje. En el “mundo de papel”, los escritos se atribuyen a quien los ha firmado (cf. arts. 1225 y 1226, a veces superados por una jurisprudencia permisiva: Sentencia de 13 de junio de 1989). En el mundo electrónico, el empleo de una clave privada podría bastar para atribuir el documento al titular de la clave. Así se ha propuesto por el Grupo de Trabajo de UNCITRAL (21), y se ha adoptado recientemente por el

(21) Artículo E: 1. El originador de un mensaje de datos al cual se ha anexo la firma digital del originador está vinculado por el contenido del mensaje del mismo modo que si el mensaje hubiera existido en un ejemplar firmado [manualmente] de acuerdo con la ley aplicable al contenido del mensaje.

Reglamento italiano sobre actos, documentos y contratos en forma electrónica (22).

La fuerza de la vinculación y la correspondiente posibilidad de desconocimiento de la firma digital descansa en buena medida en la seguridad tecnológica: si se emplea un sistema criptográfico seguro, el desconocimiento no será razonable. En este sentido, el Reglamento italiano y la Directiva sobre Firma Digital de la American Bar Association hacen depender la imputabilidad del hecho de haberse utilizado para su generación un sistema criptográfico fiable (en el caso italiano, de acuerdo con las reglas técnicas que se determinen por Decreto). Ahora bien, la seguridad tecnológica no es el único dato que se debe tener en cuenta. En muchos textos escritos por técnicos, legos en Derecho, se adivina la pretensión de que la única excepción a la vinculación sea la que derive de la seguridad técnica del sistema empleado, con lo que se soslayan otras excepciones que aparecen inmediatamente en el análisis jurídico.

Así, por ejemplo, jurídicamente hablando toda esta construcción descansa sobre el cimiento de que un usuario está vinculado a o es titular de una clave. Este concepto de titularidad de la clave resulta difícil de clasificar. La clave es un conjunto más o menos largo de números, letras o códigos que carece de existencia material, aunque para su empleo deba estar almacenada en algún soporte legible por una máquina, como un disquete, una tarjeta con una banda magnética o un *chip*, etc. Como tal

2. El destinatario de un mensaje de datos al cual se ha anexado una firma digital está legitimado para atribuir el mensaje de datos al originador, y para actuar basándose en dicha presunción, si: (a) para determinar si el mensaje de datos era el del originador, el destinatario aplicó adecuadamente la clave pública del originador al mensaje de datos tal como se recibió y la aplicación de la clave pública reveló: que el mensaje de datos recibido había sido cifrado con la clave criptográfica privada del originador, y que el mensaje inicial no había sido alterado después de haber sido cifrado mediante el uso de la clave criptográfica pública del originador; o (b) el mensaje de datos tal como fue recibido por el destinatario resultó de los actos de una persona cuya relación con el originador o con algún agente del originador permitió a dicha persona ganar acceso a la clave criptográfica privada del originador.

3. El párrafo 2 no es aplicable:

(a) en el momento en el que el destinatario supo o debía haber sabido, si hubiera buscado información de una Entidad certificante autorizada o hubiera actuado de otro modo con cautela razonable, que la validez de la clave criptográfica pública del originador había expirado, o que el certificado emitido por la Entidad había sido revocado o suspendido; o

(b) en los casos comprendidos en el párrafo 2b, en cualquier momento en el que el destinatario supo o debía haber sabido, si hubiera actuado con cautela razonable o utilizado cualquier procedimiento acordado, que el mensaje de datos no era del originador.

(22) Artículo 10.2: La adición o asociación de la firma digital al documento informático equivale a la firma prevista para los actos y documentos en forma escrita en soporte de papel.

objeto incorporeal se asemeja a las propiedades intelectual o industrial, pero no cabe considerarla como ninguna de ellas. Comparte con la marca y sobre todo con el nombre comercial la función de identificación; y también es semejante a los programas de ordenador que son objeto de propiedad intelectual (definidos como “conjunto de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente en un sistema informático” en el artículo 96 del TR de la LPI). No obstante, la protección dispensada por el Ordenamiento a estos bienes inmateriales no tiene nada que ver con el régimen jurídico que se pretende atribuir a la clave criptográfica.

La titularidad de la clave se adquiere por su creación bien por el propio interesado, bien por una empresa de servicios telemáticos por encargo a solicitud de aquél. Una vez creada la clave y atribuida a su titular comienza a producir el efecto vinculatorio. Por lo tanto, la creación o la solicitud de asignación son actos que cabría calificar como negocios jurídicos; en su base hay una manifestación de voluntad dirigida a la autorregulación de la propia esfera jurídica de intereses. Este carácter negocial ha de ser decisivo a la hora de determinar su régimen jurídico en contraste con las exigencias generales del Ordenamiento, y en particular las que se refieren a los requisitos formales.

En relación con este punto, el Notariado alemán ha advertido que la solicitud de una clave, por la aptitud de ésta para su utilización repetida, da lugar a una situación análoga a la de un poder general. Por ello debería exigirse que se prestara un asesoramiento jurídico adecuado e imparcial al solicitante, como el que puede prestar el Notariado; y al mismo tiempo debería permitirse la posibilidad de limitar el alcance de la firma, del mismo modo que se hace con los poderes (p. ej. cuantía máxima, exclusión de determinados negocios jurídicos, etc.).

A mi juicio, esta interpretación es admisible para nuestro Derecho. Por tanto serán aplicables por analogía los artículos 1713 y 1280.5.º del Código Civil. Conforme al primero, una solicitud genérica de claves no permitirá obligarse más que para actos de administración; y para que sea vinculante en cuanto a actos de enajenación, gravamen y otros de riguroso dominio ha de constar esta circunstancia en forma expresa. Y conforme al segundo la solicitud habrá de constar en documento público en los casos allí previstos.

En principio, la titularidad de la clave podría tener una duración indefinida. Sin embargo, en el caso de las claves generadas por empresas de servicios telemáticos, éstas sólo suelen prestar el servicio de certificación durante un tiempo determinado mediante una contraprestación periódica, de modo que las claves vienen a tener de hecho un plazo de caducidad.

Por último, queda por determinar una cuestión capital: si la eficacia vinculante del uso de la clave es incondicional o bien si se permite a su titular oponer algún tipo de excepciones. Se trata de una cuestión estrictamente jurídica, donde no tienen ningún peso consideraciones técnicas.

En primer lugar, el titular no ha de quedar vinculado por todo el tiempo de duración de la titularidad de la clave: se le ha de reconocer una facultad de revocación, es decir, de manifestar su voluntad de no quedar vinculado jurídicamente por los documentos que se cifren a partir de dicho momento. Esta declaración puede ser necesaria por motivos de seguridad, bien por el hecho de no ser conveniente mantener una misma clave durante mucho tiempo, bien por la pérdida o sustracción de la clave anterior.

Más discutible es la cuestión de si el titular podría excepcionar su vinculación demostrando el uso fraudulento o abusivo de su clave. Este tipo de excepción no es posible en los documentos de papel, pues a diferencia de las firmas manuscritas, las claves secretas pueden ser utilizadas por su legítimo titular o por otro, con su consentimiento o sin él. El primer caso puede ser la consecuencia de un apoderamiento o de una delegación de firma; el segundo puede darse bien sea por descuido (p. ej. abuso por sus empleados) o por fraude, sustracción, etc. En estos casos hay que responder a la cuestión de si la parte cuya clave ha sido utilizada ilegítimamente queda vinculada por el contrato o bien solamente está sujeta a una indemnización de daños y perjuicios.

La solución típica del *Common Law* sería desde luego la responsabilidad. Hay que recordar que para los Derechos anglosajones la ejecución en forma específica o *specific performance* es una pretensión excepcional y secundaria, derivada de la *equity*; en palabras de HOLMES, “la única consecuencia universal de una promesa vinculante es que el Derecho hace pagar al promitente daños y perjuicios si el hecho prometido no tiene lugar” (23).

La solución no está clara en los Derechos de origen romano-germánico, que prefieren en caso de incumplimiento la ejecución en forma específica. S. MICCOLI se inclina por dar por válido el contrato, en base al principio general de tutela de la confianza de terceros, de modo que el titular de la clave no podría sustraerse a las obligaciones contraídas. De modo parecido, el proyecto de artículo E del Grupo de Trabajo de UNCITRAL establece una regulación próxima a la presunción *iuris et de iure* respecto a un tercero de buena fe definido como aquel que no sabía ni debía haber sabido la caducidad de la clave o su uso fraudulento.

(23) Tomo la cita de PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *ADC* 46-4 (1993), p. 1728 y n. 28.

Por el contrario, en Alemania, un informe del Notariado alemán señala que salvo que la Ley establezca la imputación al titular de la clave puede liberarse demostrando la imposibilidad física de haber utilizado la clave. Caso de establecerse esa imputación, los riesgos de la técnica de la firma digital serían análogos a los de un poder general. En sentido semejante se ha pronunciado ZAGAMI en Italia.

A mi juicio, la solución procedente se ha de inspirar en los artículos 1734 y 1738 del Código Civil, de acuerdo con la asimilación a los poderes antes mencionada. Estas normas permiten una vinculación del poderdante más allá del momento temporal de la revocación, en beneficio de terceros de buena fe, es decir, que ignoraban la revocación. Análogamente, el titular de una firma digital que no hace saber por el mismo medio que ha publicado su clave pública el hecho de su cesión, pérdida, sustracción, revocación o caducidad ha de quedar vinculado.

Desde la perspectiva procesal, quien pretenda reclamar una obligación apoyándose en un documento informático habrá de probar que efectivamente proviene de su supuesto firmante. La conexión entre firma y firmante se consigue para las firmas en papel por varios caminos: reconocimiento directo o indirecto (en los escritos procesales), cotejo pericial de firmas, testigos, etc. Respecto a las firmas digitales creo que no hay obstáculo para la aplicación de los artículos 1225 y 1226. Ahora bien, si el supuesto firmante niega que la firma sea suya, se hace preciso un mecanismo de comprobación en sustitución del cotejo pericial de letras propio de las firmas en papel.

En este punto radica una diferencia esencial de las firmas digitales y las manuscritas. En éstas, la mano que crea la firma es inseparable de su autor; por tanto, basta para acreditar la autoría demostrar qué mano hizo la firma, a través de las técnicas periciales correspondientes. En cambio, en las firmas digitales, la técnica sólo permite demostrar la correspondencia entre la clave pública y la clave privada. Ahora bien, la clave privada está físicamente separada de su titular (podría utilizarla cualquiera); por tanto, para imputar la firma al titular (de acuerdo con los criterios de imputación que acaban de exponerse) hay que acreditar además la titularidad, a través de los certificados de los que luego hablaremos, cuya naturaleza jurídica no ha de ser uniforme.

Además de problemas jurídicos, las firmas digitales plantean problemas prácticos que conviene examinar con detalle:

- 1) La primera cuestión que se plantea es cómo se obtiene el par de claves. Dicho par se genera mediante un programa informático que utiliza determinados algoritmos matemáticos seguros. Algunos de estos programas están a la venta o se pueden obtener gratuitamente en Internet;

éste es el caso del muy conocido PGP. No obstante, no falta quien defiende que la generación de las claves se pueda realizar únicamente por empresas que presten servicios de telecomunicaciones y hayan obtenido una concesión o licencia para ello. En el fondo de esta postura hay tanto razones de seguridad nacional como intereses meramente comerciales, ya que el sistema de licencias puede conducir a una restricción indirecta de la competencia; también se aducen, como corresponde al signo de nuestro tiempo, razones de defensa de los consumidores frente a programas u operadores de mala calidad. Se dibujan así dos modelos o concepciones del procedimiento: uno liberalizado, en el que cualquier interesado puede generar su propio par de claves por los medios que se procure; y otro restringido, en el que las claves sólo pueden ser obtenidas de entidades autorizadas. El escoger uno u otro modelo (o uno mixto) afecta enteramente a la construcción del sistema.

En principio nada obsta a que una persona pueda obtener o generar varios pares de claves, lo que equivaldría en el mundo de papel a tener varias firmas; esto es poco corriente pero no inusitado (y no necesariamente por motivos fraudulentos).

La presencia de personas jurídicas y en general la actuación en nombre ajeno plantea ciertos problemas. En el mundo de papel, las personas jurídicas no firman porque no pueden; como tampoco lo hacen aquellos que son representados por otro. Quien firma es el representante; si bien éste puede modificar su firma mediante la “antefirma”, o bien puede utilizar el sello comercial de la persona jurídica.

Para el mundo electrónico se han propuesto soluciones de diferente factura. El Grupo de Trabajo sobre el Comercio Electrónico constituido en el seno de UNCITRAL ha propuesto el empleo de dos firmas digitales, una para la identificación de la persona jurídica, y otra para la del representante (24). En cambio, el Proyecto alemán parece limitar el uso de las firmas digitales a las personas físicas (§ 4 SigG); en este caso, la entidad certificante de la que luego hablaremos indicaría el hecho de la existencia del poder de representación.

2) El segundo grupo de problemas del procedimiento de firmas digitales es el que se refiere al régimen de la clave privada y de la clave pública.

a) Respecto a la clave privada, ha de ser conservada en secreto por su titular en su propio interés, ya que de no ser así puede sufrir las consecuencias negativas derivadas de la protección de los terceros antes mencionadas.

(24) Apartados 61a y 62a de la 31.ª Sesión.

Desde los EEUU y otros países se está poniendo de manifiesto últimamente una preocupación por el uso ilícito de la criptografía, que conduce, como he dicho, a un cierto control de la generación de claves. En este modelo se pretende exigir que la entidad emisora de las claves actúe como depositaria de una copia de la clave privada (lo cual recibe el nombre en inglés de *key escrow*) en interés tanto del titular (que puede perderla), de terceros (p. ej. los herederos del titular, la sociedad respecto a la clave de sus apoderados) y sobre todo de la Autoridad, cuando la persecución de los delitos u otros objetivos relacionados con la seguridad nacional exijan el descifrado de los mensajes.

El depósito de la clave privada plantea toda una serie de problemas adicionales, unos jurídicos (relación con la protección de datos personales, el secreto de las telecomunicaciones) y otros prácticos (aumento de los riesgos de las empresas depositarias, requisitos de fiabilidad en cuanto al mantenimiento del secreto), que seguramente serán estudiados en otras ponencias de este curso. Aquí sólo corresponde señalar que desde el punto de vista de los intereses de los particulares en la formación del contrato, la utilidad del depósito de la clave privada es dudosa; y más cuando la técnica de la firma digital va dirigida a cifrar un comprimido del texto original, y no este mismo completamente. Parece así más razonable lo dispuesto en el artículo 7.º del Reglamento italiano antes citado, que permite el depósito voluntario conforme al artículo 605 Codice, que regula las formalidades notariales del testamento cerrado, y que equivale a nuestros artículos 707 y 711.

b) Respecto a la clave pública, su vocación es de publicidad. Es preciso que el receptor del mensaje conozca esta clave, del mismo modo que en el mundo de papel es preciso que se conozca la firma del emisor, pues de lo contrario no se puede cotejar.

El conocimiento de la clave pública puede lograrse por distintos medios: pueden comunicársela las partes por medios tradicionales como el correo o incluso el teléfono o el telefax (incluido el correo electrónico, aunque naturalmente con los riesgos de errores o manipulación antes aludidos); puede aparecer en un archivo electrónico de un servidor de Internet, a modo de las “páginas amarillas” de Telefónica, como están haciendo los notarios italianos con sus claves generadas con el programa PGP; puede suministrarlo un tercero, como es el caso de las “certificaciones” que más adelante veremos, etc. Sin embargo, queda pendiente un segundo problema: la demostración de la pertenencia de la clave pública a una determinada persona. Después de todo, la clave pública no es más que un conjunto de números, que no tiene una relación intrínseca con una persona.

En la contratación realizada con papel, el mecanismo de comprobación de las firmas es la comparación de la firma del documento con otra

considerada como auténtica; si no se hace así, un contratante corre el riesgo de que el documento haya sido firmado por un impostor, o de tener que correr con la carga de la prueba de la autenticidad de la firma ante la alegación de su falsedad. Existen diversos procedimientos: comparando la firma con otra que se tiene por auténtica por haber sido puesta en presencia del interesado (caso típico de las entidades de crédito), cotejándola con otra que conste en un documento de identidad oficial, o mediante una legitimación notarial.

En la contratación electrónica el problema del desconocimiento de la autoría (que en la jerga de los técnicos en telecomunicaciones recibe el nombre de *repudiation*) y la solución son esencialmente los mismos: la autenticación de la pertenencia de la clave. Como ya he dicho, si los contratantes están más o menos relacionados, pueden comunicarse recíprocamente sus claves públicas y esto puede bastarles. Entre personas sin contactos previos, como en el mundo electrónico, no hay documentos de identidad oficiales (aunque quizá podría haberlos en el futuro), la autenticación sólo es posible por la intervención de un tercero de confianza (*Trusted Third Party*, TTP), que comprueba la titularidad de las claves y declara que corresponden a determinada persona, actuando así como “autoridad de certificación”, según la terminología procedente del ámbito anglosajón (*certification authority*), y que prefiero traducir como “entidad certificante”, pues el término de ‘autoridad’ es bastante discutible, sobre todo si se pretende aplicar a personas jurídicas privadas. Las certificaciones de estas entidades consisten en documentos electrónicos suscritos con la firma digital de la entidad certificante, que indican el nombre y datos de identificación del firmante, su clave pública, su plazo de validez y posibles limitaciones.

En el modelo de actuación más habitual, estas entidades no comprueban la identidad del firmante más que en el momento inicial. El certificado que ofrecen vendría a ser un documento anexo al documento firmado electrónicamente, que daría cuenta de esa identificación no actual frente a los destinatarios de dicho documento. Por tanto, en cuanto a su *modus operandi* típico, ni siquiera tienen similitud con los *notaries public* anglosajones, que al menos comprueban la identidad del firmante cada vez que éste pone la firma.

Si, como vemos, un sector del comercio electrónico se contenta con tan escasas garantías de identificación personal, existe en cambio mayor interés en autenticar el dato de la fecha de la firma. La imputabilidad de la firma a su titular no es indefinida, ya que desaparece a partir de su caducidad o revocación, y además en aquellos supuestos o legislaciones en que se admita la excusa de la imposibilidad de haberla utilizado. Por esta razón se dice que la firma digital ha de tener un “sellado de

tiempo" (*time-stamping*), por medio de un servicio que puede prestar la entidad certificante, añadiendo al texto enviado un mensaje electrónico con la fecha y la hora.

Llegado a este punto conviene decir que el ámbito telemático no es diferente de las relaciones sociales y contractuales "normales", en las que no siempre se actúa requiriendo una completa identificación de las personas con las que entramos en contacto. Todos los días vemos cómo las tarjetas de crédito se emplean y no se comprueba la firma o cómo entablamos conversaciones telefónicas basándonos en el timbre de una voz conocida (y a veces ni eso, p. ej. si reservamos una habitación de un hotel). En definitiva, la necesidad de autenticación será variable dependiendo de la operación de que se trate; bien sea por su valor o por la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. En este último aspecto puede y debe tener importancia la consideración de la seguridad jurídica de la operación: no es lo mismo adquirir telemáticamente una lavadora, un billete de avión o un apartamento, pues el adquirente precisa en cada caso una información jurídica adicional que puede ser tanto o más relevante que la mera acreditación de la identidad del proveedor.

Todo ello plantea la cuestión de quién ha de poder desempeñar estas funciones de autenticación, y qué valor jurídico han de tener los "certificados digitales". Si, como he dicho, las necesidades de autenticación son variables, también puede decirse que no hay un candidato único para ser entidad certificante, y que el valor jurídico de las certificaciones no será siempre el mismo.

Un posible candidato son desde luego las compañías privadas proveedoras de servicios telemáticos (*Third Service Provider*, TSP). De hecho en la práctica así lo vienen haciendo algunas compañías en los EEUU. En las legislaciones de algunos Estados se pretende además establecer la necesidad de una licencia oficial para ello, lo cual recuerda al sistema de designación de los *notaries public*. Naturalmente, entre los requisitos que se consideran adecuados para ser concesionario de este tipo de servicios no se encuentra precisamente la preparación jurídica, sino la fiabilidad tecnológica y la solvencia financiera. (Por cierto, en cuanto a ésta, se pretende establecer una responsabilidad objetiva pero limitada, lo cual excede de este estudio.) La Directiva sobre Firmas Digitales de la American Bar Association establece como procedimiento principal de autenticación la verificación basada en una certificación de una entidad certificante (25).

(25) Concretamente, la Directiva 5.1; si bien las Directivas 5.2 y 5.3 permiten rechazar las firmas digitales no fiables si su autenticidad no puede quedar razonablemente fijada según las circunstancias (las relaciones entre las partes, el valor del mensaje, los usos comerciales, etc.) y exigen al receptor que rechaza la firma no fiable que lo comunique cuanto antes al firmante.

No hace falta decir que al mismo tiempo que las soluciones tecnológicas parece que se quieren exportar estas soluciones jurídicas. Comercialmente hablando estas empresas pueden ser fiables en su ámbito de actividad, es decir, que se puede estimar que ofrecen una seguridad tecnológica aceptable y una garantía de solvencia si algo no funciona bien. Ahora bien, el análisis jurídico tiene que centrarse en la imputación a un titular determinado e identificado, y desde este punto de vista, es necesario no confundir la seguridad tecnológica con la seguridad jurídica. Las firmas digitales, por sí, proporcionan seguridad de la integridad y no falsificación del mensaje, pero no dan ninguna prueba directa de su paternidad (26).

Sobre este punto, debe afirmarse que estas empresas privadas no pueden proporcionar fe pública, sino una fe privada fiable en virtud de su propia reputación comercial. Como ha observado PAZ-ARES (27) sólo sería posible que las empresas proporcionaran servicios de “fe pública” privada si el Ordenamiento jurídico desconociese la figura del documento público y no dispensase trato privilegiado a ningún tipo de documento. Esto es así en los Derechos de origen anglosajón, pero no en los de la familia romano-germánica entre los que se encuentra el nuestro. La existencia de este concepto lleva a negar que la fe pública pueda quedar al albur de las fuerzas del mercado, pues los efectos privilegiados de los documentos públicos exigen que éstos sean homogéneos, lo cual no se conseguiría con un régimen de libre competencia, que conduciría a que los documentos fueran de calidad variable.

Jurídicamente no parece que pueda establecerse la credibilidad *erga omnes* de estas certificaciones, como si fueran documentos públicos, por la falta de neutralidad de las compañías frente a sus intereses comerciales que inevitablemente podrían imponerse (28). Como personas jurídicas privadas, la “certificación” debería tener el tratamiento de medio de prueba testimonial, en especial en cuanto a las garantías procesales de interrogatorio cruzado y aclaración de los puntos insuficientemente contestados. Y como testigos tendrían la credibilidad que resultara de las circunstancias: en unos casos será suficiente y en otros no, del mismo modo que en la vida social nos aseguramos de la identidad de otras personas con más o menos cuidado según las circunstancias.

(26) Así MALZER, H. M., *Die Initiativen von Bundesregierung und Bundesnotarkammer zur Digitalen Signatur, ein Vergleich*, p. 11 (ponencia presentada en el Tercer Foro sobre Tráfico Jurídico Electrónico de la Cámara Notarial Federal alemana, Colonia, 13 de marzo de 1997).

(27) *Op. cit.*, pp. 60-61 y notas 108 y 109.

(28) En este sentido S. MICCOLI, ap. 9.3; RAGOZZO/GIAQUINTO, ap. 7.

El problema no es nuevo: así ocurre con las “certificaciones” bancarias que a veces se solicitan en el proceso (y en la práctica notarial) (29) como si fueran documentos oficiales, atribuyendo a la Banca una función cuasifidataria. Frente a ello hay que afirmar con toda claridad el carácter meramente testifical de dichas certificaciones, pues sólo son documentos los oficiales o los provenientes de las partes, nunca de terceros (30). En particular, si la identificación del titular de la clave se ha realizado por los empleados de la entidad certificante privada, es inadmisibles dar a dicha identificación un valor probatorio incontestable, como si fuese un documento público (31). Es como si se pretendiera que si nuestro número de teléfono valiera como clave privada, nuestra identidad pudiera ser acreditada por Telefónica. A lo sumo, si la entidad certificante conserva una solicitud de clave firmada por el interesado, podría tener este documento el tratamiento de los documentos en poder de terceros. Dicha solicitud puede ser un documento privado con o sin legitimación de firma o un documento público, lo cual comportará distintos efectos.

En definitiva, el valor jurídico de estas certificaciones tiene que ser limitado y no asimilado a un documento público; lo cual no quiere decir que no deban ser permitidas en aquellos casos en los que el Derecho no exige forma especial para los negocios jurídicos. Esto no se conforma a nuestro Derecho ni en general a los Derechos de raíz romano-germánica, pues la potestad de autenticación es una función pública que va indisolublemente unida a una profesionalidad jurídica. En nuestro Derecho el acento no se pone en la responsabilidad, sino en la realidad de la voluntad manifestada, lo cual exige no sólo acreditar su expresión externa sino tratar de asegurar su correspondencia con la voluntad interna, mediante una instrucción jurídica del interesado.

Puesto que los certificados de las entidades certificantes son también documentos electrónicos puede plantearse también la cuestión de su autenticidad, si la entidad certificante no merece la suficiente confianza a la otra parte contratante. Esto puede suceder si la entidad certificante no

(29) Así, mientras el artículo 40 del T.R. de la LSA se refiere, más correctamente, al resguardo de depósito en una entidad de crédito de las aportaciones no dinerarias, el artículo 132 del RRM de 1989 ya introdujo a su lado la certificación bancaria; y ahora tanto el artículo 132 del RRM vigente como el art. 19 LSRL sólo hablan de certificación bancaria.

(30) Así ORTIZ NAVACERRADA, *op. cit.*, pp. 23-24.

(31) Como ejemplo, la empresa VeriSign Inc. ofrece tres certificaciones llamadas Digital ID (sm): la de clase 1, que sólo requiere un nombre único y una dirección de correo electrónico exacta; la de clase 2, que requiere una prueba de la identidad practicada por un tercero, la dirección y otros datos personales; y la de clase 3, que requiere la presencia personal o credenciales registradas. Como se ve, las garantías de identidad en el certificado de clase 1 y las de autenticidad de la firma en el de clase 2 son bastante limitadas.

es realmente un “tercero”, por tener algún tipo de vínculo con la parte cuya firma digital certifica. La solución está en certificar a su vez la firma digital de la entidad certificante mediante una instancia de rango superior, y así sucesivamente si todavía surge la necesidad de ulteriores certificaciones. Aparecería así una cadena de certificaciones, análoga a la clásica cadena de legalizaciones, hasta llegar a una entidad certificante cuya fiabilidad sea universal.

Toda la regulación del uso de los pares de claves, su fiabilidad y autenticidad, y la determinación de quiénes son entidades certificantes, da lugar a lo que se conoce en la literatura sobre esta materia como “infraestructura de clave pública” (*Public Key Infrastructure*, PKI). Cabe imaginar varios modelos para la infraestructura de clave pública:

a) Ha de decidirse si las entidades integradas en la PKI han de tener el monopolio de la generación y asignación de las claves o bien cualquier usuario es libre de generarlas y sólo ha de limitarse a publicarlas a través de la PKI.

b) Ha de determinarse si pueden actuar como entidades certificantes empresas de servicios telemáticos o sólo entidades públicas, y su respectivo valor jurídico.

c) Han de regularse los requisitos de seguridad tecnológica que sean suficientes para la imputación jurídica de los mensajes informáticos.

d) Ha de establecerse una ordenación jerárquica y los niveles de certificación sucesiva y por tanto de fiabilidad en un ámbito determinado, hasta llegar a certificaciones de validez *erga omnes* al menos en el ámbito nacional. Hay que apuntar que en un modelo totalmente privatizado o con prevalencia de las entidades certificantes privadas, como el estadounidense, no parece existir una jerarquía fuerte, sino más bien una estructura plana, con acuerdos de mutuo reconocimiento entre las distintas entidades certificantes en lugar de la ordenación jerárquica.

e) En el ámbito internacional parece poco probable el establecimiento de una jerarquía superior, así que el reconocimiento mutuo internacional de los certificados tiene que resultar de su equivalencia funcional o de la existencia de tratados internacionales. En este sentido cabe apuntar el § 15 SigG.

5. El papel del Notario en el ámbito telemático

Las funciones que han de desarrollar los terceros de confianza evocan las funciones notariales: no es casual que se hable ya de la “notaría electrónica” (por no referirnos a los “cibernotarios” y los “notarios

digitales”, que son marcas registradas en los EE UU). El Notariado, desde siempre, ha estado dispensando seguridad como tercero imparcial en las relaciones jurídicas, por lo que está perfectamente justificado que la organización notarial asuma estas nuevas funciones (o no tan nuevas: el artículo 264 del Reglamento Notarial nos habla de la legitimación de la firma del expedidor de un telegrama). En este sentido se dirigen los esfuerzos conjuntos de la Unión Internacional del Notariado Latino y la American Bar Association, en cuyo seno se ha creado el CyberNotary Committee para impulsar el desarrollo de la profesión notarial en los EE UU precisamente en el campo del comercio electrónico, como entidades certificantes. Los comentarios a la Directiva sobre Firmas Digitales de la ABA, en la parte relativa a la definición de *certification authority*, afirman que un Notario o un CiberNotario puede ser una entidad certificante, lo cual es una extensión natural de la pericia, disciplina y experiencia práctica de tales personas; sin olvidar los importantes servicios adicionales a la mera autenticación de la firma, como el control de legalidad y validez del contrato mismo, no sólo de la firma.

Este punto es especialmente destacable porque en el ámbito jurídico y cultural de los países anglosajones no existe una figura tradicional de un “tercero imparcial”, como el Notario latino. En estos países se sustituye la confianza derivada de la seguridad jurídica sustancial que presta el Notario por la confianza comercial, lo cual se corresponde con un sistema contractual que en caso de incumplimiento prima, como he dicho, la indemnización de daños y perjuicios sobre el cumplimiento en forma específica. Pues bien, existe un claro movimiento de aproximación, sobre todo en cuanto a las operaciones internacionales, ya que la confianza comercial puede ser insuficiente en nuestra tradición jurídica, que prefiere el cumplimiento en forma específica y el concepto de seguridad jurídica como certeza de los derechos y evitación de la litigiosidad, para lo cual está instituida la presencia de un profesional del Derecho, el Notario, que interviene en la formación de los contratos asegurando la conformidad de lo pactado con la voluntad de las partes y con el Ordenamiento Jurídico.

Esta aproximación ya ha dado su primer fruto con la Ley sobre Comercio Electrónico aprobada por el Estado de Florida el pasado mes de mayo. Esta Ley regula la llamada “notarización electrónica” que pueden realizar los *notaries public* de dicho Estado y con el mismo valor tradicional, y crea los “Notarios internacionales de Florida”, semejantes a los *Scriveners Notaries* de Londres, que elaboran unos *authentication instruments* que se archivan en un protocolo, y no se excluye que puedan ser firmados por las partes y el Notario electrónicamente.

Las funciones que puede desempeñar el Notario en el ámbito de la contratación telemática son diversas:

En primer lugar, el Notario puede actuar como entidad certificante de primer grado. Como señala el norteamericano BARASSI, la autenticación de la legitimación del titular de una clave es esencialmente una actividad jurídica, por lo que la actividad del *CyberNotary* será en buena medida de tipo jurídico, o más exactamente, de naturaleza notarial.

La actuación del Notario se puede producir en dos momentos: en el momento de la solicitud de la clave, y en el momento posterior de su uso.

a) El momento de la solicitud es aquel en el que descansa el peso del procedimiento de autenticación de las entidades certificantes anglosajonas. El mecanismo que proponen RAGOZZO/GIAQUINTO en Italia, adaptado a la legislación notarial española, sería el siguiente:

- El interesado genera su par de claves con el *software* que se procura por sí mismo.

- El interesado manifiesta ante Notario la composición de su clave pública, y su voluntad de quedar obligado por la utilización del par de claves a partir de determinada fecha y por el plazo que fije. También sería posible el depósito del disquete que contiene la clave pública. Igualmente autorizará a que se expidan copias o testimonios del documento a quien haya recibido un documento firmado por la clave privada y pretenda comprobar su paternidad. En principio se trataría de un documento análogo al acta del artículo 202 RN, mediante la cual se recoge la legitimación de la firma en un documento extraprotocolar cuya reproducción se incorpora al protocolo, o al acta de identidad de la firma de los administradores en las acciones a que se refieren los artículos 136 y 137 RRM. No cabría excluir, de todos modos, que adoptara la forma de una escritura pública en aquellos casos en los que la instrucción jurídica del interesado se considerara especialmente conveniente.

- El interesado hace saber, por canales oficiales o privados, o incluso en los mismos documentos que cifre con la clave privada, el contenido de su clave pública, y la escritura pública antes citada. De este modo, quien esté interesado en comprobar su autenticidad podrá solicitar del Notario copia de la clave pública (la llamada “certificación”), quien la podrá suministrar en forma electrónica.

Hay que insistir una vez más en la idea de que así como la forma notarial es libre en la mayor parte de los casos en la contratación ordinaria, de modo que las partes la eligen cuando desean dar a sus pactos

la mayor fuerza que resulta de la forma pública, lo mismo ha de darse en la contratación telemática. En unos casos, las partes no requerirán intervención notarial alguna, del mismo modo que no lo harían si contrataran con papel; en otros casos, sólo les interesará la autenticación de la identidad o la fecha, lo cual se puede conseguir mediante testimonios notariales de legitimación de firmas o de exhibición de documentos, o mediante actas notariales; finalmente, podrá interesar la prestación de funciones notariales en su más amplio sentido para la obtención de la mayor seguridad jurídica, mediante una escritura pública en la que se recoja la redacción dada por el Notario después de indagar y adecuar la voluntad del interesado al Ordenamiento jurídico.

La legislación notarial prevé, por tanto, distintos niveles de control que se corresponden con distintas formas documentales, que serán las que habrán de adoptarse para la actuación notarial antes señalada según lo requerido por los interesados. Naturalmente, las partes y el Notario, en la elección de la forma que pretendan adoptar, deberán respetar las normas imperativas que exigen la escritura pública bien como requisito constitutivo (p. ej. las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), bien como requisito para obtener determinados efectos útiles (p. ej. la inscripción en los registros públicos).

b) Estas exigencias y requisitos formales de nuestro Ordenamiento jurídico no permiten que la intervención del Notario se limite al otorgamiento de la solicitud. Como ya he dicho, las claves se pueden utilizar en un número indeterminado de negocios jurídicos, como un poder; del mismo modo que la intervención notarial se ha de desdoblar en el momento de otorgamiento del poder y en el momento de otorgamiento del negocio jurídico, así se habrá de desdoblar en el ámbito electrónico en los casos en que venga requerida según el Ordenamiento: en el momento de solicitarse la clave y en el momento de utilizarse.

Conviene no olvidar que el valor añadido de la actividad profesional notarial no es sólo de identificación de las partes, como a veces se ha pensado, minimizando su alcance: de ser así, bastarían los documentos privados con firmas legitimadas (o en nuestro caso, las “certificaciones” de entidades privadas) a los mismos efectos que las escrituras públicas. Esto no es así porque el Notario ejerce un control de legalidad que conduce a la ya repetida autenticidad de fondo, que es la base de la eficacia especial del documento público notarial.

La doctrina extranjera que ha estudiado el problema está conforme en que pese a que del uso de firmas digitales y la existencia de entidades certificantes hay una cierta autenticidad (mayor desde luego si se da la intervención notarial), no es suficiente para darle el rango de documento público. La posibilidad de una autenticación a distancia, utilizando claves

especiales o el reconocimiento por un ordenador de datos biométricos, todo ello confrontado por el Notario, no es admisible con los plenos efectos de un instrumento público, puesto que difícilmente podría el Notario cumplir con las funciones de adecuación de la voluntad del otorgante e información que entre nosotros le asigna el artículo 147 del Reglamento Notarial. El documento público requiere en todos los países donde existe la presencia del interesado ante el Notario no sólo para su identificación, sino para la comprobación de la inexistencia de posibles vicios de la voluntad (éstos pueden disimularse, pero mucho más a distancia), para su adecuada instrucción jurídica y para la comprobación de la adecuación de la voluntad redactada a la realmente querida y al Ordenamiento jurídico.

En este sentido, el artículo 16 del Reglamento italiano sobre actos electrónicos establece que la autenticación de una firma digital (semejante a nuestra legitimación de firmas, no a la escritura pública) “consiste en la declaración por parte del funcionario público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previa determinación de su identidad personal, de la validez de la clave utilizada y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contradicción con el Ordenamiento jurídico conforme al artículo 28.1 de la Ley Notarial” (equivalente de nuestro art. 147 RN). El Reglamento no prevé la existencia de escrituras públicas digitales, que sí se regulaban en un Anteproyecto anterior con un procedimiento similar: la inserción del soporte físico de la clave (disquete, tarjeta, etc.) en presencia del Notario; y en la adición de la firma digital del Notario, quien habría cumplido con las tareas propias de su función.

Es significativo también resaltar que en el mundo anglosajón existe conciencia de estos caracteres propios del documento público redactado por un Notario de tipo latino. Así, la Directiva sobre la Firma Digital de la *American Bar Association* reconoce, junto al *key certificate* o certificado ordinario de la clave, apto para varios usos, un *transactional certificate*, que podría traducirse por “certificado contractual”, único por contrato, y que “refleja los procedimientos tradicionales de certificación llevados a cabo por los Notarios latinos y los CiberNotarios”. Este tipo de certificado, además, permite acreditar una fecha cierta del contrato, a los efectos antes señalados.

Cuestión distinta y polémica es si en el ámbito de la contratación telemática la exigencia de intervención notarial ha de ser la misma que en la contratación tradicional no telemática. Como señala el informe del Notariado alemán sobre el Proyecto de Ley de Firmas Digitales, es conveniente una identificación fehaciente y un asesoramiento jurídico de todo aquel que solicite una clave para su utilización en la red. La pérdida de

la clave, o su revelación a otra persona, suponen unos riesgos que, como ya se ha indicado, son comparables a los que existirían con un poder general en blanco. El Notariado es la institución adecuada para esa identificación fehaciente y para dar un asesoramiento imparcial al solicitante a quien se habrían de imputar las consecuencias de un uso indebido de la clave. En cuanto a la identificación, se trata además de una labor jurídica cuando la solicitud es formulada por una persona jurídica, pues el poder de representación del solicitante ha de ser examinado y no parece aconsejable dejar esta tarea a los empleados de la empresa privada que sea entidad certificante. Todas estas razones justificarían una mayor extensión de la exigencia de la forma notarial en el campo telemático.

Volviendo un poco atrás, en aquel ámbito en que la intervención notarial no venga requerida por las leyes será posible la intervención de entidades privadas, cuyas “certificaciones” tendrán únicamente el mero valor testimonial que antes he explicado.

Las funciones que el Notariado podría desempeñar respecto a estas entidades privadas podrían ser las siguientes, que tomo de sendos proyectos que han sido elaborados por los Notariados italiano y chileno:

a) En primer lugar, la autenticación de las solicitudes de pares de claves que formulen los clientes de aquéllas. Esta autenticación podría adoptar distintas formas (legitimación de firmas, acta, escritura pública) según los efectos que se le quiera dar y las exigencias formales del Ordenamiento. En la literatura anglosajona sobre la materia se considera ésta una función auxiliar, que recibe el nombre de *registration authority*.

b) La llevanza de un archivo electrónico de las claves públicas asignadas por las entidades certificantes, de libre acceso. Hay un evidente interés público en que las claves sean archivadas oficialmente para que todo interesado pueda conocerlas, pues así se evita el riesgo de desaparición de la entidad certificante, entre otros. El archivo público permite también dar publicidad a las revocaciones o extinciones de las claves (p. ej. por fallecimiento).

Se discute el plazo de duración del almacenamiento de la información en este “Protocolo electrónico”. El Grupo de Trabajo de UNCITRAL propone un plazo de diez años, si bien admite que se puedan introducir distinciones según los plazos de prescripción.

c) El Notario puede actuar como depositario de cualquier clave privada. Precisamente el Notariado, por su inescindible conjunción de elementos públicos y privados, aparece como el candidato más adecuado para el depósito de las claves, ya que presta una garantía de secreto y confidencialidad reconocida y mantenida en el tiempo (frente a la dura-

ción indeterminada de una empresa privada), y al mismo tiempo colabora con la Administración y con la Autoridad judicial.

d) Igualmente puede actuar como certificante de segundo grado, cuando se requiera la autenticación de la certificación de la entidad certificante privada por no suscitar la suficiente confianza. En este sentido, el Notariado, que aparece jerárquicamente organizado en todos los países y que forma una organización no gubernamental, la Unión Internacional del Notariado Latino, podría formar el esqueleto de una cadena de legalizaciones de ámbito mundial, a través de sucesivas certificaciones en los distintos escalones jerárquicos nacionales y en última instancia de la certificación de la UINL de los distintos Notariados miembros.

Transmisión telemática de documentos informáticos *lato sensu*

Para terminar, no quiero desaprovechar la ocasión para señalar que las técnicas de criptografía asimétrica pueden tener aplicaciones de interés para el Notariado en sus comunicaciones con los Registros y con las Administraciones públicas. Sin que pueda decirse que ha desaparecido el principio de secreto del protocolo, sí que puede afirmarse que muchos documentos notariales tienen una gran vertiente hacia el exterior, pues el Notario es la fuente de una importante cantidad de datos que van a parar a diversos registros y oficinas públicas, bien porque así lo imponen ciertas normas (p. ej. las fiscales, las que regulan el Registro General de Actos de Última Voluntad, las inversiones extranjeras), bien porque los propios interesados lo solicitan (como ocurre con los documentos inscribibles en los distintos Registros). Al mismo tiempo, los datos contenidos en dichos Registros son de gran importancia para proporcionar el asesoramiento jurídico de calidad que el Notario está obligado a prestar.

El ritmo cada vez más vertiginoso de los negocios y las posibilidades técnicas forzarán, en un futuro no muy lejano, a permitir que todos estos datos se remitan por vía telemática. La tecnología de las firmas digitales y una infraestructura de clave pública como la descrita permiten la remisión con las suficientes garantías de integridad y autenticidad. Algunas de las posibles aplicaciones son las siguientes:

1) Las notas simples informativas del Registro Mercantil Central se pueden expedir a través de sistemas de telecomunicación informáticos (art. 382 RRM), pero todavía subsiste el requisito de la petición por escrito, que podría ser suplido por el documento electrónico con firma digital (32).

(32) No obstante, el Registro Mercantil Central ya admite peticiones telemáticas de notas simples, utilizando las claves que el Registro suministra a quienes contratan este servicio.

2) Los Registros Mercantiles provinciales han de permitir a los interesados consultar los datos por medio de terminales de ordenador (art. 79 RRM). Es aconsejable la conexión telemática de dichos ordenadores a la red pública para que dichos interesados, identificados por medio de sus firmas digitales, obtengan la información que precisen.

3) En el ámbito inmobiliario, sería deseable una disposición como la del mencionado artículo 79 RRM en cuanto a los Registros de la Propiedad, así como su conexión a la red pública. Lamentablemente, la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicación entre registradores, parece dirigirse en sentido contrario, pues parece querer establecer una red interna con acceso absolutamente prohibido a terceros, lo cual no redundará en beneficio de la celeridad en la transmisión de los datos. El sistema de comunicación actual por telefax, aunque ha supuesto un avance enorme, debe ser considerado desde el punto de vista de la tecnología actual como completamente desfasado.

4) El correo ordinario (el *snail-mail* o “correo caracol” que dicen humorísticamente los norteamericanos) sigue siendo el medio de transmisión y difusión de los datos de Registros como los de Últimas Voluntades o el de denominaciones del Registro Mercantil Central; Registros que, curiosamente, están completamente informatizados, por lo que no hay razón para no pasar a realizar la transmisión telemática de estos datos.

5) Finalmente, también sería deseable la regulación del cumplimiento telemático de las distintas obligaciones fiscales (sobre todo, presentación de documentos y pago de impuestos) y la obtención de información de las bases de datos públicas (señaladamente, del Catastro).

Bibliografía

MICCOLI, Silvia: *La sicurezza giuridica nel commercio elettronico*, tesis de *laurea* en la Universidad de Pisa, 1994-95.

RAGOZZO, P. y GIAQUINTO, D.: “Il sigillo informatico”, en *Notariato*, núm. 1, ene.-feb. 1997. También en <http://www.notariato.it/forum/sigiinfo.htm>.

ZAGAMI, R.: “Firme «digitali», crittografia e validità del documento elettronico”, en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, fasc. 1.

CARRASCOSA LÓPEZ, V. (dir.): *Informática y Derecho*. UNED-Mérida, 1992.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Derecho informático*. Ed. Aranzadi, 1993.

PRADA GUAITA, V. de: “Documento informático y seguridad jurídica”, número extraordinario de la *Revista Jurídica del Notariado*, 1992.
Muy abundante material de proyección notarial en el *Forum di informatica giuridica* del *website* del *Consiglio Nazionale del Notariato Italiano* (<http://www.notariato.it/forum>).

LLAMAMIENTO SUCESORIO HEREDITARIO AL ESTADO: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO (*)

JOSÉ DOMINGO VALLS LLORET

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho.
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL LLAMAMIENTO SUCESORIO AL ESTADO COMO UN HEREDERO MÁS. 3. TRATAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 3.1. Tratamiento general. 3.2. El Estado como heredero sujeto a modo en favor de los establecimientos de asistencia y beneficencia. 4. TRATAMIENTO EN EL DERECHO ITALIANO. 4.1. El Código civil de 1865. 4.2. El Código civil de 1942. 5. TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL DERECHO CIVIL PORTUGUÉS. 6. TRATAMIENTO EN LOS CÓDIGOS SUDAMERICANOS. LOS CÓDIGOS CIVILES ARGENTINO, VENEZOLANO Y PERUANO. 6.1. Tratamiento en el Código civil argentino. 6.2. El Código civil peruano de 1984. 7. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUCESIÓN DEL ESTADO EN EL DERECHO ALEMÁN. 8. TRATAMIENTO DADO A LAS HERENCIAS INTESTADAS EN EL DERECHO SUCESORIO SUIZO. 9. EL LLAMAMIENTO SUCESORIO AL ESTADO EN EL DERECHO RUSO. 10. CONCLUSIÓN.

(*) Un resumen de este trabajo fue publicado en el vol. 5, nº 2, 2000, de la revista *Notarius International*, pp. 52 a 66. El que publicamos aquí representa una ampliación y revisión del mismo.

1. Introducción

En el ámbito sucesorio, en lo que a los llamamientos se refiere, dos son los sistemas básicos que se siguen en los distintos ordenamientos jurídicos, para determinar el destino de los bienes relictos de quien fallece sin testamento otorgado y sin parientes con derecho a sucederle (1). Uno consiste en configurar al Estado como un heredero más, llamado en último lugar, fundamentando su adquisición en un título sucesorio, en tanto que el otro sistema tiene un fundamento no privatístico del llamamiento, que consiste en la atribución de los bienes de estas herencias al Estado, por el mismo título que éste adquiere los bienes vacantes y sin dueño conocido, ello como manifestación del *ius imperii* que asiste al Estado en todas sus actuaciones, así la adquisición de los bienes, a realizar de esta forma, se fundamentará en la teoría del derecho de soberanía o del dominio eminente que el Estado tiene sobre los bienes que dentro de sus fronteras geográficas y jurisdiccionales se encuentran (2).

No obstante la aplicación de ambos sistemas con carácter general, los mismos subsisten con matices diferenciadores. Ello se debe a que, mientras algunos sistemas como el francés o el inglés, se fundamentan para su adquisición en un derecho de soberanía del Estado o de la Corona, otros, como el norteamericano, si bien tal debe ser fundamento último, lo cierto es que técnicamente se construye como un derecho de “escheat” de origen medieval, con carácter de prerrogativa de cada Estado federado, aunque en el caso francés ello es relativizable, ya que no se admite, por ejemplo, que un Estado extranjero adquiera bienes muebles sitos en Francia, ni aun cuando lo haga a título de heredero.

Los sistemas donde el Estado adquiere como heredero suelen tener una mayor uniformidad en su configuración, aunque si bien esta uniformidad se manifiesta más en el ámbito del Derecho positivo que en el

(1) “La teoría del Estado último heres fue introducida en el siglo XIX por los pandectistas alemanes, inspirados por el derecho romano, y se expandió rápidamente por Europa. Ésta fue adoptada por Alemania, Italia, España, Suecia, Suiza y Turquía. En otros estados europeos, como Bélgica, Francia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido y otros, tras un periodo de duda, quedaron fieles a la teoría del derecho de regalía”. Actas y Documentos de la 6ª sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Tomo II. “Successions. Loi applicable”. P. 202.

(2) TOMÁS Y VALIENTE, F., “La sucesión del que muere sin parientes y sin disponer de sus bienes”. *AHDE*. 1966. Pp. 190 y ss.; MOZOS, J. L. de los, “La sucesión abintestato a favor del Estado”. *ADC*, pp. 396 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., “La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado”. *RAP* núm. 47. 1965. Pp. 9 y ss.

ámbito doctrinal (3), donde los matices del llamamiento son múltiples y variados, de forma y manera que aceptando que el Estado es un heredero, la forma en que se desarrolla dicha institución puede ofrecer diversas visiones, que van desde considerar al Estado como un heredero como los demás, sin aditamento ni calificativo alguno, hasta considerar a aquél como fiduciario, reservatario, sujeto a carga modal o como un heredero necesario.

La adopción de uno u otro sistema es cuestión que no deja de tener su importancia. Por un lado, desde la perspectiva interna, permite la adquisición de la herencia como *universitas*, pero no sólo como unidad patrimonial, sino incluso como *universitas iuris*, asumiendo acciones y derechos de carácter personal que correspondieran en vida al causante, ello es inaplicable en el otro orden de sistemas que se atienen más bien a la esfera patrimonial, ya que lo que se pretende en ellos no es evitar la ausencia de heredero, sino evitar la vacancia de los concretos bienes que componen la herencia. Esto no impedirá que no se pueda evitar en estos sistemas el manejo de conceptos sucesorios, sobre todo en cuanto se adquiere la totalidad de la herencia, como si toda ella constituyese un bien vacante, o en lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad, donde se suele remitir, como es el caso de Francia o Bélgica, a la doctrina del beneficio de inventario.

Por otra parte, desde la perspectiva del Derecho comparado la cuestión adquiere aún mayor relevancia, ya que en aquellos sistemas donde la adquisición se opera como un *ius ad bona vacantia*, el fundamento de su adquisición hace que la localización de los bienes en el espacio aparezca como elemento esencial, de manera que si se encuentran en el extranjero, un Estado como el francés o el inglés, nunca va a poder encontrarse legitimado para reclamarlos por cuanto dicho Estado sería propietario de un patrimonio en la esfera jurídica y territorial de otro Estado, ejercitar su soberanía más allá de sus fronteras ya que lo adquiriría no como un derecho sucesorio, sino en virtud de un derecho *ex iure publicum* (4). Para un Estado que adquiera estas herencias *ex iure hereditario*, éste puede hacer suyos los bienes pertenecientes a la herencia allí donde se encuentren, sin que ello suponga alteración alguna

(3) Tomando como modelo el sistema del BGB, puede observarse cómo tanto el Código civil italiano de 1942 como el portugués de 1967, se han aproximado al sistema de aquél, admitiendo la adquisición *ipso iure* desde la muerte del causante y la imposibilidad de repudiación y la responsabilidad limitada, con parecidos razonamientos teóricos.

(4) BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el derecho interregional español." *La Ley*, 1/88, p. 896; QUADRI, F., "La successione dello Stato nel Diritto internazionale privato". *RDI* 1/1958. P. 64.

de aquel orden público, consecuencia de la naturaleza del título en que fundamentan su adquisición. Por ello, y en consonancia con lo anterior, nos quedan por resolver ciertas cuestiones que ni la normativa, ni la jurisprudencia, excepto en casos puntuales, resuelven a satisfacción, debiendo quedar sujetos a las opiniones que al respecto nos aporte la doctrina.

Aquí voy a referirme a la naturaleza jurídica del llamamiento sucesorio como un llamamiento *ex iure hereditati*, diferenciándolo de la adquisición *ex iure imperii* que el Estado hace de los bienes vacantes y sin dueño conocido. El Estado es llamado a la herencia, siempre y cuando existan los condicionantes previos de falta de parientes colaterales hasta el grado que cada legislación determine, como un heredero más. Ello no obstante la línea ya previamente anticipada de nuestra tesis, distinguiremos y confrontaremos las dos posibles soluciones doctrinales a la naturaleza jurídica del llamamiento del Estado a la sucesión intestada cuando no existan parientes con derecho sobre ellas, o bien como heredero, *ex iure hereditate*, o en virtud de un derecho de soberanía, *ad bona vacantia*, *ex iure publicum*. La resolución de la cuestión, de una u otra manera, conlleva que los distintos problemas puntuales que se suscitan con el llamamiento se resuelvan de una u otra forma, bien distinta en cada caso y en cada país.

2. El llamamiento sucesorio al Estado como un heredero más

Ya hemos anticipado nuestra tesis favorable a esta idea, junto con la mayoría de la doctrina española, pero enfrentada a otro sector minoritario de la misma que ha venido defendiendo la adquisición de los mismos en virtud del concepto de soberanía que ostenta o puede ostentar el Estado llamado. Es habitual que para referirse a la herencia a la que no ha concurrido ninguno de los parientes con derecho a heredar, es decir, ninguno de los herederos legítimos, aparte del propio Estado, y a la que, por ello, va a acceder el Estado, se hable de herencia vacante, y no de herencia yacente. En realidad la vacancia de la herencia supone más la expresión de una circunstancia de ausencia de parientes herederos legitimarios que de una situación o calificación jurídica de la herencia: en una herencia en estado de yacencia que no ha aceptado heredero legitimario familiar alguno, no se opera alteración ni cambio por este hecho, simplemente entra en juego el último orden sucesorio establecido por el propio artículo 913. Siempre que se ha suscitado esta polémica en el Derecho español, se ha venido resolviendo, casi siempre, y sobre todo con la publicación del Código civil, de forma indiscutida, en el sentido de

entender al Estado como un sucesor, es más, como heredero de aquellos que mueren sin testamento ni parientes llamados.

Que el Estado es llamado como heredero en la sucesión, creemos que no es discutible, considerándolo además como un heredero en el más amplio sentido de la palabra, como sucesor (5), siendo éste el recogido por el Código civil español, el italiano o el BGB alemán.

3. Tratamiento de la institución en el Derecho español

En consonancia con la idea manifestada, en España el Estado hace suyos, en concepto de heredero, la totalidad de los bienes del fallecido que se integran en su patrimonio, es decir, tanto el activo como el pasivo del mismo, así recibe un todo integrado de activo y pasivo, recibe una universalidad de bienes, y por ello podrá ejercitar todos los derechos resultantes de la sucesión y deberá asumir todas las obligaciones y responsabilidades no personalísimas del difunto. Para que el Estado sea llamado se requiere que lo sea siempre en último lugar (6), que no haya parientes en los términos fijados por los artículos 913 y siguientes del Código civil, por cuanto que él es el último de los llamados. Estos preceptos reconocen al Estado como el último llamado en el orden de suceder, determinando la naturaleza de su llamamiento al igual que los demás herederos, y siendo llamados con posterioridad aquéllos. Lo sitúa junto al resto de herederos legales, considerándolo como un auténtico heredero, a nuestro entender en toda la extensión del término.

3.1. Tratamiento general

Los artículos 913, 956 y concordantes, reafirman, a mi parecer, y también al de la mayoría de la doctrina, el carácter sucesorio del derecho del Estado, el cual puede considerarse un heredero como los demás, con los mismos derechos y obligaciones, excepción hecha, como luego veremos, del carácter tan especial del llamado a la sucesión, el Estado, que además queda sujeto en cuanto a la organización y distribución a una normativa de Derecho administrativo. Y ello es así porque lo dice literal-

(5) En la doctrina francesa, entre otros DEMOLOMBE, no considera al Estado realmente como un sucesor, ni tan siquiera como heredero. "*Cours de Code Napoléon. Traité des successions*". Tomo XIII. P. 231 y Tomo XIV. P. 259. 4ª ed. París. 1870.

(6) Recordar que, frente a ello, cuando nos referíamos a la regulación de esta institución en el Código francés, uno de los argumentos fundamentales para excluir como heredero al Estado, era el contenido del art. 731 del Code, que excluía de entre los órdenes de suceder legítimos al Estado, a diferencia del 913 español.

mente el artículo 956 del Código civil español, lo que complementado con el artículo 913, es obvio que el Estado es un heredero y como tal es llamado y adquiere los bienes existentes en el patrimonio del causante (7).

Con ello queremos decir que el problema de la calificación de la naturaleza del derecho estatal a estas herencias, en España, no se centra en saber si se fundamenta en su derecho de soberanía, de carácter público, o si es un derecho de índole privatista, sucesorio, porque no existe duda alguna acerca de lo segundo (8). La cuestión es determinar cuál será la situación del Estado como adquirente de una herencia respecto a los otros sucesores, ya como auténtico heredero, ya como otra categoría desvirtuadora de la terminología del Código.

A la vista de lo anteriormente dicho podemos considerar al Estado no sólo como un heredero, sino también como un sucesor universal en el patrimonio del causante (9), pudiendo llevar a cabo actuaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, pero siempre posteriores a su llamamiento y realización de la adquisición de los bienes del causante, hasta quedar el caudal relicto previamente liquidado. La mejor doctrina italiana, seguidora de la tesis de considerar el llamamiento al Estado como heredero, considera que “Riconoscere lo Stato come successore universale per titolo privato e tuttavia negare et esso la qualità di erede nel diritto moderno è una posizione comprensibile in diritto romano, contraddittoria, invece, nel diritto moderno, dove la qualità di erede non è più legata al presupposto dell'attribuzione formale di questo titolo, ma si riduce a un modo di esprimere in termini soggettivi, la avvenuta successione mortis causa a titolo universale” (10). Por otro lado, y aun reconociendo esa cualidad de heredero del Estado, al punto de estar legitimado para el ejercicio de alguna de las acciones personales que correspondiesen al causante, no es menos cierto que la propia naturaleza del Estado le impedirá ejercer algunas, precisamente por la falta de fundamento familiar en esta sucesión.

(7) La expresión del art. 956 no necesariamente configura el carácter de heredero del Estado, pero sí define su título de adquisición. Veremos cuando hagamos referencia al Derecho comparado que ni siquiera el Derecho italiano, sistema considerado como arquetípico de adquisición por el Estado *iure hereditario*, habla de que el Estado herede, ni de que suceda, sino que se refiere a la “devolutione” de la herencia a éste.

(8) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA. Tomo XIII. Volumen I. Arts. 912 a 958. Madrid, 1989. P. 297.

(9) Como matiz importante a esta teoría, hay que tener en cuenta la tesis de SANTORO PASSARELLI, que considera al Estado un sucesor pero no un heredero, y el posible entronque de la misma con determinados postulados del Derecho romano.

(10) MENGONI, L., “Successioni per causa di morte: successione legittima”. *Trattato de Diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MASSINEO. Tomo XLIII-1. Milano, 1961. P. 131.

Independientemente de la falta de este fundamento, no podemos negar que si el Estado es heredero de los bienes del causante, como tal deberá atribuírsele a título universal sin que en ningún momento pueda hablarse de atribución a título particular, en los términos del artículo 660 del Código civil, no existiendo distinción entre ambos conceptos. Así, en nuestro Derecho ser heredero supone suceder al causante respecto de sus relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales que no tengan carácter personalísimo. Por su parte, en Derecho romano, ser heredero suponía la adquisición de un título, de un status familiar y social como el que ostentara el causante, lo que traía consigo como consecuencia el suceder en cada una de las relaciones jurídicas del difunto. Se fue admitiendo posteriormente la posibilidad de que alguien entrara en la titularidad jurídica del patrimonio hereditario, sin que ello fuese consecuencia de la adquisición del título de heredero, siendo en tal caso sucesor universal, pero no heredero. La pérdida del concepto de heredero como sucesor en la posición de cabeza de familia, y la patrimonialización del derecho sucesorio fueron haciendo que tal distinción perdiese su sentido: hoy, el hecho de subentrar en la posición jurídica del difunto, adquiriendo con ello la titularidad de una universalidad de bienes y derechos, supone definir la cualidad de heredero (11), lo que tampoco quiere decir que ser heredero suponga, como pretendiera en el siglo pasado, e incluso actualmente algún sector de la doctrina francesa, incluso italiana, seguramente como una exacerbación de la tesis de la Glosa, como señala en España SALVADOR CODERCH, ser un continuador de la personalidad del causante, tesis ésta que aún en la actualidad podría llegar a considerarse (12).

Por todo lo anterior podemos concluir, partiendo de la comentada falta de razón de ser de la distinción sucesor universal y heredero, que el Estado puede considerarse como heredero a todos los efectos (13).

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "La herencia y las deudas del causante", *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*. Tomo 61, 1ª. Madrid, 1967. Pp. 85 y 86; GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legado. Un supuesto de herencia sin heredero*. Madrid, 1989, pp. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., "El título de heredero". Contestación al Discurso de investidura de Vallet de Goytisolo como Doctor Honoris Causa en la Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1985. Pp. 93 y ss.

(12) GARCÍA RUBIO, M. P. *La distribución de toda la herencia...*, op. cit. P. 140.

(13) La distinción entre ser llamado a una universalidad, ser sucesor universal y ser considerado heredero, la encontramos en varias Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1963 y 20 de octubre de 1987, entre otras. ROCA SASTRE, R. M., *Usufructo con facultad de vender en caso de necesidad*. Pp. 71 y ss., *Sus diferencias con el llamado fideicomiso de residuo*. P. 75, *Estudios de Derecho privado*, tomo II; LACRUZ BERDEJO, J. L., "Condición universal o particular de la sucesión en el usufructo de la herencia" en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1967. Pp. 267 a 287; DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo*. Madrid, 1981; CARRASCO PERERA, A., *Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación*. Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987. P.J. 1987. Pp. 127 y ss.

3.2. El Estado como heredero sujeto a modo en favor de los establecimientos de asistencia y beneficencia

Como consecuencia de una confusa redacción originaria del Código civil, que trae causa del texto de la base 18, donde se designa como heredero al Estado sin que aparezca suficientemente clara la situación de los establecimientos a los que se asignan posteriormente los bienes, se dudará, hasta la reforma de 1928, si los citados establecimientos son auténticos herederos, meros beneficiarios consecuencia de y una carga *ex lege* impuesta al Estado o fideicomisarios de una herencia en la que el Estado aparece como fiduciario (14).

El Estado desde su posición de heredero se ve gravado con una auténtica obligación *ex lege*, determinada por el Código civil y desarrollada por una disposición administrativa, obligación legalmente determinada, sin que pueda hablarse de una modalización de la institución de heredero en favor del Estado (15), al menos en cuanto a dos de los tres tercios que el Estado debe necesariamente entregar a las instituciones beneficiarias que en el propio Código se reseñan. Respecto del tercio restante, la situación no resulta tan clara (16). Por ello considero que el Estado no puede ser un instituido heredero gravado con un modo, sino un heredero que, por su especial situación dentro del sistema sucesorio y por su naturaleza, la ley le impone una obligación de liquidar y distribuir, además de las obligaciones ordinarias de cualquier heredero. Esta posición especial del Estado así como la indeterminación de los sujetos beneficiarios que han de ser seleccionados por el propio Estado, hace que tal obligación no haga surgir un correlativo derecho de crédito, de ahí que se planteen serias dudas acerca de la naturaleza de la posición jurídica de las entidades.

La posición, sin embargo, de las instituciones beneficiarias es, ciertamente más compleja, y plantea ciertas dudas al respecto que intentaremos resolver, en atención al tratamiento de la institución objeto de este estudio. Aun así, hemos de destacar que esta tesis, o cuanto menos una de naturaleza similar, ha sido planteada en la doctrina francesa por un sector muy minoritario capitaneado por MALAURIE, el cual considera al

(14) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*. Tomo VI-3. P. 1675. 2ª ed. Madrid. 1910.

(15) LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. Tomo V. P. 589. Barcelona, 1992.

(16) BADOSA COLL y PUIG FERRIOL en anotaciones al "Derecho de sucesiones" de KIPP. Barcelona, 1976. P. 68; RUGGIERO, R. DE: *Istituzioni di Diritto civile*. Tomo V. Napoli. 1915. P. 445.

Estado como una especie de legatario universal, cuando se trata de liberalidades hechas a colectivos sociales y a establecimientos públicos (17).

Algunos autores como CASTÁN, LACRUZ (18), SANCHO REBULLIDA O DE LOS MOZOS (19) hablan de una carga modal en beneficio de las instituciones, dan ya el paso de extraer del ámbito de los sujetos sucesibles a las instituciones, considerando heredero único al Estado, meras beneficiarias modales a aquellas entidades, están dando un paso más hacia la adecuada construcción de la institución, respecto a aquella que hablaba de una sustitución fideicomisaria, y ello sobre la base de considerar que la obligación que pesa sobre el Estado se encuentra modalizada por la previsión legal de distribuir, como una determinación legal de carácter accesorio, respecto de la institución principal, la de heredero que ostenta el Estado, convirtiendo a las instituciones en beneficiarias de ella. Por otro lado, debemos admitir que con el modo se vienen a cubrir, en multitud de ocasiones, finalidades del mismo o parecido carácter que las que pretende subvenir la sucesión del Estado, al atribuir los bienes de la herencia a instituciones benéficas, de instrucción, etc... Ha sido frecuente distinguir el modo de figuras análogas precisamente por el carácter e importancia del fin perseguido, de manera que el propósito principal del modo no sería establecer un determinado beneficiario, sino cubrir una serie de objetivos o algún fin de interés general. El problema es especialmente complejo a la hora de distinguir las figuras del modo y del legado. Precisamente la indeterminación de los sujetos beneficiarios, la finalidad pretendida con su establecimiento y, en fin, el hecho de que mediante el modo pueda beneficiarse a quienes no podrían haberlo sido mediante legado, son los criterios más frecuentemente utilizados y a mi modo de ver admisibles, y que concuerdan en buena medida con la naturaleza de la posición de las instituciones, siendo el problema especialmente complejo a la hora de distinguir las figuras de modo y legado, debido a la indeterminación de los sujetos beneficiarios, la finalidad pretendida con su establecimiento y el hecho de que mediante el modo pueda beneficiarse a quienes no podrían haberlo sido mediante legado.

En aras de un mejor y más completo tratamiento del tema, no se puede olvidar que existe un posible punto de acercamiento entre la dis-

(17) MALAURIE, Ph., *Cours de Droit civil: Les sucesions*. París, 1989. P. 77.

(18) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, *op. cit.* Tomo V. P. 589.

(19) DE LOS MOZOS considera aceptable esta teoría siempre que sea referida a la regulación ofrecida por el Código Civil antes de la reforma introducida en 1928. Tras ella, este planteamiento ha perdido unidad lógica pues el Estado participa directamente de los ab intestatos siendo beneficiario de un tercio de la herencia. "La sucesión abintestato...", *op. cit.* Pp. 426 y ss., así como en los *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. P. 2257.

ciplina del modo y la sustitución hereditaria en favor del Estado. Este punto se refiere a la consideración del Estado como un posible heredero sub modo, sin perjuicio de la admisión de los actos de liquidación y posterior distribución como un acto administrativo sub modo (20). No creo que pueda hablarse de que la previsión de que el Estado liquide la herencia y la distribuya entre las instituciones, constituya un elemento accidental y accesorio de la institución en favor del Estado. No obstante, desde el punto de vista histórico el fin prioritario de la institución lo constituía y todavía lo constituye, la asignación de bienes y cantidades líquidas a instituciones de interés general, como lo demuestra el hecho de que hasta 1928 se repartiese entre las instituciones la totalidad del caudal liquidado y a partir de esa fecha, la mayor parte de ese caudal. En este sentido podría decirse que la actividad del Estado, como consecuencia de su carácter de heredero, se encuentra sometida a una carga o gravamen de carácter administrativo que puede calificarse de modo. No obstante, si bien es cierto que sobre el Estado como heredero, pesa la carga de liquidar y distribuir entre las instituciones señaladas el caudal hereditario, y que ello puede ser calificado como una especie de ese modo administrativo, no lo es menos que son cosas distintas las cargas que deba asumir la Administración, aunque presenten ciertas notas semejantes a las propias del modo, de aquellas otras que son auténticos modos (21).

Finalmente, y a modo de reflexión no podemos olvidar que el modo es un elemento accidental del negocio jurídico y depende por tanto de la voluntad del causante, sin que pueda venir impuesto *ex lege*, en tanto que obedece a un principio de autonomía privada, limitándose la ley a regular los efectos de su cumplimiento o incumplimiento. Este origen voluntario de la carga será también uno de los presupuestos que más adelante esgrimiremos para obviar la consideración del llamamiento al Estado como un heredero fiduciario.

Así, habiendo concluido que la esencia del modo encuentra su origen en una liberalidad y en el principio de autonomía de la voluntad, y que toda disposición modal acompaña a un acto de liberalidad, si toda liberalidad surge de la voluntad, no cabe liberalidad surgida de la ley, porque la ley impone obligaciones u otorga facultades, pero no concede liberalidades, entendiéndose éstas como meras concesiones gratuitas. Por ello, falta la premisa esencial para que exista un modo, es decir, el modo

(20) PUGLIATTI, "Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà" en *Diritto civile: metodo, teoria pratica*. Milano, 1951. En esta línea se expresa la Resolución de la DGRN de 29-IV-1991.

(21) TORRALBA SORIANO, V. O. *El modo en el Derecho civil*. Ed. Montecorvo. Alicante, 1966. P. 175.

ha de tener un origen exclusivamente voluntario, por ser una liberalidad. No cabría pensar en la existencia de una liberalidad, ni de una fiducia, de carácter legal, porque lo que la ley impone son obligaciones y no determinaciones accesorias a las instituciones por ella reguladas y menos cuando tales instituciones no pueden calificarse de liberalidad, como se ha visto. En el caso del Estado, a falta de las instituciones beneficiarias en el lugar de que se trate, los bienes no se emplearán en fines análogos, sino que revertirán en el propio Estado, confundándose ya con su patrimonio, según la norma administrativa distribuidora de 1971 (22).

Por todo lo anterior, y sobre la base de la naturaleza jurídica de la carga modal ya determinada, del carácter voluntario y accesorio de la misma se deriva la imposibilidad de someter la sucesión del Estado a la disciplina de la carga modal. Por ello, no puede hablarse de una modalización de la institución del Estado como heredero, por la razón de que lo que le impone el Código civil es una obligación, con fundamento en una disposición de carácter imperativo, que tiene su desarrollo y desenvolvimiento en una disposición de carácter administrativo, así, desde el punto de vista civil, el Estado, como heredero, tiene una obligación de liquidar y distribuir, que constituye una obligación más sobre las ordinarias que tiene todo heredero, o de la misma especie que, por ejemplo, la que tiene el heredero fiduciario de conservar y transmitir la herencia, sin que ello constituya una carga modal, sino una obligación impuesta por el testador y respaldada por la ley.

Por último, decir que en tanto no esté liquidada la herencia, ninguna de las instituciones beneficiarias puede exigir del Estado heredero que le entregue o atribuya bien o cantidad alguna, por cuanto que éstas sólo tienen derecho a percibir el líquido remanente en la cantidad legalmente establecida (23), siendo discutible a la vista de esto el carácter de llamamiento modal, ya que de no cumplir con la obligación establecida el heredero distribuidor y liquidador, el Estado, las instituciones beneficia-

(22) El modo, en todas las teorías mencionadas, se configura como un instituto típicamente voluntario como ocurría con la sustitución fideicomisaria y su adaptación a un supuesto de sucesión legal plantea excesivas dificultades, quedando pendiente de resolver la cuestión de un origen legal, no voluntario, de la aplicación del modo.

(23) Recordemos que era un punto complejo determinar si un sujeto en su propio beneficio puede reclamar el cumplimiento del modo sin que ello suponga que no estemos, en realidad, ante un modo, sino ante un legado. Pues bien, aunque hay que señalar que existe algún supuesto en que el propio beneficiario puede reclamar el cumplimiento, habiendo sido determinado en concreto, lo cierto es que en este punto no se plantearía tal cuestión, si estuviésemos ante un modo, puesto que en la sucesión del Estado los sujetos beneficiarios se encuentran indeterminados aunque determinables, hay un fin de interés general, y las entidades no actúan en realidad en provecho propio, puesto que no tienen fin de lucro.

rias sí pueden reclamar, administrativamente, el cumplimiento mediante la atribución de su cuota en el líquido resultante, pero de una cuota de la universalidad patrimonial que es la herencia. Así, hasta que se determinan las cuotas que corresponden a cada una de las instituciones que previamente se han seleccionado, éstas tienen un derecho en abstracto, que corresponde a todas ellas, pero a ninguna en concreto porque el hecho de pertenecer a alguna de las categorías indicadas en el artículo 956, no quiere decir que necesariamente hayan de ser luego beneficiarias, sino que tan sólo lo serán aquellas que el propio Estado seleccione. Una vez determinadas las cuotas resultantes, es entonces cuando existe un derecho concreto para las instituciones seleccionadas, pudiendo entonces reclamar el cumplimiento. Tal derecho no se fundamenta en el Código civil, ya que aquel derecho era genérico y su manifestación es la indicada en un primer momento, y aunque se tratase de aplicar los artículos 797 y 798, el resultado sería el mismo, porque la reclamación no puede fundamentarse ni en aquél ni en éstos, sino en que se cumpla el acto administrativo de atribución de una determinada cantidad, que es lo que tienen derecho a pedir y con ese fundamento material, por lo que la única vía será el recurso administrativo, lo que establece la normativa específica sobre instituciones de este tipo, lo cual bien poco tiene que ver con la disciplina del modo.

Por todo ello considero que el llamamiento al Estado lo es como heredero, un heredero llamado el último en el orden de suceder, por más que el 957 equipare las instituciones de beneficencia e instrucción pública a los demás herederos, no pueden serlo, son meras beneficiarias, y su asignación, y la atribución posterior de los bienes, lo es del caudal liquidado, y se determina administrativamente, en atención a lo establecido en el Real Decreto de 1971 (24).

Ello conecta con la idea mantenida, en virtud de la cual, el artículo 913 nombra al Estado como un heredero ordinario, siendo el artículo 956, en concordancia con la legislación administrativa, el que establece la obligación del Estado de liquidar y distribuir los bienes recibidos, en tanto que respecto de las instituciones beneficiarias, lo que establece es un derecho in abstracto, puesto que de acuerdo con este precepto, son determinables, pero no determinadas, en él se establecen unos criterios fijos de atribución, no llamamientos efectivos. En tal determinación consiste la obligación del Estado, pero el derecho de las instituciones no puede ser todavía efectivo puesto que tal determinación no se ha producido; la

(24) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*. Madrid, 1995. Tomo IV. Pp. 517 a 519; SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Madrid, 1989. Tomo XXIX. Pp. 58 a 68.

única manifestación de ese derecho que pueda surgir del propio artículo 956 es el que tiene su manifestación en el artículo 11 del Decreto de 1971. El derecho a esa participación en los bienes de la herencia y, por tanto, a reclamarla, no surge sino hasta que han sido determinadas en concreto las beneficiarias efectivas del resultado de la liquidación llevada a cabo por el Estado, pero ese derecho no nace del 956, sino de la atribución que el Estado les hace, resultado del procedimiento del Decreto de 1971, de ahí que su ejercicio sea efectivo en vía administrativa. El Estado tiene una obligación civil que se desarrolla en el ámbito administrativo, las instituciones tienen un derecho en abstracto ex artículo 956, que sólo se concreta, consume y adquiere carta de naturaleza en ese ámbito administrativo.

Por lo anterior, no consideramos que el Estado como heredero llamado no será ni un fiduciario encargado de entregar los bienes hereditarios a determinables herederos fideicomisarios por el propio Estado, ni un heredero sometido a una carga modal *ex lege* de liquidación y posterior distribución, sino que excluidas las posibles similitudes que puedan existir, ambas figuras quedan lejanas por cuanto que el llamado a la herencia es, de manera pura y simple, el Estado, sin ningún aditamento civil a su condición de heredero, sin perjuicio de la obligación administrativa de liquidar y distribuir. La cuestión es que una vez liquidada esa herencia y detraída su tercera parte, deberá entregar el remanente a las instituciones de beneficencia e instrucción pública que el mismo determine en atención a la legislación vigente, tanto civil como administrativa.

Las tesis vistas y admitidas en el Derecho español se confirman, en su casi totalidad, en otros sistemas jurídicos continentales que han partido de una configuración histórica similar, para llegar a parecidas conclusiones, como veremos. Para ello vamos a estudiar el tratamiento dado en otras legislaciones europeas, lo que nos va a permitir complementar lo dicho para España, y entender mejor si cabe esta institución.

4. Tratamiento en el Derecho italiano

El estudio del Derecho italiano va a servirnos para una mejor comprensión de esta institución, ya que es en este país donde mayor número de trabajos se han producido sobre la materia (25), y donde estos han

(25) BESTA, A., *Le successione nella storia dei Diritto italiano*. Giuffrè editore. Milano. 1961; NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Tomos VII y XVIII. Torino. 1957; PACIFICI-MAZZONI, E., *Studio storico sulla successioni legittima. Delle XII Tavole al Codice civile italiano*. Modena, 1870.

tenido una mayor incidencia legislativa, ya que el Código Civil italiano de 1942 al reformar la materia no hizo sino recoger las soluciones más modernas a los problemas que se habían ido planteando por los autores desde la publicación del Código de 1865. No debemos considerar que el estudio de la institución bajo la vigencia del Código anterior supone un estudio de derecho histórico, sino precisamente al contrario, puesto que bajo su imperio se van a plantear por los autores los problemas fundamentales que suscita la institución, y el Código de 1942 ya en 1939, con la publicación del Libro de las Sucesiones y Donaciones no hace sino recoger las soluciones que la doctrina ya había venido dando. El extenso tratamiento que esta institución ha suscitado, en comparación con el recibido en otros países, ha hecho que los autores hayan tratado no sólo la determinación de la naturaleza de ese derecho estatal, sino también aspectos más concretos del tema que nos ocupa como los relativos a la posibilidad de renuncia por el Estado, la necesidad de aceptación o no por éste, la limitación de responsabilidad de la que debe gozar, etc., e incluso de la relación de la institución con otras que nosotros llamaremos afines (26).

El Derecho italiano ha sido histórica y doctrinalmente uniforme en relación a la determinación de la naturaleza jurídica del llamamiento sucesorio al Estado, basándose en una interpretación literal de la ley (27), que a su vez no es otra cosa que la recopilación y positivación final de aquellos conceptos y criterios recogidos inicialmente en el Derecho romano y transportados hasta la actualidad por el *ius comune* y el Derecho histórico intermedio, en una construcción histórico dogmática similar al proceso que se ha dado en España (28).

(26) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, op. cit. Tomo VI-3. P. 88; AGUILERA y VELASCO, *El código civil italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. Madrid, 1861; PANZERA, *Devoluzione delle eredità vacanti alle opere pie. Proposta di riforma dell'articolo 758 Codice civile*. Catania, 1890; GABBA, E., *Indole del diritto dello Stato nella successioni vacanti*. Foro italiano, 1897 y *Sulla successione dello Stato*. Torino, 1904.

(27) Los artículos exponentes de esta idea son el 721 y el 758. En el primero de ellos se configura la atribución como sucesión ab intestato, en último lugar y en defecto de parientes. En el art. 758 se habla de herencia, y establece que en defecto de personas llamadas a suceder, corresponde esa herencia, y así se atribuye al patrimonio del Estado. ANICHINI, P., *Il diritto dello Stato alle eredità vacanti*. Studi Senesi. XXVII. Roma, 1900.

(28) La formación del Derecho histórico italiano ha seguido un proceso similar al proceso de formación del Derecho seguido en España, llegan, en el tema que nos ocupa e interesa a conclusiones similares como veremos. MENGONI ha resaltado la importancia y posterior vigencia en el tiempo de la Novela 118 de Justiniano, que admitió la glosa y la pandectística alemana, que al igual que en España fundamentará para el Derecho italiano el llamamiento sucesorio a los parientes, y en defecto de los mismos al Rey y posteriormente al Estado.

4.1. El Código civil de 1865

En este texto se otorga al Estado el carácter de heredero en el llamamiento sucesorio, ello pese a la parquedad de su expresión y a determinadas interpretaciones desorientadoras del mismo por la doctrina. Ello no obstante, aun recogiendo la legislación expresamente el llamamiento al mismo *ex iure hereditario*, han surgido, al igual que en España, determinadas corrientes doctrinales divergentes como contrapunto a la ortodoxia dominante (29), inclinándose finalmente la jurisprudencia, también, por la idea contenida en la tesis mayoritaria del llamamiento *ex iure hereditario* (30).

La regulación de la institución en este Código, se recogía en el artículo 758, cuyo contenido difería en poco de su homólogo francés (31). A pesar de la parquedad del precepto, y de lo poco significativo de su redacción, podía entenderse que en él cabían las dos tesis contrapuestas referentes a la naturaleza del llamamiento del Estado, si bien la mayor parte de la doctrina italiana anterior a 1942, afirmó con rotundidad que tal artículo reconocía y declaraba la naturaleza hereditaria del derecho estatal, no dando cabida en el sistema italiano a la teoría del dominio eminente, desde el momento en que el artículo 711 del Código italiano permitía la adquisición de la propiedad mediante ocupación, lo que obviaba la idea del derecho del Estado a todas las cosas carentes de

"Successioni..." *op. cit.* Pp. 36 y 221; CICU, A. *Successione legittima e dei legitimari*. Milano, 1943. P. 131; BARBERO, D., *Sistema de derecho privado. Sucesiones por causa de muerte*. Tomo V. Traducido por Santiago Sentís. Buenos Aires, 1967; GRASSI, A., *Successione dello Stato*. Il Filangieri, 1908.

(29) GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*. Vol. II. Torino. 1904. Pp. 245 y ss. Ver Sentencia del Tribunal de Cassazione di Palermo de 25 de julio de 1896, criterio de adquisitivo de ocupación que fue revocado por otras sentencias inmediatamente posteriores.

(30) QUADRI, N., "Le successione dello Stato nel diritto internazionale privato". *Riv. di Diritto Internazionale*. Núm. 41. 1958. Pp. 223 y ss.; FIORE, *Diritto internazionale privato*. Torino. 1903. Pp. 343 y ss.; CAVAGLIERI, G., *Lezioni di Diritto internazionale privato*. Napoli, 1933. Pp. 266 y ss.; POLACCO, *Successioni*. Tomo I. P. 138; SANTORO-PASSARELLI, NICOLÒ, OPPO o el de GABBA o QUADRI, que han puesto el contrapunto a la citada uniformidad doctrinal, el primero con una original teoría respecto del llamamiento al Estado a una universalidad, pero no como sucesor. En la *RDI*, 1958. P. 58. Y el segundo de los autores citados alineándose directamente con la concepción de la adquisición por el Estado *iure imperii*, todo ello en los términos referidos expresamente en este trabajo más adelante. Desde el punto de vista jurisprudencial, hay que considerar dos sentencias, también citadas por MENGONI, y que reflejando la postura general mayoritaria se pronuncian por el carácter hereditario del derecho estatal, como es el caso de la Sentencia del Tribunal de Cassazione de 14 de mayo de 1963, y la del Tribunal de Perugia de 28 de junio de 1967.

(31) Art. 758: "In mancanza delle persone chiamata a succedere secondo la regole stabilite nelle sezioni precedenti l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato".

dueño, como ocurría en el Derecho francés, donde este último principio se encontraba consagrado en el Code. Este argumento fue el que se consideró con mayor peso para fundamentar el rechazo a la visión publicista del derecho estatal sobre las llamadas sucesiones vacantes, y la postura mayoritariamente favorable a la concepción sucesoria de ese derecho.

En segundo lugar, consideraba la doctrina que del tenor literal del artículo se deduce el carácter hereditario del derecho estatal, al considerar que aquél sucede en la herencia como universalidad y no en los bienes. Otro argumento utilizado era el formal-sistemático, siendo el Estado considerado como sucesor en cuanto aparece incluido dentro del Código entre los sucesores, no sólo por la situación del artículo 758, sino también por encontrarse contenido en el 721 referente a los órdenes sucesorios, al contrario de lo que ocurre en el Código francés, cuyo artículo 731 no incluye entre esos órdenes al Estado. A estos argumentos, algunos autores han añadido ciertas consideraciones de carácter más específico, entendiendo que la referencia del artículo 758 al patrimonio del Estado y no al demanio, debe entenderse como una adquisición por el Estado no con fundamento publicístico, sino privado y, en última instancia, hereditario (32).

No obstante, las posibles tesis divergentes se encontraban en total contradicción con la doctrina mayoritaria, en un sector doctrinal encabezado por GABBA y QUADRI, que sostiene que el Estado adquiere los bienes procedentes de las herencias sin parientes con derecho a suceder, no como heredero sino en virtud de un principio de soberanía, fundamentada en un *ius ad bona vacantia*, y todo ello basado en diversas razones que iban desde la influencia de la escuela exegética francesa y del llamado “derecho revolucionario francés” que dio lugar a los principios que después inspiraron el Code, que básicamente consideraba la inexistencia del fundamento familiar que ha de darse en la sucesión hereditaria, sin que cupiese tampoco hablar de la voluntad presunta del causante, siendo mucho más importante el Estado como unificador de los individuos. Respecto de las herencias a las que el Estado es llamado para hacerlas suyas, éste en un primer lugar y externamente asume la forma de un heredero sucediendo en la totalidad del caudal relicto, tanto en los de-

(32) ESPERSON, “Successione dello Stato alle eredità vacanti”. *RDP* 1913. P. 547; BUTERA por su parte considera que la terminología habitualmente empleada remite al concepto de Estado como adquirente a título hereditario, abundando en el argumento literal. *Giornale italiano*, 1922. Vol. I. P. 41 a la sentencia de la Corte de Casación de Turín de 1922; esta sentencia fue también comentada por CAVAGLIERI en la *Riv. Dir. Inter.* 1922. Tomo XIV. Pp. 557 a 561 y en *Foro It.*, 1922. Vol. I. P. 83.

rechos como en las obligaciones del difunto, pero en segunda instancia, y como por lo anteriormente expuesto el llamamiento no puede ser hereditario, deberá determinarse cuál será el título de adquisición de la herencia, que no podrá ser otro que *ex iure hereditario*, en virtud de su derecho de soberanía, en tanto que los bienes hereditarios han devenido nullius por falta de herederos legítimos. Lo cierto es que la tesis sin ser descabellada es consecuencia de una elucubración un tanto forzada en cuanto al Derecho italiano, y de intentar traspolarla al Derecho español, sería igualmente inadmisibile por las mismas razones que lo es en el Derecho italiano, dada la similitud existente entre ambos Códigos en el tema del llamamiento sucesorio. Pero lo cierto es que la inadmisión en el Código italiano de la teoría de la soberanía del Estado como título de adquisición, así como la letra del propio código, constituyeron un obstáculo insalvable para la admisibilidad de esta tesis, y llevó a que, incluso aquellos que la apoyaron inicialmente, hubiesen de rechazarla como extraña al Derecho italiano, tal fue el caso de autores como GIORGI, cuando considera respecto al derecho del Estado que éste se fundamenta en su soberanía territorial.

Ello no obstante, legislativamente siempre se ha considerado el llamamiento al Estado como *iure hereditario*, tanto en la legislación vigente, Código de 1942, como en la precedente, Código de 1865 (33), incluyendo el sistema italiano entre los de adquisición *ex iure hereditario*, considerándosele, junto al español y al alemán, como uno de los sistemas prototípicos de admisión de tal punto de vista (34).

4.2. El Código civil de 1942

En este Código, la regulación establecida en los artículos 565 y 586, es similar a la que hasta el momento de su publicación estaba vigente, de hecho el artículo 565 es una reproducción del antiguo 721 (35).

(33) GRASSI, G., *Successione dello Stato*. Il Filangieri, 1908. Pp. 355 y ss.; DEGNI, F., *La successione a causa di morte. La successione legittima*. Tomo VII-I. Padova, 1938. P. 189.

(34) WOLFF, *Private international law*. Oxford, 1950, "the italian State is the heir and the State's right is in every respect treated as a right of inheritance." P. 151.

(35) El art. 565, reproducción del 721, dice que: "Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti legittimi e naturali, agli ascendenti, legittimi, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo".

El art. 586, transcripción literal del art. 132 del libro de 1939, dice que: "In mancanza di altri successibili, l'eredità è devoluta allo Stato. L'acquisito si opera di diritto senna bisogno di accettazione e non puo farsi luogo a rinunzia. Lo Stato non risponde dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni acquistati."

Hasta la entrada en vigor del nuevo Código, el 21 de abril de 1942 (36), que rebajó el grado de los parientes llamados antes del Estado del décimo al sexto grado (37), lo escaso de la regulación existente en el Código de 1865 no impidió a la mayoría de los autores considerar (38) que el título de adquisición del Estado es hereditario, y no se fundamenta en la teoría del dominio eminente (39), o en derecho de soberanía alguno o de ocupación preferente o privilegiada, ni la consolidación de la propiedad (40).

Ese derecho de carácter sucesorio se configuró señalando que el Estado no podía repudiar, dada la función que cumplía el instituto, y puesto que no puede repudiar, y por tanto debe aceptar, su responsabilidad está necesariamente limitada *intra vires* (41), recogiendo la realizada por el Código civil de 1942, tanto en éste como en otros muchos aspectos, la citada formulación llevada a cabo por la doctrina dominante (42).

Dentro del nuevo Código se regula la institución aquí estudiada de una forma más completa, recogiendo las pautas que ya habían venido siendo marcadas por la doctrina desde 1865, y estableciendo las particularidades que representa este tipo de sucesión hereditaria, que no son

(36) Éste fue publicado por Decreto de 16 de marzo de 1942, si bien el Libro II de este Código civil italiano es una incorporación literal del libro sobre "sucesiones por causa de muerte y las donaciones", publicado mediante el Real Decreto de 26 de octubre de 1939-XVIII. BUTERA A., *Codice civile comentato*. Torino, 1940.

(37) ONDEI, E., "Per un più ampio diritto di successione dello Stato nei beni dei privati". *Riv. Dir. Civ.* 1963. P. 326.

(38) PERSICO, C., "Il diritto dello Stato sulle successioni vacanti", *Riv. Dir. Civ.*, 1916. P. 348; CARRARO, A. *La vocazione legittima alla successione*. Padova, 1979. Pp. 12 y ss.

(39) ESPERSON, "Successione dello Stato nella eredità vacanti". *Op. cit.*

(40) LUGO, A., "La successione dello Stato nel nuovo Libro del Codice civile," *RDC* 1940. Pp. 337 a 355; CICU, A., *Le successioni*. Milano, 1947. Pp. 204 a 208; QUADRI, N., "Le successione..." *op. cit. RDI* núm. 41. Pp. 51 a 65; MENGONI, "Successioni per causa di morte", parte speciale. *Successione legittima* en Trattato di diritto civile e commerciale de CICU y MESSINEO. XLIII-I. Milano, 1961. Pp. 215 y ss. y 246, así como su actualización realizada en el Commentario del Codice civile a cura de SCIALOJA e BRANCA, arts. 565-586. Bologna/Roma, 1985; FERRI, L., *Commentario del Codice civile a cura de SCIALOJA e BRANCA*, arts. 515-535. Bologna/Roma, 1968. Pp. 190 a 192; CARIOTA FERRARA, C., *La successioni per causa di morte*. Vol. I. Parte Generale. Tomo II. Napoli, 1962. ONDEI, E., "Per un più ampio diritto di successione dello Stato nei beni dei privati." En *RDC* 1963. Pp. 324 a 335, trabajo este que trata con gran amplitud el problema de la función social de la propiedad en relación con la sucesión por el Estado; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*. 30ª Edición. Padova, 1989. Pp. 251 y ss.; y CARRARO, F. *La vocazione legittima alla successione*. Padova, 1979.

(41) MENGONI, L., "Successioni...". *op. cit.* Pp. 218 y ss.; CICU, A., *Successione... op. cit.* P. 136.

(42) BARASSI, L., "Le successione per causa di morte". Milano, 1947. P. 241; *Giornale italiano*, 1922. Vol. I. P. 41 a la sentencia de la Corte de Casación de Turín de 1922; CAVAGLIERI. *Riv. Dir. Inter.* 1922. Tomo XIV. P. 557 y en *Foro Itálico*, 1922. Vol. I. P. 83.

otras que la no necesidad de aceptación por parte del Estado, la imposibilidad de renuncia al llamamiento y una limitación de la responsabilidad del Estado como heredero *intra vires*. Con la promulgación del Codice civile de 1942, los derechos del Estado sobre las sucesiones vacantes son regulados con mayor pulcritud, de suerte que gran parte de los problemas discutidos bajo el régimen anterior, son ahora resueltos normativamente. Con este nuevo precepto, el legislador italiano, influido por la doctrina existente y de él derivada, resuelve los problemas fundamentales que el antiguo artículo 758 había planteado durante su vigencia (43).

Como hemos dicho, si desde la publicación del Código de 1865, la tesis dominante era la que consideraba hereditario el derecho del Estado, con la publicación del nuevo cuerpo legal, con los artículos 565 y 586, tal tesis viene a confirmarse legislativamente en ese país, por cuanto que si alguna duda podría ofrecer el antiguo artículo 721, el 565 se desmarca de aquél extendiendo al Estado el concepto de orden sucesorio (44).

Como ha señalado MENGONI, después de la entrada en vigor del Código de 1942 la doctrina que atribuye en Italia al Estado el carácter o la cualidad de heredero se ha vuelto absolutamente prevalente. A pesar de ello entiende que el carácter necesario de esta sucesión, es decir, sin posibilidad de repudiación, ha hecho pensar a algunos autores que aunque la del Estado sea una sucesión a título universal, no sucede por derecho hereditario, sino con fundamento en un derecho de soberanía que lo habilita para el cumplimiento en estos casos, señalándose que el artículo 588 que identifica la sucesión universal con la sucesión a título de heredero, se refiere a la sucesión *mortis causa* a título privado y voluntaria (45).

(43) Estos problemas fueron debidos esencialmente a un exceso de fidelidad al modelo francés, del que se inspira el Código de 1865, aunque llegue a conclusiones contrapuestas, siendo así que los respectivos sistemas sucesorios difieren esencialmente, máxime teniendo en cuenta la ausencia en el Derecho italiano de disposiciones análogas a las contenidas en los arts. 539 y 713 del Código francés.

(44) Este precepto es utilizado por DE LOS MOZOS para confirmar la entrada en el Derecho italiano de un elemento extraño al mismo, pero existente tanto en el Derecho alemán como en el francés, cuando al hablar de que “...*l'acquisto si opera di diritto...*”, considera que los efectos de la adquisición se producen *ipso iure*, en contra de los principios conforme a los cuales se organiza la herencia en el Derecho italiano. Ver CASTÁN TOBEÑAS, edición actualizada por DE LOS MOZOS, *Derecho civil... op. cit.* P. 190.

(45) Así lo afirma MENGONI al decir que “el art. 586 ha resuelto la cuestión más grave que se planteaba bajo el imperio del art. 758 del Código derogado, en vista del cual se suscitaba sobre todo el problema acerca de la naturaleza de la sucesión del Estado”, primero en su obra “*Successioni per causa di morte. Successione legittima*”. Milano, 1961. P. 9, nota 13, y posteriormente, aunque en el mismo sentido, en el comentario a los arts. 565-586, en los *Commentario del Codice civile*, dirigidos por SCIALOJA e BRANCA; Bologna/Roma, 1985. P. 129. Este autor es uno de los que más, y más recientemente, se ha ocupado del problema de la

En general cabe afirmar, sin perjuicio de existir voces doctrinales discordantes, que la mayor parte de los autores sostienen que el Estado, a pesar de las anomalías que presenta la institución, es un verdadero y genuino heredero, lo cual se ha demostrado como el medio más adecuado para satisfacer los fines que la institución pretende cubrir (46).

En la misma línea también se ha expresado la jurisprudencia italiana, dando por buena la interpretación doctrinal realizada, siendo un compendio de esta idea una Sentencia de la Corte Costituzionale número 63/1979, de 4 de julio (47).

5. Tratamiento del tema en el Derecho civil portugués (48)

La regulación y tratamiento que, del tema que nos ocupa, se realiza en el Derecho portugués es muy similar al realizado por el Derecho y la mayoría de la doctrina española, estableciendo el llamamiento a la Hacienda nacional, a falta de colaterales hasta el sexto grado, en concepto

naturaleza del derecho del Estado a las sucesiones vacantes. Reconociendo el carácter derivativo de la adquisición del Estado y que puede o no tener naturaleza hereditaria, pero que desde luego implica siempre una sucesión. Continúa este autor desarrollando su argumentación dentro del propio ámbito de la institución, ofreciendo un criterio de gran valor a la hora de considerar al Estado heredero, es preciso realizar un inventario de acuerdo con el art. 769 del Code, para mantener la cohesión patrimonial y garantizar así a los acreedores. Además, si bien el Estado es un sucesor, que adquiere *ex iure hereditatio*, no se configura como un último orden sucesorio, el carácter anómalo de su sucesión, por su necesidad, lo sitúa en una posición diversa a la de los órdenes sucesorios ordinarios y marginal a éstos, ello es debido a que "la mancanza di altri successibili è un elemento integrante del suo titolo".

Ver el art. 565 sobre las categorías u órdenes sucesorios.

(46) Así todos los autores citados hasta el momento, a salvo de la opinión aislada de QUADRI en "Le successione dello Stato nel Diritto internazionale privato." *Riv. Dir. Internazionale*, 41. 1958. Pp. 51 a 65, en concreto p. 56, para quien aunque el Código de 1942 parece consagrar el carácter hereditario del título del Estado, el artículo 42,4 de la Constitución separa de forma indudable la idea de sucesión legítima de la que se refiere a los derechos del Estado.

(47) Esta resolución tiene señalados precedentes jurisprudenciales como son la Sentencia del Tribunal de Brescia de 12 de marzo de 1955, *Foro Itálico*, 1955. I. P. 1583; Sentencia número 1197 del Tribunal de Cassazione, de 14 de mayo de 1963, *Foro Itálico*. 1963 I. P. 1682; Sentencia del Tribunal de Perugia, de 28 de enero de 1967, *Foro Itálico* 1968. I. P. 562; Tribunal de Napoli de 24 de enero de 1976. Ver PERLINGIERI, P., *Codice civile anotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro II. Arts. 565 y 586. 1980. Pp. 194 y 208.

(48) CUNHA GONÇALVES, L. da, *Tratado de Direito civil*. Volumen X. Coimbra editora. Coimbra, 1936. Pp. 429 y 430; VARELA, J. de M. A., *Da sucessao do Estado nos Bens dos Particulares*. Coimbra, 1946; NETO, A. y MARTINS, H. A., *Código civil anotado*. 7ª ed. Lisboa, 1990; OLIVEIRA ASCENSAO, J. de, *Direito civil. Successoes*. 4ª ed. Coimbra, 1989; PAEZ DA SILVA VAZ TERRA, A., *Código civil português*. Lisboa, 1967.

de heredero (49). La legislación portuguesa, ya desde la publicación del Código civil portugués de 1867 determinaba el derecho a suceder del Estado en las herencias intestadas a las que no concurren descendientes, cónyuge superviviente y colaterales hasta el sexto grado, estableciendo que en defecto de todos ellos sucedía la Fazenda Nacional (50).

El Código civil vigente (51), establece una regulación idéntica a la recogida en su precedente histórico legislativo de 1867, similar al Derecho español (52), atribuyendo al Estado la herencia por falta de cónyuge y de todos los parientes en grado de suceder (53) y atribuyendo al Estado los mismos derechos y obligaciones que a los demás herederos (54).

La principal novedad la constituye, sin embargo, el contenido del artículo 2.154 (55), al considerar el llamamiento al Estado como sucesor

(49) Algún autor, caso de DA CUNHA, a la vista de la redacción del Código, estimaba que a pesar del tenor literal del precepto, el Estado, siendo heredero, no puede, como cualquier otro, repudiar la herencia, ni aceptarla a beneficio de inventario ya que el derecho del Estado se limita a la adquisición hereditaria del saldo líquido, si lo hubiere, una vez satisfechas todas las cargas y deudas de la herencia. *Tratado de Direito...*, op. cit. P. 406.

(50) Art. 2.006: "Na falta de todos herdeiros, testamentarios ou legítimos, sucederá o Estado", y el 2.007 contenía disposición semejante a la del 957 del Código español, "Os direitos e obrigações do Estado, relativamente a herança serao os mesmos que os de qualquer outro herdeiro". El de 1969 recoge al Estado entre los órdenes de suceder en sexto lugar, tras los colaterales hasta el sexto grado, a salvo de lo dispuesto en el artículo 1.663, precepto que, al estilo del 1.653 del Código civil español, dispone "Na falta de herdeiros testamentarios ou legítimos do último foreiro, será o prédio devolvido ao senhorio". BRAGA DA CRUZ, A. *O direito de irrealidade*. Tomo I. Braga, 1941. Pp. 211 y ss.

(51) En el Decreto-Ley número 47344 de 25 de noviembre de 1966 y que entró en vigor el 1 de junio de 1967, se regula la institución en los arts. 2.152 a 2.155, fijándose básicamente en los mismos el llamamiento con carácter sucesorio, que se opera de derecho sin necesidad de aceptación, y sin que el Estado pueda repudiarla.

(52) El art. 2.008 corresponde en su contenido al art. 958 español, al decir que "O Estado nao poderá tomar posse da herança sem que preceda sentença que declare o seu direito, nos termos do Código de processo". ANDRADE y MATOS, J., *Código civil português*. Coimbra, 1960; REIS MARQUES M., *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*. Coimbra, 1987. Pp. 197 y ss.

(53) Art. 2.152: "Na falta de cónyuge e de todos os parentes successíveis, é chamado à herança o Estado". La inexactitud de la expresión de este artículo hizo que se reformase, anteponiendo, como es lógico, los parientes al cónyuge viudo, por Decreto-Ley 496/1977.

(54) Art. 2.153: "O Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro". En cuestiones referentes a la aceptación a beneficio de inventario, colación, partición del patrimonio hereditario, o la propia sistemática del mismo, este Código influyó en la redacción del Código civil español. BARO PAZOS. op. cit. P. 287, donde en la nota 339, respecto de la importancia de este Código, cita a FABIE como contrario a la influencia del Code francés y defensor de las bondades de éste.

(55) Art. 2.154: "Desnecessidade de aceitação e impossibilidade de repudio. A aquisição da herança pelo Estado, como sucesor legítimo, opera-se de direito, sem necessidade de aceitação, nao podendo o Estado repudiá-la".

legítimo, pero a beneficio de inventario la adquisición realizada, sin que pueda éste renunciar a la herencia. Esta novedad no resulta extraña en el Derecho comparado como ha podido ya constatar, siguiendo esta tendencia las reformas que en la materia se han llevado a cabo en los distintos países, tal es el caso del Código civil italiano de 1942.

El 2.154 del Código portugués viene a resolver una de las cuestiones fundamentales en esta materia, siguiendo el que parecía ser criterio habitual en el país vecino con el Derecho vigente hasta 1967, determinando que la adquisición de la herencia por el Estado se opera *ipso iure*, en el caso de la sucesión legítima, sin necesidad de aceptación y sin que el Estado tenga la posibilidad de repudiarla, siguiendo la tenencia admitida y generalizada en aquellos ordenamientos donde la adquisición del Estado se opera por título sucesorio, donde el Estado se constituye como un heredero más, el último heres (56), donde el artículo 2.133 recoge entre los órdenes de suceder, como último en defecto de colaterales hasta el cuarto grado (57), al Estado (58). Se fundamenta tal precepto en el sentido que lo hacía DA CUNHA antes de 1967: considerar que el fundamento de la sucesión del Estado es precisamente evitar el abandono de ésta y la consiguiente dispersión del caudal, lo que no sería factible si se le permitiese repudiar.

El artículo 2.155 (59), contiene la clásica disposición de carácter procesal, en el sentido de declarar la no concurrencia de parientes a la herencia y por tanto la declaración como heredero del Estado.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado como heredero, el artículo 2.053 referido a la aceptación a beneficio de inventario, en su primer número determina que “a herencia deferida a menor interdicto, inhabilitado ou pessoa colectiva só pode ser aceita a beneficio de inventario”, precepto en el que habrá que entender implícitamente compren-

(56) El art. 2.033 le reconoce con carácter general al Estado capacidad sucesoria: “Têm capacidade sucessoria, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão...”.

(57) También sigue al BGB en lo que se refiere al aspecto procesal, puesto que se requiere una sentencia que declare la herencia vaga, art. 2.155 Código civil, de parecida naturaleza a la declaración de herederos presunta que regía en aquel Código. De ahí que se diga que la adquisición por el Estado en Portugal no es, en sentido estricto, automática, puesto que se precisa previamente tal declaración, por ello OLIVEIRA ASCENSAO habla de un sistema de investidura, donde “é necessario um processo, pelo qual se chega a uma sentença em que se declara a herença vaga para ao Estado. A investidura ou a atribuição ao Estado, dá-se justamente por força dessa sentença”. *Direito civil...*, op. cit. P. 449.

(58) Sigue la pauta marcada por el BGB, así como por el Código civil suizo y el italiano de 1942.

(59) Decreto-Lei de 15 de septiembre de 1967, núm. 47.938.

dido el Estado, en cuanto persona jurídica pública, dado que carece de la facultad de repudiar y a falta de disposición expresa sobre el particular dentro del Código (60).

6. Tratamiento en los códigos sudamericanos. Los Códigos civiles argentino, venezolano y peruano

No obstante el tratamiento que se da al respecto en cada uno de los textos legales de cada país, en lo que al tema objeto de este artículo se refiere, podemos considerar que, a diferencia de otras materias, ninguno de ellos influyó decisivamente en la redacción de nuestro Código (61), o de las posteriores normas que lo desarrollan, a excepción del Código civil mejicano, el cual es citado ampliamente en el Anteproyecto de nuestro Código, y en concreto en cuanto a la sucesión intestada es decisivo respecto de la aceptación, repudiación y partición de la herencia (62). Este Código influiría posteriormente respecto de otros Códigos latinoamericanos, siendo importantes para su estudio, como más significativos en su actual regulación y desarrollo del tema, el Código civil argentino, el venezolano, el peruano o el chileno (63), en los términos que ahora pasamos a estudiar, pero siempre en la consideración del llamamiento sucesorio intestado al Estado, u órgano administrativo que lo sustituya, *ex iure hereditario* (64).

6.1. Tratamiento en el Código civil argentino

Este cuerpo legal recoge y regula la cuestión en su Título IX, "Del orden en las sucesiones intestadas", y en concreto en su Capítulo VII, "De la sucesión del Fisco" (65).

(60) OLIVEIRA, J., *Direito civil...*, op. cit., p. 450.

(61) MOISSET DE ESPANES, L., "Derecho civil español y americano, sus influencias recíprocas". RDP, enero, 1972; BATIZA, R., *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mejicano*. México, 1982.

(62) BARO PAZOS, J., *La codificación...* op. cit. P. 290; CAZA DUFOUR, F., "La codificación civil en Méjico 1821-1884". *Rev. de Investigaciones Jurídicas*. 9. México, 1985.

(63) Respecto de este último no existe especialidad alguna respecto de lo establecido en el precursor de todos ellos que es, como hemos dicho, el mejicano. ALESSANDRI RODRIGUES, "El Código civil chileno". *Información jurídica*. Núm. 150-151. 1955. Pp. 625 y ss.

(64) BATIZA, R., *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mejicano*. Ed. Porrúa. Méjico DF. 1982. P. 57; CANELLA SECADES, "La codificación civil en la América española". *RGLJ*. Tomo 57. 1880. P. 180.

(65) Está recogido en los arts. 3.547, 3.590 y 3.591. Dice el art. 3.547, de una manera similar a la establecida en nuestra legislación, que: "Las sucesiones intestadas corresponden a

A la vista de la redacción de los artículos la doctrina argentina interpreta mayoritariamente que el llamamiento al Fisco para hacer suyos los bienes del que fallece sin testamento y sin parientes dentro del sexto grado, no lo es *iure hereditate*, pero tampoco lo es en virtud de un dominio eminente, ello sin perjuicio de la evidente influencia recibida al respecto por el Derecho francés, que le atribuye una titularidad *ex bona vacantia* (66). Los autores más representativos de la doctrina, como LISANDRO SEGOVIA (67), JUAN CARLOS REBORA (68) o DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD (69), consideran que si bien el Estado, o en su caso el Fisco, no es un heredero, sí es un sucesor en la titularidad y posesión de los bienes del difunto, por cuanto aunque, para hacer suyo el patrimonio, debe haber una declaración preferente de la vacancia definitiva de la herencia, el Estado, lejos la adquisición de los bienes como vacantes, deberá dar cumplimiento a todas aquellas disposiciones del difunto que sean válidas, no pudiendo tomar los bienes por su propia autoridad, como así sería si lo hiciera en virtud de un dominio evidente, sino que debe pedir la posesión judicial de la herencia. Se considera al Fisco como un sucesor sin la condición de heredero, produciéndose un tipo de llamamiento y posterior adquisición que en el Derecho francés se denomina “en desherènce” (70). El desarrollo y determinación de la posterior dis-

descendientes, ascendientes, cónyuge y parientes dentro del sexto grado. No habiendo sucesores legítimos los bienes corresponden al Estado general o provincial”. Art. 3.590: “A falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional, según fueren las leyes que rigieran a este respecto”. Art. 3.591: “Los derechos y obligaciones del estado en general o de los estados particulares, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los herederos. Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes de una sucesión vacante, el juez debe entregarlos bajo inventario y tasación judicial. El fisco sólo responde por la suma que importan los bienes”.

(66) BORDA, J. C., *Tratado de Derecho civil argentino*. Tomo II. Buenos Aires, 1967.

Una mayor influencia del Derecho francés encontramos en el Código civil venezolano de 26 de julio de 1982, donde en su art. 832, parafrasea la expresión de aquel “*devolues*”, al hablar de que los bienes “pasan al patrimonio de la Nación”. Esta adjudicación al patrimonio de la nación es hecha no en concepto hereditario, ni sucesorio, sino en virtud de una situación previa de vacancia, al no haber parientes del difunto dentro del octavo grado.

(67) *El Código civil de la República Argentina*. Tomo II. Buenos Aires, 1933. Ed. la Facultad. Pp. 573 y 574.

(68) *Derecho de las sucesiones*. Tomo II. 2ª edición. Buenos Aires, 1952. Ed. bibliográfica argentina.

(69) *El Código civil de la República Argentina*. Tomo I. Ed. La Facultad. Buenos Aires, 1933.

(70) REBORA, J. C., *op. cit.* P. 497.

tribución de los bienes se realiza, al igual que en España, por una legislación distinta al Código civil y de carácter casi administrativo, que atribuye los bienes, previa distribución realizada por el Fisco, a distintos órganos locales de beneficencia e instrucción.

A la vista de lo anterior, debemos considerar que el Código argentino no puede enmarcarse dentro de aquellos Códigos donde la naturaleza jurídica del llamamiento al Estado, o al Fisco, lo es en concepto de heredero, pero sí lo es en concepto de sucesor, lo que sin alejarse excesivamente de las tesis defendidas por la doctrina española e italiana, lo acerca al supuesto excepcional que suponen las tesis de SANTORO-PASSARELLI, si bien éstas son posteriores a la publicación de este Código. Esta teoría que niega el carácter hereditario del llamamiento sucesorio al Estado, intentando construirlo sobre presupuestos diversos a los de la clásica teoría del dominio eminente, parte de la idea de que el Estado adquiere la herencia vacante como una universalidad pero sin que exista un sucesor universal, fue formulada inicialmente en sede de Derecho italiano por SANTORO-PASSARELLI (71).

Esta teoría puede considerarse un *tertium genus* entre las dos corrientes mayoritarias que determinan el llamamiento al Estado o bien *iure hereditario* o bien como un dominio eminente, no adscribiéndose finalmente a ninguna de ellas (72), aunque la posición que mantiene esté más cerca de la primera que de la segunda, si bien demuestra la imposibilidad de admitir que el Estado acceda a la herencia vacante por vía de una especie de ocupación privilegiada, entre otras razones porque si así fuera, créditos y deudas del difunto deberían considerarse extinguidos con la muerte del titular sin sucesores. Considera el citado autor, al igual que la mayoría de la doctrina argentina, que no es aceptable la tesis de la voluntad presunta del causante, de la cual podría haberse deducido cualquier otro efecto, o, sobre todo, que fueran herederos otros entes, locales, más cercanos al difunto (73); ni la que fundamenta ese carácter hereditario en la función social de la propiedad, por lo que critica igualmente las tesis de CIMBALI en su totalidad y muy particularmente en lo

(71) Es la llamada "Teoría della successione legittima dello Stato", y tiene su origen en un art. para la *Riv. It. per la Scienze Giuridica*, publicado en 1930, pp. 617 y ss.; al año siguiente fue incluida en los *Studi in Onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 497; siendo finalmente recogida y publicada en *Saggi di diritto civile*. Tomo II. Napoli, 1961. Pp. 595 y ss.

(72) Demuestra la imposibilidad de admitir que el Estado acceda a la herencia vacante por vía de una especie de ocupación privilegiada, entre otras razones porque si así fuera, créditos y deudas del difunto deberían considerarse extinguidos con la muerte del titular sin sucesores.

(73) En tal sentido ya en 1888 señaló BUNIVA que normalmente la voluntad presunta del causante "evidentemente favorisce meglio gli inigenti del Commune a cui si appartiene che lo Stato". *Delle successione legittime e testamentarie*. Torino, 1888. P. 116.

que se refiere a la sucesión del Estado como participación de la colectividad en el patrimonio del individuo al que nadie ha accedido ni por vía testamentaria, fundamento individual, ni abintestato como fundamento familiar (74). Este autor hace hincapié sobre la contradicción existente entre la naturaleza propia del instituto y su calificación jurídica en aquellos ordenamientos en que se considera como heredero al Estado, puesto que se introducen tales modificaciones y anomalías, que hacen que la posición jurídica del Estado que accede a la herencia vacante sea esencialmente distinta a la del heredero ordinario, a pesar de las disposiciones sobre la materia en los distintos Códigos civiles, artículo 466 del Código civil suizo, el artículo 1936 del BGB alemán o diversas disposiciones de EGBGB, o el artículo 956 del Código civil español. Tales anomalías que se presentan también en el Derecho italiano consisten fundamentalmente en la obligatoriedad de aceptación por parte del Estado de la herencia, frente al principio de libertad absoluta de aceptar o repudiar por parte del heredero ordinario; por otro lado, su responsabilidad se limita *intra vires*, y se solía entender que no podía repudiar la herencia.

La solución propuesta por SANTORO-PASSARELLI pasa por el rechazo de que el fundamento o el título sobre el que se base la adquisición por el Estado sea el poder soberano del Estado en la medida en que esto supondría una vuelta a la teoría feudal del dominio eminente, sin embargo añade, con su adquisición, el poder público está satisfaciendo una serie de intereses de carácter general y por ello mismo, no público, por lo que concluye que el Estado realiza una función consecuencia de la soberanía que ostenta sobre las cosas y los bienes. Ese sería el fundamento de una adquisición que de hecho, y como consecuencia de lo anterior no se operaría ya como la de un heredero común, sino en forma de una especie de sucesión en una universitas, pero a título singular.

La teoría de SANTORO-PASSARELLI que gozó de un cierto predicamento en Italia, y que es la que se admite en el Código civil argentino vigente, supone una vuelta a la vieja fundamentación en la soberanía del Estado que ya había sido definitivamente rechazada en Italia, aunque expresándolo de forma diversa. Sin embargo, tiene algunas virtudes indudables y que habremos de recordar al tratar de la naturaleza de la institución en el Derecho español, en primer lugar el hecho de que resalte el aspecto funcional y teleológico de la institución, aspecto que muchas veces no se tiene en cuenta y que, sin embargo ha de tenerse en todo momento presente para una correcta comprensión del sentido de la sucesión por el Estado y de la posición de éste, que, como consecuencia

(74) CIMBALI, F. *La nuova fase del diritto civile*, 4ª ed. 1907. Pp. 204 y ss.

de esa función que viene a cumplir, hará que no pueda, seriamente, sostenerse que su posición jurídica, por más que se construya dentro del sistema sucesorio general, sea la misma e idéntica a la de cualquier otro heredero, en efecto, esa posición jurídica siempre habrá de tener anomalías, lo que se demostrará en el caso de nuestro Derecho. Esa función consistirá en la satisfacción de intereses de carácter público, mediante la atribución de todo, o parte de la herencia deferida a instituciones de interés social. Una atribución semejante también se produjo en Italia por un período de cerca de veinte años, nos estamos refiriendo al período que en aquel país inició una Ley de 27 de julio de 1898 sobre la Cassa Nazionale di Previdenza per la invalidità e la vecchiaia degli operai, cuyo artículo cuarto (75) asignaba las herencias vacantes a que se refería el Código civil a la citada institución. El otro aspecto que llama la atención es el de la configuración de la adquisición por el Estado como una sucesión a título singular, ya que en nuestro país se ha pretendido configurar, como veremos, el derecho de las instituciones de beneficencia, instrucción y acción social, de una forma parecida, como una especie de sucesores *sui generis* a título particular.

6.2. El Código civil peruano de 1984

El Código civil peruano de 14 de noviembre de 1984, regula la cuestión en un solo artículo, el 830, bajo la rúbrica "Sucesión del Estado y de las Beneficencias públicas". La atribución a estas últimas no se opera a través del Estado, sino que procede a un reparto de la herencia, donde al Estado corresponden los predios rústicos con todos los bienes que integren, correspondiendo el resto de la herencia a la Beneficencia pública. A falta de sucesores testamentarios o legales, el juez que conoce del procedimiento de declaratoria de los herederos, adjudicará los predios rústicos, ganado, maquinaria e instalaciones que los integren al correspondiente organismo del Estado y los demás bienes a Beneficencia pública del lugar del último domicilio que tuvo el causante en el país o de la capital de la República si estuvo domiciliado en el extranjero o al organismo que haga sus veces.

Se establece expresamente la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, al fijar la responsabilidad del adjudicatario hereditario por cuanto que es obligación de las entidades adjudicatarias pagar las deudas del causante hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados, configurando así la responsabilidad de los llamados de manera *intra vires*, tanto para el Estado como para la Beneficencia pública, en

(75) Texto único de 30 de mayo de 1902. Art. 9.

la línea del artículo 661 que limita en todo caso la responsabilidad hereditaria (76).

No obstante lo anterior, el tratamiento que se da a la materia en este Código es incompleto en la medida que no resuelve varios de los que pueden considerarse como problemas fundamentales en la materia sucesoria. Por ejemplo, no resuelve de manera terminante cuál sea la naturaleza del derecho del Estado y entidades, ya que mientras la rúbrica del precepto, así como su situación sistemática, parecen dar a entender que el título de adquisición es el sucesorio, sin embargo el artículo 816 no los recoge entre los órdenes de suceder, y el 830 evita hablar de sucesión en todo momento, utilizando el término adjudicación que no parece muy acorde con la idea de sucesión. Tampoco resuelve la cuestión de si la adquisición es o no automática y si pueden Estado y entidades, repudiar la herencia, aunque desde luego no cabe desconocer que el término adjudicación, ambiguo a los efectos antedichos, no lo es tanto a los que ahora se tratan.

7. El régimen jurídico de la sucesión del Estado en el Derecho alemán

El Derecho alemán moderno adapta la tradición romanista al esquema iusprivatista de considerar al Estado como un sucesor llamado a título de heredero, respecto de la herencia del que muere intestado sin descendientes.

Como ya hemos adelantado anteriormente, este sistema, al igual que el italiano, considera el llamamiento realizado al Estado a la herencia del fallecido que muere sin parientes llamados legalmente a la misma, como *ex iure* hereditario (77), siendo el Fisco del Estado federal o del Estado federado, calificado no solamente como sucesor, sino también como heredero.

La cuestión que nos ocupa está regulada en el artículo 1936 del BGB alemán (78), cuya redacción es consecuencia de la pandectística alemana,

(76) Art. 661: "El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial".

(77) Considera KIPP que "... la herencia pasa al Estado en el que el causante ha tenido su último domicilio" y "en ausencia de domicilio, la herencia pasa al Bund o, en su caso, a la República Democrática alemana". *Tratado de Derecho civil, Derecho de sucesiones*. Traducción al español de COING, comentarios de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F. Barcelona, 1976. P. 64.

(78) Prescribe este artículo que "Si al momento de la apertura de la sucesión no existe ni pariente ni cónyuge del difunto, el Fisco del Estado federado, al que pertenecía el difunto al momento de su muerte, es el heredero legal. Si el difunto pertenecía a varios Estados federados, el Fisco de cada uno de ellos es llamado a suceder en iguales porciones. Si el difunto era alemán, sin pertenecer a ningún Estado federal, es el Fisco del Reich, de la República Federal y, hoy, sólo de ésta el heredero legal".

que partiendo de los textos romanos analizados anteriormente en este trabajo, atribuían al Fisco las herencias sin parientes con derecho a suceder como último heres, y que fueron interpretados por ella en el sentido de considerar a éste, si no un heredero, sí al menos como un sujeto que actuaba *in loco heredis* o como si lo fuera, marcando así una tendencia en esta materia que, no sólo va a ser seguida por el BGB en el precepto indicado, sino también, bien que con algún matiz específico, en otros países, como es el caso de Suiza, España o Italia, donde se considera al Estado como auténtico sucesor.

Tanto en el ámbito del Derecho positivo como en el ámbito doctrinal, en Derecho alemán se entiende que el Estado alemán adquiere por título hereditario (79), al igual que los tratadistas del Derecho internacional privado y del Derecho comparado.

En este sentido señala NIBOYET que el Estado es un sujeto más dentro del derecho de sucesión legal, por lo que a partir de esta premisa se considera que su posición tiene determinadas peculiaridades en cuanto existe un interés en la liquidación del caudal, calificándose el llamamiento al Estado como un genuino derecho hereditario porque la adquisición que realiza el Estado, no lo hace con un fundamento en un Derecho público, como ejercicio de la soberanía sobre los bienes que carecen de dueño, sino consecuencia de un llamamiento de Derecho privado (80).

En relación al sistema alemán puede señalarse, en primer lugar, que el carácter hereditario del derecho del Fisco en Derecho alemán es cuestión indiscutida, a la vista del artículo 1936, que considera, a todos los efectos, que el Fisco del Estado al que corresponda la herencia es auténtico heredero, precisamente por ello no podrá adquirir el caudal relicto en tanto que existan herederos preferentes, y tan sólo a falta de ellos heredará el Fisco del Estado correspondiente, lo anterior se debe a que la materia no ha sufrido reformas como en el Derecho italiano o el francés, siendo su regulación mucho más clara, frente a la ambigüedad de los preceptos de los Códigos italiano y francés antes de las respectivas refor-

(79) KIPP, Th., *Tratado...*, *op. cit.* Pp. 64 y 65. Un sector de la doctrina alemana considera que existen paralelismos entre el Derecho romano y el alemán. Por ello los tratadistas encuadran el alemán entre los sistemas de adquisición por el Estado a título hereditario, lo que tiene como consecuencias lógicas, a diferencia de sistemas como el francés o el austriaco, la aplicación de la ley personal y el principio de la unidad de la ley aplicable. Ver también NECHKER, A., *La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales*. Genève, 1972. P. 21; QUADRI, N., "Le successione...", *op. cit.* P. 56; MARIDAKIS, G. S., "Les bona vacantia d'après le Droit international privé." *RABELS*. Núm. 23. 1958. P. 802.

(80) En su obra *Conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété mobilière*. París. 1912. Pp. 256 a 281, califica el derecho del Estado en Alemania y Suiza como un verdadero derecho sucesorio.

mas (81). Para ello, habrán de transcurrir los plazos que determina la ley sin que se presente heredero alguno, y el Tribunal de la sucesión habrá de declarar que no existe otro heredero que el Fisco, declaración que supone la presunción de que es él el heredero legal. En Derecho alemán se exige un requerimiento público para llamar a los posibles herederos. En cualquier caso hasta que el Fisco no es declarado como heredero, no puede ejercitar ningún derecho como tal. Para ello se establece en el artículo 1964 un procedimiento especial para la adquisición de los ab intestatos en favor del Fisco. Este procedimiento establecido para el Fisco, de declaración como heredero por el correspondiente Tribunal, no sólo le es aplicable a él de manera específica, sino también a todos los posibles sujetos que tengan derecho a las herencias intestadas en su lugar, como es el caso de corporaciones o instituciones de beneficencia o instrucción de carácter territorial.

En segundo lugar la atribución al Fisco responde a la estructura federal del Estado alemán, por lo que en principio será heredero el Estado federal al que perteneciera el causante, y sólo en última instancia heredará el Fisco del Estado central, en una concepción del llamamiento y la atribución muy similar en el resultado, que no en el origen, al actual sistema español (82).

A la vista de lo anterior, y en concordancia con el artículo 1942, siendo el Fisco un heredero llamado legalmente, observaremos que lo es con peculiaridades respecto al resto de herederos, así, aunque adquiere, como los demás, *ipso iure*, sin necesidad de aceptación (83), respecto del Es-

(81) El orden sucesorio está determinado por los arts. 1922 y siguientes del BGB, siendo el último llamado, antes que el Estado, el cónyuge superviviente, siempre y cuando no existan parientes del causante más allá de los bisabuelos del difunto y los descendientes de éstos y de los ascendientes más lejanos y sus descendientes. Tan sólo a todos los anteriores heredará el Fisco del Estado al que perteneciese el difunto, según lo expresamente establecido en el artículo de referencia estudiado. Estos preceptos se completan con el art. 1938, donde establece que el Fisco, a diferencia de los demás herederos legítimos, no puede ser excluido del llamamiento sucesorio sin que exista otro heredero instituido.

Respecto de los órdenes sucesorios, quienes suceden con preferencia al Estado en el Derecho alemán, señala la mayoría de la doctrina, y en especial KIPP, que para determinar los parientes con derecho a suceder se acudirá "... a las reglas del Derecho de familia. Según éste el parentesco se basa fundamentalmente en la afinidad de sangre", lo que para determinados Derechos forales españoles denominamos la troncalidad, con una concepción familiar de carácter cognaticio y no agnaticio, extendiendo sobremanera el orden de los llamados.

(82) Así se recoge indirectamente en el art. 2149 y el derecho propio de los distintos Länders existentes en la estructura federal de la República alemana, reminiscencia de la unificación alemana del siglo XIX (Zollverein).

(83) Respecto de la adquisición de la herencia y el problema de la aceptación, partiendo de lo conocido respecto de los dos sistemas mayoritarios existentes de adquisición hereditaria, y a sabiendas que el sistema germánico supone, con matices, la adquisición automática, des-

tado no cabe decir que adquiriera el carácter de heredero provisional, sino definitivo con la delación de la herencia, ya que carece de la facultad de repudiar la herencia que le es deferida (84), a diferencia de los sucesores llamados con preferencia. De esta manera se pierde esa dualidad de momentos que caracteriza al sistema adquisitivo sucesorio alemán, es decir, se niega al Fisco. Desde el momento inicial del proceso adquisitivo el Fisco toma la condición de heredero y nada puede hacer por desprenderse de ella.

En realidad la atribución definitiva al Fisco, sin posibilidad de repudiar, responde al hecho de constituir este llamamiento un mecanismo de cierre del sistema, especialmente necesario, a diferencia de los Derechos español e italiano, en un sistema de adquisición automática de la herencia, fundamentado en la necesidad de liquidar la herencia y proteger así a los acreedores del caudal, justificación que ofrece la generalidad de la doctrina alemana. El Estado ha de ser declarado heredero, iniciándose un procedimiento de búsqueda de otro con mejor derecho que él, que de no existir hará definitivo el llamamiento y la adquisición. A la vista del artículo 1942 del BGB esta adquisición automática se producirá salvo que expresamente se repudie la herencia, en cuyo caso estaremos en un supuesto de adquisición provisional.

Del mismo el heredero deberá formalizar un inventario del caudal al que es llamado, aunque no se establezca en el código alemán plazo para

tacaremos que el sistema consagrado por el BGB responde a esta concepción. Así pues en Alemania, mientras el heredero no repudie, no deja de ser tal, y en atención a la naturaleza propia de la adquisición hereditaria en Alemania, la herencia nunca podrá encontrarse en estado de yacencia, puesto que titularidad y posesión de la herencia pasan del causante al causahabiente sin solución de continuidad, si bien el heredero tiene un carácter provisional, que no es definitivo sino hasta que acepta o se entiende que así lo ha hecho, ya que el heredero no puede repudiar una vez que acepta o expira el plazo para repudiar, de seis semanas, o en su caso seis meses si el heredero reside en el extranjero, expiración que otorga la condición de heredero definitivo del que hasta ese momento lo era con el de provisional. JORDANO FRAGA *La sucesión en el ius delationis*. Madrid, 1990. P. 50; GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950. P. 449.

(84) En principio la adquisición se produce como la de cualquier otro heredero en el Derecho alemán, es decir, *ipso iure*, desde el momento de la muerte del causante, por lo que, desde este punto de vista, no constituye una excepción al resto del sistema sucesorio consagrado por el BGB. No obstante, si en cuanto al momento en que la adquisición se produce, no difiere la del Estado del resto de herederos según aquel Derecho, sí difiere en cuanto a su naturaleza: en efecto, mientras los demás herederos, como se ha visto, lo son con carácter provisional, en tanto no confirman su adquisición o dejan transcurrir el plazo que la ley les otorga para repudiar, la adquisición hereditaria del Estado tiene ya un carácter definitivo, puesto que carece de la facultad de repudiar, como así lo pone de manifiesto la legislación vigente. Ello supone que el Fisco tiene un carácter de heredero legal en sentido estricto, ya que lo es por imperativo ineludible de la Ley.

ello, siendo en cualquier caso su responsabilidad limitada *intra vires hereditatis* (85).

En fin, el BGB no hace referencia alguna al destino que deba darse a las herencias recibidas por el Fisco (86). No obstante, y conforme con el derecho territorial, existen numerosas excepciones a la atribución al Fisco de los bienes existentes en los ab intestatos, establecidas dichas excepciones en favor de determinadas ciudades, corporaciones y establecimientos de beneficencia, recordando estas disposiciones aquellas otras excepciones que el Derecho romano establecía a los derechos sucesorios del Fisco, y que se han conservado en Alemania por la recepción primero y la aplicación del Derecho común (87).

(85) Ver art. 2.011 del BGB donde de manera implícita se determina que el Fisco, a diferencia de los demás herederos, no está sometido a plazo para realizar el inventario. Existen una serie de supuestos en los que el Fisco al que corresponda la herencia se ve excluido, al igual que lo era en Derecho romano, por disposiciones recogidas en el propio BGB, o en leyes especiales, que tiene su fundamento en los supuestos especiales de adquisición o llamamiento corporativo que existió tanto en Derecho romano como durante el Medievo. Existen además algunos supuestos de exclusión especiales recogidos en leyes territoriales, así por ejemplo la Universidad de Jena que, de forma similar al derecho que ostenta la Universidad española en virtud de la ley de 1943 de ordenación universitaria, tiene el derecho que habría de corresponder al Fisco sobre las herencias de sus miembros fallecidos sin testamento y sin parientes con derecho a suceder. Existen también privilegios en favor de las ciudades, y en concreto uno en favor de la ciudad de Berlín procedente del año 1508, por el cual le corresponden las herencias sin heredero de sus ciudadanos. Tienen también ese derecho las ciudades de Wismar y Rostock de acuerdo con la Ley Ejecutiva de Mecklemburgo-Schwerin.

(86) Los arts. 138 y 139 de la EGBGB permiten la atribución a determinadas entidades de interés general y de ámbito territorial local. El primero se refiere al destino de herencias a entidades, corporaciones, establecimientos o fundaciones de derecho público, en lugar de al Fisco. Por su parte el & 139 mantiene la vigencia de las disposiciones de los Estados por las que pertenece al Fisco un derecho hereditario, de reserva o legítima o sobre cosas determinadas, de personas que se encuentren a su cuidado o pensionistas, es el caso de personas que a su muerte se encontraban internadas en un establecimiento gratuito de carácter público y al cargo del Estado de que se trate. Todos estos supuestos tienen analogía con el sistema español. GUTRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil...*, op. cit.; KIPP, *Tratado...*, op. cit. Tomo V-I. P. 415; DEL MORAL Y DE LUNA, en "Hacia un heredero limitadamente responsable." *AAMN* 1953. Tomo VII. P. 710.

(87) Existen una serie de supuestos en los que el Fisco al que corresponda la herencia va a verse excluido, por disposiciones recogidas en el propio BGB o en leyes especiales.

De la Ley de introducción al BGB, cabe destacar los preceptos recogidos en los && 138 y 139: el primero de ellos mantiene vigentes aquellas disposiciones que, como las ya mencionadas *ut supra*, destinan estas herencias a entidades, corporaciones, establecimientos o fundaciones.

8. Tratamiento dado a las herencias intestadas en el Derecho sucesorio suizo (88)

Es incuestionable el encuadramiento del Derecho suizo entre los sistemas de adquisición hereditaria por el Estado como último heres, y ello debido al origen germánico del precepto que lo regula, y así lo expresa la unánime opinión e interpretación en este sentido, tanto de la doctrina suiza (89) como de los tratadistas de Derecho comparado, así como el Documento de La Haya de 1987, relativo a los derechos del Estado en materia de sucesiones, incluían al suizo entre los sistemas que seguían la solución cuyo origen se encontraba fundamentalmente en la pandectística alemana y que configuraba al Estado como último heres (90).

El sistema seguido es semejante al del BGB (91), semejanza que se acentúa en cuanto la atribución se realiza a los respectivos territorios o cantones, y no al Estado central, de acuerdo con el criterio del último domicilio del causante. A ello debe añadirse su interpretación en relación con preceptos concordantes del propio Código suizo, como es el caso del contenido en el artículo 592 (92) que además de limitar *intra vires* la responsabilidad del cantón beneficiario, lo califica expresamente como heredero (93).

(88) Fundamental, al menos desde el punto de vista de la formación histórica de la materia objeto de estudio, en el ámbito de la formación del Código civil suizo es la obra de CASSIN, R., *La conception des Droit de l'Etat en matière successorale dans les projets du Code civil Suisse*. Thèse. R. Sirey. París, 1914; también dedica una especial atención al Derecho suizo el breve trabajo de AUBURTIN, J., "L'Etat héritier." Thèse. LGDJ. París, 1929. Pp. 65 a 70.

(89) PIOTET, *Précis de droit successoral*. 2ª edición. Berna, 1988. P. 29; ROSSELL et MENTHA *Manuel de Droit civil suisse*. Tomo II. 2ª ed. Lausanne/Genève. P. 29.

(90) NIBOYET/DE LAPRADELLE, *Repertoire de Droit International Privé*. Tomo X. P. 509 y NIBOYET, *Manuel...*, *op. cit.*; ROGUIN, *Droit civil comparé. Les successions*. Tomo II. París, 1908. P. 348.

(91) La similitud del art. 466 del Código civil suizo, con el 1936 del BGB es evidente, cuando dice que "A défaut d'héritiers, la succession est dévolue, sous réserve de l'usufruit des arriere-grand-parents, des grandes-oncles et des grands-tantes, au canton du dernier domicile du défunt ou à la commune désignée par la législation de ce canton". La mención al usufructo de estos sujetos ha sido eliminada por la reforma de 5 de octubre de 1984, que entrara en vigor el 1 de enero de 1988. A pesar de la expresión utilizada por el precepto indicado, que podría dar lugar a ciertas dudas puesto que habla del derecho de cantón "en defecto de herederos", con lo que ofrece la impresión de que el cantón no lo es, lo mismo ocurre con la expresión "est dévolue", de inspiración francesa; sin embargo, la colocación sistemática del precepto nos habla del carácter hereditario de la adquisición por el cantón.

(92) "Toute succession dévolue au canton ou à la commune est inventoriée d'office selon les règles ci-des-sus et l'héritier n'est responsable que jusqu'à concurrence de son émolument."

(93) En cuanto a la limitación de la responsabilidad, se somete a las reglas propias del beneficio de inventario recogidas en los artículos precedentes: arts. 580 a 591.

Cuestión que tiene particular interés respecto de la institución aquí estudiada, es la de determinar el destino que deba cada cantón dar a los bienes procedentes de estas herencias, cuestión que con carácter genérico se prevé en el propio artículo 466 del Código civil suizo, cuando establece que será el cantón el que única y exclusivamente designará a los herederos, pudiendo fijar el destino a que el activo neto deba ser consagrado. En realidad se trata de una norma de remisión, remisión que se hace a las disposiciones en la materia de cada cantón como se ha dicho, se suele atribuir parte de los bienes a fines asistenciales, de beneficencia, educacionales o provisorios (94). Otros cantones, sin embargo, reciben tan sólo la mitad, o no les es atribuida la herencia en absoluto, destinándose ésta a la “commune”, o cantón de origen o del último domicilio del difunto (95). En caso de que exista conflicto entre cantones que se consideren con derecho a una misma herencia, habrá que estar al contenido de los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de organización judicial de 16 de diciembre de 1943, que atribuye al Tribunal Federal la competencia en materia civil en única instancia (96). En cuanto a la determinación del cantón heredero, habrá que estar al domicilio del causante, determinado de acuerdo con el artículo 23 del Código suizo (97), todo ello sin perjui-

(94) El cantón de Friburgo atribuye los bienes así adquiridos a fines asistenciales, en tanto que el de Ginebra lo hace en favor de los pobres, o de hospitales, de educación o de previsión social.

(95) Señala PIOTET que aunque la ley cantonal tan sólo puede designar como heredero al propio cantón o a las comunes que ésta determine, sí puede fijar, sin embargo, con carácter general, los fines a que deba destinarse el activo neto hereditario y cita como ejemplo “transfert à un hôpital cantonal doté de la personnalité”. *Traité de Droit privé suisse*, Tomo V. Editions Universitaires Friburgo, 1975. P. 59.

(96) Tiene atribuidos por la citada ley los conflictos de competencia entre cantones en materia civil, así como entre un cantón y la Confederación. También se le atribuyen aquellas competencias que un cantón reconozca como el Tribunal Federal y los litigios de más de 20.000 francos, por voluntad de las partes. Ver *Recueil Systématique*, p. 173.

(97) El art. 88.1 prescribe: “Si un étranger domicilié a l'étranger à son décès laisse des biens en Suisse, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation sont compétentes pour régler la part du succession sise en Suisse dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas”. Es de destacar que entre la doctrina de este país, en este como en otros temas, han adquirido especial relevancia y desarrollo desde el punto de vista del Derecho internacional privado, así como del Derecho comparado concluyendo por regla general para el caso de Suiza de modo parecido a como lo hace el art. 4 del proyecto de la Conferencia de La Haya de 1928, así pues mientras haya heredero se aplica la *lex patriae*, en tal caso, por tanto, se van a encontrar siempre aquellos países en que, como es el caso de Suiza, el Estado, el cantón en este caso, sea último heres, mientras que si el Estado no tiene tal consideración, es claro que habrá de aplicarse la *lex sitae* en la medida en que un Estado puede reclamar los bienes sitos en el extranjero en cuanto heredero ya que se fundamenta en un título de derecho privado, y por tanto cómo ejercer su soberanía más allá de sus fronteras, lo que es contrario tanto al orden público internacional como al interno, tal doctrina es frecuente encontrarla en la jurisprudencia de muchos países.

cio de que varias corporaciones de un mismo cantón puedan ser coherederas.

No obstante, la remisión realizada a los diferentes derechos territoriales o cantonales existentes, existen determinadas disposiciones de carácter general aplicables a la adquisición, adjudicación y liquidación de las herencias así atribuidas. Así, habiéndose determinado el llamamiento y la adquisición de los bienes en concepto de heredero, éstos deben ser inventariados de oficio (98), respondiendo de las deudas solamente hasta donde llegue el activo hereditario inventariado (99).

De lo anterior se desprende, como ya hemos dicho anteriormente, la escasa diferencia existente con la normativa alemana del BGB y del EGBGB; aun así existe una diferencia importante, y para nosotros premonitoria, para cuando hablemos de la naturaleza jurídica del llamamiento al Estado como heredero puro y simple, que es la posibilidad, observada en el Derecho suizo, de que el cantón o la corporación pública llamada pueda repudiar, aunque debemos matizar que esta repudiación sólo puede hacerse al llamamiento sucesorio en global, es decir, antes o después de la realización del inventario, pero nunca después de haberse determinado el activo neto resultante de la realización de las operaciones colacionables, así una vez determinado el activo neto, la corporación no puede, como sí podría un heredero ordinario, rehusar el activo neto resultante después del cierre de las operaciones, siendo considerado en este sentido como un heredero necesario (100).

9. El llamamiento sucesorio al Estado en el Derecho ruso

A diferencia de lo que inicialmente pueda parecer, consecuencia del sistema marxista de propiedad estatal, en el Código civil de la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se recogía el llamamiento sobre ciertos bienes, y en determinadas circunstancias, como un derecho sucesorio, en la parte séptima del Código intitulada "Del derecho de sucesión", artículos 527, 550, 552, 553, 557 y 558 (101).

En el sistema ruso-soviético el llamamiento sucesorio al Estado lo es en las mismas condiciones y circunstancias que el establecido en el sistema español, italiano o alemán, es decir, a falta de herederos llamados,

(98) Arts. 581 y 586.

(99) Art. 592.

(100) PIOTET, *Traité de Droit...*, op. cit. P. 58.

(101) Hemos utilizado una edición de 1964, traducida al francés por René DEKKERS. Bruselas. Centre National pour l'étude des Etats de l'Est.

cuando éstos no acepten la sucesión o todos ellos hayan sido privados de ella, en este supuesto los bienes del difunto son adquiridos por el Estado (102), pero especifica el artículo 527 en virtud de un derecho de sucesión. De tal forma que si el Estado adquiere finalmente los bienes, como heredero que es, responderá igual que cualquier heredero, es decir, hasta donde llegue el valor de los bienes adquiridos en aquel concepto.

10. Conclusión

De lo anteriormente dicho puede colegirse la importancia práctica y la fundamentación teórica del llamamiento legal sucesorio al Estado, o ente administrativo sustitutivo según los casos, en la herencia del que fallece intestado y sin descendientes. Esta tesis está admitida en múltiples cuerpos legales europeos y sudamericanos, quedando excluidos de la misma los sistemas anglosajones y el Derecho francés, si bien este último puede llegar a considerarse como una especialidad del llamamiento al Estado como una especie de heredero o sucesor. Esta tesis es la mantenida en el Derecho español vigente, que trae causa del Derecho tradicional medieval. Éste, como tantas otras instituciones toma la esencia de la figura, y se inspira en el Derecho romano, el cual, durante la primera época del imperio, el mandato de Augusto, asimila esta institución de la ya existente figura del *epiclerato* griego en la cual podemos considerar se inspiran las citadas legislaciones, pero esta es ya otra historia.

Podemos concluir la existencia de un tratamiento similar en las distintas legislaciones de inspiración grecolatina, en lo que a este tipo de llamamiento sucesorio se refiere, de forma y manera que unos orígenes comunes dan lugar a unos resultados legislativos actuales similares, pero con matices derivados del propio desarrollo histórico de cada Estado, sin que en ningún momento se suprima este llamamiento de cierre, es más, a mi entender el mismo se refuerza con el tiempo.

(102) Establece el art. 552 que "los bienes sucesorios, son atribuidos al Estado, por derecho de sucesión: 2. Si el difunto no dejó herederos, ni legales ni testamentarios. 3. Si todos los herederos han sido privados, por testamento, del derecho a suceder. 4. Si alguno de los herederos no acepta la sucesión. Cuando alguno de los herederos renuncia a la sucesión en favor del Estado, la parte de este heredero la adquiere el Estado. Cuando a falta de herederos legales el difunto legue una parte de sus bienes, el resto lo habrá el Estado...".

ESCRITURA DE EJERCICIO Y DOCUMENTACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN

JULIÁN PEINADO RUANO
Notario

SUPUESTO DE HECHO

- I. Don Jota dona a sus seis únicos hijos: Jo, Mari, Nic, M., A. y Ma por sextas partes indivisas, determinados bienes en el año 1985. —————
- II. Don Jo, hijo del donante Don Jota, fallece en el año 1986, testado, y deja cuatro hijos y herederos, llamados 1, 2, 3 y 4. —————
- III. Don A., donatario de una sexta parte de los bienes donados, fallece testado, sin posteridad en el año 1987, dejando como única heredera a su esposa B. —————
- IV. Don Jota, donante ya expresado, fallece testado en el año 1987, y deja cuatro hijos llamados Mari, Nic, M., y Ma. —————
- Como puede apreciarse, le habían premuerto dos hijos, uno antes que el donatario, y otro el propio donatario. —————
- V. Don M., hijo del donante, fallece testado en el año 1988, dejando viuda, Doña V y seis hijos llamados a), b), c), d), e) y f). —————
- VI. Con posterioridad, en el año 1990, fallece el hijo Nic, testado, con única heredera que es su esposa Villa. —————

VII. Es preciso formalizar el derecho de reversión del artículo 812 del C.C., por darse los presupuestos para ello. —————

VIII. Los sucesivos fallecimientos han determinado que al adicionar formalmente este derecho de reversión, sus efectos patrimoniales lleguen: —————

A la hija de Don Jota, Doña Mari: Por derecho de transmisión de su padre. —————

Al hijo de Don Jota, Don Ma.: Por derecho de transmisión de su padre.

A los hijos de Don Jo (fallecido antes que el donatario y que el donante): Por derecho de sustitución y transmisión, por su abuelo Don Jota y su padre Don Jo. —————

A los hijos de M. (fallecido después del donatario y del donante): Por derecho de sustitución y transmisión por su padre Don M. —————

A la heredera de Nic (fallecido después del donatario y del donante): Por derecho de transmisión de su esposo Don Nic. —————

CUESTIÓN

Doña B., esposa del donatario Don A., su única heredera testada –a salvo de la legítima del padre Don Jota, quien es el repetido reversionario–, no accede a firmar la escritura en la que se ejercite el derecho de reversión. —————

Al notario se le plantea este problema y trata de resolverlo, razonando la posibilidad de formalizar el derecho de reversión sin concurrencia del consentimiento del cónyuge del donatario premuerto. —————

La escritura inserta los razonamientos elaborados por la doctrina que ha estimado más acertada. —————

No se ha hallado jurisprudencia aplicable, pues una sentencia del TS de 27 de octubre de 1950 (R. 1534) y una Resolución de la DGR y N de 18 de mayo de 1955 (Rep. 1.938) contemplan casos de no aplicabilidad del derecho de reversión por tratarse de una renuncia y no de una donación. La sentencia del TSJ de Baleares es de un caso relacionado con la cuestión de si el artículo 812 es aplicable en las Islas Baleares, lo que resolvió afirmativamente y también declaró compatible la reversión con la institución autónoma de la Definición que es una forma de renunciar porque se dona y donar porque se renuncia. Pero la compatibilidad entre la Definición y la aplicación del artículo 812 del C.c. no es pacífica ni lo fue en la señalada sentencia, que recogió un voto particular de dos de los magistrados discrepantes. —————

Seguidamente acompaño un posible modelo de escritura conforme a los datos del caso.

NÚMERO

En mi residencia, a.....

Ante mí,

Notario del Ilustre Colegio de.....

COMPARECEN

DON

DON

DON

ETC. ...

Les identifico con sus DD.NN.I. reseñados.

Intervienen:

Tienen, a mi juicio, en el concepto en que intervienen, la capacidad legal necesaria para otorgar la presente escritura de EJERCICIO Y DOCUMENTACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN.

EXPOSICIÓN

I. Donación:

Por escritura otorgada ante el infrascrito notario, el — de — de 1985 Don Jota donó a sus seis hijos Don Jo, Doña Mari, Don Nic, Don M., Don A. y Don Ma., por sextas partes indivisas, el pleno dominio de todas y cada una de las siguientes fincas:

II. Fallecimiento del hijo Don Jo:

Don Jo falleció testado, hecho que ocurrió el... dejando cuatro hijos, que son 1, 2, 3 y 4, los que son llamados a esta sucesión como sustitutos vulgares del hijo y heredero Don Jo, tal como se prevé en la cláusula primera del testamento de su abuelo Don Jota, del que seguidamente se hará mérito.

III. Fallecimiento del hijo y donatario Don A. sin posteridad:

Fallece este hijo y donatario de la sexta parte de todas y cada una de las fincas descritas en el precedente expositivo. Este óbito se produce en... en estado de casado en únicas nupcias con Doña B, sin dejar posteridad de clase alguna, y como resulta de la fecha del fallecimiento, antes que su padre el donante, y existiendo lo donado en la sucesión, que es el pleno dominio de la sexta parte de todas y cada una de las fincas descritas.—

IV. Fallecimiento del donante Don Jota:

Natural y vecino de... fallece en esta ciudad, su residencia, el día... en estado de viudo de... dejando de este matrimonio, cuatro hijos llamados Mari M., Nic, y Ma., y cuatro nietos –hijos de su premuerto hijo Don Jo–, llamados 1, 2, 3 y 4. Le había premuerto su hijo Don A., sin posteridad.

Tenía otorgado su último y vigente testamento en... el día... ante el infrascrito notario, bajo el número... de Protocolo, en el que después de hacer ciertas declaraciones no patrimoniales, por su disposición “Primera”, instituye herederos universales por iguales partes en todos sus bienes, acciones y derechos a sus seis hijos Jo, Mari, Nic, M., A. y Ma. quienes en el caso de fallecer antes que el testador serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes legítimos (sic) sin perjuicio del derecho de representación; por la “Segunda” y con la aclaración que al final se expresa, nombra Albaceas Comisarios Contadores Partidores de su herencia con amplias facultades de interpretación y ejecución del testamento, con carácter solidario y prórroga del plazo legal por dos años más a sus convecinos....

Este nombramiento tendrá efectividad sólo en el caso de que los herederos no se pongan de acuerdo voluntariamente sobre el modo y forma de hacer la partición en el plazo de seis meses contados desde el fallecimiento del testador, y dejen documentada la partición en tal término, pues si sus herederos por sí solos practicasen y documentasen la partición de la herencia del otorgante en el término expresado, se tendrá por no hecho el nombramiento de los Albaceas Contadores Partidores; y por la “Tercera”, prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, y aquel de los herederos que la solicite o provoque, verá reducida su participación en la herencia a su legítima estricta, acreciendo la diferencia a los demás.

V. Fallecimiento del hijo Don M.

Don M., falleció en... su residencia habitual, el día... en estado de casado en únicas nupcias con Doña V. y dejando de este matrimonio seis hijos llamados a), b), c), d), e) y f).

El finado otorgó su único y vigente testamento en... que a estos efectos procede trasladar el contenido de sus cláusulas “Segunda”, “Tercera” y “Cuarta”, que dicen así:

“SEGUNDA: Dice que está casado en primeras nupcias con... TERCE-
RA: Ordena que su esposa usufructúe mientras viva... CUARTA: Insti-
tuye herederos por partes iguales a sus cinco citados hijos a), b), c), d)
y e) y a los que pudiera tener en lo sucesivo, y para el caso de
premoriencia les sustituye por sus descendientes legítimos”.

En efecto, con posterioridad nació una hija de este matrimonio, llamada f). _____

Por fallecimiento de este hijo y heredero sin aceptar ni repudiar la herencia de su padre, Don Jota, pasó a los suyos los derechos que él tenía. En consecuencia son su cónyuge, hoy viudo, y sus seis herederos ya mencionados, quienes han de percibir los derechos y bienes que para su causante tienen soporte jurídico en esta sucesión. _____

VI. Partición de la herencia causada por Don Jota. _____

Se formalizó mediante escritura otorgada ante el infrascrito notario, el día... en la que compareció también Don Nic, hoy fallecido en fecha... habiendo hecho tránsito sucesorio sus derechos a su única heredera, y esposa, Doña Villa según testamento otorgado en... mediante el que se le instituye única y universal heredera. En dicha escritura no se formalizó el derecho de reversión. _____

VII. Adición formal del derecho de reversión. _____

Expresamente se manifiesta la existencia de este derecho por darse las exigencias legales previstas en el artículo 812 del Código civil y que son: _____

1. Existencia de una donación a favor del hijo. Se cita en el expositivo I.—
2. Fallecimiento del hijo donatario sin posteridad. Se pone de relieve en el expositivo III. _____
3. Mantenimiento de los objetos donados en la sucesión, como así resulta del expositivo III. _____

VIII. Renuncia formulada por Doña V., como transmisaria de su esposo Don M., heredero del donante Don Jota. _____

Se formalizó en la escritura autorizada por el infrascrito notario el día... y en cuanto preciso fuere, ahora se ratifica. _____

IX. Innecesariedad de la intervención de Doña B., esposa del donatario premuerto Don A. _____

Cualesquiera que sean los derechos de Doña B., en la herencia de su esposo Don A., aquéllos se contraen siempre a la herencia relicta sin que alcancen a los bienes sujetos a reversión máxime cuando son los mismos que los donados como de forma inconcusa resulta de la documentación pública que los ampara. Los bienes a recobrar integran una masa aparte de la herencia ordinaria sin que los herederos testamentarios o legales —en este caso la señora viuda que es heredera universal testamentaria— tengan ni hayan tenido la posesión de aquéllos en sentido jurídico. La reversión de la donación coexiste junto al resto de la sucesión de modo especial e independiente como sucesión regida por principios propios produciendo una quiebra excepcional del principio de la unidad de la sucesión en general. Esta independencia se manifiesta incluso en el caso —como aquí sucede— de que el reversionario —su padre— sea además

legitimario del causante donatario. En este caso habrá una dualidad de opciones correspondiente a la dualidad de delaciones pudiendo aceptarse una y repudiarse otra. Ello determina que no haya entre el reversionario y los herederos ordinarios partición ni garantías recíprocas de evicción y saneamiento, ni retracto de coherederos en caso de ser varios los titulares del derecho de reversión ni acrecimiento entre el sucesor reversionario y los ordinarios. —————

Pero lo más trascendental, consecuencia de la independencia de esta singular delación sucesoria –reversión–, es la que se produce en relación con las legítimas. La masa de lo recobrable debe considerarse irrelevante a efectos del cálculo legitimario, incluso para lo relativo a la legítima propia de quien además de reversionario, fuera heredero forzoso, que precisamente es el caso que nos ocupa. —————

El padre del causante sin posteridad es legitimario concurrente en el cónyuge viudo –herencia normal– y titular del derecho de reversión –herencia singular–. —————

Ésta se saca de la masa hereditaria por una suerte de predetracción, antes de calcular la legítima del ascendiente de la sucesión aquí contemplada. —————

En consecuencia de lo expuesto hay derechos que claramente se subordinan al de reversión como son las legítimas, y desde luego también los de los herederos o legatarios voluntarios. —————

Lo expuesto es doctrina prácticamente pacífica como lo es que la consumación de la reversión no puede perjudicar a los acreedores del descendiente donatario si bien y una vez perseguidos y agotados los bienes hereditarios, la responsabilidad, en su caso, del reversionario es “ob rem” y “cum viribus” de manera que no se halla personalmente obligado a su pago sino sólo con los bienes a revertir y además con la facultad de repercutir contra los herederos del donatario por las deudas de éste incluso hipotecarias que en virtud de dicha afección satisfaga el reversionario. —————

La doctrina citada es traslado de lo escrito por autores tan prestigiosos como honestos en su trabajo, Mezquita del Cacho (“Recobro Mortis Causa de Donaciones a Descendientes. Estudio del Art. 812 del Código Civil”. *Anales de Derecho Civil*, 1958) y Vallet de Goytisolo, (Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaladejo, tomo XI, 2ª edición, Madrid, 1982, página 58), y seguida por la casi totalidad de los demás que han tratado la cuestión. Sólo Lacruz condiciona la reversión a la legítima del cónyuge viudo –usufructo de la mitad de la herencia donde incluye los objetos donados– dando un argumento que no convence a quien lo cita en su estudio “Consideraciones sobre el Artículo 812 del Código Civil”,

Jesús Ignacio Fernández Domingo. *Actualidad Civil* nº 39/25, octubre 1993, página 753. _____

No existe jurisprudencia ni doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dilucide esta cuestión. _____

X. Determinación subjetiva y objetiva con indicación de su cuantía, de lo revertido: _____

Llegado a este punto de lo expuesto y razonado es el momento de concretar los interesados este derecho de reversión, y sus derechos sobre el pleno dominio de lo donado, que son, girando los porcentajes sobre las fincas totales: _____

1. Por derecho de transmisión: Por su padre Don Jota: _____

Doña Mari, en la cuantía de una treinta ava parte. _____

Don Ma, en la cuantía de una treinta ava parte. _____

2. Por derecho de sustitución y transmisión: Por su padre Don Jo: —

Don 1 _____

Doña 2 _____

Doña 3 _____

Y Doña 4 _____

Cada uno en la cuantía de una ciento veinte ava parte y en conjunto, en una treinta ava parte. _____

3. Por derecho de transmisión: _____

Por su abuelo Don Jota y su padre Don M.: _____

Don a) _____

Don b) _____

Don c) _____

Don d) _____

Don e) _____

Y Doña f) _____

Cada uno en la cuantía de una ciento ochenta ava parte, y en conjunto, en una treinta ava parte. _____

4. Por derecho de transmisión: _____

Por su esposo Don Nic, transmisario de Don Jota y transmitente para su heredera: _____

Doña Villa en la cuantía de una treinta ava parte. _____

En resumen: cada hijo del reversionario Don Jota o sustitutos del hijo Don Jo, o herederos –en el caso de Don a), b), c), d), e) y f) y Doña Villa–, tienen derecho a una quinta parte de la sexta parte de todas y cada una de las fincas donadas y descritas en el expositivo I de la presente, y en conjunto la sexta parte de dichas fincas, que es la participación objeto de reversión. _____

DISPOSICIÓN

Primera. Doña V. ratifica la renuncia que tiene formulada a los derechos que pudieren asistirle en la herencia de su esposo Don M. –hijo del donatario reversionario– y los deja a disposición de quien corresponda, que según Ley son sus seis hijos ya citados. —————

Segunda. D. D. D... aceptan las herencias de sus respectivos causantes inmediatos y como transmisarios de los mismos –según se ha expuesto con detalle en la exposición– manifiestan formalmente en esta escritura el ejercicio del derecho de reversión sobre la porción de fincas donadas –una sexta parte– por Don Jota a su hijo fallecido sin posteridad Don A. y en consecuencia se adjudican dicha sexta parte indivisa en los términos y cuantía reflejados en el expositivo X que se da aquí por reproducido, sin que existan acreedores que pudieren dirigirse contra los bienes objeto de reversión. —————

Tercera. Los gastos que ocasione esta escritura serán satisfechos por el adjudicatario respectivo según su cuota y las herencias intermedias transmitidas. —————

Cuarta. Solicitan la exención del impuesto de sucesiones por haber transcurrido con exceso, el plazo de prescripción de la acción fiscal. ———

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN

NOTA: Los diferentes expositivos se han esquematizado para evitar identificaciones. Es obvio que tanto el contenido de los testamentos como su acreditación ha de ser objeto de prueba documental complementaria.

“Atlas de Derecho Privado Comparado”, GALGANO, Francesco, coordinador, con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajani (traducción española autorizada de la 3ª ed. italiana, de J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS y R. VERDERA SERVER). Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, 460 pp.

La *originalidad* de la presente obra arranca de su poco usual título (por otro lado, traducción literal del original italiano *Atlante di Diritto Privato Comparato*), que se concreta y explicita en la profusión de un gran número de mapas que tratan de representar gráficamente el contenido de cada una de las *tablas* –en vez de capítulos, o apartados– en que se articula la obra (se juega en ellas con los colores azul y gris, con un intermedio del rayado, lo que, a mi juicio, no siempre contribuye a dar claridad al texto). Es una obra que, probablemente, *sólo podría escribirse hoy en Italia*, debido al singular y extraordinario desarrollo universitario que en este país han alcanzado las disciplinas comparatistas, incluidas, con mayor o menor grado de voluntariedad, en los actuales planes de estudio de sus Universidades (hasta es posible que en alguna Facultad el estudiante pueda optar por cursar enteramente una licenciatura desarrollada fundamentalmente bajo perspectiva comparatista). Es también una obra que *apuesta fuerte* por el Derecho anglosajón, según explica el profesor GALGANO en su prólogo para la edición española: *La sociedad global tiene su propio lenguaje (el inglés) y un derecho propio, al que se le ha dado el nombre de nueva lex mercatoria, formado directamente por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados. Su carácter distintivo es la uniformidad internacional, gobernando con las mismas normas los seis (sic) continentes* (p. 14); añádase la acreditada formación mercantilista del coordinador, y ello explicará la abundancia de estas materias en la obra. En todo caso, se trata del punto de partida que debe conocer el desprevenido lector español para no desorientarse por su título, ya que no se trata obviamente de una exposición objetiva y comprensiva de la actual problemática del Derecho comparado, como, por ej., la que está realizando SACCO con su *Trattato* en curso de publicación. Ha de añadirse que la exposición es clara, y el nivel científico de la gran mayoría de las aportaciones resulta elevado, como se comprueba en la nutrida bibliografía que se inserta al final, siguiendo el orden de las tablas.

En realidad, sólo la primera tabla trata de problemas comparativos de carácter general, y concretamente, sobre las relaciones entre *civil law* y *common law*, debidas a cinco autores diferentes. Además de un anónimo planteamiento inicial, FRANCESCA MORETTI expone *El precedente judicial en el sistema inglés*; UGO MATTEI se ocupa del *Stare decisis en los Estados Unidos*; LUISA ANTONIOLLI desarrolla el *Stare decisis en el resto del ámbito de common law*; y se concluye la tabla con la exposición del profesor GALGANO sobre *El precedente judicial en civil law*. Juzgo de gran utilidad para el estudiante las indicadas aportaciones en que se trata sobre el carácter vinculante del precedente judicial, las *opinions* y las diversas excepciones a la regla del *stare decisis*, tanto en Inglaterra como en los EEUU, con las informaciones indispensables sobre la respectiva organización judicial, así como las especialidades de otros países del mismo sistema como Australia, Canadá, India, Irlanda, etc. Alguna reserva me permitiría hacer, sin embargo, a las breves pinceladas con que el coordinador concluye esta *tavola*, básicamente centrada en el valor de la jurisprudencia italiana de la *Corte di Cassazione*, que no elude una correcta referencia a la perspectiva española (aunque sin poder citar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil). No puedo evitar una impresión de excesiva relativización, y hasta simplificación de un tema que sigue constituyendo, a mi juicio, una de las diferencias fundamentales entre ambos sistemas, que se reflejan, entre otros aspectos, en la manera de reclutarse el cuerpo de jueces y magistrados en los respectivos países (parece difícil que un juez continental y otro del *common law* se enfrenten con la misma actitud ante idéntico supuesto de hecho).

El carácter mercantil –según la óptica habitual en España– de las siete últimas tablas de la obra (*La empresa individual de responsabilidad limitada, la sujeción a la quiebra de los comerciantes y de los insolventes civiles, la compraventa internacional, los títulos-valores y la propiedad industrial*, las dos últimas duplicadas), acrecienta, si cabe, el interés y hasta requiere la necesidad de leer previamente la tabla 2ª sobre *Derecho civil y Derecho mercantil*, debida al profesor GALGANO, quien con mano maestra, utilizando abundantes datos históricos y comparativos, sin olvidar el norteamericano *Uniform Commercial Code*, y con especial referencia a la actitud de ius-civilistas y ius-mercantilistas de su país, trata de definir la nueva *lex mercatoria*. Se trata, bajo esta denominación tradicional, de un Derecho de carácter meta-nacional, cuyo radio de acción tiende a coincidir con el mercado internacional, en el que han intervenido factores tales como la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, los usos del comercio internacional y la jurisprudencia de las Cámaras Arbitrales internacionales. Prudentemente el autor lo califica de práctica contractual internacionalmente uniforme, en vez de Derecho objetivo propio de la *societas mercatorum*. Los temas tratados en las restantes *tavole* son clásicamente civiles. Se despacha brevemente *La adquisición de la propiedad mediante la posesión*, debida a GALGANO, (quizá me ha parecido así porque entre nosotros el debate resulta un tanto hipertrofiado), ofreciendo interés –por menos conocido– el apartado relativo al *Proprietary estoppel en common law*, cuestión a la que se dedica la mitad de la extensión del tema. *Negocio jurídico y contrato*, también debido a GALGANO, es otro tema doctrinal de cierta actualidad entre nosotros debido a las dudas avanzadas por la doctrina, y a la falta de espacio para explicarlo en los nuevos planes de estudio que están entrando en vigor en nuestras Facultades. IRINA LUCIDI nos informa sobre *La recepción del negocio jurídico en otros países* [con curiosos extremos, en particular, recepción en la legislación escandinava, Austria (revisiones del All.BGB en 1914, 1915 y 1916) y Liechtenstein, Holanda (nuevo C.c. de 1992), C.c.

griego de 1940, C.c. portugués de 1966, antiguos países del Este (por ej. el nuevo C.c. ruso de 1995), C.c. japonés de 1898, China comunista (Ley sobre principios generales de Derecho civil de 1987), Tailandia y algunos países iberoamericanos (Brasil, Argentina según reforma del C.c. de 1968, Perú en el C.c. de 1984, y Paraguay en el C.c. de 1985)]. Clásico y de gran utilidad práctica es el tratamiento dado a *La formación del contrato*, debido a FRANCO FERRARI, en el que analiza la diversa extensión del concepto de contrato en los diferentes sistemas, el consentimiento de las partes, la oferta y la aceptación, y el momento de la conclusión del contrato; ofrece una gran riqueza de datos legislativos comparativos, y en menor medida, jurisprudencial y doctrinal. Sobre la *Causalidad y abstracción del contrato*, se incluyen tres interesantes aportaciones: la de MONATERI sobre los modelos francés y alemán; la de GALGANO, sobre la causalidad y abstracción procesal de la causa en el sistema italiano; y la de ALPA sobre la *consideration*; pero, ¿hay, acaso, predominio en la obra de una *óptica italianizante* sobre cuestiones debatidas hondamente en otros países?; en todo caso, la exposición está bien argumentada con abundantes y oportunas citas doctrinales y jurisprudenciales. También es clásico el tema de *La transmisión de la propiedad mobiliaria por acto inter vivos*, que GALGANO desarrolla en *civil law* y *common law*, y KRONKE en el Derecho alemán. Ha preocupado últimamente, a la mejor de nuestra doctrina, el tema de la *responsabilidad por incumplimiento contractual*, que se desarrolla inicialmente por GALGANO tratando del modelo francés y sus desarrollos (con suficiente alusión al Derecho español); luego por DANIELA MEMMO que se ocupa del modelo alemán; por último, LUCIANA CABELLA PISU trata de *La responsabilidad contractual en common law*. En mi opinión, la tabla dedicada a la *Tipicidad y atipicidad del hecho ilícito*, sabe a poco, pues de este tema se esperaba más. FERRARI trata de la *contraposición entre los modelos francés y alemán*, incluyendo un apartado sobre *modelos intermedios* en el que sólo trata del italiano; por su parte GALLO desarrolla, con alguna amplitud, la *tipicidad y atipicidad del ilícito civil en common law*. Nuestro sistema de responsabilidad civil, aunque parte del Código de Napoleón, ha adquirido en el último medio siglo una personalidad propia que, curiosamente, no ha atraído el interés de la doctrina extranjera. El único tema de Derecho de familia que se aborda es el relativo a *Los regímenes económico-matrimoniales y la circulación de los bienes muebles*, desarrollado por CENDON con abundantes datos comparativos, y expresa mención de nuestro Derecho; el tema se desarrolla en tres apartados: los sistemas de comunidad de bienes, los sistemas de participación diferida, y la administración de los bienes personales, y, por último, los sistemas de separación de bienes (con especial referencia a los países del *common law*). La Convención de La Haya de 1985 sobre el reconocimiento del *trust* en los países del *civil law* justifica la atención que se presta a la *fiducia* y al *trust*, tratando GALGANO de la fiducia romanista, y MARÍA CHIARA MALAGUTI del *trust*. Los temas propiamente mercantilistas se desarrollan por los siguientes autores: WEIGMANN se ocupa de la *empresa individual de responsabilidad limitada*; GALGANO se ocupa brevemente de la *sujección a la quiebra de los comerciantes y de los insolventes civiles*; con mayor amplitud del derecho uniforme sobre la compraventa internacional; finalmente, sobre los títulos-valores. Por último FRIGNANI se ocupa de la *propiedad industrial*.

Cumplido el deber de dar cuenta con suficiente detalle del contenido, procede alguna valoración. Formalmente, la presentación es muy cuidada, y bien podría calificarse de espléndida; la traducción, excelente; los aspectos tipográficos, inmejorables. Pero, ¿debiera, en efecto, haberse traducido este libro al español? En principio

no parecería necesario hacerlo pues quien se interesara por la obra original, cabe presumir que puede consultarla en el idioma original. Pero, añadido inmediatamente, que actualmente se disponen de escasas publicaciones sobre Derecho comparado en el mercado español. Por otra parte, se trata de una obra un tanto *sui generis*, porque, ¿quién ha seleccionado los temas para su estudio comparativo?, ¿con qué criterio y finalidad? Advertí que la obra cumple una finalidad didáctica dentro de los actuales planes de estudio vigentes en Italia, los cuales, sin embargo, distan bastante de los nuestros. El lector español debe saber que la obra se dirige fundamentalmente a los estudiantes italianos de licenciatura, que las aportaciones más importantes consisten en el estudio comparativo de determinados temas de Derecho privado, civil y mercantil, sin que casi nunca falte el elemento del *common law*. La obra carece de notas a pie de página, aunque al final se incluyen selecciones bibliográficas de cada una de las tablas contenidas en el texto. No faltan alusiones en el texto al Derecho español (por lo general, correctas, aunque el coordinador reconoce que son debidas a los traductores); incluso se incluyen algunas obras españolas –muy pocas, y con escaso criterio de selección– en las aludidas referencias bibliográficas. Resulta preocupante, en general, la mínima presencia de la doctrina española en los estudios comparativos, y ello no sólo cuando se trata de obras específicas sobre Derecho comparado, sino también cuando se aspira a presentar el funcionamiento de una institución nuestra para compararla con otra extranjera. Quizá ello se deba a que no prodigamos la bibliografía sobre nuestro Derecho traducida al francés, inglés o alemán (sin que no deje de manifestarse cierta *pereza mental* por parte de nuestros colegas extranjeros a la hora de acercarse a nuestra producción bibliográfica); o más bien, ¿habremos de conformarnos al papel de *comparsas* en el campo, tan prometedor, del Derecho comparado, en los inicios del siglo XXI?

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil

Presidente de la Asociación Española de Derecho Comparado

PRIMER PREMIO “SANTIAGO GUTIÉRREZ ANAYA” SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL Y ARRENDAMIENTOS URBANOS

I. Presentación

El derecho inmobiliario privado posee, cada día, una mayor trascendencia en nuestra sociedad. No en vano, aproximadamente un ochenta por ciento de la población reside en comunidades de propietarios que se rigen por la Ley de Propiedad Horizontal, y a su vez otros ciudadanos ocupan inmuebles en régimen de alquiler. Ambas materias, de tanto calado entre la ciudadanía, se han visto alteradas con la reciente entrada en vigor de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, así como con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994; todo ello ha motivado una mayor concienciación en nuestra sociedad, siendo muchos los aspectos que requieren un estudio pormenorizado y un desarrollo doctrinal y científico en orden a acercarlos a la realidad cotidiana.

Es por ello por lo que surge la conveniencia de convocar este primer Premio a fin de fomentar la profundización e investigación sobre estas importantes materias. La finalidad que pretendemos no es otra que encontrar soluciones y buscar respuestas a las dudas y cuestiones que la aplicación de estos textos legislativos presenta en la práctica diaria, y que afectan tanto a los profesionales (abogados, administradores de fincas, jueces, notarios, registradores, etc.) como al propio ciudadano particular.

Con este Premio también se pretende rendir homenaje a la figura de Don Santiago Gutiérrez Anaya, Abogado y Administrador de Fincas, fallecido recientemente y que vivió volcado durante varias décadas en el

estudio del derecho inmobiliario. Con más de treinta años de experiencia a sus espaldas, este especialista en la materia llegó a ocupar las más altas responsabilidades dentro de su profesión, ocupando la presidencia tanto del Colegio Nacional, como del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Sevilla. Con este Premio se quiere hacer justicia a este experto en Propiedad Horizontal y Arrendamientos Urbanos, vinculándolo para siempre con la materia a la que dedicó gran parte de su carrera profesional.

II. Organización

El Premio “Santiago Gutiérrez Anaya” será organizado por el **Instituto de Estudios Jurídicos y Empresariales El Monte** y el diario **ABC**.

III. Coordinación

La coordinación de este Premio corresponde al Letrado **D. Alberto Donaire Ibáñez**.

IV. Copatrocinadores

Editorial Aranzadi y Repsol-YPF.

V. Colaboradores

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

VI. Bases

1º. Podrán presentarse al Premio aquellos artículos o estudios que versen sobre la Propiedad Horizontal o los Arrendamientos Urbanos, en cualquiera de sus aspectos y referidos a la regulación legal en vigor.

2º. Podrán concurrir al mismo ciudadanos nacidos o residentes en España, sean o no profesionales del derecho.

3º. El Premio “Santiago Gutiérrez Anaya” se celebrará con carácter anual.

4º. Los artículos o estudios a presentar no podrán exceder de cincuenta folios, escritos a una sola cara y a dos espacios, mediante ordenador o máquina de escribir.

5º. Los trabajos se remitirán al “Instituto de Estudios Jurídicos y Empresariales El Monte”, con sede en Sevilla, Plaza de Molviedro nº 4 (CP 41001), antes del día treinta de junio de dos mil uno, sin firma ni expresión alguna de quien sea su autor, dentro de un sobre en cuyo exterior se consignará un lema. Dentro de este sobre se acompañará otro sobre cerrado, con el mismo lema en su exterior, en el que figurarán los documentos siguientes:

- Fotocopia del Documento Nacional de Identidad.
- Documento de aceptación expresa de las Bases del Premio.
- Breve currículum del autor.

6º. El Jurado estará integrado por las siguientes personas:

Pte. Don Ángel Olavarría Téllez.

(Presidente de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia).

Don Alberto Donaire Ibáñez.

(Abogado - Coordinador del Premio).

Don José León-Castro Alonso.

(Catedrático de derecho civil).

Don Daniel Loscertales Fuertes.

(Abogado - Director Revista Jurídica SEPÍN).

Don Jesús Marina Martínez-Pardo.

(Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo - Jubilado

Director del Gabinete Jurídico del Consejo General del Notariado).

7º. De entre los trabajos presentados el Jurado elegirá uno, que será el premiado, sin perjuicio de su facultad de declarar el Premio desierto.

El fallo del Jurado se hará público el día 28 de septiembre del año dos mil uno.

8°. El Premio “Santiago Gutiérrez Anaya” está dotado para la presente edición con un importe de un millón de pesetas (1.000.000 ptas.).

9°. Los participantes autorizan expresamente la citación de sus nombres así como la reproducción de sus obras para los fines de difusión y promoción que decida la organización de este Premio, quedando a su vez en propiedad de ésta los trabajos enviados.

10°. La participación en el Premio supone la aceptación de sus Bases.

CIERTAS REFLEXIONES SOBRE EL NOTARIADO RUMANO Y SU EVOLUCIÓN CARA AL FUTURO (1)

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario

*Letrado Adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado
Miembro de la Sección Internacional del Consejo General del Notariado Español*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA ORGANIZACIÓN DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS EN RUMANÍA. **III.** CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS ESENCIALES DEL NOTARIADO RUMANO. **IV.** LA COMPETENCIA DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS RUMANOS. **A)** La competencia territorial. **B)** La competencia material. **1.** *Los escritos con carácter jurídico redactados por el notario público.* **2.** *La autenticación de escritos.* **3.** *El procedimiento sucesorio notarial.* **4.** *La certificación de hechos en los casos previstos por la Ley.* **5.** *La legalización de firmas en determinados escritos.* **V.** LAS RELACIONES INTERNACIONALES DEL NOTARIADO RUMANO. **VI.** BREVE REFERENCIA AL SOPORTE NORMATIVO DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN RUMANÍA.

(1) Este trabajo es el resultado de la apasionante visita que realizó el autor del mismo a Rumanía, en concreto en la celebración del Simposio Internacional que tuvo lugar en la ciudad de Iasi, los días 6 y 7 de octubre de 2000, representando en dicho Simposio al Presidente del Consejo General del Notariado Español, Juan Bolás. A título puramente personal, he de indicar el cariño y atenciones que me fueron dispensados por todos los notarios rumanos allí presentes, y por su Presidente; capté de manera clara el cariño especial que tenían hacia España, y en concreto hacia el notariado español, como punto de mira y de referencia en su actividad profesional.

I. Introducción

Desde la caída del muro de Berlín, la organización territorial y política de parte de Europa ha sufrido un cambio fundamental. Países como la República Checa, Eslovaquia, Hungría, y por supuesto, Rumanía, han cambiado su organización y filosofía desde el punto de vista económico y político, y ello, no cabe la menor duda, tiene una influencia fundamental en la configuración de un notariado europeo más fuerte, más unido y más compacto. Los notariados como el rumano, que se han reconstituido recientemente como profesión liberal, tienen sin duda necesidad de estar asistidos y apoyados en sus procesos de desarrollo. Esta situación se ha visto promovida positivamente gracias a la intervención de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) y en particular de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI), pero para continuar de una manera más ordenada proyectando hacia unas formas mejores del notariado, se necesita la asistencia de los notariados más desarrollados de Europa occidental, unidos en el seno de la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE).

Es de interés prioritario para los notariados europeos más desarrollados, el favorecer el mejor desarrollo posible de los nuevos notariados tras la caída del muro de Berlín con un nivel de estructuras que está naciendo y desarrollándose, y con una posición en sus sociedades que con esfuerzo va ganando el puesto y el lugar, en una operación lenta. Un notariado y una legislación que se desarrolle bien en los países del Este europeo, no cabe duda que constituye un factor de consolidación del notariado latino en el mundo e igualmente en los notariados occidentales. En este proceso de integración, deberán aparecer primero, en un futuro no muy lejano, como observadores en la CNUE, en relación con lo establecido en el artículo 1 de los Estatutos de esta Conferencia Permanente. Además la CNUE está trabajando de manera activa en este tema, creando un grupo de trabajo que tiene por objeto la reestructuración y adaptación a los tiempos actuales de la Conferencia Permanente, así como el papel de los actuales países observadores, la nueva posición de estos países cara a las Asambleas Generales de la Conferencia Permanente, y en definitiva, el proceso de acercamiento, hasta lograr la total integración.

Los diez países miembros de la CNUE constituyen un tipo específico de notariado, es decir, el notariado latino perfectamente definido en la Asamblea de Madrid, al tratarse de un notariado constituido por profesionales que por delegación del poder público, o de la soberanía del Estado, ejercen la función pública notarial, la función de la fe pública. Este notariado latino se caracteriza por ser el propio notario el redactor

del documento público, la persona que realiza el control de legalidad, y que advierte a las partes sobre el contenido y sentido del documento y el que les indica las vías jurídicas más adecuadas para conseguir que sus manifestaciones de voluntad, la de los comparecientes, consigan los objetivos queridos. El notario latino no se limita a una simple actividad pasiva de ser un legitimador de firmas, sino que muy al contrario, realiza un control del contenido del documento. Por ello, la CNUE tiene que ser una organización cada vez más compacta y fuerte, en defensa de este notariado de tipo latino, y no cabe duda que la aportación y la consolidación del notariado rumano será un punto esencial, para ser cada vez más fuertes frente a las corrientes de tipo anglosajón, donde los mal llamados notarios, no son tales en nuestro concepto latino, sino simples legitimadores de firmas. A modo de ejemplo, en muchos Estados de América del Norte, las propias leyes establecen que para ser notario, específicamente se exige no saber Derecho.

Es por ello preciso que exista una relación fluida entre países como Rumanía, desde el punto de vista notarial, y los países del notariado europeo más consolidados. Está claro que esa posible integración en la CNUE tiene otro punto de conexión esencial, que será la integración de Rumanía en la Unión Europea.

Se han cumplido cinco años desde que cesó el Sistema Estatal de la Institución Notarial en Rumanía, con el paso hacia el notariado libre como ejercicio profesional. Dicha circunstancia ha supuesto un cambio de mentalidad y de organización, dando elementos de juicio suficientes para poder llegar a decir que el sistema nuevo tiene una viabilidad en Rumanía, con las modificaciones necesarias que configura un Estado de Derecho y una economía de mercado. Ello habrá supuesto un esfuerzo del notariado rumano, cara a las autoridades públicas y a la sociedad civil. Uno de los puntos más importantes internacionalmente fue sin lugar a dudas que la Unión Nacional de los Notarios Públicos de Rumanía ha sido recibida como miembro con plenos poderes en la UINL. Otro evento que creo de gran importancia lo constituyó el Segundo Congreso de la Unión Nacional de los Notarios Públicos de Rumanía en el mes de noviembre de 1998, donde se tuvo ocasión de evaluar el estado de la situación en el notariado rumano, desde el punto de vista profesional, disciplinario, y de las relaciones intercolegiales, entre otros, así como la actividad de representación, estructuras de organización, relaciones con las autoridades estatales. Desde entonces se está trabajando en un conjunto de medidas que doten del marco jurídico normativo adecuado al notariado rumano.

En mi opinión, los pasos a seguir por el notariado rumano deben ser los de estar presentes en todas las organizaciones internacionales del notariado latino, y conseguir, cómo no, la adhesión a la CNUE. Desde

el punto de vista interno, mostrar a las autoridades públicas la necesidad de un notariado libre, con delegación de la soberanía del Estado, imprescindible en el nuevo modelo social de economía de mercado, que garantice la llamada seguridad jurídica preventiva, como un mecanismo de evitar los conflictos judiciales, y a través de ello descargar a los Tribunales de muchos procesos, que pueden ser evitados con la intervención de un notariado fuerte y con apoyos legales. El notariado latino contribuye de manera eficaz al desarrollo y seguridad de las relaciones jurídico-privadas, tanto desde el punto de vista del tráfico civil como del tráfico mercantil. La existencia del documento público notarial supone un medio eficaz y seguro cara a cualquier reclamación y una prueba indiscutible de la validez y eficacia del negocio jurídico en él contenido. Asimismo, hay que ir poco a poco estableciendo la posibilidad de coger nuevas competencias en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Asimismo, el notariado rumano deberá ofrecer su total colaboración con el poder político y con las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que el documento público notarial garantiza un control por parte del Estado de las transacciones jurídico-inmobiliarias, y también de las mercantiles, y es a través de este documento público donde el Estado puede confiar en la recaudación de impuestos, que gravan los contratos y negocios contenidos en los documentos públicos, siendo el notariado el que comunica a las autoridades la realidad de esas operaciones, y puede informar a efectos estadísticos de Catastro, Ayuntamientos y otras oficinas públicas, de por ejemplo, la transmisión de inmuebles. En definitiva, hay que hacer ver a las autoridades políticas que un notariado latino de esas características, contribuye de manera efectiva al sistema de la seguridad jurídico-preventiva, al control de las transmisiones, colabora con las Administraciones Tributarias, establece una red de profesionales en todo un territorio que asesoran de manera imparcial a los consumidores, y todo ello sin ningún coste por parte del Estado. Estos son los argumentos que poco a poco hay que ir introduciendo.

En definitiva, como notario español, quiero expresar mi profundo convencimiento de que el reto que nos espera a todos va a ser superado de forma positiva, y que el notariado latino cuanto más unido y numeroso sea, tendrá más oportunidades de poder seguir manteniendo sus esencias frente a las fuertes y nefastas influencias anglosajonas.

II. La organización de los notarios públicos en Rumanía

La Unión Nacional de Notarios Públicos es la organización profesional de los notarios públicos en Rumanía, y tiene como objetivo principal

la representación y la protección de los intereses profesionales de sus miembros, y desde el punto de vista nacional, la Unión realiza una función de coordinación en la actividad de los notarios públicos, controlando la aplicación de las reglas deontológicas en su actividad. El Consejo de la Unión está constituido por un conjunto de miembros titulares que representan a cada Cámara de Notarios. Dicho Consejo, entre otras facultades, tiene la de proponer el número de notarios públicos y de despachos notariales que pueden existir en la circunscripción de cada Tribunal Civil, y según los casos, la actualización anual de aquéllos, en virtud de las propuestas recibidas por parte de las Cámaras Notariales. Asimismo, organiza los concursos para cubrir las plazas vacantes de notarios públicos, propone al Ministro de Justicia la nominación, suspensión, revocación y cese de la calidad de notario público, y establece, entre otras cuestiones, los honorarios mínimos para los servicios prestados por los notarios públicos, proponiéndolos al Ministro de Justicia.

La Unión Nacional de los Notarios Públicos de Rumanía está formada por las Cámaras de los Notarios Públicos, que existen en todo el territorio. Las respectivas Cámaras de los Notarios Públicos tienen personalidad jurídica y cada Cámara ocupa el territorio y el ámbito territorial donde funciona o está establecido el Tribunal de Apelación, existiendo quince Cámaras de Notarios Públicos en Rumanía. El órgano de estas Cámaras más importante es la Asamblea General de los Notarios Públicos, junto con la figura del Presidente y lo que podríamos denominar en terminología española las Juntas Directivas. Cada Cámara de Notarios Públicos o Colegio Notarial tiene diversas facultades, entre otras, la de proponer al Consejo de la Unión el número de notarios públicos de la circunscripción de cada Tribunal Civil, la actualización anual de ese número, así como todas aquellas actividades propias de todo Colegio Notarial, con una similitud bastante grande en relación al sistema español de los Colegios Notariales.

III. Características y requisitos esenciales del notariado rumano

Como ya hemos indicado, desde el año 1995 el notariado rumano se incardina en el notariado de tipo latino, con todas las características que de él se derivan, y hay que tener en cuenta que el proceso de evolución va siendo positivo, y los cambios y adaptaciones también si tenemos en cuenta que el proceso se puso en marcha sólo hace cinco años, a pesar de que la caída del antiguo régimen rumano se produjo el 28 de diciembre de 1989.

Las características del examen para acceder a la categoría de notario público se realizan en las condiciones previstas en la Ley del Notariado.

El notario público es nombrado por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo de la Unión Nacional de Notarios Públicos, así como la suspensión, cesación y revocación del cargo de notario público.

Para ser notario público es necesario cumplir las condiciones siguientes: tener solamente la ciudadanía rumana y su domicilio en Rumanía, así como gozar de plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles; ser titular de una Licenciatura en Derecho o en Ciencias Jurídicas o ser Doctor en Derecho, no tener antecedentes penales, gozar de una buena reputación, conocer la lengua rumana, ser apto desde el punto de vista médico para ejercer su función, y haber ejercido durante dos años la función de notario pasante o en período de prueba, y haber pasado el examen de notario público, o haber ejercido durante cinco años la función de notario, juez, procurador, abogado u otra función de especialidad jurídica, teniendo los conocimientos necesarios para ejercer la función de notario público.

La cualidad del notario pasante o en período de prueba en Rumanía es adquirida por aquellos que cumplen determinadas condiciones, que son: tener solamente la ciudadanía rumana y su domicilio en Rumanía y tener plena capacidad para ejercer sus derechos civiles. Tener una Licenciatura o Diplomatura en Derecho, o en Ciencias Jurídicas, o ser Doctor en Derecho sin que hayan pasado más de cinco años de la fecha de la obtención del Diploma de Licenciatura, carecer de antecedentes penales, disfrutar de una buena reputación, ser apto desde el punto de vista médico para ejercer sus funciones, conocer la lengua rumana y por último el candidato debe haber estado empleado en un despacho notarial.

El número de notarios pasantes o en período de prueba que pueden estar empleados en los despachos notariales se establece por la Asamblea General de cada Cámara de Notarios Públicos, y las condiciones en las cuales se celebra el contrato de trabajo y la formación profesional del notario corren a cargo de cada Cámara, teniendo la obligación de verificar cada semestre el nivel de formación profesional de estos notarios, así como su capacidad en las funciones confiadas. El notario público puede delegar en el notario las atribuciones relativas a cumplimentar los trabajos de secretariado, a autenticar las copias de los documentos, la firma del traductor y redactar las propuestas o las minutas de documentos con contenido jurídico.

El examen de notario público se organiza cada año por la Unión Nacional de Notarios Públicos, de entre los notarios pasantes o en período de prueba, que han efectuado dos años de actividad. La duración de esta

preparación puede ser reducida o acortada a un año en el caso de que el notario se haya distinguido en el ejercicio de la profesión o hubiera realizado anteriormente otras funciones de especialidad jurídica. Si no se pasan los exámenes en dos convocatorias consecutivas para obtener la calificación de notario público, cesará el contrato de trabajo que la Cámara de notarios de cada región haya hecho al notario.

El notario público rumano tiene derecho a unos honorarios y no pueden ser investigados, sometidos a persecuciones, detenciones, arrestos, desde el punto de vista de la justicia penal sin el conocimiento del Ministro de Justicia, por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión o cargo.

La cualidad de notario público en Rumanía puede cesar por distintas cuestiones, entre otras, por la jubilación, por la expulsión de la profesión como consecuencia de una sanción disciplinaria en los términos previstos en la Ley, y en caso de sentencia firme por haber cometido una grave infracción que atente el prestigio de la profesión.

El notario público en Rumanía está revestido de una facultad a los efectos de desempeñar un servicio de interés público, así como la realización de los actos de autoridad pública, teniendo una doble condición, la de ser titular de un servicio de interés público y al mismo tiempo un profesional libre miembro de una organización profesional.

IV. La competencia de los notarios públicos rumanos

En general, y antes de realizar un análisis de la competencia territorial y material de los notariados rumanos, hay que volver a insistir en el cambio operado en Rumanía como consecuencia de pasar de un sistema dictatorial a un sistema democrático, y de una economía estatista a una economía de mercado, todo ello ha producido en Rumanía un cambio esencial en la concepción del notariado, de un contenido puramente estatal, a pasar a un notariado público, de tipo latino, en una sociedad libre y democrática.

La Ley de los Notarios Públicos y de la Actividad Notarial es la número 36 de 1995, y representa desde el punto de vista normativo, el punto de arranque del nuevo notariado rumano, y a su vez determina la competencia general de los notarios públicos, desde el punto de vista de la competencia territorial y de la competencia material.

A) La competencia territorial

La competencia territorial de los notarios públicos está determinada por la circunscripción del Tribunal donde funcionan los despachos nota-

riales. En el caso de que en la circunscripción del Tribunal funcionen diversos despachos notariales, la competencia territorial de cada uno se extiende sobre toda la circunscripción.

La Ley número 36/95 antes citada, determina cuatro casos de competencia general excepcionales. En primer lugar, el procedimiento sucesorio notarial pertenece a la competencia de la oficina notarial de la circunscripción territorial del Tribunal donde el fallecido ha tenido su último domicilio. En caso de herencias sucesivas, los herederos pueden escoger la competencia de cualquier despacho notarial de la circunscripción territorial del Tribunal o de aquel en que el último de los fallecidos ha tenido su domicilio. Los protestos de cheques, por ejemplo, son realizados en el despacho notarial de la circunscripción territorial del Tribunal donde se efectúa el pago; por último, la expedición de copias o duplicados y la reconstrucción de las escrituras notariales son hechas por el despacho notarial donde se encuentra la matriz de las mismas.

B) La competencia material

Desde el punto de vista material, la competencia de los notarios públicos en Rumanía se dirige a los siguientes actos notariales: la redacción de documentos con contenido jurídico en base a la solicitud de las partes, la autenticación de documentos redactados por el notario público, por las partes o por el abogado; el procedimiento sucesorio notarial; la certificación de determinados hechos en los casos previstos por la Ley; la legalización de firmas puestas en documentos; la determinación de dar fecha fehaciente a determinados escritos presentados por las partes; la recepción en depósito de escritos y de documentos presentados por las partes; los actos de protesto de letras de cambio y de cheques; la autenticación de copias, la redacción y autenticación de traducciones, y la expedición de duplicados, es decir, de copias de escrituras notariales que se hayan realizado por el notario público.

A los efectos de no hacer demasiado largo el contenido de todo este conjunto de competencias materiales, distinguiremos brevemente algunos de los actos notariales antes indicados, por su importancia.

1. Los escritos con carácter jurídico redactados por el notario público

Entre estos se encuentran la autenticación de los actos traslativos del derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles inter-vivos, así como para la constitución de otros derechos reales. Los testamentos. Los actos jurídicos de constitución o modificación de sociedades mercantiles,

entre los que se encuentran la disolución, liquidación, etcétera. Los poderes, tanto los poderes generales como especiales. Las declaraciones concernientes al estado civil de una persona, como por ejemplo la adopción, el matrimonio, la declaración de paternidad, el cambio de nombre; las declaraciones de notoriedad.

2. La autenticación de escritos

Los escritos redactados por el notario público, por el abogado de las partes interesadas, por el consejero jurídico o por el representante legal de una persona jurídica, así como aquellos que son redactados por personas que tienen una formación jurídica superior, serán autenticados por el notario público, teniendo por ello la fuerza probatoria prevista en la Ley.

3. El procedimiento sucesorio notarial

El procedimiento sucesorio notarial comienza, según los casos, bien a petición de cualquier persona interesada, o del procurador, del secretario del Consejo Local de la localidad en la circunscripción en la que el difunto tuvo su último domicilio, si es conocido que la herencia tiene bienes inmuebles. En caso de fallecimiento de una persona que no tuvo su último domicilio en Rumanía, el procedimiento sucesorio puede ser realizado por el notario público de la circunscripción territorial del Tribunal de Instancia en el que el difunto tuvo sus bienes de más valor. El notario público deberá hacer el inventario de los bienes objeto de sucesión. En el transcurso del procedimiento sucesorio el notario establece y determina la cualidad o condición de herederos y delegatarios, así como de sus respectivos derechos. En el caso de la existencia de un testamento encontrado durante el inventario, o bien presentado por la parte interesada, procederá a su apertura el notario público. Si el testamento es ológrafo el notario constatará su estado material y se desarrollará un proceso verbal. El procedimiento sucesorio es terminado por el notario público mediante la emisión de un certificado heredero o delegatario. Cuando no existan herederos legales o testamentarios, a petición del representante del Estado, el notario constata que la sucesión está vacante y emite un certificado en este sentido.

El certificado de heredero expedido por el notario, es la prueba que determina la cualidad de heredero y de los bienes que pertenecen a cada uno. Según la Ley rumana, con respecto a los bienes muebles la herencia está sometida, con independencia de donde se encuentren los mismos, a la Ley nacional del causante, y con respecto a los bienes inmuebles y al fondo de comercio, a la Ley del lugar donde se encuentren situados estos bienes.

4. La certificación de hechos en los casos previstos por la Ley

El notario público rumano puede certificar determinados hechos que él haya constatado personalmente, por ejemplo, el que una persona esté viva, o que se encuentre en un determinado lugar, testimonio de fotos, etc. En este sentido podemos observar una gran similitud en relación con el notariado español, en concreto con las actas notariales, actividad desconocida por el notariado en la mayoría de los países de la Unión Europea.

5. La legalización de firmas en determinados escritos

El notario público puede legalizar la firma de las partes solamente en aquellos documentos en los que la Ley no exija la forma auténtica o pública como una condición de validez del acto.

V. Las relaciones internacionales del notariado rumano

Como ya indicamos en nuestra introducción, el notariado rumano pertenece como miembro de pleno derecho a la Unión Internacional del Notariado Latino, hecho que se produjo el 31 de mayo de 1997 en Santo Domingo, en la República Dominicana.

Desde el punto de vista europeo, la presencia del notariado rumano debe estar dirigida, en mi opinión, al establecimiento de relaciones con la CNUe (Conferencia de los Notariados de la Unión Europea), y el primer paso sería el tener el status de miembro observador de dicha Conferencia, siempre que se cumplan los requisitos que establecen los Estatutos de dicha Conferencia, para posteriormente ingresar como miembro de pleno derecho en dicha organización.

No cabe duda que en estos cinco años del nuevo notariado rumano, los distintos dirigentes de la organización notarial de aquel país han demostrado un esfuerzo encomiable, por querer avanzar rápidamente en el camino de conseguir un notariado latino moderno, a pesar de las dificultades económicas reales por las que atraviesa el país, al cambiar de sistema político y económico. Tanto las Cámaras o Colegios Notariales de Rumanía como la propia Unión Nacional de los Notarios Públicos, han celebrado diversos seminarios científicos con participación internacional, para conocer en directo la experiencia profesional de los notariados con una antigua tradición, a fin de promover la imagen del notariado rumano, tanto desde el punto de vista interno como internacional. En este sentido se han producido movimientos importantes de visitas de personalidades

notariales internacionales a Rumanía, así como delegaciones de notarios rumanos en distintos países. La Unión Nacional de Notarios Públicos de Rumanía es miembro del Instituto Internacional de Historia del Notariado, institución que contribuye a conservar la memoria de la actividad notarial, en particular en lo que concierne a la propia región geográfica, es decir, el sudeste de Europa.

Los representantes de la Unión Nacional de Notarios Públicos de Rumanía son miembros de las Comisiones Permanentes de la Unión Internacional del Notariado Latino.

VI. Breve referencia al soporte normativo de la actividad notarial en Rumanía

La norma básica que regula la actividad de los notarios públicos en Rumanía es la Ley número 36/1995, que se denomina “La Ley de los Notarios Públicos y de la Actividad Notarial”. En dicha Ley, en el capítulo I relativo a las Disposiciones Generales, se ve con claridad el carácter de notario latino del notario rumano, en la tradición más ortodoxa. En esta Ley también se regula lo relativo a la competencia de los notarios públicos en los artículos 8 a 13, la organización de la actividad de los notarios públicos, tanto desde el punto de vista de la organización y funcionamiento de los despachos notariales como la organización de los Colegios o Cámaras de Notarios Públicos, y la Unión Nacional de Notarios Públicos (arts. 14 a 29). Se regulan los derechos y obligaciones de los notarios públicos, y las obligaciones y responsabilidad de los mismos (arts. 30 a 42).

El capítulo V de la Ley, de carácter esencial, regula toda la cuestión de la documentación notarial, de la escritura pública, y de los distintos tipos de actuaciones que realiza el notario, en los artículos 43 a 98 inclusive. El capítulo VI regula el control de la actividad notarial y los archivos notariales en los artículos 99 a 103, y el capítulo VII comprende las Disposiciones Transitorias y Finales. Teniendo en cuenta, muy especialmente, el artículo 105, que regula desde el punto de vista jurídico el paso o reciclaje de los antiguos notarios estatales, para que puedan ser notarios públicos, siempre que cumplan una serie de requisitos previstos en el artículo 18, en lo relativo a hacer constatar ante el Tribunal de Apelación de la circunscripción correspondiente, su despacho profesional y sus atributos, así como su firma. No olvidemos que la mayor parte de los notarios públicos actuales provienen de los antiguos notarios del Estado.

Además de la Ley antes indicada se encuentran los Estatutos de la Unión Nacional de Notarios Públicos de Rumanía, organización de la que

ya hemos hablado con anterioridad. Asimismo, el Reglamento para la aplicación de la Ley de los notarios, reglamento que desarrolla aspectos fundamentales de la Ley, como los relativos a la nominación del notario público, la constitución y registro de los despachos notariales, la figura de los notarios pasantes o en período de prueba, los derechos, obligaciones y la responsabilidad disciplinaria del notario público, la organización de sus despachos; el importante capítulo IV, relativo a la manera de redactar las escrituras, regulado en los artículos 57 y siguientes, los órganos representativos de los notarios, el control judicial, el profesional y el administrativo. Por último, el Código Deontológico de los Notarios Públicos de Rumanía, que contiene normas de conducta moral y profesional, que protegen los valores y que contribuyen de manera efectiva a la consolidación del “status” de notario público.