

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**LA REFORMA DE LA LEY NOTARIAL ESPAÑOLA ALGUNAS REFLEXIONES
QUE SUSCITA(*) (417)**

AURELIO DIEZ GÓMEZ

SUMARIO

1. Los atributos externos del notario. - 2. Concepto del notario, - 3. Fe pública judicial y fe pública extrajudicial. - 4. La función de asesoramiento. - 5. Independencia y autonomía. - 6. Obligatoriedad de la función. - 7. Rogación. - 8. Secreto profesional. - 9. Incompatibilidades para el ejercicio del cargo de notario. - 10. Responsabilidad. - 11. Competencia territorial. - 12. Carácter de autoridad. - 13. Inamovilidad. - 14. Organización jerárquica del notariado. - 15. Ingreso en el notariado. - 16. Nombramiento. - 17. Cese. - 18. Retribución.

La venerable Ley Española del Notariado, de 11 de mayo de 1862, es probablemente una de las leyes que mayor éxito real haya obtenido en nuestra historia legislativa. Frecuentemente se ha acusado a los pueblos latinos de elaborar grandes monumentos legales, que luego no han servido más que para ocupar un espacio en los anaqueles; pero en este caso no ha sido así: la ley fue capaz de transformar completamente la profesión, no ya en su parte externa y en su organización, sino creando un espíritu nuevo, vivo y progresivo, que ha permitido un proceso ininterrumpido de perfeccionamiento.

Pero la ley de 1862 hoy ha quedado superada. Sus preceptos son insuficientes para la complejidad de la vida moderna, para las actuales necesidades, para las nuevas técnicas. Gracias a la ley, el notariado español ha crecido tanto que la ley se le ha quedado pequeña. Hasta ahora las necesidades legislativas se han ido satisfaciendo por la vía reglamentaria, de forma que los sucesivos reglamentos han constituido el verdadero Código del Notariado, a veces de una manera no muy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conforme con la letra de la vieja ley. Hoy ya la situación es insostenible. Nuestra vieja y querida ley ya es una Ley de Bases, un conjunto de normas que encierran el espíritu de una regulación, pero no una regulación concreta: se hace necesaria una nueva ley, una ley suficientemente extensa y concreta como para que pueda plasmar todas las conquistas que en este siglo largo ha logrado el notariado en España, en su lucha por la justicia y la paz en la vida del derecho.

Esta necesidad ha sido sentida en los órganos rectores de nuestra profesión. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha emprendido la tarea renovadora, y para ello se ha constituido una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley notarial. Al que estas líneas escribe le ha cabido la fortuna de formar parte de esta Comisión. Gran suerte, porque sería difícil encontrar un foro donde se oyeran cosas más interesantes sobre todos los problemas notariales. Este es nuestro propósito al escribir estas líneas: exponer, siquiera sea brevemente, algunas de las cuestiones que allí han venido tratándose.

1. Los atributos externos del notario

El hábito no hace al monje... pero le ayuda a mantener el espíritu monacal. Los atributos del notario no constituyen su patrimonio ni su gloria, pero son el resultado de una tradición entrañable. Si esos títulos o esos símbolos tienen un prestigio, es porque lo han adquirido por reflejo del notariado, que se lo ha sabido ganar; no es extraño que el notariado quiera conservarlo.

La denominación de notario es relativamente moderna, puesto que hasta 1862 se usaba preferentemente la de escribano, aunque tenga antecedentes remotísimos, que llegan al derecho romano. Fue la separación entre la fe pública judicial y la extrajudicial la que consagró la denominación de notario, que además de ser la legal ha arraigado profundamente en el lenguaje popular y tiende a extenderse en otros países hispanohablantes. No se ha puesto en duda la conservación del título de notario, pero sí se ha apuntado la conveniencia de que la ley reserve esta denominación exclusivamente para los miembros de la corporación notarial. Es cierto que en algunas esferas se ha usado tradicionalmente el título de notario, tal como los notarios eclesiásticos, pero también lo es que el prestigio que ha alcanzado nuestro cuerpo quizá haya impulsado a otros funcionarios a llamarse así. Ello puede inducir a confusión, haciendo pensar que realizan una función notarial especial por razón de personas o lugar, cuando en realidad no es así.

Algo parecido puede decirse acerca del signo. En algún sector se ha propugnado su eliminación, aduciendo que es un anacronismo, reliquia de épocas en que la escritura era un misterio asequible a muy pocos, quienes impresionaban al vulgo con trazos y dibujos rimbombantes que eran al documento lo que las fórmulas cabalísticas a la magia. Se ha apuntado también que el signo es peligroso, como todo requisito

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puramente formal, que sin añadir garantías de ninguna especie puede dar lugar a nulidades por omisión. Pero como dice González Palomino el signo es para el notariado como el tricornio para la Guardia Civil. Un signo, si, nada más que un signo, pero un signo de fe, de deber, de servicio; un algo material que refleja un espíritu. Un objeto amado que el notariado quiere conservar.

2. Concepto del notario

No es misión de las leyes el dar definiciones. Pero es evidente que una ley notarial tendría que resolver el problema de qué es el notario, qué es la función notarial. Definiendo o no al notario, la ley le contemplará en su quehacer, y según regule éste le dará una u otra consideración.

El notariado latino se ha ocupado con insistencia de este problema: ¿qué predomina en el notario, su carácter de funcionario público o su aspecto de profesional del derecho? No vamos a insistir aquí en una cuestión estudiada hasta la saciedad, pero sí recordaremos que la solución depende en gran parte del punto de vista con que se aborde el problema. Quien ve en el funcionario la organización jerárquica con su disciplina y su dependencia funcional, la impersonalidad del órgano que realiza la función, su automatismo funcional; quizá el aspecto sainetesco del manguito y la ventanilla, la póliza y el sello, no quieren oír hablar del notario funcionario. Quienes contemplan el efecto de su función, la fe pública que no pueden concebir sino como derivada de una autoridad - no olvidando que la fe consiste en creer algo que no se ve, por la autoridad de quien lo afirma -, piensan que el notario es ante todo y sobre todo un funcionario; que puede haber notarios doctos o ignorantes, juristas o legos en derecho, pero no puede haber notarios que no sean funcionarios.

El problema no es meramente académico. Ciertamente la tradición española reconoce en el notario la doble vertiente de funcionario y profesional del derecho, y no hay por qué cambiar esta tradición, pero que prevalezca uno u otro de tales aspectos es de gran importancia en la regulación de la función: si, por ejemplo, los contratos redactados por notario han de presumirse legales y válidos, será porque un profesional en derecho, un jurista, los ha redactado; si el notario puede negarse a autorizar un instrumento al que las partes pretendan dar una redacción que él estima equívoca o inadecuada, no está actuando ya como funcionario - sí lo hace cuando se niega a autorizar lo que es contrario a la ley -, sino como un jurista especializado en jurisprudencia cautelar que trata de evitar una perturbación de la paz jurídica. La definición que una ley haga del notario, por detallada que sea la regulación de su función, siempre será un elemento importante para resolver en su día dudas determinadas. Pongamos un ejemplo de algo que la legislación actual no resuelve: la remuneración al notario ¿es remuneración de un funcionario o de un profesional? La exigencia de una remuneración excesiva y por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanto no debida ¿sería un delito de exacción ilegal?

Naturalmente, ante el problema caben posiciones diversas. No se trata de decir aquí cuál de ellas goza de más adeptos o tiene más probabilidades de prevalecer. Ni aun de exponer el criterio de quien escribe estas notas. Nuestro propósito no pasa de procurar un apunte de algunos de los problemas que se han mencionado en ocasión tan excepcional como es la revisión de la legislación notarial. Pero puede apuntarse que en muchos casos ha habido algo parecido a la unanimidad. Y quizá éste sea uno de los casos: el notario es sobre todo y ante todo un profesional. Un profesional a quien se le encomienda una función pública, pero que no por eso deja de ser profesional. Al encomendársele esa función adquiere el carácter de funcionario público, pero sólo en el límite que ello es necesario. Funcionario en su aspecto de servidor público, en su manera de actuar es un profesional. La ley debe resaltar este aspecto por encima de cualquier otra consideración.

Si el notario desempeña una función pública ¿cuál es esta función? En qué consiste la función notarial es sin duda el punto crucial, el problema esencial de todo el derecho notarial.

Pero una ley no tiene por qué definir esta función. Ciertamente la tiene que regular, pero será misión de la ciencia jurídica, de la doctrina, deducir de esa regulación la esencia de la función, y entonces formular su definición.

Tampoco unas notas tan sencillas como éstas son lugar adecuado para plantear este importante problema. Bástenos decir que las orientaciones en la materia pueden encerrarse en dos grandes grupos: a) los que creen que la función notarial puede compendiarse en la palabra "verdad"; b) los que la encierran en la palabra "forma".

Los secuaces de la primera posición suelen afirmar que la característica de la función notarial es la de "dar fe". Fe, como hemos dicho, es la virtud de creer algo que no se ve por la autoridad de quien lo dice, luego fe pública será la necesidad jurídica de creer - es decir, de tener por cierto - algo en virtud de la autoridad pública de que goza quien lo afirma. Según esta posición el notario es el "ministro de la fe", como decía un conocido presentador de la radio española; el hombre de la verdad, como es el sentir público.

Pero esta posición ha sido objeto de ataques. Como decía un célebre notarialista, no podemos pretender los notarios el monopolio de la verdad. ¿Es que los demás funcionarios son menos caballeros que nosotros? Tanta presunción de verdad como pueda tener el instrumento, la tiene el testimonio de un secretario judicial, el certificado de cualquier funcionario facultado para expedirlo; un instrumento público se reputa exacto, pero también se reputa exacto un ejemplar del Boletín Oficial del Estado. Veamos el problema desde otro punto de vista: una persona, en plenitud de sus facultades, expresa su última voluntad ante el Jefe del Gobierno, el Ministro de Justicia, el Presidente del Tribunal Supremo, el Cardenal Primado de España, y sigamos enumerando personalidades cuyo prestigio moral e intelectual esté en las más altas esferas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imaginables; esa última voluntad no produce efectos jurídicos(1)(418). La misma persona expresa su última voluntad ante notario competente y tres testigos legalmente idóneos, aunque de fama un tanto dudosa; la última voluntad así expresada produce todos los efectos. ¿Por qué? No podemos decir que en el último caso existe una presunción de veracidad que en el primero falta, porque la ley puede ser formal, abstracta, algo alejada de la realidad en ciertos casos. . . pero no tanto. Ocurre sencillamente que ante el notario y los testigos se produce la forma que la ley prevé. El notario - en su caso con la colaboración de testigos - es el órgano que da esa forma.

Y ¿qué forma da el notario? Tampoco parece éste el lugar adecuado para exponer toda una teoría de la forma. Limitémonos a recordar que hay una forma preestablecida y una forma libre(2)(419); que hay una forma simbólica (cuyo significado está convenido o establecido de antemano) y una forma literaria (cuyo significado es el que corresponde al lenguaje habitual, a su significado extrajurídico); que ésta puede ser oral o escrita; que la forma puede ser privada o pública (dada por un representante de la sociedad); que ésta puede ser testimonial (la sociedad está representada por testigos) y funcionarista (la sociedad está representada por un funcionario), y que puede ser profesional (dada por un profesional, un técnico en derecho) o no profesional. La forma notarial es una forma pública, literaria, escrita, funcionarista y profesional.

Ciertamente la manifestación más importante de la función notarial es la que hace referencia al negocio jurídico y por tanto a la forma de éste. Pero es axiomático que, si la necesidad crea el órgano, el órgano, una vez creado, realiza funciones distintas de aquellas para las que fue creado. El notario, además de dar forma a determinados negocios jurídicos tiene una misión, cada vez más importante y más visible para el público, que tal vez fuera la primera que tuvo en la historia: ser testigo. El notario en la esfera de los hechos, en aquella parte de su actuación que se refleja en las actas, es un testigo rogado y profesional (obligado a serlo).

Planteada así la cuestión ¿debe una ley notarial decir que la función del notario es dar forma - e incluso qué clase de forma - al negocio jurídico privado? Algo así venía a hacer el Reglamento Notarial, distinguiendo la esfera del derecho y la esfera de los hechos. Pero una ley no es un reglamento, que por su propia naturaleza y por estar destinado a una duración menor puede entrar en detalles impropios de aquélla. Una opinión extendida es que sería suficiente que la ley se limite a decir que la misión del notario, la función pública que el ordenamiento le atribuye, es simplemente la de "dar fe" o la de hacer el instrumento, o dar carácter de tal al documento elaborado con su intervención: luego será la doctrina y la jurisprudencia, basándose en el desarrollo que la ley haga de esa función, la que tendrá que decir qué significa "dar fe" o en qué consiste "hacer" un instrumento público. Porque el significado vulgar de la expresión dar fe como decir verdad, no tiene por qué coincidir con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

significado técnico. De este modo, además de conservarse una expresión tradicional, quedaría la puerta abierta para cualquier posible evolución de la función notarial.

3. Fe pública judicial y fe pública extrajudicial

La ley todavía vigente tenía como uno de sus puntos cardinales la separación entre la fe pública judicial y la extrajudicial, o lo que es lo mismo, la distinción en notarios y actuarios o secretarios judiciales. No es, pues, de extrañar, que se haya insistido en todo momento en consagrar legislativamente esta distinción.

Hoy sería posible ver esto desde otro punto de vista. Si por fe entendemos sólo presunción de verdad, habría que distinguir no sólo la judicial y la extrajudicial, sino la administrativa, y tal vez dentro de ésta varias manifestaciones especialmente señaladas, como sería la militar, la eclesiástica, la municipal, etc. Si por fe entendemos la dación de una forma especial a determinados negocios jurídicos de derecho privado, con todo lo que ello implica, como asesoramiento, presunción de legalidad, etc., sería perfectamente inútil decir que el notario actúa en la esfera extrajudicial, porque es obvio que sólo puede desenvolverse en esta esfera. Sin embargo, una razón de tradición, y tal vez la conveniencia de consignar expresamente en el articulado de la ley la exclusividad de los miembros de la corporación notarial en la prestación de esa función que les es propia, quizá aconsejen conservar algún precepto en este sentido.

4. La función de asesoramiento

Una de las consecuencias más notables del carácter de profesional del derecho que tiene el notario es que le corresponda una misión de asesoramiento de la persona que requiere sus servicios. Asesorar significa no sólo informar de las consecuencias de los actos, sino también indicar cuál es el medio más adecuado para lograr un determinado propósito.

La imposición de una forma para determinados negocios jurídicos no es un capricho del legislador. Por el contrario, el formalismo tiene unos inconvenientes que han sido puestos de relieve con frecuencia: carestía, incomodidad, peligro de ineficacia, etc. Y sobre todo, que produce una consecuencia que puede ser contraria a la moral, a la buena fe, a la honestidad: que la palabra dada no tenga que ser cumplida porque al expresarla se han omitido determinadas formalidades, que el juez deba dar la razón al inmoral avisado frente al ingenuo de buena fe que no se ha preocupado demasiado de los formalismos. Las ventajas que se predicán del formalismo, tales como la facilidad para distinguir entre tratos preliminares y acuerdo obligatorio, la posibilidad de fijar el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

momento inicial del negocio, su publicidad y, sobre todo, la preconstitución de la prueba, justificarían una forma sencilla y fácilmente asequible, por ejemplo el simple documento privado legitimado o visado de alguna manera, pero no la forma profesional propia del sistema notarial latino. ¿Por qué esta exigencia ?

Se ha dicho que al notariado le corresponde la jurisprudencia cautelar, el ocuparse preventivamente de la paz jurídica. Esta función podemos compararla a la que realiza la medicina preventiva en cuanto a la salud pública, entendida ésta como la suma de la salud de cada individuo. Junto al médico que cura hay el médico que previene; para ello se impone en varios momentos de la vida el reconocimiento facultativo, y se evita el autotratamiento, de modo que no puedan utilizarse medios peligrosos sin un previo examen del médico, quien decide sobre la conveniencia de su utilización. Lo mismo ocurre en la vida jurídica. Hay actos de trascendencia social, como puede ser la creación de una persona jurídica; otros que tal vez sean menos trascendentes para los terceros, pero pueden serlo en grado sumo para el autor, como un testamento o un poder general. La vida moderna es lo suficientemente complicada como para hacer aconsejable que ni la conservación de la salud ni el tráfico jurídico pueda guiarse por los consejos de un profano o por la impresión momentánea de un profano, aunque sea el propio interesado. Antes de que una persona ingiera una medicina peligrosa, es preciso el dictamen de un médico; antes de que realice determinados negocios, el de un jurista. La forma pública funcionarista, es decir, la forma notarial, impuesta como requisito ad solemnitatem o ad probationem, como forma de ser o como forma de valer, es el medio de asegurar ese asesoramiento. No es un capricho del legislador ni una reminiscencia histórica, es un seguro contra la irreflexión.

Planteada así la cuestión, la misión asesora del notario es evidentemente parte esencial de su función. El notario no sólo actúa como tal cuando autoriza un instrumento; está actuando desde que recibe al cliente. Quizá la nobleza de su misión resplandece más que nunca cuando disuade a quien fue a visitarle con un propósito equivocado. De una u otra forma la ley debe proclamar esta función asesora como esencial en la función, y regular una serie de consecuencias que de ella se derivan, como el derecho a redactar y el derecho a negar en ciertos casos la prestación del ministerio notarial.

5. Independencia y autonomía

Una de las consecuencias del carácter de profesional que tiene el notario es la independencia y la autonomía de su función. La función es personal, el notario es responsable ante sí mismo, ante su conciencia, y ante la ley, pero no ante un patrón o un superior, salvo en aquellos aspectos accesorios, en cuanto regulan la organización y no la función, en los que puede verse un sistema jerárquico. El notario no recibe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

órdenes en su modo de actuar: lo hace según su criterio, un criterio que no es subjetivismo, porque se lo impone su propio conocimiento del derecho. Esta independencia no sólo ha de ser funcional, sino personal; no sólo ha de darse en la teoría, sino en la práctica. El notario no puede depender de un superior jerárquico, pero tampoco puede depender de una empresa, de un patrón. Ni siquiera debe depender de su cliente. En esto se diferencia el notario del abogado. Para éste el cliente es la persona cuyos intereses defiende, a veces frente a otro; el equilibrio de la justicia se establecerá por su enfrentamiento con el abogado de la otra parte. El notario defiende los derechos subjetivos, y por ello la justicia, directamente, no frente a nadie; su cliente no le pide que le defienda, sino que actúe, y actuará - el cliente bien lo sabe - con imparcialidad. No es un defensor sino un juez cautelar.

Esta independencia del notario, unida a la misión asesora en defensa de la justicia, explica que la ley imponga la intervención del notario especialmente en los actos en que intervengan partes - es decir, personas con intereses opuestos o al menos distintos -, sobre todo si tales actos son de gran importancia y si una de las partes ocupa por razones sociales, económicas o de otra índole, una posición de superioridad. La intervención notarial es claramente necesaria en contratos de gran importancia suscritos por empresas poderosas.

Hoy día una gran parte de la contratación corre a cargo de órganos públicos o semipúblicos, que se mueven dentro del derecho privado, pero cuya situación preponderante respecto de los particulares que negocian con ellos no ofrece duda. Claro que la forma pública de estos contratos quedaría suficientemente cubierta con la intervención de cualquiera de los funcionarios con poder certificante que figuren en el organismo de que se trate. Así se lograría una facilidad y una economía indiscutible, pero los derechos de los particulares no estarían suficientemente asegurados. La intervención del notario en estos contratos es la más eficaz cautela en esta materia; sólo el notario, examinando el expediente - como dice el vigente Reglamento - garantiza de una manera neutral si se han cumplido las leyes; sólo la redacción del contrato hecha o aprobada por el notario garantiza su imparcialidad. El asesoramiento del notario puede no ser necesario al organismo público, que generalmente tendrá su técnico en la materia, pero muchas veces puede ser el único medio de defender al particular contra su propia ignorancia. La ley debe establecer la obligatoriedad de la forma notarial como garantía cautelar de los derechos de los particulares, como medio de lograr el Estado de Derecho.

6. Obligtoriedad de la función

Aunque el notario sea un profesional, desempeña una función pública. Aunque el particular tenga derecho de elección de notario, la limitación a su número que impone la ley dificulta la elección en muchos casos. La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligatoriedad de la prestación de la función notarial parece indiscutible. Consecuencia de ello debe ser imponer sanciones a la negativa injustificada.

Pero si el notario no es un autómata, si actúa con autonomía, debe tener la posibilidad de negar su intervención. ¿Cuándo? ¿Qué recursos caben contra su negativa? Parece claro que si el instrumento que se pretende contiene algo contrario a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, el notario no sólo puede, sino que debe negar su intervención.

El problema estará cuando la pretensión del particular omita lo necesario para la plena efectividad del negocio - por ejemplo, cuando impida su inscripción en el Registro de la Propiedad - o contradiga norma dispositivas, que hacen posible su impugnación pero no determinan nulidad. O cuando la redacción pretendida sea, a juicio del notario, incorrecta, oscura o adolezca de defectos que puedan motivar consecuencias jurídicas(3)(420). La solución es dudosa.

Un primer criterio, que se basaría en el aspecto profesional del notario, sería permitir al notario negarse a la autorización: la redacción del instrumento es su derecho, como lo es del médico prescribir el tratamiento o del arquitecto formular el proyecto; el cliente no puede más que aceptarlo o rechazarlo. Refuerza esta postura otra consideración: si el ordenamiento confía en el saber del notario, admitiendo que el instrumento redactado por él se presume válido y legal, no puede conceder esa presunción cuando el propio notario no lo ha autorizado voluntariamente.

El criterio opuesto se basa en el aspecto público de la función, en cuya virtud se concede a unos juristas el monopolio de dar forma pública. Si el acto propuesto no es contrario a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres ¿por qué se puede negar a autorizarlo? ¿No sería esto un atentado a la libertad de contratación? Todas las cláusulas de un contrato que no prohíba el ordenamiento son lícitas, ¿por qué no pueden consignarse en un instrumento, si el notario no quiere?, ¿por qué puede el notario prohibir lo que la ley no prohíbe ?

Caben soluciones intermedias. Una de éstas sería que el notario debiese acceder a la redacción solicitada, pero haciéndolo constar así en el propio instrumento. Quizá entonces fuese justo obligarle a añadir en qué consiste a su juicio la irregularidad(4)(421), aunque no falte quien crea que esto sería una deslealtad para con el cliente. En todo caso, la presunción de legalidad del instrumento redactado con lo que se llama "minuta insistida" - redacción en la que insiste el particular contra la opinión del notario - debe desaparecer, puesto que desaparece la razón en que se funda.

7. Rogación

La función notarial es típica del derecho privado. Incluso su intervención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la esfera administrativa se justifica, precisamente, porque el órgano de que se trate actúa como sujeto de derecho privado. Se explica, pues, que la función no pueda prestarse más que previa rogación del interesado. Las excepciones que se señalan, y que a veces recogen las leyes, como los llamados autorrequerimientos o los requerimientos impersonales - en nuestra práctica el protesto de letras de cambio - no son verdaderas excepciones.

No obstante, esta afirmación es de difícil concreción cuando se trata de actos que de alguna manera afectan a personas distintas del que solicita la actuación del notario. En un contrato, es evidente que el notario no puede actuar si no hay acuerdo entre los contratantes. Pero en un acta de requerimiento, en un acta de presencia, el notario actúa a petición del requirente, pero sin consentimiento expreso del requerido, que puede negarse a contestar, e incluso a recibir al notario, pero no puede evitar que se realice el acto notarial que a él se refiere.

La cuestión de la rogación incide aquí en la de la clandestinidad. ¿Puede el notario actuar sin dar a conocer su calidad de tal? ¿A quién debe hacerlo saber? ¿Puede cualquier persona impedir una actuación notarial que se refiera a ella? ¿Debe la ley imponer como obligatoria la intervención del notario, a petición de una parte, en ciertos casos, como por ejemplo en las Juntas Generales de las sociedades anónimas? Estos problemas son propios de las actas, documentos donde se refleja una actuación notarial especial - lo que hemos llamado "función notarial impropia" -, de la que será oportuno ocuparse en otra ocasión.

Intimamente relacionado con el aspecto de la rogación está el de la elección del notario. Si el notario es un profesional, no parece discutible que la regla general debe ser la libertad de elección. Pero hay dos puntos en que se hacen necesarias ciertas precisiones.

En primer lugar, cuando hay más de una parte puede ocurrir que no haya acuerdo en el notario a elegir. Cabe resolver el problema de dos maneras. Una sería establecer unas normas de preferencia, más o menos casuísticas, diciendo, por ejemplo, que en las donaciones elegirá el donante, en las compraventas el comprador(5)(422), en los actos colectivos la mayoría, etc. La segunda sería no establecer normas, de modo que a falta de acuerdo no es posible el otorgamiento de la escritura sino a través de un pleito, y por tanto mediante la designación judicial del notario autorizante. Quizá quepa una solución intermedia, ya que las dos extremas ofrecen graves inconvenientes, la primera porque la imposición de notario no parece recomendable - ni posible si el llamado no accede, por lo que en definitiva acaba siendo el juez quien decide -, y la segunda porque la falta absoluta de reglas puede dar lugar a que se suscite un pleito que sería evitable si tales reglas existieran. Consistiría en que en caso de desacuerdo un órgano neutral, por ejemplo, el propio Colegio Notarial, designase un notario, de modo que el renuente sabría que su negativa a admitir su intervención - no a otorgar el documento, que es otra cosa - acabaría en una resolución judicial en el mismo sentido. Esta solución - que podría completarse con normas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

objetivas internas del Colegio para hacer la designación - equivale a sustituir el pleito por el arbitraje.

El segundo problema en materia de elección tiene lugar cuando ésta debe hacerla un órgano público o semipúblico, incluidas ciertas sociedades que por su finalidad puedan asimilarse a aquéllos, o cuando se trate de determinadas actuaciones notariales muy impersonales, como puede ser el protesto de letras de cambio. Siguiendo el criterio de que cuando la Administración interviene en el instrumento lo hace como sujeto de derecho privado, la elección debería ser también libre. Pero la práctica ha creado en estos supuestos lo que se llama "turno de reparto", con dos finalidades: evitar una posible influencia de la Administración o de las autoridades o funcionarios, o de ciertas grandes empresas, sobre el notariado, y lograr una cierta igualdad, o al menos un mínimo, en el trabajo de cada notario. La conservación, con reducción o ampliación de lo que comprende o debe comprender, o la supresión de este turno de reparto ofrece ventajas e inconvenientes, y, naturalmente, las opiniones han de ser diversas. Una solución en cierto modo intermedia tendería a la especialización del notario, creando algunas notarías especializadas en cierto tipo de contratación administrativa, que serían las únicas que pudiesen protocolizar este tipo de instrumentos - o del instrumento de que se trate, pues claro está que la misma especialización podría establecerse para otra clase de instrumentos, como protestos, actas en general, etc. -, y que, en reciprocidad, no podrían protocolizar los de otro tipo. Lo que pudiéramos llamar problema social del notariado - la relativa igualación de los ingresos de cada notario o el mínimo a garantizarle - se resolvería por otros procedimientos puramente corporativos.

8. Secreto profesional

El notario, como todo profesional, está obligado al secreto profesional. Los problemas que se plantean en la materia dependen, además de la necesidad de actuar de manera no clandestina - lo que en realidad no se opone al secreto, porque al notario le basta con decir que lo es y que va a actuar como tal -, de una costumbre, cada vez más extendida por desgracia, de que la Administración acuda al notario como fuente de información cómoda y asequible para sus fines estadísticos y fiscales. Esperamos tener ocasión, más adelante, de volver sobre este tema, respecto del cual aquí será suficiente la afirmación de que la proclamación legal del secreto profesional es imprescindible como medio de asegurar lo que es un derecho y un deber del notario.

Una manifestación específica del secreto profesional es el secreto del protocolo. Aquí no basta una proclamación de su existencia, sino que se precisan unas normas concretas que establezcan cómo deben custodiarse y comunicarse los protocolos, especialmente en forma de expedición de copias, y qué índices, partes o notas de su contenido deben darse.

9. Incompatibilidades para el ejercicio del cargo de notario

Además de la incompatibilidad funcional, en virtud de la cual un notario no podrá actuar en determinado instrumento, existe el problema de la incompatibilidad general para ser notario. ¿Debe existir una regla de incompatibilidad especial? ¿La incompatibilidad sería para el ingreso en el cuerpo o para el ejercicio del cargo?

El segundo aspecto del problema es de menor importancia. Parece claro que la incompatibilidad debe ser sólo para ejercer el cargo, pero que si ésta impide la toma de posesión en la forma que prescriban las leyes, impedirá el acceso al cargo, y si tal incompatibilidad es de tal naturaleza que puede ser conocida en el momento de la selección de aspirantes, parece lógico que se excluya de ésta a los que la tengan.

El primer aspecto es importante y de solución no fácil. Si pensamos que el notario es un profesional, podríamos llegar a la conclusión de que deben afectarle las mismas incompatibilidades que a los demás, es decir, las que pudiéramos llamar generales relativas a moralidad, capacidad intelectual acreditada, etc. Pero si pensamos que realiza una función pública, hay razón para creer que deben afectarle las mismas incompatibilidades que a los funcionarios públicos, incluso a los que se exijan mayores garantías de imparcialidad, como pueden ser los jueces.

No sería difícil formular en una ley un principio general sobre la incompatibilidad del notario, diciendo algo parecido a que el cargo es incompatible con cualquier actividad que dificulte su ejercicio o menoscabe su imparcialidad o independencia. Parece aconsejable que la ley no entre en mayores detalles, dejando éstos - en el sistema legislativo español - para el reglamento, de mucha más fácil adaptación a la realidad cambiante. Pero, en la ley o en el reglamento, las incompatibilidades han de señalarse de manera concreta.

Un procedimiento sería el mismo que sigue el reglamento vigente, basado en un criterio económico - cargo que devengue sueldo o gratificación del Estado, provincia o municipio - y en el deber de residencia - que obligue a residir fuera de la localidad donde esté demarcada la notaría -, que tiene, al menos, la ventaja de su sencillez. A lo que hay que sumar los supuestos que impiden el acceso al cargo, en los raros casos en que éstos puedan sobrevenir. Este criterio tan general tiene inconvenientes por defecto y por exceso. Por defecto, porque si un cargo que devengue una remuneración de un ente público da lugar a incompatibilidad, no se comprende por qué un cargo privado de gran trascendencia pública y dotado de un gran sueldo no lo será. Por exceso, porque ciertas remuneraciones esporádicas - por formar accidentalmente parte de un tribunal o comisión, por dar una conferencia en una entidad pública - no parecen motivo suficiente para establecer una incompatibilidad. Además, hay cargos que tal vez no sean remunerados - o en los que cabe renunciar a la remuneración - pero hacen perder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

independencia.

No es posible examinar aquí todos y cada uno de los motivos de incompatibilidad dudosa, pero quizá convenga hacer mención de uno que en el derecho español ofrece ahora un interés especial. Se trata del estado clerical o religioso.

Tradicionalmente el cargo de notario ha estado reservado a los seculares, y así es la situación todavía vigente(6)(423). El fundamento era que se estimaba que el sacerdote tiene un deber de obediencia hacia sus superiores que le priva de la necesaria independencia, y una misión tan elevada que forzosamente le mediatizaría al actuar como notario. Pero la legislación sobre libertad religiosa ha venido a complicar el problema: ¿puede discriminarse a un ciudadano por la posición religiosa que ocupe?; ¿qué significa seglar en las religiones no católicas?; si entendemos que lo contrario a seglar es ser ministro de una confesión, ¿quién determina el que es ministro y el que no lo es?, ¿puede haber ministros de religiones no reconocidas?, ¿serían éstos de mejor condición que los de religiones reconocidas? Todos estos problemas quedarían orillados si se elimina la incompatibilidad de los clérigos, no ya para ingresar en el notariado, sino para actuar como notario. Pero las razones por las que se ha establecido siguen siendo válidas.

Otra cuestión es la necesidad de establecer algunas excepciones a la regla general de incompatibilidad.

Una excepción tradicional en nuestra legislación es la de los miembros de las Cámaras legislativas, es decir, hoy Procuradores en Cortes y Consejeros Nacionales. Está explicada por lo intermitente de su actuación, que no obliga a abandonar la función notarial, y por el interés público que representa el que la elevada misión legisladora no se vea privada de ninguna persona apta. Otra excepción corriente, pero que actualmente no está reconocida en la legislación española, es la del ejercicio de la función docente. Es interesante que las personas doctas, y especialmente los profesionales con una gran experiencia, puedan enseñar sin que para ello tengan que abandonar el ejercicio de su profesión; los notarios notienen por qué recibir un trato distinto, aunque sea discutible si la compatibilidad - que, por supuesto, sólo existiría cuando no entorpezca el desempeño de su función, no cuando, por ejemplo, obligara a residir fuera del lugar donde esté demarcada la notaría - debe estar limitada a la enseñanza de su especialidad - ¿no resulta extraño que el notario sea incompatible para enseñar derecho notarial? -, a la enseñanza del derecho en general o a toda enseñanza.

10. Responsabilidad

El notario, como cualquier ciudadano, puede incurrir en responsabilidad criminal. Delitos que pudiésemos llamar específicos del notario serían los de infidelidad en la custodia de documentos, revelación de secreto y, sobre todo, el de falsedad. En general, no parece necesario ni aun propio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de una ley notarial regular la responsabilidad criminal del notario, ya que el lugar adecuado para ello es el Código Penal. La única excepción que puede hacerse es en lo relativo a la identificación del compareciente, de manera especial cuando se hace por fe de conocimiento, porque la jurisprudencia un tanto vacilante que la materia ha ocasionado puede muy bien aconsejar una regulación concreta del problema, punto del que trataremos en su momento.

La responsabilidad civil del notario también se rige por las normas generales. No cabe duda que responderá de los perjuicios que ocasione por dolo o malicia y por culpa o negligencia, en cuyo supuesto tendrá una especial relevancia la ignorancia inexcusable, como corresponde a un técnico que es. La responsabilidad civil se puede manifestar en la doble vertiente profesional y pública; en el primer aspecto cuando exista un mal asesoramiento doloso o culpable, en el segundo cuando el dolo o la culpa sea motivo de nulidad del instrumento, ya que entonces estará mal prestada la función pública de dar fe o forma, a la que el notario está obligado a servir.

Un problema interesante en materia de responsabilidad civil es el de la posible legitimación de los órganos corporativos, concretamente de los Colegios Notariales, para ser parte en los procesos entablados contra los notarios. Es evidente que la acción entablada contra un notario no sólo afecta al interés privado de éste, sino al prestigio profesional de toda la corporación. La defensa del prestigio profesional es uno de los fines de los Colegios. Luego la legitimación del Colegio está plenamente justificada. Pero además la defensa del prestigio de un profesional que ejerce una función pública tiene un indudable interés público, que justifica que la acción contra el notario sea notificada al Colegio, que como corporación pública estará obligada a la defensa del notario, evitando que éste por negligencia, timidez o pereza omita su propia defensa perjudicando así a la función toda. Lo que puede ser dudoso es cómo debe instrumentarse esta notificación, si por el notario afectado, por el demandante, como requisito de la demanda, o de oficio por el juez que entienda del procedimiento. Y tratándose de procedimiento penal también puede ser conveniente la notificación al Colegio y reconocer a éste personalidad para intervenir en la defensa, aunque el sistema español, al menos, ofrece suficientes garantías como para que no sea imprescindible una regulación especial.

11. Competencia territorial

Aun cuando el notario sea esencialmente un profesional, en el desempeño de la función pública que le está encomendada han de aplicarse muchas de las normas características de la Administración, entre ellas la competencia por razón de territorio. Esta puede ser tan amplia que prácticamente llegue a desaparecer, como ocurre cuando se reconoce competencia al notario para actuar no sólo dentro del territorio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacional, sino incluso en país extranjero, si en el acto intervienen nacionales o ha de producir efectos en territorio nacional. El extremo opuesto consiste en negar competencia al notario que actúa fuera de su demarcación territorial. Este es el sistema actualmente vigente en España: es válido el instrumento autorizado dentro del distrito al que pertenece el notario autorizante, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el que actúe en el término municipal donde esté demarcada otra notaría, y es nulo el instrumento autorizado fuera del distrito, salvo los supuestos especiales de sustitución, habilitación o urgencia que establece la legislación.

Este sistema ofrece el grave inconveniente de que los efectos de una posible extralimitación recaen sobre el particular. Por eso se ha pensado en la conveniencia de conservar la validez del instrumento en todo caso, es decir, en extender la competencia a todo el territorio nacional, sin perjuicio de prohibir la actuación más allá de la demarcación atribuida a cada notario bajo pena de fuertes sanciones disciplinarias. Cabe también una solución intermedia: la función sólo podrá ejercerse válidamente dentro del distrito - salvo siempre los casos de sustitución, habilitación y urgencia que se establezcan -, pero la extralimitación a distritos colindantes no afectará a la validez del instrumento, sin perjuicio de la sanción que corresponde. Lo que parece indudable es la conveniencia de limitar territorialmente la zona donde pueda actuar lícitamente cada notario a fin de evitar la acumulación de éstos en comarcas y ciudades de mayor contratación, dejando abandonadas otras, con el consiguiente perjuicio para el servicio público.

12. Carácter de autoridad

Ha sido tradicional en España considerar al notario como autoridad. Así lo establece expresamente el artículo del vigente Reglamento Notarial.

Sin embargo, las dudas que ha suscitado el efecto práctico de esta consideración ha llevado a algunos comentaristas a pensar en si sería más conveniente suprimirla. En efecto ¿qué significa que el notario es autoridad? Evidentemente no está dotado de un poder que le permita actuar contra la voluntad de los particulares, ni aun siquiera sin su voluntad, ya que la previa rogación es un presupuesto ineludible. Tampoco puede entrar en propiedad privada o violar la intimidad para cumplir su función. No puede citar o convocar a nadie para que oiga una notificación, entrar en una reunión privada para levantar un acta de lo que allí ocurre, penetrar en una propiedad para un acta de presencia, interrogar coactivamente para un acta de manifestaciones, etc. Sí puede pedir el auxilio de los agentes de la autoridad si se trata de impedir el ejercicio de su función, pero ¿no es una facultad de todo ciudadano, aunque no tenga carácter de autoridad, recabar ese auxilio para el ejercicio de sus derechos cuando éstos sean perturbados ilegalmente? Quizá la única utilidad de la configuración del notario como autoridad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esté en el campo penal, por la agravación que implica un ataque al mismo e incluso la posibilidad que surja una figura delictiva especial, como el desacato.

13. Inamovilidad

Una garantía esencial para todo funcionario en quien haya que asegurar una actuación independiente e imparcial es la inamovilidad, esto es, la imposibilidad de que sea suspendido o trasladado contra su voluntad, o más concretamente, por causa distinta que su propia y libre voluntad. Así ocurre con los jueces, con los miembros de cuerpos legisladores y con otras personas que desempeñan funciones públicas de este tipo. La inamovilidad de los notarios debe estar fuera de toda duda.

La inamovilidad no puede significar privilegio personal. Por tanto, debe tener sus límites. Uno de ellos es la posibilidad de jubilación, no ya por imposibilidad física, que no es más que una incapacidad sobrevenida, que debe actuar lo mismo que la incapacidad previa impide entrar en el desempeño de la función, sino por razón de edad. Pero de esta cuestión nos ocuparemos en su momento. La excepción más importante al principio de inamovilidad es la suspensión o la traslación por vía de sanción.

La suspensión por causa de delito no parece discutible. El notario no puede tener una patente de corso, un billete de libre circulación a través del Código Penal. Además de la suspensión como consecuencia de sentencia condenatoria debe admitirse una suspensión preventiva en ciertos casos. Es cierto que el notario, como cualquier otra persona, debe ser considerado inocente de todo delito mientras no se pruebe lo contrario, pero no lo es menos que en cierto momento del proceso penal su prestigio ante la sociedad está en duda y la necesidad de garantizar la sentencia que se dicte obliga a ciertas medidas cautelares. También una persona puede ser objeto de prisión preventiva, necesariamente antes de que se pruebe su culpabilidad. La duda está en qué momento del proceso penal puede decretarse la suspensión del notario, o debe producirse ésta ipso iure. Parece preferible que la suspensión sea automática en cierto momento, y sólo en éste, evitando así que quede al arbitrio del juez instructor. ¿Cuál debe ser ese momento? El del auto de procesamiento parece excesivamente prematuro. Quizá la resolución que lleve consigo auto de prisión consentido o firme sea el momento oportuno, pues entonces es cuando la falta de libertad del notario le impide el desempeño de la misión.

Tratándose de responsabilidad administrativa, la cuestión hace tránsito a la de fijar las sanciones de este tipo que deban aplicarse al notario en su calidad de funcionario o al menos de cumplidor de una función pública. De esta cuestión nos proponemos ocuparnos en su momento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

14. Organización jerárquica del notariado

Como acabamos de decir, el notario tiene un aspecto de funcionario público, o, al menos, desempeña con carácter exclusivo una función pública. Ello obliga a una organización jerárquica.

Esta organización poco puede tener de fundamento científico, toda vez que es consecuencia de una tradición distinta en cada país. Su interés es, por tanto, muy reducido desde el punto de vista de estos comentarios. Nos limitaremos a decir por ello que en España ha sido tradicional, y no es objeto de discusión, la dependencia del Ministerio de Justicia a través de una Dirección General que actualmente - y así ha sido casi siempre - se denomina de los Registros y del Notariado. También es tradicional que el Ministro de Justicia tenga la consideración de Notario Mayor del Reino. No se trata sólo de un título honorífico, sino que también lleva aparejada una actuación especial, a través de un protocolo en el que se contienen los instrumentos relativos a la Familia Real.

Más interés tiene desde nuestro punto de vista la organización corporativa del notariado, que, además, es materia sumamente polémica. Pero de ella nos proponemos ocuparnos en su momento.

15. Ingreso en el notariado

Un punto de extrema importancia práctica es el de ingreso en el notariado. Los cuerpos son lo que son los individuos que los forman. De poco servirá una perfecta legislación notarial, si fallan los notarios, si las personas no están a la altura de su misión, de lo que se necesita y se espera de ellos. Si a esto añadimos la independencia y autonomía del notario, su inamovilidad, no hace falta insistir sobre hasta qué punto es importante el momento de su selección.

El primer criterio de selección ha de ser el de la capacidad y la moralidad. Es obvio que sólo podrá entrar en el cuerpo quien no tenga incapacidad para desempeñar el cargo de notario. No es necesario especificar cuál sea la capacidad física requerida, porque se trata de algo obvio, aunque quizá también cambiante dentro de ciertos límites según los tiempos, es decir, de lo que los juristas llamamos "concepto válvula", que el derecho toma de la vida real. Sí es, en cambio, necesario señalar la edad límite. Esta puede ser distinta según los casos; 25, 23 ó 21 años han sido las cifras más manejadas. Posiblemente la última, que coincide con la mayoría de edad, es la más adecuada a las tendencias modernas que tanto valoran la juventud. Se ha discutido, e incluso ha sido la solución legal en tiempos, la conveniencia de limitar por razón de edad sólo el ejercicio de la función, no el ingreso o, más concretamente, la posibilidad de realizar las pruebas de aptitud necesarias. Esta solución tiene un fundamento de justicia que no se puede desconocer: se puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presumir falta de madurez en una persona por razón de edad, pero no falta de conocimientos si los ha demostrado suficientemente. En contra tiene la complicación a que da lugar en la mecánica de la provisión de plazas, antigüedad en el escalafón y demás exigencias administrativas, y su poca utilidad práctica, ya que dados los requisitos de titulación exigidos y la preparación precisa para el ingreso, difícilmente se concibe que nadie esté en condiciones de intentarlo antes de los 21 años. Tal solución sólo ha sido útil y puede seguir siéndolo cuando el límite de edad sea más elevado.

Las exigencias de moralidad deben ser severas, por aquello de que la mujer del César no sólo ha de ser honrada sino que además ha de parecerlo. Es difícil medir la moralidad, pero es lógico que se establezca una incapacidad para quienes hayan sido condenados por ciertos delitos o a ciertas penas, o hayan sido expulsados de cuerpos del Estado o inhabilitados para ciertas profesiones.

La aptitud científica podría demostrarse a través de las pruebas establecidas, pero como es evidente que éstas, por perfectas que sean, siempre resultarán incompletas, no se discute la conveniencia de exigir un título previo, que en España, donde no hay unos estudios específicos de notariado, ni sería útil establecerlos dado el pequeño número de alumnos que necesariamente habrían de seguirlos, ha de ser el de licenciado o doctor en derecho. La exigencia del título superior, que tal vez contribuyera a incrementar el prestigio de la profesión, reduciría en exceso el número de aspirantes. Si la carrera de derecho se diversifica por ramas, parece evidente que debe ser la de derecho privado la exigible.

El sistema tradicional en España para el ingreso en el notariado, lo mismo que en la mayor parte de los cuerpos del Estado, es el de oposición. Mucho se ha criticado este sistema, al que se tilda de inhumano, memorístico, aleatorio, antieconómico - en cuanto mantiene improductivo para la sociedad al opositor -, antisocial - en cuanto favorece al aspirante cuyos medios económicos le permiten una preparación mejor y más larga -, etc. Pero quizá pueda decirse de él, parangonando la frase de un célebre político, que únicamente se le puede reconocer una virtud: que cualquier otro sistema es peor.

El sistema de escuela especial como medio de selección no parece haber tenido demasiado éxito, y en el notariado parece inaplicable. Baste pensar qué se haría con los aspirantes descartados después de uno o varios cursos, que lógicamente serían muchos y cuya edad no sería la más indicada para emprender nuevos caminos. Otra cosa es que los seleccionados mediante la oposición pasaran a una escuela donde completaran sus conocimientos e hicieran prácticas, que incluso podrían ser moderadamente selectivas.

Otro sistema de prácticas previas al comienzo del ejercicio profesional puede consistir en realizarlas en una notaría, como auxiliar o incluso como notario adjunto. Teóricamente habría poco que decir en contra, pero en la práctica es fácil que el sistema quedara reducido a obtener un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certificado de haberlas realizado. Sin que la legislación lo imponga, es frecuente que el notario electo acuda al despacho de quien ya es su compañero para practicar mucho o poco.

Si un sistema hemos de juzgarlo por los resultados, no tenemos más remedio que reconocer que el vigente hasta ahora en España ha sido bueno: la calidad científica y profesional de los componentes del cuerpo lo certifica. No es pues sorprendente que abunden los partidarios de mantenerlo. Quizá el punto más polémico es si se debe mantener el criterio actual de acceso al cuerpo mediante oposición a notarías determinadas e sería preferible la creación de un cuerpo de aspirantes, que accedieran a las notarías vacantes a través de un concurso. El ingreso a través de un cuerpo de aspirantes tendría el inconveniente de dilatar un tiempo mas el comienzo del ejercicio de la profesión, ya frecuentemente tardío por la dificultad de la preparación. En cambio, ofrece la ventaja de evitar que un cierto número de notarías - que se consideran necesarias para el buen servicio público, pues en caso contrario no estarían demarcadas - permanezcan vacantes la mayor parte del tiempo, esperando la oposición que las provea, lo que contribuye a su mayor deterioro.

Un punto extremadamente interesante, supuesto el sistema de oposición, es la reglamentación de éstas: periodicidad, número de plazas, temario, ejercicios, puntuación, composición del tribunal censor, etc. Claro que muchos de estos aspectos no son propios de una ley, sino que deben dejarse al reglamento u otra disposición de rango inferior que pueda tener la necesaria flexibilidad para adaptarse a las circunstancias. Así ocurrirá con el temario, ejercicios a realizar, puntuación. Pero quizá otros deban establecerse en la ley como garantía de su permanencia. Así la periodicidad, porque la experiencia demuestra que en ciertas épocas ha habido gran irregularidad en las convocatorias, algunas veces demasiado frecuentes, lo que perturba la oposición y hace decaer su calidad, y otras muy espaciadas, con grave perjuicio de los aspirantes. La rigidez del número de vacantes anunciado, tal vez de innecesaria imposición en este cuerpo, en el que nunca ha habido ampliación a posteriori de plazas, pero que en otros ha sido práctica no demasiado rara. O las normas sobre composición del tribunal censor, de las que puede depender que un cuerpo se convierta o no en coto cerrado o conjunto de escuelas, tendencias o familias científicas, aunque también el notariado se ha despreocupado siempre de este problema, pues tradicionalmente sus tribunales han sido abiertos, hasta el punto de que incluso los que han de juzgar las oposiciones entre notarios están compuestos por extraños al cuerpo en gran parte, a veces en mayor número que los propios notarios. O el principio de que contra las calificaciones del tribunal no cabe recurso alguno, aunque se considere tan evidente que su expresión en una ley llegue a sorprender.

Intimamente ligado a la organización corporativa está el problema de si la provisión de plazas debe hacerse de manera centralizada o regional. Un notariado federal, con Colegios más o menos independientes entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sí, debe permitir a éstos su propio reclutamiento. Pero un notariado único, en el que sus miembros puedan pasar de un Colegio a otro, tiene que centralizar o unificar de algún modo su sistema de reclutamiento. Claro que centralización no quiere decir ni ubicación central - las oposiciones podrían celebrarse rotativamente en diversas ciudades - ni organización central - la mecánica de la oposición puede dejarse al cuidado de un determinado Colegio y los miembros del tribunal pueden ser preferentemente de la demarcación territorial del mismo -. El sistema español actual es intermedio, pues si bien las oposiciones se anuncian para las vacantes existentes en cada Colegio, pueden agruparse y de hecho se agrupan las existentes en varios. Claro está que el ingreso a través de un cuerpo de aspirantes obliga a la centralización. Otro punto polémico es el de si, supuesta la existencia de notarías de distintas clases, como es el caso español, el ingreso debe hacerse siempre por notarías de la última clase o puede ingresarse por otra, incluso por una de la clase superior. Esta última posibilidad, existente hoy, se ha estimado conveniente porque puede inducir a juristas insignes en otros campos a ingresar en el notariado, como de hecho ha ocurrido con jueces, abogados del Estado, catedráticos, etc. Además permite compensar un ingreso tardío, de inevitables consecuencias en los cuerpos de riguroso escalafón. Sin embargo, tales ventajas son cuestionables. Porque la captación por el notariado de juristas notables en otros campos puede ser motivo de orgullo y de prestigio para el notariado, pero ¿es conveniente para la sociedad?, ¿interesa que un notable catedrático, con experiencia docente, deje de serlo para convertirse en notario? Y por otro lado el ingreso tardío puede corregirse mediante la oposición entre notarios, mejor que eludiendo un período de ejercicio en notarías modestas, en las que por su menor volumen de trabajo se puede obtener un aprendizaje muy útil.

16. Nombramiento

El ineludible aspecto funcionarista del notario obliga a reglamentar las modalidades de su nombramiento, por mínimo que sea el interés teórico que la materia ofrezca, lo que explica que sobre la misma no se hayan producido discusiones de interés.

En España el título lo expide el Ministro de Justicia en nombre del Jefe del Estado. Tradicionalmente se expide nuevo título cuando se cambia la clase de la notarías, mientras que el cambio dentro de la misma clase sólo da lugar a una diligencia en el mismo título. No parece que haya razón para ello: o el título es para cada notarías, o, lo que es más lógico quizá, se expide uno solo a cada notario.

El nombramiento debe publicarse oficialmente; en España es apropiado que sea mediante orden ministerial. La posesión puede hacerse de manera nacional o regional, según la organización corporativa, aunque parece elogiable todo lo que sea aproximarla al lugar de ejercicio, lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

explica el sistema actual de que se efectúe en el Colegio. La fórmula del juramento, si es obligatoria para los funcionarios públicos, debe serla también para los notarios. Si los profesionales, antes de comenzar a ejercer, están obligados también a una fórmula de juramento, parecería lógico que el que hayan de prestar los notarios se acomode tanto a la fórmula de los funcionarios como de los profesionales más análogos.

Los comentaristas medievales decían que los notarios habían de ser "omes cuantiosos". No diríamos hoy tanto, pero sí que el notario debe ofrecer alguna garantía económica, puesto que entre las responsabilidades en las que puede incurrir están la administrativa y la civil. Por esta razón ha sido constante la exigencia de una fianza. Hoy las circunstancias han cambiado hasta el punto de que se hace dudoso la conveniencia de mantenerla. Se ha dicho que es injusta desde el punto de vista social, pero este argumento no es muy consistente, puesto que por elevada que sea no será difícil arbitrar un medio que facilite su constitución al notario que no disponga de medios suficientes. Más fundamentos tiene la consideración de que para garantizar al cliente, a quien puede causar perjuicios enormemente elevados una negligencia del notario, la fianza será siempre insuficiente, por grande que sea, de modo que la garantía adecuada debe consistir en un seguro, tal vez estatal. De todos modos el seguro no es incompatible con la fianza, que puede resultar muy apropiada para garantizar ciertas responsabilidades, como algunas puramente administrativas - encuadernación de protocolos, multas, deberes corporativos o mutualistas - y otras de menor cuantía.

Las diferencias administrativas entre las notarías pueden ser causa de diferencia en las cuantías de las fianzas de los notarios que las desempeñen. Estas diferencias, no obstante, dan lugar a complicaciones burocráticas, ya que implica la necesidad de proceder a su ampliación - y a veces reducción - en los casos de traslado. Por eso quizá sea preferible la fianza única previa a la toma de posesión.

La fianza, cuando consiste en un depósito de valores, como es lo frecuente, produce unos intereses: se ha propuesto que éstos queden a beneficio de la Mutualidad Notarial, como un ingreso más.

Como patrimonio afecto a un fin especial, la fianza debe quedar excluida de toda responsabilidad del notario que no sean las especialmente señaladas por la ley; éstas deben ser las declaradas por los tribunales o por el órgano administrativo competente - en España la Dirección General de los Registros y del Notariado - como contraídas en el ejercicio del cargo o por deberes corporativos.

Una vez constituida la fianza, su devolución debería proceder cada vez que se deje de ejercer el cargo, por ejemplo en caso de excedencia. Pero ello sería muy complicado, por lo que se propugna que sólo se devuelva después del cese definitivo o separación del cuerpo, y previo expediente en el que se acredite no haber ninguna responsabilidad conocida pendiente o por el mero transcurso de determinado plazo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

17. Cese

Prescindiendo de los requisitos formales del cese - publicación de la orden de traslado o jubilación, plazo, etc. - las causas que deban producirlo, supuesta la inamovilidad del notario, no suscitan grandes dudas, salvo la jubilación. ¿Debe el notario cesar obligatoriamente al cumplir cierta edad? Considerado como funcionario, se impone la respuesta afirmativa; como profesional, podría estimarse más adecuada la negativa. Pero no debe olvidarse que aunque prevalezca el carácter de profesional, hay un monopolio de actuación, una limitación al número de ellos, que obliga a tomar medidas que aseguren su capacidad de actuación. Y no cabe duda que al llegar a cierta edad ésta desaparece, al menos en el grado exigible y como regla general.

La duda está en la edad que debe fijarse. 70 y 75 años son las cifras más manejadas. A favor de la primera hay un argumento de analogía con la mayor parte de los funcionarios civiles y la consideración de que precisamente al final de su carrera es cuando el notario suele tener un mayor volumen de trabajo, con el peligro de que una deficiencia física le impulse a despersonalizar su función, descargando en sus auxiliares más cometidos de lo que fuera deseable. En favor del límite más alto militan varias razones, entre ellas la comparación con otros funcionarios muy especializados, como los magistrados; el aspecto profesional de la función con la consiguiente libertad de elección por el público, que no suele darse en los funcionarios y permite al público acudir a los más capaces incluso físicamente, y, sobre todo, el precedente, ya que si hasta ahora la edad de jubilación se ha fijado en los 75 años, no hay razón para rebajarla cuando la vida humana aumenta en duración y en conservación de las facultades. Siempre es posible la solución intermedia, es decir, la jubilación a una edad salvo prórroga previa justificación de que se conserva aptitud, pero es claro que este sistema es peligroso en la práctica.

El caso contrario, la jubilación forzosa anticipada por incapacidad física, no ofrece duda, salvo que se arbitre un medio de cese temporal ante la posibilidad de que desaparezca la incapacidad, el cual puede consistir en la excedencia voluntaria o en una situación de excedencia por enfermedad que, previa justificación de su existencia, permita mientras dure un auxilio mutualista. Claro que estas situaciones, como transitorias que son, no ofrecen interés cuando la incapacidad sea irreversible, pero la declaración de que es así será siempre difícil y expuesta a errores, por lo que para la jubilación forzosa es necesario recurrir al elemento tiempo, diciendo, por ejemplo, que se producirá cuando la imposibilidad física dure más de un año.

18. Retribución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Un problema práctico de excepcional interés, del que puede depender incluso la calidad del cuerpo, y por tanto de la función, es el de la retribución de los notarios. Tres pueden ser los sistemas a seguir: honorarios libremente fijados por el propio notario, o todo lo más dentro de los límites más o menos elásticos, fijados por los órganos corporativos; sueldo de la Administración, y arancel.

El primero sería el apropiado si tenemos en cuenta que el notario es fundamentalmente un profesional, pero pudiera ser peligroso dado el monopolio de que goza; además hay una tendencia notable dentro de las profesiones liberales a suprimir en lo posible la libertad de honorarios, no solamente para evitar el posible abuso del profesional, sino, sobre todo, para evitar la competencia ilícita, la degradación de la profesión que se comercializa.

El sueldo fijado por la Administración es quizá admisible en un sistema socialista, pero difícilmente compatible con la libre empresa, que exige una libertad de elección de técnicos, entre éstos los llamados profesionales. Si el buen abogado o el buen notario no obtiene más ventaja de su esfuerzo que un aumento de trabajo, hay un evidente peligro de que en algunos casos disminuya el interés de servir, el esfuerzo por mejorar la preparación profesional, el deseo de buscar soluciones a problemas intrincados. O, lo que quizá fuera peor, que apareciesen remuneraciones subrepticias y por tanto incontrolables.

Por estas razones hay una clara preferencia por el sistema de arancel. La remuneración es así a cargo del que recibe el servicio y proporcionada a la competencia y esfuerzo del que lo presta, pues de éstos dependerá su solicitud. La dificultad está en fijar un arancel justo, que tenga en cuenta la dificultad del servicio; pero, en cualquier caso, un criterio proporcional a la cuantía desempeña un papel social no desdeñable, haciendo que el poderoso, que requiere el servicio del notario para un negocio cuantioso pero no complicado, pague más que el cliente modesto, que tal vez para un asunto de poca cuantía, pero que para él puede representar, por ejemplo, su porvenir o la paz familiar, obliga a un estudio difícil. En todo caso, la ley debe prever la forma de redactarse y modificarse los aranceles, cuya decisión final ha de corresponder al Poder público, y que en España se ha hecho tradicionalmente por medio de Decreto aprobado en Consejo de Ministros y a propuesta del de Justicia.

También los derechos pasivos de los notarios y sus familias exigen una regulación especial, pues aun siendo funcionarios, no perciben haberes del tesoro público. Aquí predomina su carácter de profesionales y por tanto deben tener una mutualidad, si bien ésta ha de tener un carácter especial en razón de la función pública del notario y su remuneración por arancel, por lo que es explicable que esta mutualidad, aparte de depender de los órganos administrativos, dependa en última instancia del Ministerio de Justicia, y no del departamento de que dependan las mutualidades privadas.

Lo que en todo caso parece evidente es que la remuneración del notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene el carácter de honorarios profesionales. Lo que es importante, pues nunca su reclamación puede ser equiparada al cobro de un impuesto o una tasa, aunque esté protegida por un procedimiento ejecutivo privilegiado, como, por otra parte, existe en otras profesiones libres. La libertad de elección por el público y la posibilidad de impugnar las minutas que se estimen excesivas, justifican sobradamente que la remuneración del notario, aunque sea el precio de un servicio o función pública, no sea nunca una tasa.