

TEMA II:

**CALIFICACIÓN Y PRINCIPIO
DE LEGALIDAD. PRIMIGÉNICA
CALIFICACIÓN NOTARIAL. EFICACIA.
RESULTADO. SEGURIDAD JURÍDICA.
TÍTULOS RESULTANTES. LIMITACIÓN
A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
DOCUMENTOS EN LOS QUE SE DEBE
BASAR. RESPONSABILIDAD DE QUIEN
CALIFICA. CALIFICACIÓN
DE DOCUMENTO JUDICIAL.
CONFLICTO DE PODERES**

Ponente

Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
Notario

***A Rafael Vicente-Almazán Pons,
registrador ejemplar. Mi padre.***

*Mi infancia son recuerdos de un patio de Sevilla
y de un huerto claro donde madura el limonero...
(Antonio Machado).*

*La mía, menos poética, lo son de la oficina
de un registro de la propiedad, el de Mieres, que
ocupaba una habitación de la planta baja de la casa
que habitó la familia durante 25 años, en cuyas
mesas, a la vista de los lomos de piel verde
de los libros de inscripciones, mis hermanos mayores
y yo estudiamos el bachillerato.*

SUMARIO

Parte primera

INTRODUCCIÓN: UNA AFIRMACIÓN Y DOS CUESTIONES PREVIAS

EL NOTARIADO: UN PRODUCTO HISTÓRICO DE CREACIÓN POPULAR

EL NOTARIO COMO PROFESIONAL DEL DERECHO Y COMO FUNCIONARIO:
LA RECIENTE ACENTUACIÓN DEL ASPECTO FUNCIONARIAL DEL NOTARIO

NUEVAS NECESIDADES SOCIALES Y NOTARIADO: POLÍTICA DE
PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL
TERRORISMO

UN NUEVO ASPECTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL:
EFICIENCIA ENERGÉTICA

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL

EL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2008:

1. Artículo 145 del RN: Modificaciones operadas por el Reglamento Notarial en la reforma de 2007, texto anulado y argumentos aducidos por el Tribunal Supremo
2. Restantes artículos anulados relativos al control de legalidad notarial
3. Opiniones doctrinales sobre el control de legalidad notarial y la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008:
Rodríguez Adrados
Rodrigo Tena Arregui
Pedro Ávila Navarro

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 207/1999, DE 11 DE
NOVIEMBRE, EN LA QUE SE RECONOCE EL CONTROL DE LEGALIDAD
NOTARIAL, OBVIADA POR LA STS DE 20 DE MAYO DE 2008

EFICACIA DE LA CALIFICACIÓN NOTARIAL: LOS EFECTOS QUE SE
ATRIBUYEN AL DOCUMENTO NOTARIAL

1. Autenticidad o fe pública
2. Efecto probatorio
3. Eficacia ejecutoria
4. Eficacia traditoria
5. Eficacia legitimadora para el tráfico jurídico

6. Eficacia como título para acceso a los registros públicos, especialmente al registro de la propiedad

SEGURIDAD JURÍDICA

LIMITACIÓN A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. LA REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN NOTARIAL. ARTÍCULO 143 RN Y RDGRN DE 28 DE FEBRERO DE 2007

Parte segunda

ORIGEN HISTÓRICO DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y DE SUS ENCARGADOS, LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN SU ORIGEN. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL VISTOS DESDE LA DOCTRINA REGISTRAL

REGULACIÓN LEGAL. DISPOSICIONES DE LA LEY Y REGLAMENTO HIPOTECARIOS SOBRE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

CARACTERÍSTICAS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

OBLIGATORIEDAD DE LA CALIFICACIÓN

LIBERTAD E INDEPENDENCIA: EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR POR LA CALIFICACIÓN

CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA CALIFICACIÓN

EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

MEDIOS UTILIZABLES PARA LA CALIFICACIÓN

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN: UNA AFIRMACIÓN Y DOS CUESTIONES PREVIAS

La afirmación: el tándem notaría-registro, tal como ha sido concebido y desarrollado por el legislador español, es, sin lugar a dudas, el sistema más seguro, eficiente, rápido y económico de cuantos se conocen en el mundo civilizado para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias.

La primera cuestión es que el sistema notarial-registral es un organismo vivo, por lo que está en continuo movimiento para adaptarse al cuerpo social al que presta su servicio que, a su vez, también está en permanente evolución. Por eso, por cierta que sea la afirmación inicial en un preciso momento, no es una afirmación apodíctica, sino que está sujeta a su constante reafirmación, a su revalidación día a día, acto a acto, en cada una de las actuaciones de sus operadores, notarios y registradores, y su personal colaborador, y sujeta también a la voluntad política, pues como funcionarios públicos, depende el ser de ambos cuerpos de su configuración legal. Aquí sería analógicamente aplicable el conocido aforismo y bastaría una palabra del legislador para destruir instituciones milenarias de probada utilidad.

La segunda cuestión es que nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la combinación notario-registrador, se trata de una máquina de una sencillez engañosa. Me explico. A fuerza de funcionar bien, la sociedad –y en ella incluyo a los ciudadanos en general como usuarios ocasionales, a los usuarios habituales, a la Administración Pública y me atrevería a incluir a sus propios protagonistas– se ha acostumbrado a no dar importancia a su existencia, a dar por supuesto que siempre debe funcionar así y que lo hace porque responde a la esencia de las cosas, de la misma manera que todos los días el sol debe salir y por la misma razón por la que podemos contar con la fuerza de la gravedad. Por el contrario, se trata de una maquinaria de rara perfección basada en un delicado equilibrio y en una constante atención a todas sus piezas, de modo que si ese equilibrio se rompiera, la máquina dejaría de funcionar o lo haría con un resultado distinto del contenido de la afirmación inicial, es decir, se resentiría su seguridad, o su rapidez, o su eficiencia, o su coste, o todo ello a la vez.

El equilibrio a que me refiero está compuesto por varios factores: la configuración legal de ambas profesiones como profesionales del Derecho y funcionarios públicos, en sabia e inescindible unión de ambas características; la extraordinaria preparación jurídica y organizativa de notarios y registradores; la objetividad y limpieza de las pruebas de acceso –oposiciones–, que permiten el mismo a cualquiera sin distinción, con tal que acredite la preparación exigida, evitando radicalmente cualquier tentación de endogamia o privilegio; la prestación del servicio con inmediatez y cercanía, de modo que todos tienen acceso directo y personal a los profesionales que les sirven, con una extensísima red de puntos de prestación de la función; un sistema justo de mantenimiento económico del sistema –el arancelario–, que, debidamente equilibrado, permite que el coste sea asequible a todos y soportado por el usuario y no por el Estado, así como el debido incentivo a quienes dedican su capacidad laboral a esta actividad; y, finalmente, la complementariedad de las funciones desempeñadas por notarios y registradores que, lejos de solaparse, como se ha pretendido, coadyuvan a la consecución del fin común último, que es la garantía del principio de legalidad y el logro de la seguridad jurídica preventiva.

Los riesgos que corre este delicado –que no precario– equilibrio a veces provienen de factores externos al sistema y, otras veces, pasmosamente, proceden del interior del mismo. De algunos riesgos externos hablamos en este trabajo, como es el peligroso vendaval funcionarizador que azota últimamente al Notariado, y de otros, igualmente graves y preocupantes, como es la desafortunada e inadecuada política arancelaria, necesitada de urgente atención, no es el caso de tratar en este lugar. Sí que es preciso hablar con claridad de un “elefante rosa”: el enfrentamiento corporativo entre los propios notarios y registradores por la cuestión de la calificación o, dicho en otras palabras, por quién es el garante de la legalidad, el defensor del sistema y, en definitiva –en pura teoría darwiniana de la evolución de las especies–, quién, ante un eventual cambio del sistema, debe ser la especie triunfante.

Ambos profesionales-funcionarios controlan la legalidad, pero su actuación recae sucesivamente sobre objetos diversos. El notario, que es quien está presente en el momento en que se presta el consentimiento y nace la relación jurídica, surgiendo las obligaciones para las partes y, en la mayoría de los casos, produciéndose el cum-

plimiento de las mismas, controla la legalidad del negocio jurídico documentado. El registrador, que actúa siempre a posteriori, realiza la calificación, o controla la legalidad si se quiere expresar así, no del negocio (*negotium*), sino del título presentado (*instrumentum*), a los efectos de permitir, o no, su acceso al registro, analizando lo que resulta del propio título –documento– y de los asientos del registro. Labores igualmente importantes; la del uno por dar nacimiento al negocio, y la del otro, por los fuertes efectos añadidos de protección que para el derecho, que ya tiene el adquirente de buena fe, produce la inscripción y porque, a su vez, la publicidad generada por esa inscripción ya está siendo la base de la seguridad del próximo adquirente, en cuya publicidad a su vez se volverá a apoyar el notario para crear otro nuevo título igualmente seguro, que a su vez volverá a alimentar al registro. Es decir, se trata de una cadena sin fin que permite a quien está dentro de ella transitar con plena seguridad de un eslabón a otro. La interdependencia funcional es evidente. La falta o la debilidad de la posición de cualquiera de los artífices afectaría a la seguridad del sistema y, por ende, a la de los derechos de los usuarios del mismo. Hay otros sistemas de seguridad jurídica preventiva en el mundo, y funcionan, pero no tendrían las mismas características que hemos proclamado del nuestro en la afirmación inicial. Y si alguien dispone de un sistema así, ¿es razonable que lo ponga en peligro?

El origen de la agria polémica y enconada lucha, hoy aún viva, desgraciadamente, se sitúa a finales de la década de los ochenta del pasado siglo, con motivo de la tramitación de la Ley de Tasas de 1988. Se cernía sobre ambas profesiones la negra sombra de la funcionarización, que hubiese provocado, como decíamos, la destrucción del equilibrio del sistema, el hundimiento del mismo y el paso a otro distinto. No hubo un frente solidario, una respuesta coordinada, sino una desbandada, un sálvese quien pueda, como pueda y a costa de quien sea. Desde ese momento la labor calificadora se desmarca definitivamente, presentándose por los registradores como la función estrella, el fundamento del sistema, en detrimento de la actuación del notario, que se trata de minimizar, obviar o degradar, y tratando de ocultar la visión meramente funcionarista y mecánica de la llevanza de los registros. Se trata de fomentar y asentar la idea de que la calificación registral es la base del sistema y que los efectos protectores del registro derivan de esa calificación.

La realidad es otra: los efectos del registro derivan de la publicidad, lograda por la inscripción del título, a la que la ley concede una fuerza y valor extraordinarios. Es decir, el esquema que produce la seguridad del sistema es el siguiente: 1) hay una escritura que goza de autenticidad y presunción de legalidad, porque ha intervenido el notario en su creación y la ley le da ese valor; 2) esa escritura es calificada por el registrador, por lo que se inscribe; 3) la publicidad que le da la inscripción produce unos efectos de protección "extra" del adquirente y su titularidad goza además de legitimación registral. Este esquema trata de ser simplistamente sustituido por este otro: 1) el registrador tiene que calificar todo lo que pretenda acceder al registro; 2) consecuencia de esta calificación es la protección de que goza el adquirente y la legitimación del mismo.

Corolario de la importancia que se quiere dar a la calificación registral es: que debe negarse la calificación o control notarial de la legalidad (el notario no es imparcial, está bajo la dependencia de sus clientes, y otras aberraciones semejantes se han escrito); la hipertrofia de la calificación registral, que debe extenderse a todo (más extensa y más intensa); hay que favorecer el acceso al registro de cualquier título, privado, extranjero..., puesto que el registrador, mediante su calificación, es quien controla la legalidad, ya se encargará de controlar –a posteriori– que las cosas se hayan hecho –con anterioridad– con arreglo a la legalidad.

La hipertrofia de las calificaciones se ha valido de diversos expedientes, como el exceso de rigor en los formalismos, señalamiento de errores o erratas fácilmente interpretables por el conjunto del documento, exigencia de requisitos o documentación innecesaria, negación de la naturaleza de la función notarial, o asunción de sus competencias, cuestionamiento de la legalidad o incluso constitucionalidad de normas legales, conjeturas o presuposiciones, resistencia a aplicar las resoluciones de la Dirección General, instrucciones sobre el sentido e incluso el texto de las notas calificatorias desde los órganos corporativos.

Todo esto ha sido posible gracias a la demarcación territorial del registro, que obliga a pasar por el mismo sin posibilidad de elección –el cuadro de sustituciones se ha revelado absolutamente ineficaz–, lo que ha otorgado una situación de poder dominante a los registradores, de tal modo que los operadores jurídicos han optado por plegarse, sin plantearse otra posibilidad, a las exigencias, justificadas

o no, del registrador por razones eminentemente prácticas. Algún autor ha hablado de "*metus reverentialis*", "la última palabra" o de "potestas más que auctoritas", para definir la situación. También han influido notablemente los medios económicos de que dispone la organización corporativa registral, provenientes de las sustituciones de registros vacantes y la disponibilidad de tiempo de que disfrutaban sus miembros para dedicarlo a tareas de interés corporativo.

Se trata, en definitiva, de una situación a la que se ha llegado, que ni responde al ser de las cosas, es decir, a los fines de agilidad y certeza de las transacciones para los que está diseñado el sistema, ni puede generar beneficio alguno para los usuarios ni para los actores del sistema. Para los usuarios porque son los primeros en sufrir en sus propios asuntos las calificaciones obstruccionistas, asistiendo atónitos a una guerra que no es la suya y les causa daños colaterales; para los actores, notarios y registradores, porque el enfrentamiento cainita es simplemente suicida. Baste pensar que muchas de las desafortunadas medidas del legislador relativas al sistema de seguridad jurídica preventiva en los últimos tiempos han sido provocadas por nosotros mismos, en la línea del "yo tuerto, pero tú ciego". Vuelvo a recordar que como funcionarios dependemos de la voluntad de la Administración, que somos buenos, pero no imprescindibles, que la percepción que se tiene desde fuera de nosotros difiere sustancialmente de la que tenemos de nosotros mismos, y que no se comprende en absoluto nuestro enfrentamiento. Insistentemente he oído a nuestros superiores, en público y en privado, decir que si no nos ponemos de acuerdo no les temblará el pulso para... nada bueno, podéis estar seguros. Urge poner racionalidad para preservar un sistema que se ha revelado tremendamente eficaz para el progreso y el desarrollo de la sociedad durante los ciento cincuenta años que lleva de existencia compartida.

EL NOTARIADO: UN PRODUCTO HISTÓRICO DE CREACIÓN POPULAR

El Notariado es una institución milenaria. La existencia de personas específicamente dedicadas a dejar constancia de hechos o actos es tan antigua como la civilización misma, pues no se concibe una sociedad en la que no se haya contratado y en la que no haya habido

necesidad de autenticar de un modo u otro los contratos, y donde no haya habido funcionarios encargados de perpetuar ciertos hechos importantes según las creencias y costumbres de los habitantes. Ya que en esta ponencia nos ocupamos de la actividad de notarios y registradores, no nos resistimos a citar un tratado internacional celebrado entre Roma y Cartago antes de la primera guerra púnica, del que nos ha dejado noticia Polibio, en el que se estipuló: "Que los que vayan a comerciar no podrán concluir negociación alguna sino en presencia de un pregonero y de un notario; que todo cuanto se venda delante de ellos se considerará bajo la seguridad de la fe pública, ya se verifique en el mercado de África, ya en el de Cerdeña". Texto que deja constancia de la importancia que ya entonces tenía rodear a las convenciones de los particulares de la fe pública y darles la conveniente publicidad, tareas hoy desempeñadas, en íntima conexión y con idéntico propósito, por notarios y registradores.

Prescindiendo de antecedentes remotos, los orígenes del Notariado, tal como se configura en la actualidad, se remontan a los comienzos del segundo milenio de nuestra época, y se sitúan en las ciudades comerciales del norte de Italia. No es una figura creada por el poder público, sino nacida de la propia sociedad, en cuyo seno se fraguó y a la que desde entonces sirve. Sobre una base del Derecho romano, los tabeliones, se desarrolló la figura del notario para atender a necesidades esencialmente populares. Efectivamente, solo los señores feudales, los eclesiásticos y los más acomodados tenían posibilidad de acceder a los juzgados y monasterios, únicos que entonces tenían los conocimientos suficientes para documentar las transacciones, especialmente sus adquisiciones de tierras.

La pujanza económica de la época hizo que el pueblo llano comenzara a sentir la necesidad de dotar de seguridad a sus negocios y ello fomentó la aparición de esos particulares que, contratados y pagados por sus propios clientes, y organizados de modo autónomo, crearon unos documentos que llegaron a alcanzar tal valor y credibilidad en juicio y fuera de él que el poder público acabó reconociéndoles fe pública y arrogándose la facultad de nombrar a los que los autorizaban: los notarios. Había nacido el Notariado tal y como esencialmente hoy subsiste; su éxito hizo que la figura se propagara rápidamente a todo el mundo conocido.

Aunque el mundo ha cambiado, subsisten hoy día las necesidades básicas que el Notariado vino a atender, pues los ciudadanos si-

guen necesitando seguridad jurídica que ampare sus transacciones, desean dotar de certeza a las relaciones que establecen y quieren estar seguros de su adecuación a la ley y de su eficacia en todos los órdenes. Además, han surgido nuevas necesidades derivadas de la globalización de las interrelaciones económicas y sociales y del progreso humano en todos los órdenes. El Notariado debe estar atento a cuáles sean esas necesidades y seguir estando en condiciones de dar una respuesta eficaz. Creemos que está en condiciones de hacerlo, que las necesidades que originaron el nacimiento del Notariado subsisten y que para dar respuesta a las nuevas, el Notariado, por su demostrada capacidad de adaptación, es especialmente apto.

La consagración legislativa del Notariado moderno se produce como consecuencia del nacimiento del Estado liberal tras la revolución francesa, que supuso la transformación de las estructuras políticas, sociales y económicas del "*ancien régime*" hasta entonces vigentes, fruto de la cual fue la codificación civil y mercantil. Paradigma de la nueva legislación fue el Código Napoleónico de 1804, que acuñó los principios del Notariado en que se inspirarían muchas legislaciones posteriores.

En el Notariado español de la época imperaba el desorden y la confusión: las notarías y escribanías, de distinto nombramiento (judicial, municipal, real), se encontraban patrimonializadas (oficios enajenados) y estaba mezclada la fe pública judicial y la extrajudicial en manos de los escribanos. La Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 vino a poner orden y los notarios se convirtieron en un cargo u oficio público de nombramiento real, dependiente del Estado y con unas características que hoy subsisten: ser un oficio o función pública con gran libertad y autonomía de organización y funcionamiento, aunque sujeto a la Administración y a los Colegios de Notarios y percibiendo su remuneración de los particulares que utilizan sus servicios, por medio de un arancel. El artículo 1 de la Ley del Notariado configuró al notario como el "*funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*" y estableció que "*habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios*".

De este modo, la Ley del Notariado de 1862, aún vigente, vino a terminar con los oficios enajenados y la variedad de escribanos y notarios nombrados por diversas autoridades y constituye aún hoy día, tras haber sido objeto de diversas reformas, la piedra fundamental del Notariado.

El vigente Reglamento Notarial fue aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, y ha sido también objeto de numerosas reformas. Establece en su artículo 1 el doble carácter del notario al decir que “*Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado.*”

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

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

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

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio”.

EL NOTARIO COMO PROFESIONAL DEL DERECHO Y COMO FUNCIONARIO: LA RECIENTE ACENTUACIÓN DEL ASPECTO FUNCIONARIAL DEL NOTARIO

El doble carácter de profesional del Derecho y funcionario público es, en acertada expresión de RODRÍGUEZ ADRADOS, inescindible. Ello no obstante, el equilibrio entre ambos aspectos no es estático, sino dinámico, y se ve con diversa perspectiva en cada momento histórico, según las circunstancias de la sociedad y las concepciones y requerimientos que de la institución pueda tener el poder público. Muestra indiciaria de ello es la alteración del orden de enunciación del doble carácter. Hasta la reforma reglamentaria de 19 de enero de 2007, primero se citaba el carácter profesional y luego el funcional, y tras la reforma se cita primero al funcionario y después al

profesional. Se dirá que no tiene importancia, pero, como hacía el oráculo de Delfos, "no afirma ni oculta, pero da signos".

Hasta el Reglamento de 1944, e incluso con este, podemos decir que el Notariado vive inmerso en una sociedad que evoluciona lentamente, más bien atrasada y pobre, marcada por una historia de decadencia y convulsiones sociales y con una guerra fratricida incluida. Se registra poco cambio en la legislación que regula la profesión y coexisten sin estridencias los aspectos profesional y funcional.

Con el desarrollismo que se inicia en los años sesenta y el acceso a la propiedad de la creciente clase media, instrumentada por medio de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, se produce el llamado "boom" inmobiliario y todo ello afecta a la profesión notarial en la medida que su cometido fundamental es documentar la actividad económica de los ciudadanos. Comenta a este respecto Antonio BOSCH (1) que "El notario se convierte en muchos casos en un documentador de contratos en masa, y por la notaría empieza a entrar la naciente clase media española. La gran masificación de los contratos y su estandarización hacen que el notario profesionalice su oficina y su gestión, y vaya olvidando características propias del funcionario público. Se puede afirmar que el Estado tiene a los notarios como unos funcionarios extraños o anómalos a los que no presta ninguna atención legislativa, pero que no le preocupan, pues no los subviene con los presupuestos generales del Estado. De ahí que se potencia la independencia, tanto del notario como de su corporación, el Colegio de Notarios".

El cambio político que se produce en España como consecuencia de la transición y el paso a la democracia va a generar nuevas formas de percibir la profesión notarial. No nos referiremos aquí a las tendencias más radicales, que han oscilado entre los partidarios de una funcionarización total del cuerpo de notarios y los de una total liberalización, sino a la evolución que, manteniendo el carácter esencial dual del notario, ha ido poniendo el acento en cada momento más en un aspecto que en otro, registrándose recientemente una fuerte tendencia funcionarizadora.

La reforma fiscal de 1977, obra del ministro Fernández Ordóñez –"¿ese pelo?", le preguntó un viejo y admirado profesor, a quien

(1) Revista *La Notaría*, 2007, número monográfico 9, "Perspectiva de las últimas reformas y sus efectos en la función notarial".

reencontró en el Congreso, al comprobar que le había desaparecido, y le contestó: "¡y tantas cosas!"-, señala un punto de inflexión en la política fiscal seguida en el país hasta el momento y comienza a destacar la importancia de la función notarial en la colaboración con la Administración en el plano fiscal.

Otro hito importante fue la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que fue impulsada por el entonces ministro de Hacienda, José Borrell. Por un lado, supuso una modificación importante en el sistema de retribución por medio de arancel, al ordenar su disposición adicional 3.^a que *"El importe de los aranceles queda afectado a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como a su retribución profesional"*, y que *"Los aranceles se aplicarán sobre los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquellos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento salvo en aquellos casos en que las características de las actividades de los correspondientes funcionarios no lo permitan"*. Con esta última disposición pretendía lograr que el notario, por la vía de excitar su codicia, forzase a los particulares a declarar los valores reales de sus transacciones y consecuentemente un aumento de la recaudación fiscal. Pero se basaba en una inexacta apreciación de las posibilidades reales del notario de influir en la voluntad de los particulares, amén de en un pobre concepto de la integridad moral del notario. La realidad se encargó de demostrar que está fuera de la potestad del notario imponer a los particulares pautas de conducta. El notario debe informar, asesorar y aconsejar a quienes reclaman su ministerio, pero prima la libertad de los ciudadanos para ordenar sus intereses, y su esfera de autonomía privada sigue siendo, hoy por hoy, un valor superior del ordenamiento jurídico que el notario debe respetar.

También se afianzaba la figura del notario como colaborador eficaz de la Administración en el cumplimiento de las obligaciones fiscales al establecer la propia disposición adicional 3.^a que comentamos que *"Los fedatarios públicos retribuidos mediante arancel efectuarán, con ocasión de la autorización de documentos públicos o de su intervención en todo tipo de operaciones, las advertencias que procedan sobre las consecuencias fiscales o de otra índole de las declaraciones o falsedades en documento público o mercantil"*.

El siguiente hecho de importancia vino determinado por la fusión de los Cuerpos de notarios y corredores colegiados de comercio en el Cuerpo Único de Notarios, que se ordenó en la disposición adicional 24.^a de la Ley 55/1999, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2000, que se complementó con el RD de 22 de septiembre de 2000, de medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de notarios y corredores, y la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que estableció el régimen disciplinario del Cuerpo de notarios. El desarrollo reglamentario debía llevarse a cabo en el plazo de seis meses, plazo ampliamente incumplido, pues no se hizo hasta la reforma reglamentaria de 2007.

La Ley 58/2003, General Tributaria, establece con carácter general el deber del notario de colaboración con la Administración tributaria, y establece en su artículo 93.4 que *“Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, estarán obligados a colaborar con la Administración tributaria suministrando toda clase de información con trascendencia tributaria de la que dispongan, salvo que sea aplicable:*

- a) El secreto del contenido de la correspondencia.*
- b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.*
- c) El secreto del protocolo notarial, que abarcará los instrumentos públicos a los que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal”.*

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, ha introducido el artículo 17 bis de la Ley del Notariado con la principal finalidad de regular el documento electrónico, que se equipara al documento en soporte papel tradicional –aparte de reconocer con rango de ley el valor de fe pública de los documentos notariales en cualquier tipo de soporte y su presunción de veracidad e integridad.

La Ley 36/2006, de Prevención del Fraude Fiscal, supuso una vuelta de tuerca más en el aspecto funcional del notario. Reformó los artículos 17, 23 y 24 de la Ley del Notariado para incluir las pólizas entre los documentos públicos –ordenando la conservación del original por el notario (antes circulaban en brevet), quien ahora expide copias o testimonios con carácter ejecutivo–, elevó a rango

de ley la obligación del notario de llevar el índice informatizado para la formación por el Consejo General del Notariado del Índice Único Informatizado y estableció la responsabilidad del notario por su veracidad, reguló los medios de identificación y la responsabilidad penal y civil del notario por error en la identificación, así como exigió la constancia del NIF, dato de enorme importancia para el control del ciudadano por la Administración (nótese que no se exige solo la constancia del NIF de los otorgantes, sino de todos los comparecientes, aun para aquellos que no tenga ninguna trascendencia tributaria el acto), reforzó el deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas y exigió la constatación de los medios de pago en las escrituras.

Se transcribe, por su interés, lo pertinente de los artículos 17, 23 y 24 de la Ley Notarial:

Respecto a la colaboración con la Administración por medio del nuevo índice único informatizado (NIUI), establece el artículo 17 lo siguiente: *"2. A los efectos de la debida colaboración del Notario y de su organización corporativa con las Administraciones públicas, los notarios estarán obligados a llevar índices informatizados y, en su caso, en soporte papel de los documentos protocolizados e intervenidos. El Notario deberá velar por la más estricta veracidad de dichos índices, así como por su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, y será responsable de cualquier discrepancia que exista entre aquellos y estos, así como del incumplimiento de sus plazos de remisión. Reglamentariamente se determinará el contenido de tales índices, pudiéndose delegar en el Consejo General del Notariado la adición de nuevos datos, así como la concreción de sus características técnicas de elaboración, remisión y conservación.*

El Consejo General del Notariado formará un índice único informatizado con la agregación de los índices informatizados que los notarios deben remitir a los Colegios Notariales. A estos efectos, con la periodicidad y en los plazos reglamentariamente establecidos, los notarios remitirán los índices telemáticamente a través de su red corporativa y con las garantías debidas de confidencialidad a los Colegios Notariales, que los remitirán, por idéntico medio, al Consejo General del Notariado.

3. Corresponderá al Consejo General del Notariado proporcionar información estadística en el ámbito de su competencia, así como suministrar cuanta información del índice sea precisa a las Admi-

nistraciones públicas que, conforme a la Ley, puedan acceder a su contenido, a cuyo efecto podrá crear una unidad especializada.

En particular, y sin perjuicio de otras formas de colaboración que puedan resultar procedentes, el Consejo General del Notariado suministrará a las Administraciones tributarias la información contenida en el índice único informatizado con trascendencia tributaria que precisen para el cumplimiento de sus funciones estando a lo dispuesto en el artículo 94.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, permitirá el acceso telemático directo de las Administraciones Tributarias al índice y recabará del Notario para su posterior remisión la copia del instrumento público a que se refiera la solicitud de información cuando ésta se efectúe a través de dicho Consejo”.

Respecto al control de los administrados haciendo constar el NIF de cualquier persona que intervenga en un documento notarial con trascendencia tributaria, sea o no parte del negocio, y por tanto, sea o no relevante tributariamente su intervención, establece el artículo 23, último párrafo: “... *Si se trata de escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, los comparecientes acreditarán ante el Notario autorizante sus números de identificación fiscal y los de las personas o entidades en cuya representación actúen, de los que quedará constancia en la escritura”.*

En relación a la obligación del notario de controlar la legalidad, obligación que pone en conexión con el deber de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas y al control de los medios de pago, establece el artículo 24 lo siguiente: “... *Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.*

En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades.

En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en

parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar ésta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados”.

Como último hito, por ahora, en la corriente potenciadora del aspecto funcional del notario y su colaboración con la Administración, señalemos la reciente Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, cuyo artículo 2 convierte a notarios y registradores en sujetos obligados a los efectos de la ley en todo caso. Tratamos esta cuestión en el epígrafe siguiente.

NUEVAS NECESIDADES SOCIALES Y NOTARIADO: POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Caracterizado el Notariado como producto histórico, es natural que en cada época haya cobrado relevancia singular algún aspecto

particular de su actividad. Los documentos notariales constituyen una fuente de información valiosa para diversas finalidades, desde los estudios históricos hasta la persecución del fraude fiscal. Pero, ¿quién podía imaginar hace pocos años el interés y la utilidad que para la Administración están adquiriendo los protocolos notariales y la colaboración de los notarios en materias tales como el control de la delincuencia relacionada con el blanqueo de capitales, el narcotráfico o el terrorismo nacional e internacional? El excesivo recurso a una institución que no ha sido creada para tales fines hace peligrar el delicado equilibrio entre la función pública y el aspecto profesional, entendidos ambos como servicio al ciudadano para el ejercicio de su libertad de contratación y autonomía privada, con riesgo de desnaturalización del sistema. En otras palabras, una cosa es la colaboración debida con la Administración, y otra el ejercicio de funciones ajenas –policiales o de control fiscal– para las que ni se tienen medios, ni autoridad, ni preparación específica. No diremos ya vocación.

La política de prevención del blanqueo de capitales surge a finales de la década de 1980 como reacción a la creciente preocupación que planteaba la criminalidad financiera derivada del tráfico de drogas. Así, la creación del Grupo de Acción Financiera (GAFI) en 1989 dio lugar a unas recomendaciones que fueron el germen de la Primera Directiva comunitaria en 1991, transpuesta a nuestro ordenamiento en 1993.

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (Tercera Directiva), constituye la base jurídica en el marco comunitario actual y norma de mínimos junto con la Directiva 2006/70/CE, de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, en relación con cuestiones técnicas, conceptuales y procedimentales. Esta normativa también está inspirada en las recomendaciones del GAFI, en este caso, de 2003.

Para comprender la preocupación de los Gobiernos por el fenómeno de la delincuencia internacional no hace falta más que leer lo que los periodistas Cruz MORCILLO y Pablo MUÑOZ nos cuentan en su libro *Palabra de Vor. Las mafias rusas en España* (2). Cuentan en el

(2) Editorial Espasa, 2010.

libro la amenaza tangible que supone para España la implantación de las organizaciones mafiosas de países del Este, denominados de forma genérica como "mafia rusa" aunque esa etiqueta englobe a grupos criminales de Rusia, Georgia, Ucrania y Bielorrusia, principalmente. Relatan cómo el fenómeno excede de los límites considerados tradicionales de la criminalidad organizada internacional y que las actividades de los capos aquí instalados tienen implicaciones en aspectos cruciales para nuestro país como son la política energética, el sector de la construcción, o el intento de corrupción de políticos y jueces. *"Estamos combatiendo a individuos que quitan y ponen gobiernos, que manejan casi a su antojo a las administraciones de sus países, con una capacidad económica inimaginable y con una estructura que tiene tres patas: una criminal, otra política para actuar con impunidad y otra económica, basada en un complejo entramado empresarial a su servicio para blanquear dinero, en el que siempre hay una empresa ligada al sector de la energía"*, ponen en boca de quienes día a día diseñan la estrategia contra estas mafias. Añaden que la conciencia de que existe una amenaza real y permanente para la seguridad nacional está en el ojo de las actuaciones. En España, la lucha se centra de forma especial en el frente económico, ante la evidencia de que ni los jefes ni sus secuaces cometen aquí delitos "comunes", los que les han dado la fama y el poder en sus países, sino que la Costa del Sol, Cataluña, Baleares, Comunidad Valenciana y Madrid, sobre todo, les sirven como base de operaciones y escenario para blanquear ingentes cantidades.

Es fácil entender la alarma de las autoridades, que han sentido un peligro cierto de pérdida de poder y control en beneficio de entramados mafiosos y que en consecuencia hayan recurrido, entre otros, al Notariado, a quien en la reciente Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, ha convertido en sujeto obligado en todo caso.

La normativa vigente supone que los sujetos obligados deben cumplir una serie de requisitos muy concretos para actuar conforme a la Ley. Desde medidas de diligencia como la identificación de los clientes o propósito de la relación de negocios, debiendo estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes su cumplimiento, hasta obligaciones de información al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) sobre cualquier hecho o tentativa que provo-

que un indicio o certeza de su relación con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, pasando por la conservación de documentos durante diez años con los requisitos que la normativa exige junto con la relacionada con la Protección de Datos.

En el ámbito notarial podemos señalar lo siguiente:

— Los notarios y registradores han pasado a ser sujetos obligados. Antes los registradores no lo eran y los notarios solo lo eran en los casos siguientes: 1) que participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (*trust*), sociedades o estructuras análogas o, 2) que actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

— Se ha creado un órgano específico centralizado de prevención por el Consejo General del Notariado, el OCP, que canaliza toda la actividad de los notarios en esa colaboración con las Administraciones.

— El artículo 4.4 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, establece lo siguiente: *“Los sujetos obligados adoptarán medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas. Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta”*.

— El artículo 19. Abstención de ejecución. Establece: *“1. Los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier operación de las señaladas en el artículo precedente. No obstante, cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la investigación, los sujetos obligados podrán ejecutar la operación, efec-*

tuando inmediatamente una comunicación de conformidad con lo establecido en el artículo 18. La comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión expondrá, además de la información a que se refiere el artículo 18.2, los motivos que justificaron la ejecución de la operación. A efectos de esta Ley se entenderá por justa causa que motive la negativa a la autorización del notario o su deber de abstención la presencia en la operación bien de varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien de indicio manifiesto de simulación o fraude de ley. Para ello, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, el notario recabará del cliente los datos precisos para valorar la concurrencia de tales indicadores o circunstancias en la operación. Respecto de los registradores, la obligación de abstención a que se refiere este artículo en ningún caso impedirá la inscripción del acto o negocio jurídico en los registros de la propiedad, mercantil o de bienes muebles”.

— El Consejo General del Notariado ha interpretado lo dispuesto en la ley de manera maximalista y ha establecido en su Comunicación 3/2010, de 6 de julio, del OCP (3): Sexto.— *Prohibición de autorizar o intervenir cuando no pueda determinarse la estructura de propiedad o control: Como se ha expuesto, el notario ha de determinar en todo caso la estructura de propiedad o de control de la persona jurídica otorgante, incluso en el caso de sociedades cuyos títulos estén representados en acciones al portador. El artículo 4.4 de la ley PROHÍBE ESTABLECER relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. La finalidad de este precepto es poder conocer al “titular real”. Dicha prohibición implica en el supuesto notarial la IMPOSIBILIDAD DE AUTORIZAR O INTERVENIR el acto o negocio jurídico incluido en el ámbito de aplicación de esta obligación, incurriendo en caso de autorizar o intervenir dicho acto o negocio en responsabilidad. En tal sentido, el notario no elude la responsabilidad derivada del incumplimien-*

(3) Nótese que se trata de un escrito con un rango impreciso, “comunicación”, y no de una Circular de Obligado Cumplimiento, de carácter reglamentario, y que quien lo emite es el “OCP”, lo que no deja de ser otra imprecisión, pues no es algo distinto y diferenciado del Consejo General del Notariado.

to de esta prohibición autorizando la operación y comunicándola inmediatamente al OCP.

— El cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley constituye hoy día una actividad relevante en el día a día de la actividad notarial, por no decir una pesada carga, por varias razones, entre ellas: por el tiempo y los medios personales y materiales que el notario debe emplear para su formación y la de sus colaboradores en esta materia, así como para el cumplimiento puntual de los deberes sustanciales y formales impuestos por la ley; por la responsabilidad a que está sujeto, que no se corresponde en muchos casos con los escasos medios y nula "potestas" de que dispone; porque la profesionalidad y dedicación con que los notarios cumplen sus obligaciones no se corresponde con el trato vejatorio e injusto por parte de autoridades judiciales y policiales sufrido por determinados notarios que han autorizado instrumentos en relación con algún caso delictivo, aun cuando su actuación haya sido irreprochable, y a pesar de la leal colaboración de los mismos y del entero colectivo; por el continuo sentimiento de malestar e inquietud que tales casos producen: ¿seré el próximo? Y todo lo anterior teniendo en cuenta la eficacia demostrada en la persecución de esos delitos de la colaboración notarial, puesta de relieve por las propias autoridades y que constituye un ejemplo valorado y seguido por otros Notariados.

— No es este el lugar de analizar la adecuación del Notariado para la tarea que se le exige, la suficiencia e idoneidad de los medios de que dispone para ello, o la ponderación, o ausencia de ella, de la interpretación contenida en la Comunicación del OCP (Consejo General del Notariado); pero lo cierto es que la institución notarial está cumpliendo disciplinadamente su deber de colaboración que, digámoslo también, se ha revelado eficaz aunque sea criticable el exceso de medios empleados para los resultados obtenidos.

UN NUEVO ASPECTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL: EFICIENCIA ENERGÉTICA

Como uno de los más recientes requerimientos de utilidad de la intervención notarial está el control de la eficiencia energética de

los edificios, plasmado en el RDL 8/2011, que reforma, entre otras normas, el artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. Pretende, por medio de la intervención notarial, asegurar el cumplimiento de la normativa sobre eficiencia energética de los edificios. Para ello deberá el notario exigir la acreditación documental del cumplimiento de dicha normativa en las escrituras de declaración de fin de obra. No es el lugar de criticar la norma, pues, como acertadamente comenta Manuel Ángel RUEDA (4), supone una extralimitación al adelantar a un momento anterior un requisito que se debe exigir como defensa del consumidor en el momento de la transmisión del inmueble, de modo que puede este exonerar de esa obligación al transmitente, tal como resulta de la normativa europea, estatal y autonómica sobre la materia.

Valga el ejemplo para resaltar otro aspecto de la utilidad del notario para la satisfacción de necesidades nuevas demandadas por la sociedad.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es una de las grandes conquistas, probablemente la mayor, del Estado liberal (5). El Tribunal Constitucional, en su sentencia 108/1986, de 26 de julio, ha afirmado que el principio de legalidad es un dogma básico del sistema liberal democrático.

El Estado de Derecho surge de la confluencia de dos principios: el principio de legalidad y el principio de separación de poderes. En virtud del principio de legalidad, todos los poderes públicos y los ciudadanos se encuentran sujetos a la Ley. La verdadera novedad consiste en que no solo los ciudadanos se encuentran vinculados por la Ley, sino que esta vincula también a los poderes públicos. Frente al absolutismo, que configuraba un poder en manos del monarca sin sujeción a límites, el concepto de legalidad se alza para controlar la actuación del Poder ejecutivo.

Por otra parte, el principio de la separación de poderes atribuye la facultad de dictar las normas al Poder legislativo, la facultad de

(4) En trabajo circulado a los colegiados de la Comunidad Valenciana, no publicado.

(5) Seguimos en este punto a Vicente MAGRO SERVET y Mónica MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, en *Enciclopedia Jurídica*, La Ley, 2008.

ejecutarlas al Poder ejecutivo y la de controlar su aplicación al Poder judicial.

El concepto de Estado de Derecho se complementa con otros principios: la supremacía y la reserva de ley, la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos y su protección mediante tribunales independientes, así como la responsabilidad del Estado por actos ilícitos. En otras palabras, Derecho tienen todos los Estados, incluso los más autoritarios, por ello el principio de legalidad se complementa con otros principios que conforman el auténtico Estado de Derecho y no meras copias semánticas, como diría LOEWENSTEIN.

La Constitución española de 1978 recoge todos esos principios. El artículo primero señala que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, lo que debe interpretarse de forma integrada y no según cada elemento por separado. El Estado liberal de Derecho se configura como Estado democrático y se asume el concepto surgido en el periodo de entreguerras del Welfare State o Estado del Bienestar, en el que el Estado deja de ser un mero espectador y pasa a intervenir activamente en la sociedad.

El principio de legalidad informa todo el texto constitucional y todo nuestro ordenamiento jurídico.

— El Preámbulo de la Constitución proclama la voluntad de la Nación Española *“de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”*.

— Con carácter general dice en el artículo 9 que: *“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2... 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

— Y el artículo 10 que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

— Respecto al Gobierno y la Administración, el artículo 97 dice que *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”*.

— Y el artículo 103.1 señala que: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. La sumisión a la ley de la actividad administrativa supone, en palabras de GARRIDO FALLA, de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho.

— El principio de legalidad está garantizado por los Tribunales, que controlan la sumisión a la ley de los poderes públicos. La tutela judicial efectiva se consagra en el artículo 24.1, que dispone que: *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”*. El artículo 106 establece: *“1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El principio de legalidad, rectamente entendido, significa que no solo la Administración Pública, sino todos los poderes públicos en su más amplio sentido, están sujetos a la Ley. No hay espacios exentos a la acción del Derecho. Por ley no debe entenderse solo, en sentido estricto, la emanada del Parlamento, sino también la Constitución, como norma suprema, los Tratados y Convenios Internacionales, las normas dictadas por el Gobierno con rango de Ley (Decretos Leyes y Decretos legislativos), las demás fuentes del Derecho, como la costumbre y los principios generales del Derecho, e igualmente los Reglamentos o normas dictadas por la propia Administración, estatal, autonómica o local, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Cuestión relacionada con el principio de legalidad es el de la reserva de ley, es decir, aquellas materias que deben ser reguladas necesariamente por medio de ley y por tanto están excluidas de la potestad reglamentaria de la Administración. Todo lo que la Constitución reserve a la ley debe regularse por ley, a la que se atenderán todos los

poderes públicos, y las materias no reservadas a la ley pueden ser reguladas por el Reglamento emanado del Poder ejecutivo.

La Constitución acoge el principio de reserva de ley de forma dispersa. Al respecto podemos señalar:

— Con carácter general, el art. 53 establece que “1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a*”.

— Ahora bien, el Parlamento tiene una vis atractiva para regular todas las materias que considere oportuno, incluso si no las ha reservado directamente la Constitución (reserva formal), y ello implica una presunción a favor de la reserva de Ley muy amplia en todo lo relacionado, especialmente, con los derechos y libertades de la persona.

— Por otra parte, el artículo 97 reconoce al Poder ejecutivo un poder reglamentario que va más allá de la mera ejecución de la ley y que da carta de naturaleza al reglamento independiente.

Asentado plenamente en nuestro Derecho el principio de legalidad que afecta a los poderes públicos y a los ciudadanos, sin que queden, como hemos visto, “islas” en las que se pueda pretender la no sujeción de los operadores en su actuación a los dictados de la ley, la actuación notarial es indudable que debe estar presidida por dicho principio de una manera especialmente profunda, por cuanto el notario participa del ejercicio del poder público al tener delegada la función pública de dar fe. Diríamos que la actuación notarial debe estar impregnada o transida de legalidad tanto en cuanto a la forma como al contenido de esa actuación y por tanto el resultado, el documento notarial, no se entendería que no estuviese de la misma manera y por el mismo motivo plenamente ajustado a la legalidad.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL

La veracidad y legalidad del instrumento público deben ir unidas necesariamente. Dice RODRÍGUEZ ADRADOS (6) que “La autenticidad o

(6) Seguimos en este punto a Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS: *El Notario del Siglo XXI*, núm. 15, sept-oct 2007, “El principio de legalidad”.

certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial sería, en efecto, grandemente peligrosa para la seguridad jurídica si el notario pudiera prestarla a su libre arbitrio; y sería inmensamente dañosa para el interés público y para la paz social si pudieran otorgarse en instrumento público cualesquiera actos y negocios, también los ilícitos e incluso los delictivos. A nadie se le ocurre que el Ordenamiento haya instituido el Notariado para dotar de la eficacia especial conocida por fe pública a actos que el mismo Ordenamiento repudia, poniendo a los ciudadanos en la necesidad de impugnar judicialmente unos negocios que de esta manera habrían adquirido una presunción de validez, una apariencia de normalidad; la misión antilitigiosa del notario se habría convertido en un incremento de la litigiosidad y en muchos casos la ilegalidad saldría triunfante. En fin, sin la sujeción a la Ley y en general al Ordenamiento, la función notarial llenaría la vida jurídica de negocios verdaderos, pero nulos, que la sumirían en un completo caos”.

La adecuación a la legalidad del instrumento público exige la atribución al notario de unas facultades que se conocen como control de su legalidad, juicio de legalidad o calificación.

Podemos señalar las siguientes características de este control de legalidad que realiza el notario:

— Se trata de un juicio del notario acerca de la legalidad, que no cabe confundir con sus opiniones personales o sus opiniones científicas; tampoco es un juicio de “mérito” sobre la bondad o la conveniencia de la solución documentada para las partes, por ejemplo, en sus aspectos económicos o fiscales, sino de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. En suma, debe referirse objetivamente a la legalidad vigente y en consecuencia no puede estar sujeto a la arbitrariedad del notario.

— Se trata de un derecho-deber, de naturaleza jurídico-pública, que se atribuye al notario por su carácter de funcionario público, a fin de que sus juicios o calificaciones tengan, a través de sus documentos, una especial eficacia jurídica. Es un deber el de calificar y controlar la legalidad del que no puede librarse a pretexto de que haya otra calificación ulterior, y cuyo cumplimiento debe constar en el propio documento.

— El ámbito de la calificación es amplísimo, pues la ilegalidad puede provenir de la infracción de una norma legal estatal, autonómica o comunitaria, empezando por la Constitución; o de la

infracción de la moral o del orden público, pues aunque los tres conceptos hayan desaparecido del artículo 145 del RN (7), quien marca los límites de la autonomía privada es el Código Civil, artículo 1255, que no pueden derogar los reglamentos.

— La calificación notarial debe referirse tanto al documento como al negocio documentado, pues el “conforme a las leyes” del art. 1.º de la Ley Notarial comprende las leyes notariales reguladoras de las formas documentales –géneros documentales y requisitos respectivos–, y las leyes sustantivas que rigen el negocio que en ellas se documenta. Como escribió NÚÑEZ LAGOS, la “historia del documento notarial es la historia de su progreso en cuanto a su contenido”, es la conquista, en la medida posible, de la autenticidad de fondo. El artículo 24.2, según la redacción dada por la Ley 36/2006, impone la búsqueda de la regularidad “no solo formal, sino material” de los actos o negocios documentados.

— En cuanto al grado o tipo de ineficacia para que el notario deba rechazar la autorización, hay algunos países que limitan la denegación del notario a los supuestos de nulidad absoluta (Colombia, Estatuto de 1970; Portugal, Estatuto de 2003), o solo incluso a la contrariedad del acto a la ley penal (Luxemburgo, Ley de 1976). Sin llegar a esas posiciones extremas, cualquier grado o tipo de ineficacia sería suficiente, pero siempre que las infracciones detectadas tengan entidad suficiente para el rechazo, sin basarse en defectos nimios o convertir la calificación en una especie de huelga de celo, un capricho o una excesiva prevención del notario. Téngase en cuenta que la denegación supone una excepción a la obligación de prestar las funciones notariales, a lo que los particulares tienen “derecho” en virtud del principio de seguridad jurídica.

— La contrariedad al ordenamiento no tiene que resultar necesariamente de la documentación que se presente, porque a estos efectos se admite el conocimiento personal del notario, siempre con el debido respeto a la persona y a su intimidad y de que tenga posibilidades de expresarlo.

— Hasta ahora nos hemos fijado en el aspecto negativo del

(7) La infracción de ley y el orden público por la anulación de diferentes preceptos del Reglamento Notarial por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, y la moral, por no haber sido recogida expresamente.

control de legalidad, el que culmina en una denegación de autorización notarial, lo que llama RODRÍGUEZ ADRADOS el control-denegación o control rechazo. Pero la función del notario es, con arreglo a los arts. 1 y 147 del RN, averiguar cuál es el propósito práctico perseguido por quienes reclaman su ministerio y proponerles las fórmulas jurídicas adecuadas para conseguirlo con arreglo a la ley, de modo que la denegación de funciones, en aplicación del control de legalidad, debe quedar relegada a recurso final para un notario que ha fracasado en su labor de consejo jurídico. Entendía MOLLEDA que la tarea calificadora del notario "ha de conducir a una de dos alternativas –igual y parigualmente obligatorias en su respectivo supuesto–: autorizar el instrumento, si hay conformidad con las leyes, o denegar la autorización, si no hay tal conformidad". Ambas, en efecto, son obligatorias en su caso; lo que no impide que la alternativa de la autorización ocupe el primer plano.

EL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2008

El principio de legalidad, como principio constitucional, exigible a todos los ciudadanos y poderes públicos, se consagra en el campo notarial, a nivel reglamentario, en el artículo 145 del Reglamento Notarial, que, procedente del Reglamento de 1935, fue mantenido en términos casi idénticos por el Reglamento de 1944. Su última redacción, sustancialmente similar, fue la dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que modificó el Reglamento Notarial y, entre otros, su artículo 145.

A pesar de haber tenido una tan dilatada vida y haber pasado con éxito avatares políticos y jurídicos tan diversos desde 1935, incluido el visto bueno del Consejo de Estado durante la tramitación de la reforma, esta fue recurrida ante el Tribunal Supremo por el Colegio de Registradores de España, y el Tribunal se manifestó sobre el recurso en sentencia de 20 de mayo de 2008, la cual anuló, entre otros muchos artículos, la mayor parte del artículo 145 que nos ocupa. Por su interés, vamos a comentar la sentencia en los aspectos relativos a la anulación de determinados artículos sobre el control de legalidad notarial.

1. ARTÍCULO 145 DEL RN: MODIFICACIONES OPERADAS
POR EL REGLAMENTO NOTARIAL EN LA REFORMA DE 2007,
TEXTO ANULADO Y ARGUMENTOS ADUCIDOS
POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El artículo 145 del RN, como decimos, es la principal expresión en el texto reglamentario el deber del notario de calificar los actos que se someten a su autorización y el que establece su derecho-deber de excusar su ministerio en caso de infracción de la ley, enumerando una serie de casos en que debe hacerlo. Introduce como novedad la utilización de la expresión "control de legalidad", antes no usada.

A) Modificaciones. Las modificaciones introducidas en el artículo 145 han consistido fundamentalmente en lo siguiente:

— Se introdujo un primer párrafo que es transcripción del artículo 17 bis 2. A) de la Ley del Notariado.

— Se antepone a la enumeración de los supuestos en los que el notario debe denegar la autorización el inciso de que lo debe hacer "*en su función de control de legalidad*", y se añade un supuesto de carácter general que es la primera causa que enumera de denegación: que "*La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos*".

B) Texto anulado. Transcribimos a continuación el artículo 145, en el que figuran en cursiva las partes anuladas por la sentencia de 20 de mayo de 2008, y subrayadas con puntos las partes añadidas en la reforma:

"Artículo 145: La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, *una vez que los interesados le hayan proporcionado los anteceden-*

tes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1. La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2. Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3. La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4. En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

5. El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6. Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Adminis-

tración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad”.

C) Argumentos del TS. Vemos ahora los argumentos utilizados por la sentencia para la anulación, que se contienen en el punto “6º.- Impugnación del artículo 145 RN: CONTROL DE LEGALIDAD”:

— Niega que el término control de legalidad esté contemplado en la Ley del Notariado: el término control de legalidad utilizado por el RN en el art. 145 no está contemplado en la Ley del Notariado. Como el control de legalidad significa una facultad del notario para decidir sobre la legalidad del acto o contrato pretendido por los interesados y su posible juicio de ilegalidad y correlativa decisión de no autorizar el documento les afectaría, solo puede ejercerse tal facultad si está reconocida en una ley, en la medida que esta la reconozca y por el procedimiento y régimen de revisión de esa decisión que la ley reconozca.

— Niega que el art. 17 bis 2.a) de la Ley del Notariado establezca la obligación de controlar la legalidad: no admite que la ley que justifique ese control de legalidad sea el art. 17 bis.2.a) de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y reproducido en el párrafo primero del propio artículo 145, pues

arguye que ese artículo se está refiriendo a la equiparación de la dación de fe por el notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, sin que se aluda a modificación alguna, de manera que el precepto no introduce un control de legalidad ex novo, sino que se limita a señalar, entre las garantías del documento notarial, el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el notario autoriza el documento. Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, el TS está confundiendo el acto del otorgamiento del instrumento con el otorgamiento del acto o contrato por las partes que se documenta en el instrumento público. El acto de otorgamiento, como acto formal, debe cumplir sus formalidades, el otorgamiento del acto, como acto sustantivo, debe cumplir la legalidad de fondo. De ambos aspectos debe cuidarse y dar fe el notario.

— Niega que el control de legalidad se pueda fundar en el artículo 24 de la Ley del Notariado: tampoco admite el TS que el control de legalidad por el notario se deba fundar en el art. 24 de la Ley Notarial, modificado por la Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, cuyo párrafo 2, recordamos, establece que *“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”*. El argumento del TS es que el alcance del art. 24 ha de ponerse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006, que modificó la redacción, es decir, la prevención del fraude fiscal, aludiendo a ese genérico deber de los notarios, sin otra concreción sobre su materialización que no sea la especial colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

— El TS dice que aún tiene menos amparo legal la consecuencia de la calificación desfavorable del notario que

— a) afecta a los derechos y titularidades patrimoniales de los interesados, pues les priva de la forma documento público con la correspondiente garantía y eficacia que de dichos documentos se derivan (art. 1218 CC) y las posibilidades de nego-

ciación que tal garantía facilita, así como les priva de la subsiguiente protección registral, siquiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17, 18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473, párrafo segundo, 1526, párrafo segundo, del CC, entre otros), por citar los aspectos más destacados.

— b) y tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuanto incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

2. RESTANTES ARTÍCULOS ANULADOS RELATIVOS AL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL

La sentencia del TS anula también cuantos otros artículos contiene el Reglamento en que se hace referencia al control de legalidad, que son los siguientes: art. 147.4, sobre redacción del documento con arreglo a minuta, y pólizas; parte del 197 *quater*, referente a pólizas intervenidas; art. 168.2, sobre documentos otorgados en territorio extranjero; art. 198.1, 1.º y 6.º, en cuanto a actas notariales; y art. 262.1, sobre testimonios o legitimaciones. Pasamos a su examen y al de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo. Se hacen constar en cursiva las partes de los artículos objeto de anulación por el Tribunal Supremo.

A) Impugnación del artículo 147 RN: Redacción del documento con arreglo a minuta.

— Dice el artículo 147: "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, 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.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, *siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes*".

La anulación del párrafo segundo por el TS viene a negar que el notario pueda adecuar al ordenamiento jurídico el texto que le presenten los interesados ya redactado por medio de una minuta o cuando se trate de elevar a público un contrato privado, así como cuando se trate de pólizas redactadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa; o más exactamente, que pueda negarse a autorizar en caso de que en la minuta, póliza o documento privado encuentre motivos de ilegalidad. Cita el argumento del Colegio de Registradores, consistente en que se opone al principio de libertad contractual respecto al que existe reserva de ley, y anula parte del artículo por las mismas consideraciones que respecto al artículo 145, es decir, porque esa actuación del notario implica ejercicio del control de legalidad.

— Argumentos empleados por el TS: según la parte recurrente, es inadmisibles por ser contrario al principio de libertad contractual, respecto al que existe reserva de ley, entendiéndose que cuando se presenta minuta, el notario lo único que puede hacer, si considera que el otorgamiento es ilegal, es sugerir fórmulas alternativas, pero no imponer la alteración del negocio.

La previsión del párrafo segundo responde, como señalan las partes demandadas, a la concepción del control de legalidad notarial y su consecuencia denegatoria de la autorización que se recoge en el art. 145 del propio Reglamento, que hemos considerado ilegal, sin que pueda ampararse en las previsiones del párrafo que le precede en cuanto invoca el art. 17.bis de la Ley del Notariado, lo que lleva a la anulación del párrafo segundo en cuanto se sujeta al referido control de legalidad y también el inciso "siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico", por las mismas razones allí expuestas, en cuanto se condiciona la intervención de la póliza al resultado del juicio de legalidad sobre su contenido efectuado por el notario.

B) Impugnación del artículo 197 *quater*: "Con mi intervención".

— Dice el artículo 197 *quater*: "Como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado la expresión «Con mi intervención» implica *el control de legalidad por el notario y, en particular:*

a) La identificación por el notario de los contratantes por sus documentos de identidad reseñados, salvo que se consigne otro medio de identificación de los establecidos en el artículo 23 de la Ley del Notariado.

b) La reseña de las circunstancias de los otorgantes conforme a lo prevenido en el artículo 197 bis, párrafo segundo, de este Reglamento.

c) El juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido. *Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo de artículo 164 de este Reglamento.*

d) Que la calificación del acto o contrato es la que figura en el mismo, con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial.

e) Que el contenido del negocio jurídico de que se trate se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes.

f) Haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales en la forma exigida por las leyes o por este Reglamento. No obstante el notario podrá incluir las reservas y advertencias legales que juzgue oportunas.

g) La conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumentales, en su caso, la firma ante el notario, *o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido.*

Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia".

— Argumentos empleados por la sentencia del TS: la impugnación de este precepto en los aspectos que se han destacado en cursiva, se funda en la consideración de que se atribuye al notario un control de legalidad que carece de soporte legal, dando por reproducido lo manifestado en relación con los arts. 145 y 168, último párrafo. En consecuencia, debe estimarse la impugnación en cuanto al inciso “el control de legalidad del notario”.

C) Impugnación del último párrafo del artículo 168 RN: “Documentos otorgados en territorio extranjero”.

— Dice el artículo 168: “Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia a las escrituras públicas las siguientes:

1. Cuando se trate de ausentes deberá comparecer en representación de los mismos la persona a quien corresponda, de acuerdo con lo preceptuado en el Código Civil.

2. Los menores de edad podrán comparecer por sí mismos, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos del Derecho Civil puedan realizar por sí solos el acto de que se trate o hayan de consentir el que verifique su representación legal; también podrán comparecer al efecto de ser oídos.

3. Las autoridades y funcionarios públicos no precisarán presentar ante el Notario documentos que justifiquen su cargo cuando al Notario le conste por notoriedad. De igual modo podrá éste hacer constar la intervención por parentesco o por otro motivo al efecto de completar la capacidad.

4. La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante el Notario español, si éste no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la capacidad de los extranjeros se verificará por el Notario con arreglo a la Ley española. Si en el Estado del que el extranjero otorgante fuese ciudadano no usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extran-

jero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al artículo 145 de este Reglamento”.

— Argumentos de la sentencia: respecto a la modificación sustancial en la redacción del precepto, contenida en el último inciso, al establecer la denegación de la función notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable. Esta impugnación debe estimarse por las mismas razones expuestas al examinar el art. 145.

D) Impugnación del inciso final del número 1.º y el número 6.º del apartado 1 del artículo 198 RN: “Control de legalidad en actas”.

— Dice el artículo 198: “1. Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

Serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección segunda, relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes:

1. En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial, salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente *a los efectos de su control de legalidad*.

2. No exigen tampoco la dación de fe de conocimiento, con las excepciones previstas en el párrafo anterior, y salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido.

3. No requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o posteriormente. En este caso se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente, con expresión de la hora y sitio, y con cláusula de suscripción especial y separada.

4. Las diligencias, salvo que, habiendo medios para ello, la persona con quien se entiendan pida que se redacten en el lugar,

las podrá extender el notario en su estudio con referencia a las notas tomadas sobre el terreno, haciéndolo constar así, y podrá aquella persona comparecer en la Notaría para enterarse del contenido de la diligencia. Cuando se extienda la diligencia en el lugar donde se practique, invitará el notario a que la suscriban los que en ella tengan interés, así como a cualquier otra persona que esté presente en el acto.

5. Las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública. No será necesario que el notario dé fe de conocimiento de las personas con quienes entienda la diligencia ni de su identificación, salvo en los casos en que la naturaleza del acta exija la identificación del notificado o requerido.

6. *En todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga referencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público.*

7. Las manifestaciones verbales percibidas por el notario durante la realización de un acta sólo podrán ser recogidas en ésta previa advertencia por el Notario al autor de la existencia y finalidad del acta, del carácter potestativo de la manifestación y de la posibilidad de diferirla a la comparecencia en la notaría en los dos días hábiles siguientes a la entrega de la cédula o copia del acta que las insta. El requerimiento para levantar el acta no podrá referirse en ningún caso a conversaciones telefónicas, ni comprender la realización de preguntas por parte del notario.

Cuando el acta deba ser realizada en el interior de un establecimiento el notario deberá advertir a la persona responsable, o que juzgue más idónea, de su condición y del objeto del acta y no consignará hecho alguno sino los que compruebe una vez autorizada su actuación. Si le fuere negada se limitará a hacerlo constar así.

8. Las actas notariales se firmarán por los requirentes y se signarán y rubricarán por el notario, salvo que alguno de aquéllos no pudiese o no supiere firmar, en cuyo caso se hará constar así. Quedarán a salvo aquellos supuestos de urgencia libremente apreciados por el notario.

9. Los notarios se abstendrán de dar fe de incidencias ocurridas en actos públicos sin ponerlo en conocimiento de la persona que los presida, pero ésta no podrá oponerse a que aquellos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio; si ésta se opusiere, se limitará a hacerlo constar así.

2. Cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción del contenido de éste en soporte papel, bastando con que en el acta se indique el nombre del archivo y la identificación del mismo con arreglo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Justicia. Las copias que se expidan del acta deberán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntándose una copia en soporte informático no alterable según los medios tecnológicos adecuados del archivo relacionado. La Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 113.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, determinará los soportes en que deba realizarse el almacenamiento, y la periodicidad con la que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura”.

— Argumentos de la sentencia: se dan por reproducidos los argumentos expuestos en relación con los arts. 145 y 168, último párrafo.

E) Impugnación del párrafo primero del artículo 262 RN: “Interés legítimo en legitimaciones”.

— Dice el artículo 262: *“Para realizar testimonios o legitimaciones el notario deberá apreciar en los solicitantes interés legítimo en su pretensión. Igualmente deberá conocer el contenido de los documentos testimoniados a efectos de apreciar el interés legítimo y que dicho contenido no es contrario a las Leyes o al orden público. En caso contrario, o si no apreciare el interés legítimo, denegará fundadamente lo solicitado, resultando de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 145 de este Reglamento.*

La diligencia del testimonio se extenderá en el propio documento testimoniado. De no ser posible se unirá a éste un folio de papel exclusivo para documentos notariales en el que se realizará la diligencia, reseñando en el documento testimoniado la numeración del folio que la contiene. En uno y otro caso, si el documento contuviere

varios folios objeto de testimonio, sea de exhibición o de legitimación de las firmas que éstos contienen, en todos deberá constar la identificación del folio que contiene la diligencia o la referencia al asiento correspondiente en el Libro Indicador. Si el testimonio se hallare totalmente extendido en folios de papel exclusivo para documentos notariales, bastará con reseñar su numeración en la diligencia.

Los testimonios por exhibición deberán realizarse en papel de uso exclusivo para documento notarial, salvo que el formato del documento testimoniado lo impida.

En la diligencia de testimonio se hará constar lugar, fecha, signo, firma, rúbrica y sello del notario y el de seguridad creado por el Consejo General del Notariado. Si el documento constare en el Libro Indicador se reseñará el número que le corresponda”.

— Argumentos de la sentencia: se impugna este precepto por los mismos argumentos expuestos en relación con el art. 145, por lo que la impugnación ha de estimarse al concurrir las mismas razones determinantes de la nulidad que allí se apreció y que debe trasladarse a este precepto.

3. OPINIONES DOCTRINALES SOBRE EL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 2008

La sentencia del TS plantea la cuestión de si los notarios tienen encomendada la función de control de la legalidad de los documentos que autorizan o, dicho de otra manera, si se pueden negar a autorizar un documento en aquellos casos en que se infringe la ley o si, por el contrario, están obligados a autorizar el documento, siquiera puedan hacer las advertencias que estimen oportunas, dados los términos en que la sentencia del TS se pronuncia.

Dice RODRÍGUEZ ADRADOS que la concepción que subyace en la sentencia es la pretensión de que el notario, privado del control de legalidad, quede reducido a mero fedatario, en una actuación puramente pasiva, de oír y transcribir lo que se le diga, sea válido, nulo o incluso delictivo. Esta concepción de la función notarial resulta patente en la anulación de los párrafos 2, *in fine*, y 3.1.º del art. 145, que pretende obligar al notario a que autorice el

documento aunque no se le acredite el cumplimiento de ningún requisito; y está corroborada por la anulación del art. 147.2, que, recordamos, decía: “*Lo dispuesto en el párrafo anterior (la indagación, interpretación y adecuación al ordenamiento jurídico por el notario de la voluntad común de los otorgantes) se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado*”; de nada vale conservar el art. 1.º del Reglamento si basta con redactar una minuta o un documento privado para eliminar toda actuación notarial.

Adelantemos la conclusión y digamos que el notario está obligado a respetar el principio de legalidad y que por tanto debe ejercer la función de control de la legalidad y no puede estar obligado a autorizar cualquier documento para el que se le requiera, con independencia de su legalidad o no. Pero el hecho de que el tribunal supremo de la nación haya pronunciado una sentencia al respecto obliga a analizarla en profundidad y, a pesar de la misma, poner de manifiesto los argumentos jurídicos que sin lugar a dudas fundamentan el control de legalidad ejercido por los notarios, aun a sabiendas de que sería suficiente para sostener esta afirmación aplicar el más elemental sentido común.

Opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS

Seguimos la línea argumental expuesta por el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS en la revista *El Notario del Siglo XXI*, número 20.

— Valor de la sentencia: se trata de una sentencia que procede de la jurisdicción contencioso-administrativa, que lo que hace es anular determinados preceptos del Reglamento Notarial reformado por RD 45/2007.

— Motivo de la anulación: “Se trata solamente de que su establecimiento... ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en la correspondiente norma de adecuado rango legal”. Estima, por tanto, que el Gobierno infringe la reserva de ley, puesto que falta una concreta habilitación legal para regular el control de legalidad por el notario.

— Lo que no cuestiona la sentencia: “No ha de perderse de vista... –añade–, que lo que aquí se cuestiona no es la oportunidad o procedencia de que el Notario pueda denegar su autoriza-

ción o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se halla establecido en norma de adecuado rango legal”.

— Lo que no se puede deducir de la sentencia: por ello, de la sola declaración de nulidad de los citados preceptos reglamentarios no puede deducirse que el notario esté obligado a autorizar el instrumento público en todo caso, es decir, aun en los supuestos que dice el artículo 145 RN, anulado en su mayor parte: sin que “los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello” (art. 145.2, *in fine*), “o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos” (art. 145.3.1.º); y aunque la autorización o la intervención del acto o el contrato “suponga la infracción de una norma legal” (art. 145.3.1.º; anulado); o “los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan” (art. 145.3.2.º; anulado); “la representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes” (art. 145.3.3.º; anulado); “el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público” (art. 145.3.5.º; anulado).

— De los argumentos contenidos en los Fundamentos de Derecho de la sentencia resulta, sin embargo, que también en tales casos tiene el notario la obligación de autorizar el instrumento, sin serle posible denegar sus funciones; y cree encontrar la solución del problema creado “en las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la ley... así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes”.

— Consecuencias absurdas de la sentencia:

a) Frente al “principio de legalidad” garantizado por el art. 9.3 de la Constitución, el notario sería el único funcionario público obligado a colaborar positivamente en la realización de un acto o contrato ilegal;

b) Se cuestiona de qué valdría una escritura en la que el mismo notario autorizante empieza por advertir que no es válida.

— La conclusión: es que la sentencia ha de acatarse lealmente; pero sin sustituir los artículos del Reglamento que anula por los razonamientos o argumentaciones de la sentencia, que no constituyen normas vinculantes.

— El fondo de la cuestión: para RODRÍGUEZ ADRADOS consiste en determinar si el control de legalidad de los notarios está reconocido en nuestro Ordenamiento por disposiciones con rango de Ley. La sentencia examina, por ello, las leyes que podrían relacionarse con el caso, leyes que no anula ni podría anular, pero que interpreta excluyendo todo control notarial sustantivo; tampoco estas interpretaciones son vinculantes, ni, en su opinión, acertadas; procedamos a estudiarlas.

a) Ley 14/2000, de 29 de diciembre. Es cierto, como dice la sentencia, que “tal terminología –control de legalidad– no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante”; pero está usada en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre régimen disciplinario de los notarios, que nadie negará que sea legislación notarial por el simple hecho de no estar físicamente incluida en la Ley del Notariado; su art. 43, Dos, 2, B, c) declara infracción grave “las conductas que impidan prestar... las obligaciones de... control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios...”; por ello, no ha podido ser anulado el art. 349 c) del Reglamento, que innecesariamente reitera esa norma legal; si se sanciona esta infracción, es que el notario tiene obligación de controlar la legalidad.

b) Disposiciones que en la Ley del Notariado imponen ese control de legalidad, meramente formal para la sentencia, y en opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS formal y sustantivo:

— El art. 1.º, el notario es el funcionario público autorizado para dar fe “conforme a las leyes”, inciso en plural en el que se incluyen, según doctrina consolidada, las que regulan el acto o contrato objeto de autorización notarial, y no solo en singular “conforme a esta ley”, la del Notariado, como diría si solo se refiriese a los requisitos formales de la autorización, según la sentencia entiende;

— El art. 2.º, que admite “justa causa” para la denegación de funciones, y nada más justo para una Ley que rechazar la infracción de Ley, sea formal o sustantiva, “causa legal” que dice el Reglamento, art. 3.3 (no anulado);

— El art. 17 *bis* (introducido por Ley 24/2001), que al extender a los nuevos documentos electrónicos los mismos requisitos que se exigían a los documentos en papel, dispone que el notario “deberá dar fe... de que el documento

se adecua a la legalidad”, lo que no podrá hacer si el acto documentado es ilegal, sin que pueda restringirse aquella dación de fe, como argumenta la sentencia, a que “el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193 [RN], hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento”, confundiendo así el otorgamiento, que es la declaración de voluntad, con el acto del otorgamiento;

— Y el art. 24.2 (según redacción dada por Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal), por el que “los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga”; la regularidad material está aquí expresa, pero la sentencia se desembaraza del precepto afirmando que su “alcance ha de ponerse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 que modificó la redacción, prevención del fraude fiscal”, razonamiento que, dada nuestra práctica legislativa, produciría el caos de aplicarse con generalidad.

c) También tiene carácter general el juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el notario, introducido por la Ley 24/2001, art. 98, en parte modificado por la Ley 24/2005, que no está citado en la sentencia, a pesar de su amplísima repercusión.

d) Señala también RODRÍGUEZ ADRADOS otras muchas Leyes concretas que imponen al notario la obligación de denegar su autorización por infracción de sus preceptos; la sentencia menciona la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (26/1984), la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (42/1998), la de Ordenación de la Edificación (38/1999) y la de Montes (42/2003); pero las considera como excepciones a la regla general, en lugar de manifestaciones de ella, que es su verdadero significado. Añadimos a las citadas por RODRÍGUEZ ADRADOS la más reciente Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que en

su art. 18 dispone que "En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley".

e) Habilitación legal del Gobierno para regular el control de legalidad reglamentariamente. La sentencia entiende que no hay una concreta habilitación legal para reglamentar esos preceptos con rango de Ley que se han examinado. Esa habilitación existe; está desde 1862 en el art. 47 de la Ley del Notariado: "El Gobierno dictará las instrucciones o reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de ésta Ley". Artículo que no se cita en la sentencia, y que es aplicable a todos los artículos incorporados posteriormente a la misma, como el 17 bis y el 24, pues para eso se ha seguido tal técnica legislativa. Y no se diga que solo estaba dictado para los primeros tiempos de implantación de la Ley de 1862, porque figura en el texto legal y no en las Disposiciones Transitorias, aparte de que estas también están vivas, como demuestra la adición de la nueva Disposición Transitoria Undécima por la Ley 24/2001.

Cita también la sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, que tampoco cita el TS, que ha declarado: *"A los notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad... La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público"*. Veremos esta sentencia con más detenimiento.

— Lo que procede que haga ahora el legislador. Nos recuerda RODRÍGUEZ ADRADOS que el art. 696 CC en su primera edición decía que cuando para otorgar testamento abierto el testador presentara ya redactada su disposición testamentaria, "el Notario la copiará". El mismo legislador rectificó su error inmediatamente, en la segunda edición del Código. Claro precedente de lo que tiene que hacer ahora el legislador; sin perjuicio de los remedios que pudieran existir en vía judicial.

El Gobierno, inmediatamente después de la sentencia, proclamó su voluntad de proceder a las modificaciones pertinentes para neutralizar los posibles efectos negativos de la sentencia del TS. Han transcurrido ya varios años sin que se haya procedido a tales modificaciones.

Opinión de Rodrigo TENA ARREGUI

Rodrigo TENA, con la ironía y finura jurídica que le caracteriza, nos hace un símil del significado de la sentencia trasladando su doctrina a una imaginaria sentencia en el ámbito del fútbol, en su artículo "Fútbol es Fútbol (El notario y el control de legalidad)" publicado en la revista *El Notario del Siglo XXI*, número 20.

Resulta didáctico reproducir en este foro iberoamericano la comparación que hace TENA porque, pensamos, es difícil para alguien no familiarizado con la confrontación registral-notarial en España entender los términos en que se ha tratado la cuestión del control de legalidad notarial por el Tribunal Supremo, e incluso el mismo hecho de poner en duda que el notario deba controlar la legalidad. No olvidemos que la sentencia reproduce en gran medida los argumentos de la parte actora, el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Dice Rodrigo TENA literalmente: "Si un artículo reglamentario impusiese a los porteros de fútbol la obligación de impedir que los balones lanzados por los jugadores del equipo contrario entrasen en la portería, probablemente nuestro Tribunal Supremo lo declararía nulo por falta de cobertura legal. La decisión obstaculizadora del cancerbero, que frustra la pretensión del delantero, tiene una indudable trascendencia en relación a los derechos del equipo contrario, privándole de los beneficios inherentes a la victoria, con sus consecuencias patrimoniales y personales de todo tipo, lo que indudablemente incide en materias reservadas a la Ley.

Sin embargo, es poco lógico que un reglamento entre a regular obviedades de este tipo, por lo demás innecesarias, pues se supone que los porteros existen para desempeñar exactamente ese cometido. Si se les impide hacerlo, no es que su función ya no tenga sentido, es que el juego no podría seguir llamándose fútbol. Podría ser tenis, bádminton, petanca... pero fútbol, definitivamente no. Es razonable, entonces, concluir que aunque un reglamento hubiera

descendido a ese detalle innecesario y un Tribunal hubiese anulado la correspondiente disposición, mientras se juegue al fútbol, en la calle, en la playa o en la Eurocopa, los buenos porteros continuarán despejando con el puño.

Algo parecido ocurre en el ámbito notarial con la ya famosa sentencia de la sala 3.^a del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008. Mientras existan los notarios –y no solamente los abogados– y mientras nuestro sistema se llame de fe pública y atribuya efectos privilegiados a los documentos públicos notariales, la sentencia carecerá de repercusión práctica alguna en ese extremo, porque los notarios deberán seguir controlando la legalidad y negando el acceso a la documentación pública y a sus correspondientes efectos privilegiados a los negocios que juzguen –bajo su responsabilidad– ilegales, nulos o fraudulentos.

No se trata en absoluto de desobedecer la sentencia, sino de obedecer la ley y la propia naturaleza de las cosas. Los artículos reglamentarios podrán ser nulos, pero las leyes que han configurado la profesión de una determinada manera siguen estando vigentes mientras los notarios autoricen escrituras y cobren por arancel. Lo contrario sería un grave fraude a la sociedad”.

Opinión de Pedro ÁVILA NAVARRO

Pedro ÁVILA (8), notario y registrador de la propiedad, de acreditada solvencia intelectual y profesional en ambos campos, se pronuncia sobre la sentencia y pone el dedo en la llaga al señalar causas de matiz corporativo, que han sido las que han propiciado el recurso y la sentencia contra el Reglamento Notarial, y hace hincapié en la necesidad del control de legalidad notarial y en la bondad del sistema notarial-registral de seguridad jurídica con el desempeño por ambos profesionales de sus respectivas funciones, recordando que el enemigo no está dentro, sino fuera, en quienes pretenden sustituir nuestro sistema de seguridad preventiva por el seguro de título.

“Creo que no debieron producirse ni la impugnación de la reforma del Reglamento Hipotecario en 2001, ni la del Reglamento Notarial en 2008.

(8) En carta publicada en la web “notariosyregistradores.com”, con fecha 4 de junio de 2008.

Ignoro por qué se produjo la primera... Sospecho que la del Reglamento Notarial no se debe a que los Registradores piensen que el Notario no ha de controlar la legalidad de los actos que autoriza, sino al temor de que tras esa declaración programática de control, una Dirección General siempre solícita venga a decir, en resoluciones «obligatorias para todos los Registradores», que si la legalidad ya viene controlada por el Notario, la calificación registral es innecesaria; cierto que está el art. 18 LH, pero la Dirección no tiene ningún problema para interpretar que donde dice «los Registradores calificarán», atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, quiere en realidad decir «no calificarán»...

... Seamos sinceros y dejémonos de declaraciones para la galería: no se trata de una actuación de sectores retrógrados del Registro contra el Notariado; muchos opositores se presentan a las dos oposiciones, en mis tiempos lo hacían casi todos, y no hay ningún filtro que derive hacia una profesión a los retrógrados representantes de la España negra y hacia otra a los españoles liberales y progresistas.

Lo que venimos presenciando desde hace años no es la lucha de un Cuerpo contra otro, sino la de quienes conciben la seguridad jurídica como un negocio cuyos fallos deben cubrirse por las compañías aseguradoras (y quizá piensen inocentemente que si ellos pueden participar en las aseguradoras, mejor) contra un sistema de seguridad jurídica que ha probado su eficacia a lo largo de siglo y medio.

Este sistema «retrógrado» requiere un Notariado fuerte, que ha de recoger y conformar las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes, como siempre ha hecho, y un Registro de la Propiedad que ha de calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase..., etc., a los efectos de convertir en derechos reales aquellas voluntades privadas, como siempre ha hecho también.

Debilitar la función notarial llenaría el Registro de una documentación formalmente defectuosa, otorgada por personas insuficientemente informadas, con declaraciones de voluntad de dudosa validez, y con alta conflictividad.

Debilitar la función registral con la supuesta finalidad de fortalecer la notarial llevaría al éxito del Notario menos escrupuloso en su calificación, y al fracaso del más severo, igualando por abajo el

nivel de la función y de la seguridad jurídica. Y no cabe protestar por ninguna de las dos afirmaciones, porque de ambas hay recientes pruebas en la práctica diaria de los últimos tiempos; baste citar dos, propiciadas ambas por la Dirección General: por un lado, las distribuciones de hipoteca en documento privado; por otro, los seguros en la declaración de obra nueva...”.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 207/1999,
DE 11 DE NOVIEMBRE, EN LA QUE SE RECONOCE EL CONTROL
DE LEGALIDAD NOTARIAL, OBVIADA POR LA STS DE 20
DE MAYO DE 2008**

Resumimos a continuación una sentencia que nos parece de sumo interés por su claridad y rotundidad, dictada por el Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional a cuyo cargo está la defensa de los principios constitucionales, entre ellos y como hemos tenido ocasión de tratar, el principio de legalidad. En la mayoría de los textos que hemos consultado los autores se limitan a citarla y extraer alguno de sus párrafos. Por ello, preferimos dar una visión más amplia de su contenido. Esto es, en esencia, lo que dice la sentencia:

El Pleno del Tribunal Constitucional ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente SENTENCIA en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1840/89...

1. El recurrente era el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno; se planteó el recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 47.3 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda.

2. El motivo es que los referidos preceptos establecen un régimen sancionador y disciplinario que afecta a notarios y registradores, que son funcionarios ajenos a la Administración autonómica. La cuestión es si la Comunidad Foral puede incluir dentro del Derecho sancionador de una materia sobre la que le corresponde la competencia exclusiva –urbanismo– con arreglo al artículo 148.1.3. CE, normas que prevén infracciones y sanciones de funcionarios pertenecientes a cuerpos estatales. La competencia autonómica sobre el urbanismo, ordenación del territorio y vivienda no puede atraer ha-

cia sí el régimen de correcciones gubernativas o disciplinarias sobre notarios y registradores por las funciones exclusivamente estatales que ejercen estos funcionarios, por lo que la Comunidad Foral vulnera las competencias exclusivas del Estado que descansan en las reglas 8 y 18 del art. 149.1 CE.

3. Los ilícitos contemplados eran el incumplimiento de deberes de notificación por transmitentes y adquirentes de inmuebles sometidos a los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración autonómica en la autorización e inscripción de documentos públicos por notarios y registradores respectivamente.

4. Señala el TC, y esta es su doctrina, que a los notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que "El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales", función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los notarios no solo la excusa de su ministerio, sino la negativa de la autorización notarial cuando "... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescindiera por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos". La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público.

Por lo que concierne a la función registral de inscripción de las transmisiones de bienes sujetos a tanteo y retracto legal urbanístico, la función calificadora que realiza el registrador de la propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también, como establece el art. 18 de la Ley Hipotecaria, a "la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro".

De lo anterior se desprende que la observancia de la legalidad, en este caso, de la normativa reguladora del tanteo y retracto previstos

en la Ley Foral impugnada y, muy especialmente, del cumplimiento del requisito esencial de la notificación fehaciente de la transmisión de los inmuebles sujetos a tales derechos, no deriva solo de la expresa exigencia contenida en los preceptos antes citados de la Ley Foral impugnada, sino también y más propiamente del deber general que, en sus respectivas funciones públicas notarial y registral, les viene impuesto a estos profesionales por las normas estatales por que se rigen.

De lo expuesto se infiere que la infracción contenida en el art. 47.3 de la Ley Foral 7/1989, que tiene como sujetos pasivos a notarios y registradores de la propiedad, no hace descansar la ilicitud que en ella se sanciona en un hecho inmediatamente lesivo de la ordenación urbanística, sino que lo sitúa en el incumplimiento de los deberes que a tales profesionales incumben en el ejercicio de la función pública, como garantes de la legalidad (incluida, claro está, la emanada de las Comunidades Autónomas), con el consiguiente quebranto de la correcta ejecución de dicha función. Estamos, pues, no ante una infracción urbanística, sino ante un ilícito disciplinario, sin que esa naturaleza pueda quedar alterada por el hecho de que de la realización de ese ilícito pudieran derivarse daños de tipo urbanístico.

5. En consecuencia, en atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la nación española, ha decidido estimar en parte el presente recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno y, en consecuencia, declarar que el art. 47.3 de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención en materia de Suelo y Vivienda, invade la competencia exclusiva del Estado, siendo inconstitucional y nulo y desestimar el recurso en todo lo demás.

EFICACIA DE LA CALIFICACIÓN NOTARIAL: LOS EFECTOS QUE SE ATRIBUYEN AL DOCUMENTO NOTARIAL

La consecuencia de la calificación notarial, o si se prefiere, del control de legalidad o juicio de legalidad que el notario realiza, es el aseguramiento de que tanto el documento autorizado como el negocio documentado –*instrumentum* y *negotium*– cumplen con las exigencias legales y por tanto se atribuye al documento notarial un valor privilegiado que no se reconoce a los documentos privados, precisamente por no gozar de la presunción de legalidad.

Los efectos del documento notarial han sido sobradamente tratados por la doctrina notarialista y podemos resumirlos así:

1. AUTENTICIDAD O FE PÚBLICA

Es el efecto genérico de todo documento notarial. Hay supuestos en los que la forma notarial tiene valor constitutivo, bien por exigir la Ley la forma notarial, o bien porque el negocio no existía con anterioridad y se crea con la escritura pública, en cuyo caso *negotium e instrumentum* nacen en el mismo momento y por tanto la escritura pública tiene valor de "forma de ser". Pero tanto en estos casos, como en aquellos en que el negocio existía con anterioridad y ahora se eleva a forma pública, toda escritura tiene una eficacia que GONZÁLEZ PALOMINO llama "forma de valer" y que se desarrolla en dos sentidos fundamentales: genérico y específico. Efecto genérico que consistiría en que todo negocio instrumentado en escritura pública, por ese motivo, disfruta de una eficacia de extraordinario alcance, que es gozar de autenticidad; y ello en un doble sentido: en cuanto a su autoría, y en cuanto al hecho mismo de haberse producido la declaración. Y ambos extremos, como hechos percibidos por el notario ("*de visu et auditu suis sensibus*") y redactados por él, están amparados por la fe pública, es decir, gozan de la máxima garantía y protección legal en cuanto a veracidad, exactitud, integridad, libertad de prestación del consentimiento, e información en que se ha basado ese consentimiento. Bien entendido que la fe pública tiene el límite de la percepción del notario y, por tanto, no puede extenderse al contenido mismo de las declaraciones de los otorgantes en el instrumento público. La fe pública no ampara si el contenido de las declaraciones es verdadero o falso, si el declarante ha incurrido en cualquier tipo de error, si sus declaraciones encierran simulación, o si ha mediado reserva mental. Y ello es independiente de que aun así quede vinculado por sus declaraciones.

Además de este efecto genérico, la forma notarial es susceptible de producir otros efectos específicos que a continuación tratamos.

2. EFECTO PROBATORIO

— Reconocido en el artículo 1218 del CC al establecer que "*Los documentos públicos harán prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán*

prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

— La Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, se ocupa también del valor probatorio del documento público, en el artículo 319, que establece que “... los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 (núm. 2, los autorizados por notario con arreglo a derecho, y núm. 3, los intervenidos por corredores de comercio colegiados, hoy formando parte del Cuerpo Único de Notarios) harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella...”. Como excepción, la LEC, en el Título I, “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, del Libro IV, el artículo 752.2 establece que el Tribunal no estará vinculado en estos procesos a las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. La razón estriba en que se trata de procesos no dispositivos.

— La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil resalta que se ocupa de los documentos públicos solo a efectos de la prueba, que se les da una especial fuerza probatoria en vista de la confianza que genera la intervención en ellos de distintos fedatarios, y que no correspondiéndole regular la función de dar fe o los requisitos documentales, es respetuosa con las normas que lo regulan. Así se expresa al respecto: “Esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquéllos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica.

La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios

legalmente autorizados o habilitados. La ley procesal ha de hacerse eco, a sus específicos efectos y con lenguaje inteligible, de tal intervención, pero no es la sede normativa en que se han de establecer los requisitos, el ámbito competencial y otros factores de la dación de fe. Tampoco corresponde a la legislación procesal dirimir controversias interpretativas de las normas sobre la función de dar fe o acerca del asesoramiento jurídico con el que se contribuye a la instrumentación documental de los negocios jurídicos. Menos propio aún de esta Ley ha parecido determinar requisitos de forma documental relativos a tales negocios o modificar las opciones legislativas preexistentes.

Frente a corrientes de opinión que, mirando a otros modelos y a una pretendida disminución de los costes económicos de los negocios jurídicos, propugnan una radical modificación de la fe pública en el tráfico jurídico-privado, civil y mercantil, la presente Ley es respetuosa con esa dación de fe. Se trata, no obstante, de un respeto compatible con el legítimo interés de los justiciables y, desde luego, con el interés de la Administración de Justicia misma, por lo que, ante todo, la Ley pretende que cada parte fije netamente su posición sobre los documentos aportados de contrario, de suerte que, en caso de reconocerlos o no impugnar su autenticidad, la controversia fáctica desaparezca o se aminore.

Ha de señalarse también que determinados preceptos de diversas leyes atribuyen carácter de documentos públicos a algunos respecto de los que, unas veces de modo expreso y otras implícitamente, cabe la denominada prueba en contrario. La presente Ley respeta esas disposiciones de otros cuerpos legales, pero está obligada a regular diferenciadamente estos documentos públicos y aquéllos otros, de los que hasta aquí se ha venido tratando, que por sí mismos hacen prueba plena.

Sobre estas bases, la regulación unitaria de la prueba documental, que esta Ley contiene, parece completa y clara...”

3. EFICACIA EJECUTORIA

Reconocida en el artículo 517 de la LEC: “... 1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ... 4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda

que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. 5. Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos...".

Eficacia ejecutoria que está reconocida igualmente en el ámbito de la circulación internacional del documento notarial, como lo ha sido, por citar solo alguno de los más recientes instrumentos comunitarios, en los Reglamentos 44/2001, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o el Reglamento 805/2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados.

4. EFICACIA TRADITORIA

Resulta del artículo 1462 del CC: *"Se entenderá entregada la cosa cuando se ponga en poder y posesión del vendedor. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"*.

5. EFICACIA LEGITIMADORA PARA EL TRÁFICO JURÍDICO

Quien actúa amparado en lo que se establece en un documento notarial tiene a su favor la presunción de veracidad e integridad de su contenido y eso le legitima para poder ejercer los derechos, titularidades o posiciones jurídicas predicadas por el título que presenta en los términos del artículo 143 del Reglamento Notarial, párrafos 3 y 4: *"Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley."*

Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias". Inmediatamente nos ocuparemos del examen de este último párrafo.

6. EFICACIA COMO TÍTULO PARA ACCESO A LOS REGISTROS PÚBLICOS, ESPECIALMENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el título notarial como título inscribible es en lo que se basa –sin desconocer otros documentos públicos judiciales o administrativos de menor importancia cuantitativa– nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva (artículo 3 de la Ley Hipotecaria). Al respecto señalamos lo que dice RODRÍGUEZ ADRADOS al hablar del control de legalidad del notario: El control de legalidad del notario es “Fundamental también para nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en la documentación notarial, porque de ella recibe su savia el registro, de modo que la firma del Registrador al final de toda inscripción «implicará la conformidad de aquella con el título presentado» (art. 51.14 RH). El control de legalidad del notario no puede ser suplido por la calificación del registrador, que está limitada, en su extensión a «la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», y en los elementos que puede utilizar, «lo que resulte de ellas –de las escrituras públicas– y de los asientos del registro» (art. 18 LH), aparte de que la calificación no conlleva un juicio de legalidad como suele decirse, sino de inscribibilidad, ya que «se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción» (art. 101.1 RH). La documentación notarial suple en fin dos graves carencias del registro: el producirse inaudita parte, que es admisible porque a la parte ya la oyó el notario; y la privación a la misma de su libertad, porque pudo elegir notario; escritura e inscripción juntas dan lugar a la escritura inscrita, base de un sistema, que no podrá seguir funcionando si la escritura queda gravemente dañada”.

SEGURIDAD JURÍDICA

La consecuencia de la aplicación del principio de legalidad es la predictibilidad de la aplicación de las normas jurídicas y, en definitiva, la seguridad jurídica. Hemos visto que la mayoría de la doctrina considera que los efectos que se derivarían de una aplicación inmediata e indiscriminada de los criterios que sigue la sentencia del TS serían enormemente perjudiciales para nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. En palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, “La

incidencia de esta sentencia en la práctica y en la doctrina notarial es inmensamente negativa. Hay que evitar ante todo que los notarios se desmoralicen y que emprendan el asalto a los protocolos notariales los stocks de negocios ilegales de un sector pequeño, pero activo, de la población”.

Por su parte, BORRELL GARCÍA (9), con tono catastrofista, tras tildar de “efecto asolador sobre la seguridad jurídica preventiva española” el de la sentencia comentada, nos dice que “En cuanto al efecto práctico y al futuro de la cuestión, digamos que el efecto de la Sentencia equivale a un palo entre las ruedas de la práctica totalidad de los proyectos de modernización del sistema jurídico español y de optimización de los medios telemáticos”. Cita como ejemplo cómo se pueden seguir practicando por los notarios de modo telemático los cambios de titularidad catastral si no se reconoce al notario la facultad de controlar la titularidad del transmitente.

Rodrigo TENA ironiza sobre los efectos que se producirían de la aplicación rigorista de los criterios de la sentencia sobre los efectos ejecutivos, legitimadores y de acceso a los registros públicos de los documentos notariales.

— Sobre los efectos ejecutivos: “La Ley de Enjuiciamiento atribuye eficacia ejecutiva a las obligaciones resultantes de las escrituras públicas y pólizas intervenidas, eximiéndolas del control previo que implicaría un juicio declarativo. Se supone que el privilegio deriva del hecho de que un funcionario ha realizado un previo control de legalidad, que evitaría, de esta manera, dar paso a la ejecución de obligaciones nacidas de contratos nulos. Aunque siempre sería posible autorizar la escritura con la advertencia de que a juicio del notario el contrato es nulo y por tanto la obligación no es verdadera obligación y no debería llevar anudada ejecución, porque en realidad la escritura no es una de esas escrituras a la que se refiere el artículo 517 de la LEC”.

— Sobre los efectos del documento notarial como título de acceso al registro: “La Ley Hipotecaria dice en su artículo 3 que para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior deberán estar consignados en escritura pública. Se supone que el privilegio deriva del hecho de que un funcionario ha realizado un previo control de legalidad, que evitaría, de esta mane-

(9) *Derecho Notarial*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ra, inscribir negocios nulos, aunque solo fuese por causas que el registrador no está en condiciones de calificar, dado sus limitados medios para ello: capacidad natural, representación (en virtud de las leyes 24/2001 y 24/2004), fraude, etc. Aunque siempre sería posible autorizar la escritura con la advertencia de que a juicio del notario el contrato es nulo por falta de capacidad de los otorgantes y de que, en su opinión, la escritura no es una de esas escrituras susceptibles de inscripción a la que se refiere la Ley Hipotecaria”.

— Sobre los efectos legitimadores: “El CC afirma en su artículo 1219 que las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz o del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero, consagrándose así la eficacia legitimadora de la escritura pública. Se supone que el privilegio deriva del hecho de que un funcionario ha realizado un previo control de legalidad, que evitaría, de esta manera, atribuir efectos en beneficio o en perjuicio de terceros en virtud de un contrato nulo. Aunque siempre sería posible autorizar una escritura de poder con la advertencia de que, a juicio del notario, ese poder es nulo y que, en consecuencia, el tercero que base su pretensión en él nunca adquiriría derecho alguno, porque la escritura no es de esas escrituras con eficacia legitimadora a las que se refiere el CC”.

Por nuestra parte entendemos que toda la polémica creada por la sentencia del Tribunal Supremo, y la propia sentencia, al poner en tela de juicio algo tan fuera de duda como es el exigible control de legalidad en la actuación notarial, no es más que un penoso y mezquino capítulo de nuestra reciente historia jurídica –con minúsculas–, basado en razones conocidas, de naturaleza extrajurídica, que no interesan al ciudadano y aún más, le producen perjuicios, que han supuesto y siguen suponiendo un ingente desgaste de tiempo y materia gris en algo que nunca debió producirse. Nos quedamos con la idea de RODRÍGUEZ ADRADOS de que no hay que sustituir los párrafos anulados por la sentencia por los argumentos por ella utilizados, y entendemos que los fundamentos de rango legal –constitucional incluido– para exigir que el notario autorice los documentos con

arreglo a la legalidad y que deniegue su ministerio si se vulnera esta son tan claros, que la ausencia de reglamentación por haberse anulado no puede impedir el cumplimiento estricto de la ley superior. La prueba es que tras el tiempo transcurrido, nada indica en la práctica diaria que se haya producido ningún cambio, ni sustancial ni meramente accidental, en la observancia de la legalidad por los notarios en la autorización de los documentos, ni que se haya resentido la seguridad jurídica. La sociedad, afortunadamente, suple con buenas dosis de sentido común los desvaríos y disfunciones provocadas por quienes deberían ser los primeros en defender la racionalidad y el bien común.

**LIMITACIÓN A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
LA REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN NOTARIAL.
ARTÍCULO 143 RN Y RDGRN DE 28 DE FEBRERO DE 2007**

Dice el artículo 143 del RN: *“A los efectos del artículo 1217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente Título.*

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla.

Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley.

Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”.

El último inciso, añadido a última hora en la reforma de 2007, ha dado lugar a diversas especulaciones sobre su interpretación en la medida en que afecta a la fe pública notarial la posibilidad de que pueda ser desvirtuada por las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. En concreto, en relación con la función registral, se ha pretendido desde instancias registrales entender que implicaba un giro copernicano en lo que hasta ahora se entiende: que la fe pública notarial es un límite a la calificación

registral, para entender, en sentido contrario, que negado el control de legalidad a los notarios –por efecto de la anulación por el TS de diversos preceptos reglamentarios y los argumentos empleados por dicho Tribunal–, el registrador podía negar o desvirtuar la fe pública notarial, ampliar de este modo el campo de la calificación registral y, en definitiva, devaluar el documento notarial erigiéndose en el único garante de la legalidad y la seguridad jurídica merced a su labor de calificación. Esto no es así, como vamos a ver inmediatamente, pero la desafortunada introducción del párrafo 4 del artículo 143 del RN, junto con la interesada interpretación del mismo, ha generado una conflictividad e introducido una confusión indeseables.

Por estos motivos, el último inciso del artículo 143 RN fue impugnado ante el TS por motivos procedimentales, pues al haber sido introducido, como decíamos, a última hora, no fue objeto del preceptivo informe del Consejo de Estado, y por motivos sustanciales.

La STS de 14 de octubre de 2008 rechazó la impugnación del art. 143, párrafo 4.º, por considerarlo ajustado a Derecho; la impugnación se sustentaba en la consideración de que el precepto impugnado viene a abrir genéricamente a las Administraciones y funcionarios públicos la posibilidad de negar la fe pública notarial, interpretación que no es la que se mantiene por la Sala, en cuanto *las administraciones y funcionarios no tienen atribuida una potestad en tal sentido de carácter general sino únicamente y en la medida que se la reconozca una disposición de adecuado rango o cobertura legal*.

La doctrina sentada por la Dirección General en resolución de 28 de febrero de 2007 establece de modo claro el significado y alcance del control de legalidad notarial frente a los intentos de desvirtuar esta función y señala el alcance del artículo 143 del RN. Así, resumimos lo siguiente:

— El art. 143 RN repite la eficacia de fe pública y las presunciones de veracidad e integridad y consecuentemente de legalidad reconocidas en el artículo 17 *bis* de la Ley del Notariado al documento notarial.

— Dice la STS que “Asimismo, y como toda presunción «ex lege», las de veracidad, integridad y legalidad atribuidas al documento público, no son una mera proclamación programática carente de contenido jurídico. Toda presunción legal implica un juicio y consecuente valor atribuido a lo que se presume –vera-

cidad, integridad y legalidad– que sólo puede ser negado o desvirtuado en el seno de un procedimiento contradictorio, previa prueba en contrario sea del tipo que sea y por quienes tengan legalmente atribuida la competencia para hacerlo” (así, y desde la vertiente procesal, artículos 217, 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— Los efectos jurídicos que el ordenamiento atribuye a la fe pública son los ya expuestos y tales efectos, a so capa de que se admita una interpretación absurda por excesiva o reduccionista, han de desplegarse respecto de cualquier operador jurídico.

— Ahora bien, debido a la distinta posición institucional de cada destinatario del documento público notarial, las posibilidades de negar o desvirtuar los efectos de la fe pública son muy diversas y con distintos alcances.

— A los jueces y tribunales, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y en el seno de un proceso y como consecuencia de lo previsto en los artículos 117 y siguientes de la Constitución, tal posibilidad es innegable, intensa y se despliega sobre el documento público notarial a cualquier efecto.

— Respecto de otras autoridades y funcionarios públicos, dicha posibilidad solo podrá darse si concurren tres elementos:

- primero, que tenga atribuida esa potestad en una norma con rango de Ley;
- segundo, que se produzca tal actuación en el seno de un procedimiento con todas las garantías y con la debida contradicción, y
- tercero y último, con la extensión y dentro de los límites expuestos en la norma atributiva de competencia y para la finalidad legalmente prevista.

Por tanto, no cualquier autoridad pública o funcionario por el hecho de serlo podrá negar o desvirtuar los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública.

Quiere con ello decirse que mientras que a jueces y tribunales la normativa les permite negar –dejar de reconocer alguna cosa o decir que algo no existe o no es verdad– o desvirtuar –quitar la virtud o sustancia– los citados efectos, respecto de las autoridades y funcionarios públicos habrá que indagar si en la norma que rige su función y por la que se les atribuye la posibilidad de calificar un ins-

trumento público notarial existe idéntica potestad. En suma, el artículo 143, párrafo cuarto, del Reglamento Notarial, no es más que una norma de remisión, no atributiva de competencia, y tal remisión es a la norma que con rango de Ley atribuye a tales autoridades y funcionarios esa potestad de calificación; de ahí que el inciso final del citado precepto afirme de modo taxativo que tal potestad lo es “en el ejercicio de sus competencias”.

Los dos ejemplos clásicos son, de un lado, la Administración Tributaria y, de otro, los registradores.

a) Comenzando por la Administración Tributaria, su competencia está prevista en los artículos 13 y 16 de la Ley General Tributaria. La misma se extiende solo a los efectos de desconocer “la forma o denominación que los interesados le hubieran dado” al acto o negocio jurídico en el instrumento público “y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”; es más, incluso para el supuesto de simulación, la misma puede ser declarada por la Administración Tributaria “en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios”. En el procedimiento tributario existen las citadas garantías y debida contradicción, pues el obligado tributario puede proponer la práctica de pruebas y la Administración Tributaria admitirlas o practicarlas de oficio (10); su finalidad, como se ha expuesto, es solo para calificar el acto desde la perspectiva tributaria, liquidarlo correctamente y por lo que realmente es y no lo que se dice que es. Ahora bien, esa calificación carece de efectos extratributarios, incluso en los supuestos de simulación.

b) En cuanto a los registradores,
— su potestad está prevista en una norma con rango de Ley -artículo 18 de la Ley Hipotecaria;
— su extensión se limita solo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título, puesto que un registrador cuando califica

(10) Artículos 105 a 108 y, muy especialmente, 106 de la Ley General Tributaria, que remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo relativo a los medios y valoración de esas pruebas.

no puede declarar la nulidad del acto o negocio jurídico, al ser una actuación típicamente jurisdiccional –de ahí el artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

— El procedimiento a través del que se desenvuelve esa potestad es el de calificación y solo a través de dos medios; primero, “por lo que resulte de ellas” (escrituras públicas) y, segundo, de los asientos de su Registro. No cabe, pues, acudir a medios extrínsecos, ni existe en el procedimiento registral contradicción o posibilidad de proponer o practicar pruebas, incluso de oficio, como a contrario sí sucede en el tributario.

Ahora bien, en el caso de la calificación del documento público notarial, dicho título goza de tres presunciones “ex lege” –veracidad, integridad y legalidad–, siendo así que:

1. Al registrador le está vedado poner en duda el contenido de lo expuesto en el título –veracidad–, pues por su propia función y limitación de medios de calificación carece el procedimiento de calificación de vertiente contradictoria en la que a través de las pertinentes pruebas, incluida la indiciaria, pueda negar el contenido del título, como a contrario sí puede un juez o, a los limitados efectos ya expuestos, la Administración Tributaria.

2. Igualmente, y por la misma razón, no puede poner en duda que el documento narra y recoge toda la verdad.

3. Por último, puede revisar la legalidad del documento a los solos efectos de admitir o negar su inscripción. Sin embargo, tal negativa –no inscripción– se proyecta sobre un título en el que ya ha existido un primer filtro, calificación o juicio de legalidad y, por tanto, dicha calificación registral se despliega respecto de un documento que se presume conforme al ordenamiento jurídico, y que documenta un acto o negocio que ya ha sido no solo perfeccionado, sino casi siempre consumado –agotados sus efectos.

En este sentido, la expresión del artículo 18 de la Ley Hipotecaria “validez de los actos dispositivos contenidos en la escritura”, no significa la atribución al registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan solo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el registra-

dor hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título –su inscribibilidad– y, por idéntica causa, la calificación del registrador, como sucede con la que hace la Administración Tributaria a efectos fiscales, no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria, que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran “ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos” a los Tribunales de Justicia, ya que solo a estos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

Por último, y como sucede respecto de la calificación recurrida, en ningún caso puede extenderse la calificación registral a nada que otra norma con rango de Ley le haya excluido, como sucede con el juicio de suficiencia de las facultades representativas ex artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, pues el artículo 143, párrafo cuarto, del Reglamento Notarial, por el simple pero contundente hecho de que es una norma jerárquicamente subordinada a la Ley, no puede contradecir tal artículo, salvo que admitamos que aquel precepto reglamentario ha modificado el esquema previsto en dicha norma con rango de Ley o en otras (artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado), en cuyo caso sería nulo de pleno derecho.

Por tanto, como le sucede en su ámbito a la Administración Tributaria, la calificación negativa, esto es, la decisión de inadmitir la inscripción de un título en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, no extravasa este concreto ámbito, ni extiende más allá sus consecuencias y exige en todo caso que el registrador motive su decisión (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria); de ahí la importancia y nivel de exigencia que se ha de pedir de tal calificación negativa.

En suma, el artículo 143, párrafo cuarto, del Reglamento Notarial, no ha ampliado función o competencia alguna, como no la hubiera podido menoscabar, pues, como ha quedado expuesto, es una norma reglamentaria, no atributiva de competencia a autoridad pública o a funcionario distinta a la que ya tuviera; es un precepto que, asimismo, exige analizar si aquel que pretende negar o desvirtuar los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública tiene competencia para ello, cuál es el procedimiento a través del que debe actuar, con qué extensión y límites y para qué finalidad.

PARTE SEGUNDA

ORIGEN HISTÓRICO DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y DE SUS ENCARGADOS, LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Siguiendo a Miguel FERNÁNDEZ CASADO (11), fueron los Reyes don Carlos y doña Juana, en 1539, quienes echaron los cimientos de los modernos registros de la propiedad, a petición de las Cortes de Toledo. Para evitar el estelionato (12), frecuente en otros tiempos, mandaron que en cada villa, ciudad o cabeza de jurisdicción hubiera un registro donde se anotaran los censos, tributos e hipotecas impuestos sobre los bienes inmuebles, bajo pena de nulidad. Estos registros o no fueron establecidos o cayeron en desuso, pues en 1713 Felipe V trató de restaurarlos, sobre todo por los perjuicios que sufrían las rentas reales en manos de recaudadores insolventes por tener gravados todos sus bienes, y mandó al efecto que el oficio hubiera de estar en todas las ciudades, villas y lugares a cargo de los escribanos de los Ayuntamientos. Carlos III, por pragmática de 31 de enero de 1768, aprobó una instrucción relativa a estos registros. En ella impuso a los escribanos de Ayuntamiento de las cabezas de partido el deber de abrir los libros necesarios para hacer las anotaciones por pueblos y años de los contratos que expresaba. En 1777 dictó otra resolución complementaria de dicha instrucción.

Así tomaron carta de naturaleza en nuestro país las Contadurías de Hipotecas, cuya organización era tan deficiente que no respondía a los fines perseguidos por su creación. Hechos los asientos unos a continuación de otros, sin método y sin las necesarias referencias, era difícil averiguar las cargas impuestas sobre determinadas fincas, amén de las hipotecas generales y tácitas, importadas del Derecho romano, que complicaban sobremanera la cuestión. Se nombró una comisión que estudiara una radical reforma del sistema, que presentó un proyecto que se convirtió en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.

Las bases del nuevo sistema fueron, desde un punto de vista sustantivo, la especialidad y la publicidad y en cuanto a la forma de llevanza, se adoptó el método real, consistente en referir los asientos

(11) *Tratado de Notaría*, Madrid, 1895.

(12) DRAE: "Fraude que comete el que encubre en el contrato la obligación que sobre la hacienda, alhaja y otra cosa tiene hecha anteriormente".

a las fincas, no a las personas. Una de las novedades más importantes que introdujo la ley en nuestro sistema hipotecario fue sin duda alguna la creación de un funcionario a cuyo cargo habían de estar en lo sucesivo los libros del registro. La Comisión encargada de redactar el proyecto convertido después en Ley Hipotecaria, entendió que este funcionario estaba llamado a resolver cuestiones tan difíciles e importantes que, aun cuando en la exposición de motivos declaró propender a lo histórico y a lo tradicional, no vaciló en arrancar el cargo de las manos de los escribanos de número de las cabezas de partido que hasta entonces llevaban las Contadurías de hipotecas y entregarlo a personas más peritas en la ciencia del Derecho.

De modo que ya desde su origen anidó en la Ley el germen del desencuentro entre notarios y registradores por motivos competenciales. El mismo FERNÁNDEZ CASADO nos relata que ya en 1861 un escritor juzgaba esta innovación de la siguiente manera: "No sabemos hasta qué punto parecerá implicatorio el suponer insuficiencia al artista que traza las piezas de un edificio y aptitud consumada al que las coloca en su lugar. Tampoco sabemos, por escasa instrucción que se atribuya a los escribanos, si será lógico creer que la han de tener mayor, por regla general, los sustitutos que los registradores nombran para sus enfermedades y ausencias, que tanto pueden serlo abogados como cualquier escribiente que en su vida hubiese estudiado y practicado cuestiones jurídicas, los cuales, sin conocimientos rudimentarios, que a lo menos se conceden a los escribanos, resolverán graves y complicadas cuestiones de derecho en las ausencias del registrador; y, por último, no atinamos a ver donde les está encomendado dar por sí esta tan ardua y grave solución jurídica de los puntos dudosos, si está escrito en la misma ley que los Regentes y los Jueces son los consultores suyos. ¿Tal vez se creería que los Escribanos no eran aptos siquiera para preguntar?". No se tuvo presente, por otra parte, que, al propio tiempo que la legislación hipotecaria, se reformaba la notarial sobre sólidas bases, lo que condujo rápidamente al Cuerpo de notarios al grado de ilustración y moralidad que inmediatamente alcanzó con la Ley de 1862. Para finalizar esta visión ilustrativa del estado de las relaciones corporativas en los orígenes del sistema registral, FERNÁNDEZ CASADO nos relata que en 1887 se publicó un libro titulado *Estudios sobre legislación hipotecaria y notarial*, cuyo principal, si no exclusivo objeto, era preparar otra mutilación de las facultades del notario a favor de los registradores, o sea, demostrar la convenien-

cia de que respecto de los contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad se prescindiera de la intervención del notario, otorgando la fe pública extrajudicial al registrador. Transcurrido más de un siglo desde la obra de FERNÁNDEZ CASADO, hemos asistido a un florecimiento de la literatura sobre la calificación registral, auspiciada fundamentalmente por el Colegio de Registradores y su Centro de Estudios Registrales, en la misma línea de justificar ésta como piedra angular del sistema registral español y como fuente de los efectos de la publicidad registral (13). Nada nuevo, pues, sobre la faz de la tierra.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN SU ORIGEN. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Originariamente no se concedió a la actividad registral de calificación la extensión que actualmente se pretende. Seguimos el interesante trabajo de Juan ÁLVAREZ-SALA "La representación y la calificación notarial", publicado en *Escritura Pública-Ensayos de actualidad*, que nos ilustra sobre la evolución doctrinal e histórica y también sobre los intereses subyacentes que tienden a asentar una calificación registral que adjetiva de hipertrofiada.

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 no se ocupó de la calificación registral de modo especial. La consideró una actividad implícita en el modo de llevar los asientos del registro que no merecía ser contemplada con más atención. La condición de la propiedad y del crédito territorial, la calidad y seguridad del sistema no se pretendía que descansase en la calificación que realiza el registrador. Así, dice la Exposición de Motivos que "sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía luego; los títulos privados no se admitían en los registros. Cambiar en este punto, y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deja duda sobre su legitimidad".

(13) Véase como ejemplo la obra dirigida por Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad, *La Calificación Registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, tres tomos, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Es decir, que el pensamiento del legislador consiste en basar la seguridad del sistema en que accedan al registro únicamente los títulos públicos y no los documentos privados. Esos títulos públicos están dotados de autenticidad y presunción de legalidad, garantizadas ambas por la intervención de un funcionario público que autoriza los documentos que acceden al registro (documentos públicos notariales, judiciales y administrativos). Es la autenticidad del título y la presunción de legalidad del acto documentado lo que se traslada al asiento del registro y le da su valor. Es suficiente que el funcionario encargado del registro compruebe que el documento público presentado lo es porque presenta las formas extrínsecas de tal y que no hay nada que aparentemente contradiga su legalidad o presente algún defecto o error manifiesto.

Así, la redacción originaria del artículo 18 de la LH prescribía que los registradores habrían de calificar bajo su responsabilidad *"la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas"*. Se trata de una formulación que es perfectamente clara y que consagra una calificación meramente superficial del título presentado. Salvo por motivos de forma o inexactitudes manifiestas –lo que GÓMEZ DE LA SERNA denominó nulidades patentes– no se cuestionaba la idoneidad del título presentado para su acceso al registro. La responsabilidad en que podía incurrir el registrador como consecuencia de su calificación tenía un alcance correlativo a la extensión de esta. De este modo, el artículo 314 de la Ley de 1861 señalaba que los errores o inexactitudes en las inscripciones *"no serían imputables al registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción"*. Es decir, que el registrador fuera de los defectos formales y los notorios ni debía calificar ni tenía responsabilidad. El artículo 297 (14) de la actual LH se pronuncia en términos similares.

(14) Artículo 297. Los errores, inexactitudes u omisiones expresadas en el artículo anterior no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción, anotación o cancelación.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL VISTOS DESDE LA DOCTRINA REGISTRAL

Hemos señalado la distinta percepción que la doctrina registral y notarial tienen de la función calificadora que a los primeros compete en su actuación como medio de actuar el principio de legalidad, pero es evidente que la cuestión ha retomado actualidad con cierta virulencia.

ROCA SASTRE (15) nos explica que el principio de legalidad es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad sean sometidos a calificación a fin de que al mismo solo accedan títulos válidos y perfectos. En un sistema de registro que se presume exacto y concordante con la realidad jurídica es lógico un trámite previo para depurar la titulación presentada a registro. De lo contrario, el registro solo serviría para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 señalaba que el registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes niegan fuerza coactiva.

Explica ROCA SASTRE que "si en un buen sistema de registro la nulidad de un título inscrito es inoperante en cuanto pueda perjudicar a un tercero adquirente de buena fe, es evidente la necesidad de evitar, en cuanto sea posible, que los títulos nulos puedan llegar a ser inscritos. No ocurre así en los sistemas de transcripción, en los cuales en ningún caso la registración de un título nulo puede impedir que su nulidad afecte a tercero, pues el registro se desentiende de los vicios del documento registrado, y este vale por lo que valiere. Por tal motivo en estos sistemas el registrador está reducido al papel de un simple autómatas o mero archivero".

El medio para hacer efectivo el principio de legalidad es la calificación de los títulos presentados a inscripción mediante la que se rechazan provisional o definitivamente los defectuosos. Sigue diciendo ROCA SASTRE que el principio de legalidad se manifiesta en nuestro sistema de registro como uno de los varios aspectos del "procedimiento general de inscripción" y concretamente al tiempo de desenvolver el registrador su función calificadora, la cual constituye la base de actuación del llamado principio de legalidad.

(15) *Derecho Hipotecario*, 7.^a edición, tomo II, pp. 255 y ss.

Los otros dos aspectos del procedimiento registral serían el principio de rogación o de instancia y la "norma que impone como regla absorbente la necesidad de titulación auténtica como rueda indispensable para auxiliar la calificación registral, dada la ventaja de que gracias a ella el acto registrable ha sido ya objeto de examen y de calificación jurídica por otro funcionario, lo que coadyuva en la medida de lo posible en que solo tengan acceso al registro actos depurados en su conformidad con el derecho vigente... Por tanto la exigencia de titulación auténtica como criterio general, ya que cuenta con limitadas excepciones, guarda con el principio de legalidad una relación meramente instrumental o coadyuvante, pues hay sistemas inmobiliarios registrales, como los anglosajones, en los que la calificación registral, o sea, el principio de legalidad también existe y, en cambio, no se da la exigencia general de la titulación auténtica como cauce adecuado para la inscripción".

En sentido contrario a esta afirmación, Antonio DOMÍNGUEZ MENA (16), siguiendo a SANZ FERNÁNDEZ y a BRANCÓS NÚÑEZ, nos resume los diversos sistemas registrales existentes atendiendo a sus aspectos sustantivo y formal, clasificándolos en sistemas de transcripción (con simple eficacia de publicidad, como el francés), de inscripción (con valor publicitario y convalidante, como el español o con valor constitutivo relativo, como el alemán o suizo) o de inmatriculación (con efecto constitutivo absoluto, como el australiano); y atendiendo a la seguridad jurídica preventiva en las transmisiones inmobiliarias distingue cuatro grupos: de publicidad subordinada (Gran Bretaña), de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito en un registro de colección de documentos (Francia, Italia, Bélgica), con presunción de exactitud basada en la transmisión abstracta (Alemania) y con presunción de exactitud basada en la transmisión causal (Austria y Holanda).

Concretamente sobre el Derecho inglés, nos dice lo siguiente: "Como consecuencia de las sustanciales diferencias entre el Derecho Inglés (o de «Common Law» o sistema jurisprudencial) y el Derecho Continental (o «latino germánico» o de «Civil Law», o sistema legal), resulta difícil trasladar sus conceptos a nuestro derecho. Es necesario destacar que la realidad extrarregistral manifestada y publicitada a través de la posesión se impone a la realidad registral.

(16) *Revista Jurídica del Notariado*, núm. VI, extraordinario 2004.

Su regulación se encuentra en la Land Registration Act de 1925 (Ley de Inscripción de la Propiedad Inmobiliaria). En su texto se da prioridad al poseedor actual de la finca que acredite algún título legal o justo o en equidad –«legal or equitable»–, frente a cualquier adquirente inscrito. Asimismo, los tribunales tienen amplias facultades para la desposesión de un titular a favor de otro, lo cual es consecuencia de la falta de titulación adecuada. Por ello, ante la colisión de titularidades inciertas, el derecho inglés se inclina por mantener el estado posesorio. Esta es una solución característica de sistemas en que por falta de titulación adecuada se confía a la usucapión la conversión de situaciones de hecho en situaciones de derecho.

Así pues, el derecho inglés, desde la perspectiva del derecho continental, se muestra bastante inseguro y costoso, sin la existencia de un registro inmobiliario capaz de ofrecer sólidas garantías al titular inscrito para mantenerle en su dominio”.

ROCA SASTRE criticaba la regulación contenida en la Ley Hipotecaria por lo siguiente: a) La excesiva limitación respecto a los medios de calificación y sobre todo a la libertad de actuación del registrador. Debe limitarse a los documentos presentados sin que pueda reclamar de oficio cuantos antecedentes estime necesarios para la mejor calificación. Propugna que el registrador pueda, eso sí, “sin exagerar su actividad de oficio”, exigir cuantos datos estime necesarios; b) critica igualmente la dualidad de funcionarios que califican. Así, dice que el notario y el registrador, ambos funcionarios del Estado con preparación idéntica, concurren en la apreciación jurídica de un mismo acto jurídico, con resultados a veces contradictorios, lo que provoca una serie de gastos y complicaciones. Añade que “esta cuestión roza con el problema de la contratación directa ante el registrador o de la fusión de los cuerpos Notarial y de Registros”.

REGULACIÓN LEGAL. DISPOSICIONES DE LA LEY Y REGLAMENTO HIPOTECARIOS SOBRE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación registral viene regulada actualmente en la Ley Hipotecaria, arts. 18, 19, 19 bis, 65, 99 y 100, y en el Reglamento Hipotecario, arts. 98 y siguientes. Por lo que se refiere al ámbito mercantil, en los arts. 18.2 del C de Co y art. 6 del RRM.

La dispersión sistemática de preceptos en la Ley Hipotecaria se debe a razones históricas, pues el art. 18 se refería inicialmente a la calificación necesaria para practicar un asiento de inscripción, y para completar el sistema el art. 99 estableció las reglas de calificación en materia de cancelaciones, y el art. 100 la calificación de la competencia de jueces y tribunales.

Veamos lo más importante de la regulación positiva.

LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

A) Ley Hipotecaria.

La piedra angular está constituida por el artículo 18: *“Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”*.

Los siguientes párrafos del artículo 18 se ocupan del plazo para inscribir (15 días), de la forma de cómputo del plazo, de la posibilidad de que el registrador solicite una prórroga del plazo para inscribir, de las consecuencias del incumplimiento del plazo por el registrador (aplicación del cuadro de sustituciones y reducción arancelaria) y del control por la Dirección General del cumplimiento de los plazos por el registrador, así como del supuesto en que un registro esté servido por más de un titular, en cuyo caso se deben unificar los criterios en lo posible, así como extender las calificaciones negativas con la conformidad de todos los cotitulares, con la posibilidad de que alguno de ellos pueda decidir practicar el asiento.

Si el registrador aprecia algún obstáculo para la inscripción del título, establece el artículo 19: *“Cuando el Registrador notare alguna falta en el título conforme al artículo anterior, la manifestará a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación. Si no lo recogen o no subsanan la falta a satisfacción del Registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su número 9, si se solicita expresamente.*

En el caso de no hacerse la anotación preventiva, el asiento de presentación del título continuará produciendo sus efectos durante los sesenta días antes expresados”.

El artículo 19 bis comienza hablando del caso de que el registrador califique favorablemente, y luego regula la forma que debe revestir la nota de calificación negativa, así como la alternativa del interesado bien de recurrir la nota de calificación, o bien de instar la aplicación del cuadro de sustituciones, con lo que se ha introducido una tímida posibilidad de competencia en el ámbito registral: *“Si la calificación es positiva, el Registrador inscribirá y expresará en la nota de despacho, al pie del título, los datos identificadores del asiento, así como las afecciones o derechos cancelados con ocasión de su práctica. Si el estado registral de titularidad o cargas fuere discordante con el reflejado en el título, librará nota simple informativa.*

La calificación negativa, incluso cuando se trate de inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.

Si el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente, dentro o fuera del plazo a que se refiere el artículo 18 de la ley, el interesado podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de la Ley”.

A continuación, el artículo se ocupa de las reglas aplicables cuando los interesados solicitan al registrador del cuadro de sustituciones la calificación del título, que en esencia son:

El plazo para solicitar un registrador sustituto, que es de quince días, los documentos a aportar al registrador sustituto (testimonio íntegro del título presentado y documentación complementaria), la comunicación que debe hacer el sustituto al sustituido de la asunción de la inscripción (pudiendo también pedir la información registral completa), la constancia que debe dejar el sustituido de dicha comunicación al margen del asiento de presentación y su obligación de suministrar información continuada

al sustituto de cualquier circunstancia registral que pudiera afectar a la práctica del asiento.

Si el sustituto califica positivamente, en plazo de diez días, ordena al sustituido que practique la inscripción, para lo que le envía el texto de la misma con devolución del testimonio del título presentado y la documentación complementaria, debiéndose hacer constar en la inscripción el nombre del sustituto y el registro de que es titular. Igualmente se procede si la inscripción es parcial, con consentimiento del presentante.

En caso de que califique negativamente, devolverá el título al interesado para que pueda interponer recurso ante la DG; existen ciertas limitaciones sobre el objeto de calificación por el sustituto, pues solo puede calificar los mismos defectos señalados por el sustituido respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia, sin que pueda versar sobre ninguna otra pretensión; puede también pedir un informe al Colegio de Registradores sin que pueda excederse del plazo de calificación.

Devuelto el título, el recurso del interesado deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el sustituto hubiera manifestado su conformidad. O sea, que como consecuencia de la aplicación del cuadro de sustituciones no pueden surgir más defectos y, sin embargo, sí se pueden eliminar algunos.

Finalmente, los honorarios se reparten al 50 % entre sustituto y sustituido y las comunicaciones dichas pueden hacerse por fax, correo electrónico u otro medio telemático que deje constancia de su recepción.

El artículo 65 trata de la clasificación de las faltas en subsanables o insubsanables, distinción oscura e imprecisa sobre la que los autores no terminan de ponerse de acuerdo. De "vacía y absurda" la califica José Luis MARTÍNEZ-GIL VICH (17), y propugna que la distin-

(17) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid, aún no publicada, cuyo texto ha sido facilitado amablemente por el autor. Critica, por ejemplo, la simplificación que hace algún autor considerando faltas insubsanables las que se corresponden con la nulidad y subsanables las que se corresponden con la anulabilidad, lo cual, además de constituir una invasión del campo de lo jurisdiccional, es tan simplista como pretender que un mero error en el nombre o en un lindero pueda provocar la anulabilidad de la transmisión.

ción fuera, de *lege ferenda*, entre obstáculos derivados del registro y otros defectos. Así, dice el artículo que *“Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables.*

Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.

En el caso de contener alguna falta insubsanable se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva.

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados”.

De los recursos contra la calificación se ocupa el artículo 66, que permite acudir al recurso gubernativo ante la Dirección General o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente, que no cabe confundir con la posibilidad de que trata el propio artículo de que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título: *“Los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos. En el caso de que se suspendiera la inscripción por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotación preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los sesenta días que duran los efectos del asiento de presentación. Si se extiende la anotación preventiva, podrá hacerse en el tiempo que ésta subsista, según el artículo 96 de esta Ley.*

Cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, propusiera demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título, podrá pedirse anotación preventiva de la demanda, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación. Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha.

En el caso de recurrir contra la calificación, todos los términos expresados en los dos párrafos anteriores quedarán en suspenso desde el día en que se interponga la demanda o el recurso hasta el de su resolución definitiva”.

De la calificación de los documentos en que se solicite la cancelación trata el artículo 99: *“Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones y la capacidad de los otorgantes, en los términos prevenidos para las inscripciones por los artículos 18 y concordantes de esta Ley”.*

Y si la cancelación ha sido ordenada por un juez o tribunal, el artículo 100: *“Los Registradores calificarán también, bajo su responsabilidad, la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenen las cancelaciones, cuando no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripción o anotación preventiva.*

Si dudaren de la competencia del Juez o Tribunal darán cuenta al presidente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que estime procedente”.

Y los siguientes, artículo 101: *“Cuando el presidente de la Audiencia declare la competencia del Juez o Tribunal, el Registrador hará desde luego la cancelación.*

Si declara la incompetencia, el mismo Registrador comunicará esta decisión al interesado, devolviéndole el despacho”.

Y el artículo 102: *“Contra la decisión del Presidente podrá recurrirse, tanto por los Jueces y Tribunales como por los interesados, a la Audiencia, la cual, oyendo a las partes, determinará lo que estime justo”.*

B) Código de Comercio y Reglamento Mercantil.

En términos similares al artículo 18 LH se pronuncia el Código de Comercio en el artículo 18: *“... 3. Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro...”.*

Y el Reglamento del Registro Mercantil en el artículo 6: *“Legalidad. Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y*

legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro”.

CARACTERÍSTICAS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Como hemos señalado, los documentos notariales que contengan actos o contratos inscribibles han sido objeto de la calificación notarial, que implica la presunción de conformidad con la Ley. Desde este punto de vista se puede decir que son títulos inscribibles en sí mismos. Pero en concreto, solo podrán serlo si el registrador así lo decide y está de acuerdo con su inscribibilidad. Este examen que realiza el registrador es conocido en la técnica hipotecaria como “calificación”, y se habla de “principio de legalidad” para indicar que la inscripción de los títulos en el registro solo puede hacerse previo control de su conformidad con la ley. Más recientemente se ha acuñado y se emplea con insistencia la expresión “control de legalidad” hasta el punto de convertirse la cuestión semántica en caballo de batalla en las relaciones notariales y registrales, con el intento de monopolizar el término. Señala BORRELL que “la cuestión comenzó a cobrar vigencia cuando la doctrina registralista, coincidiendo con una fuerte expansión del ámbito del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, asumió la expresión «control de legalidad» como suerte de marca registrada; con la consiguiente pretensión, activamente servida, de negarla para cuantos pudieran suponer concurrencia en la parcela autorreservada”.

SANZ define la calificación registral como el examen que el registrador hace de los títulos o documentos presentados en el registro con el fin de comprobar que reúnen todos los requisitos exigidos por las leyes para su validez e inscribibilidad y como consecuencia de ello para resolver si son o no inscribibles.

GONZÁLEZ PALOMINO dice que la función esencial de la calificación consiste en seleccionar del título lo que es título –causa de la adquisición– y lo que son obligaciones, pactos, declaraciones...

LACRUZ la define como un juicio de valor, no para declarar un derecho dudoso o controvertido, sino para incorporar o no al registro una nueva situación jurídica inmobiliaria.

Corresponde la calificación a los funcionarios encargados del registro, los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

La mayoría de la doctrina, entre ellos el profesor Díez-PICAZO (18), coinciden en atribuir a la calificación las siguientes características: obligatoriedad, libertad e independencia, responsabilidad y carácter personalísimo.

OBLIGATORIEDAD DE LA CALIFICACIÓN

El registrador puede inscribir, suspender o denegar, pero ha de decidir. No puede dilatar su juicio so pretexto de consultar a la superioridad. En este sentido, el artículo 273 de la LH señala que *“Los registradores podrán consultar directamente con la Dirección General cualquier duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecución de esta Ley y de su Reglamento, en cuanto verse sobre la organización o funcionamiento del Registro, y sin que en ningún caso puedan ser objeto de consulta las materias o cuestiones sujetas a su calificación”*. Recientemente, el artículo 19 bis (19), regla 5.^a (20), establece que cuando ante una calificación negativa se acude al registrador del cuadro de sustituciones, el registrador sustituto *“Para fundar su decisión podrá pedir informe al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que lo evacuará a través de sus servicios de estudios, todo ello bajo responsabilidad del Registrador y sin que pueda excederse del plazo de calificación”*.

A esta nota de obligatoriedad se corresponde el derecho del interesado a obtener la inscripción de su derecho, que ha adquirido confiando en la publicidad registral y al que quiere reforzar con la inscripción, protegiéndose contra cualquier otro derecho contradictorio que no publicase el registro.

Permítase una digresión a propósito del derecho a la inscripción que tiene el interesado en ella, para enfatizar la importancia del

(18) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, Madrid, 1995.

(19) Introducido por el artículo 100, número 2, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

(20) Redactada por el apartado dos del artículo 135 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

mismo. Este derecho a obtener la inscripción es el eje sobre el que gira el sistema, y no sobre la protección de los terceros o de la comunidad en abstracto, como se ha pretendido por la más reciente doctrina registralista. A juicio de José Luis MARTÍNEZ-GIL VICH (21), esta idea de la protección que dispensa el registrador a la comunidad en su conjunto, a la que reconoce una indudable carga poética, es una de las más distorsionadoras de la verdadera naturaleza y valor de la inscripción, aunque sea una idea útil para sostener la supuesta eficacia e hipertrofia de la calificación. Explica este autor que el aspecto de oponibilidad *erga omnes* se produce en derecho español con independencia del registro, con independencia incluso de la escritura pública, pues es simplemente un deber general de respeto que puede ser conocido bien por la simple posesión, bien por la legitimación derivada del título público, o bien por la inscripción, que es una transposición publicitaria del documento genético: la escritura que la causa. No es lícito anudar este efecto de oponibilidad *erga omnes* a la inscripción y menos derivarlo de la calificación. Y es distorsionador desviar la atención del derecho del interesado a obtener la inscripción y centrarla en la presunta protección de la comunidad que opera la inscripción en el registro.

LIBERTAD E INDEPENDENCIA: EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

En el ejercicio de su función, el registrador goza de libertad e independencia, sin que deba seguir directrices ni obedecer indicaciones de ningún tipo, y está únicamente sujeto a otros órganos o autoridades en la vía administrativa o jurisdiccional por el cauce de los oportunos recursos. No hace falta decirlo, debe ejercer su función con sujeción a la Ley en aplicación del principio de legalidad.

No obstante, en los últimos tiempos, esta independencia se ha visto afectada por una fuerte presión desde instancias corporativas, que han impuesto directrices de comportamiento y del sentido de las calificaciones como medio de presión social para la implementación de políti-

(21) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid; una reseña de la misma se puede ver en la revista *El Notario del Siglo XXI*, número 14.

cas de Cuerpo. Así lo denuncia José Luis MARTÍNEZ-GIL (22), que cita la práctica seguida de “calificar negativamente el mayor número posible de escrituras para crear la falsa sensación –que incluso ha sido proclamada corporativamente– de que las escrituras han bajado preocupantemente de nivel técnico y, por ello el registrador es absolutamente imprescindible para dotar de seguridad jurídica al sistema”.

La independencia de criterio del registrador en su función de calificación encuentra su límite natural, aparte de en el sometimiento a la Ley y al principio de legalidad, en su carácter de funcionario público y su vinculación –como tal–, en particular, a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Cuestión que ha resultado particularmente conflictiva por la renuencia de algunos a observar esta vinculación, de modo muy significado desde la publicación de la Ley 24/2001, en sede de calificación del juicio notarial de suficiencia de la representación. Establece esta vinculación expresamente el artículo 327, párrafo 10.º, de la LH: “*Publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo*”.

Merece la pena detenerse en esta cuestión. El párrafo 10.º que acabamos de transcribir fue redactado por el apartado cuarto del artículo 31 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reforma para el impulso a la productividad. Como recuerda Alfonso MADRIDEJOS FERNÁNDEZ (23), la nueva Ley –la 24/2005– recuerda poderosamente una anterior, la 24/2001. “La Ley 24/2005 sería una nueva versión de la 24/2001, y su finalidad consistiría en mejorar ésta o, simple y llanamente, en conseguir su cumplimiento «efectivo» (palabra que no por casualidad emplea su exposición de motivos). En ocasiones la coincidencia es tan grande que a un lector poco informado puede resultarle difícil apreciar las diferencias, como ocurre, por ejemplo, con la reforma del artículo que comentamos que cambia la palabra «registros» por «registradores», cambio cuya justificación resultará difícil de encontrar a quien no conozca la interpretación, al parecer defendida por sesudos juristas, según la cual el artículo 327.10, en su versión 24/01, era una norma de imposible cumplimiento puesto

(22) Conferencia antes citada.

(23) *El Notario del Siglo XXI*, número 6.

que imponía una obligación de hacer a un ente inanimado y, por tanto, no imputable, cual es el registro”.

Esta actitud de manifiesto incumplimiento de la ley en materia de calificación de facultades representativas de determinados registradores, no dando por válida la calificación de la suficiencia de los poderes hecha por el notario a pesar de la claridad de la Ley y de las resoluciones de la Dirección General, vinculantes para los registradores, ha terminado motivando la reacción de la Dirección General, que ha dictado resoluciones que han implicado correcciones disciplinarias para el registrador incumplidor y han sentado doctrina. Nos referimos a las resoluciones de 18 de enero de 2008 y de 28 de abril de 2008 (fueron dieciocho las resoluciones de esta fecha). En la primera se establecieron sanciones para el registrador por la falta grave de desobediencia a las resoluciones de carácter vinculante de la DG, de 24.000 € de multa, suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria por dos años y postergación de cien puestos en el escalafón. En la segunda, y por el mismo motivo, todas ellas contra el mismo registrador, se impusieron idénticas sanciones, solo que la multa fue de 12.000 € en cada una de ellas. Pero lo más destacable son las afirmaciones de la DG en los fundamentos de derecho, de las que resumimos lo siguiente:

— Es claro que las resoluciones expresas estimatorias de los recursos gubernativos son vinculantes para todos los registradores desde el momento en que se publican en el BOE y mientras no sean anuladas por los tribunales.

— Ello no supone que la función calificadora de los registradores sea sustituida por la DG; la vinculación de los registradores a las resoluciones de la DG está establecida en una norma con rango de Ley y con ella se logra, en beneficio de quien desea inscribir un derecho en el registro, la necesaria predictibilidad en las calificaciones y se impide que ante una misma materia jurídica cada registro actúe de modo autónomo y contradictorio.

— El registrador es un funcionario público que a todos los efectos, incluida su tarea calificadora, depende jerárquicamente de la DGRN y no se puede admitir que dicte resoluciones en sentido contrario a las que aprueba su Dirección General, máxime cuando respecto de estas últimas, la Ley, de modo terminante y claro, expresa que son vinculantes para los registradores.

— La DG considera que, tras la Constitución, el artículo 18 de la

LH no es interpretable en el sentido de plena independencia de los criterios calificativos con el alcance predicable en los órganos jurisdiccionales, lo que de forma nítida han expresado las leyes 24/01 y 24/05, de forma que un funcionario público ha de acatar las resoluciones que su superior jerárquico dicta en vía de recurso.

RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR POR LA CALIFICACIÓN

La responsabilidad es una consecuencia de la libertad e independencia de que el registrador goza para llevar a cabo su labor calificadora. Viene regulada en la LH en los artículos 296 y siguientes.

El registrador tiene obligación de practicar las operaciones registrales que los interesados le soliciten en el plazo debido y hacerlo con exactitud y sin cometer errores. Consecuentemente, su responsabilidad deriva del incumplimiento de estas obligaciones básicas.

Establece el artículo 296 que *“Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen:*

1. Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro.

2. Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.

3. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente.

4. Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley.

5. Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley”.

En cuanto a los errores o inexactitudes que pueda cometer en la práctica de los asientos, se exceptúa su responsabilidad cuando tengan su origen en el título presentado y no se trate de errores evidentes, lo que es consecuencia de que el registrador no puede entrar a calificar el contenido de los títulos y por tanto no tiene responsabilidad por lo que no puede calificar. Establece, en consecuencia, el artículo 297 que *“Los errores, inexactitudes u omisiones*

expresadas en el artículo anterior no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción, anotación o cancelación”.

Ahora bien, si hemos dicho que es obligatorio para el registrador practicar la operación registral solicitada, siempre que no exista obstáculo justificado para ello, se ha planteado algún sector de la doctrina si el correlativo derecho a obtener la inscripción goza de una tutela judicial efectiva (24) por el hecho de que no existe responsabilidad exigible, o al menos de manera razonablemente ágil, frente a una calificación denegatoria errónea.

Lo expone ÁLVAREZ-SALA (25) en los siguientes términos: “Esa calificación registral... resulta ser, sin embargo, una función sin riesgo, una competencia sin responsabilidad. Parapetado detrás del artículo 297, el registrador no responde civilmente, si se equivoca en su calificación positiva al inscribir como válido un título viciado por un defecto intrínseco, pero no notorio, pues la firma de la inscripción sólo implica su conformidad con el título presentado (art. 51 RH). Y si, por el contrario, no inscribe, tampoco parece probable que tenga responsabilidad por un eventual error en su calificación negativa, pues contra esa calificación cabe interponer recurso gubernativo ante la Administración, pero no el llamado «recurso judicial» contra el registrador que prohíbe el artículo 132 (26) del Reglamento Hipotecario, al excluir que el registrador pueda ser emplazado ni citado en los pleitos que tengan por objeto los documentos a que se refiera su calificación, ordenando sobreseer el procedimiento en

(24) BLANQUER UBEROS, en “La tutela del derecho a la inscripción del título”, AAMN, t. XXXV.

(25) “La representación y la calificación notarial”, Escritura Pública- Ensayos de actualidad, pp. 54 y ss.

(26) Artículo 132 del RH.- En los litigios que los interesados promovieren ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador.

cuanto a dicho funcionario, si fuera demandado". No es lugar para analizar pormenorizadamente, como hace ÁLVAREZ-SALA, la posible inconstitucionalidad del artículo 132 del RH, su difícil inteligencia (27), y las causas, de naturaleza sustantiva y procesal (28), por las que la acción personal de responsabilidad contra el registrador, como consecuencia de una calificación negativa errónea, está abocada a un proceso de dilación excesiva. Pero, como dice el autor citado, "interesa subrayarlo, pues si no hay una traducción judicial efectiva de la responsabilidad al calificar (y el recurso a la vía judicial, como alguna vez se ha dicho, tiene un valor decorativo), esa potestad calificadora –como competencia sin responsabilidad– merece, en todo caso, un reajuste, a través de una interpretación estricta y no extensiva, sin que sea admisible su ejercicio conforme a un criterio discrecional y subjetivo, sino reglado y objetivo, *arreglado* a la escritura, esto es, limitado objetivamente por lo que «resulte de ella», como dice el artículo 18, que es norma de inteligencia consiguientemente restrictiva".

Desde la doctrina registral, este problema de indudable contenido práctico y económico que se plantea al interesado en la práctica de la operación registral que puede ver denegada infundadamente la ins-

(27) No se entiende muy bien qué sea ese recurso judicial que prohíbe el artículo 132 RH ni su alcance: no cabe pensar que signifique impedir toda acción judicial directa de responsabilidad por daños contra el registrador, pues vulneraría el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, y por tanto, el artículo 132 sería inconstitucional y se debería entender tácitamente derogado por la disposición derogatoria 3.^a de la CE. Tampoco cabe pensar que imponga una postergación de la acción de responsabilidad hasta la conclusión de la fase judicial del recurso contra la calificación del registrador impidiendo la acumulación de las dos acciones –contra la calificación y de responsabilidad civil–, pues sería una modificación de las normas de competencia jurisdiccional que, como tal, estaría sujeta a la reserva de ley y, por tanto, sería impropia de un reglamento.

(28) Cita entre las causas sustantivas que la Ley Hipotecaria no clasifica la falta de inscripción en base a una calificación negativa errónea entre los casos de responsabilidad civil del registrador del artículo 296 LH, ni entre los motivos que permiten interponer recurso de queja por su actuación (arts. 313 y ss. LH) y solo cabe acudir a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1902 CC, cuya aplicación práctica va a encontrar serios problemas en cuanto a la prueba del nexo causal del daño por no inscribir y el cálculo de su estimación económica.

cripción de su derecho, o no se contempla o se contempla como una cuestión de interés meramente doctrinal. De hecho, el artículo 132 del RH, por lo beneficioso que resulta para los registradores, permaneció inalterado en la reforma operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que modificó prácticamente todos los artículos del RH referentes al recurso gubernativo. CHICO Y ORTIZ (29) habla del "trabajo aporético" que puede suponer la calificación y expone que aunque el registrador pueda tener dificultades para calificar, "debe inexcusablemente resolver el caso o problema planteado. No obstante, la decisión registral, aparte de la idea de resolver, puede desembocar en una triple dirección: inscribir, con lo cual el problema queda resuelto, o suspender o denegar la inscripción o el asiento solicitado, con lo que el problema, o la solución del problema, se aplaza, pues con ello no se hace más que facilitar la aparición de la jurisprudencia de problemas a través del recurso gubernativo y su solución por la Dirección General". Lo cual es una indudable comodidad para el registrador si, cualquiera que sea la nota de calificación –correcta o errónea–, lo único que pasa es que la Dirección General ya se encargará de sentar jurisprudencia. Y supone un correlativo desamparo para el interesado. En línea con lo apuntado por ÁLVAREZ-SALA, entendemos que el único correctivo eficaz a esta situación es la limitación de la calificación ajustada al título y no sobredimensionada y capaz de dilatar impunemente el derecho del particular a obtener la inscripción.

CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA CALIFICACIÓN

La doctrina, en general, entiende que la calificación registral tiene carácter personal y que, en ningún caso, es compartida. Así viene a demostrarlo el artículo 485 d) del RH para el supuesto de desempeño del registro por dos titulares: "*El Registrador que calificar un título seguirá conociendo de cuantas incidencias, operaciones, recursos o quejas se produzcan respecto del mismo, y firmará los asientos y notas a que diere lugar*". Y respecto a los honorarios a percibir, dice el apartado c) que "*Cada Registrador regulará, bajo su exclusiva responsabilidad, los honorarios de las operaciones que efectúe*".

(29) *La Calificación Registral*, edición a cargo de Fco. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, 2.ª edición, tomo I, página 734.

Existe, no obstante, la posibilidad, en el caso de registro con dos titulares, si hay desacuerdo entre ellos, de que la calificación la realice el cotitular, como dispone el apartado e) del artículo 485 del RH: *“Siempre que el Registrador calificador estimare la existencia de defectos que impidan practicar la operación solicitada, los pondrá, mediante escrito razonado, en conocimiento de su cotitular, al que pasará la documentación, y si éste entendiere que aquella operación es procedente, la practicará, bajo su responsabilidad, sin alterar los turnos”*.

EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El título que se presenta a registro es el único elemento que ha de ser objeto de calificación por el registrador; consiste fundamentalmente en documentos notariales, judiciales o administrativos. Nos vamos a ocupar de los notariales y señalaremos luego las especialidades que presentan los judiciales.

Siguiendo el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe calificar lo siguiente:

A) La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos. El artículo 98 del Reglamento Hipotecario establece que *“El registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las Leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos.*

Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”.

Del precepto resulta que el registrador debe examinar:

1. La competencia por razón de la materia y del territorio del notario autorizante, o del que haya expedido la copia.
2. La observancia de los requisitos formales establecidos en la legislación notarial para la autorización de escrituras y expedición de copias, ya que conforme al artículo 1217 del

CC los documentos autorizados por notario se registrarán por la legislación notarial. Se refiere tanto a los requisitos del propio documento como, por indicación de la legislación notarial, la expresión en el título, con la claridad necesaria, de las circunstancias que según el artículo 9 de la LH y 51 del RH deben contener las inscripciones.

3. La autenticidad de la copia o traslado en que físicamente se plasme el documento así como, si es preciso, los requisitos de legalización o apostilla.

4. Igualmente debe comprobar si reúne los requisitos exigidos por la legislación fiscal, como la constancia de la presentación o pago de impuestos de transmisiones patrimoniales o de sucesiones.

Lo más esencial consiste en que se trate de documentos públicos y no de documentos privados, salvo las contadas excepciones en que tiene acceso al registro este tipo de documentación. Los documentos privados no deben causar ni siquiera asiento de presentación. Es claro el artículo 420 del RH, que establece que *"Los registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: 1. Los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral..."*. Son de señalar, como hace José Luis MARTÍNEZ-GIL VICH (30), los intentos para torpedear la escritura pública y justificar la conveniencia del acceso al registro de la documentación privada, incluso en congresos registrales. Por su originalidad –no exenta de ilegalidad–, cita el autor la tesis de que los documentos privados debieran causar asiento de presentación, una vez denegada la inscripción por defecto subsanable de no estar elevado a público y practicar anotación preventiva por defecto subsanable que abre la vía para posteriormente admitir, en su caso, la de demanda de elevación a público en base al artículo 1279 del CC, con la misma fecha fehaciente de prioridad (1227 CC).

B) La capacidad de los otorgantes.

Previamente hagamos un necesario inciso y recordemos que ha sido objeto constante de estudio y de discusión en la doctrina

(30) En conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid, antes citada, cuyo texto ha sido facilitado amablemente por el autor.

el alcance de la fe pública notarial según el objeto sobre que recae. Básicamente la discusión se ha centrado en dilucidar si la fe pública del notario alcanza únicamente los hechos sensibles perceptibles por los sentidos, o si también se extiende a los juicios o valoraciones del notario (31). Así, siguiendo las enseñanzas de RODRÍGUEZ ADRADOS, podemos distinguir cuándo el notario trata hechos como tales hechos, es decir, lo que percibe por sus sentidos –*de visu et auditu suis sensibus*–, en que nunca se ha discutido que sus afirmaciones tengan valor de fe pública, de autenticidad. Se trataría, por ejemplo, de la afirmación del notario de que ha tenido a la vista el documento auténtico de que deriva la representación. Pero otras veces el notario trata hechos no como tales hechos, sino que emite un juicio o valoración sobre los mismos, tal que el juicio de identidad o de capacidad; en estos casos sus afirmaciones, que son juicios propiamente, no son verdaderas o falsas, sino, en todo caso, acertadas o desacertadas, tienen presunción legal de veracidad e integridad y están igualmente amparadas por la fe pública; en otras ocasiones no se trata de hechos, sino que el notario emite juicios, como el juicio de suficiencia de las facultades representativas o el de legalidad, que goza de presunción de legalidad e igualmente está amparado por la fe pública. Es cierto que hasta ahora los intentos de la doctrina notarialista habían sido muy loables para justificar esa cobertura de la fe pública a los juicios o valoraciones del notario, pero quizá se carecía de una cobertura legal adecuada. Esto ha cambiado con la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuyo artículo 115 agregó un artículo, el 17 bis, a nuestra centenaria Ley del Notariado de 1862, a cuyo tenor el notario deberá dar fe, aparte del hecho de la identidad de los otor-

(31) Como dice ÁLVAREZ-SALA, obra citada, “En el fondo no se trata más que de una discusión Kantiana: si la fe pública notarial es solo fenomenista, necesariamente anclada en el plano de la experiencia sensorial y sólo capaz, por tanto, de verificar lo que, como fenómeno perceptible por los sentidos, sea únicamente objeto de un conocimiento sensible, o si, por el contrario, por encima de la experiencia sensitiva, puede alcanzar también (dando un gran salto...) el conocimiento racional puro, lo «nouménico», entendido como nous, mente o idea (razón pura) de lo que debe valer como expresión de un razonamiento o un juicio, un iudicium intellectum, un juicio intelectual jurídico”.

gantes y del hecho de su consentimiento, también de que "a su juicio tienen capacidad y legitimación" y de que "el otorgamiento se adecua a la legalidad". Según explica ÁLVAREZ-SALA (32), "la capacidad natural de los comparecientes puede quizá apreciarse fenomenológicamente, pero su legitimación, así como la adecuación del otorgamiento a la legalidad implican un juicio intelectual, jurídico, una calificación". Parece que ya no se trata de un control pasivo de legalidad, sino de formular una calificación jurídica. Una vez consignada, esa calificación notarial se presume además exacta, pues los documentos notariales autorizados, lo mismo en papel que en soporte electrónico, según añade el mismo precepto, "gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro". Veracidad e integridad significan aquí tanto como exactitud. La reputación legal de exactitud o acierto referida a una calificación jurídica equivale a una presunción de legalidad. La dación de fe notarial sobre la legitimación de los otorgantes enunciada en este nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado, se desarrolla, con mayor énfasis y de modo particular, en el artículo 98 de la Ley 24/2001, atribuyéndole a esa específica calificación notarial sobre la legitimación el valor autosuficiente propio de un criterio soberano, al disponer –como sabemos– que la valoración del notario sobre la suficiencia de las facultades representativas hace fe: *fe suficiente, por sí sola y bajo su responsabilidad*. Con ello, la valoración notarial de esa faceta específica que es la legitimación representativa de los otorgantes, eso que RODRÍGUEZ ADRADOS ha llamado "el aspecto subjetivo del juicio de legalidad", se impone como una supracalificación, amparada especialmente dentro del documento con una formulación ahora casi sacramental.

Por virtud de la Ley 24/2001, en lo que concierne a la legitimación representativa de los comparecientes y, en general, respecto de la adecuación de lo otorgado a la legalidad, el documento notarial pasa a tener ahora un valor no solo ya testimonial, sino calificadorio. Hace prueba no solo de una percepción, sino de una valoración jurídica. Su objeto no es ya un hecho, sino también un juicio: una calificación jurídica.

Así se consagra expresamente, por primera vez en nuestro ordenamiento, por una norma con rango de ley en sentido formal.

(32) Obra citada.

Una "ley escoba", es verdad, acompañando a unos presupuestos, quizá una cuna legal demasiado modesta para la institución notarial, pero una ley, al fin y al cabo, una ley como cualquier otra, aprobada por el Parlamento, que marca un hito en la historia del Notariado, que supone, por fin, en el plano legislativo, ese "salto" kantiano al que antes nos referíamos: un salto kantiano cuasico-pernicano.

Hechas estas precisiones, pasemos al examen del estado de la cuestión en la actualidad.

El artículo 18 de la LH habla estrictamente de capacidad de los otorgantes, pero en este concepto se han entendido comprendidas tradicionalmente no solo la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, sino también cualesquiera otras circunstancias dimanantes de su estado civil o de su condición personal que influyan en la legitimación y en el poder de disposición necesarios para llevar a cabo los actos y negocios jurídicos, como la suficiencia de los poderes de representación voluntaria, o la aptitud de los representantes legales o la suficiencia de las facultades en la representación orgánica.

— En cuanto a la CAPACIDAD de los otorgantes, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, es materia que, como acabamos de decir, es competencia y responsabilidad notarial, ambas están amparadas por la fe pública notarial y salvo que se derive de la escritura alguna carencia, está fuera del ámbito de la calificación registral. Por otro lado, difícilmente podría sostenerse lo contrario, puesto que en su apreciación tiene gran importancia la inmediatez del notario (el momento rostral, como dice ÁLVAREZ-SALA).

— Por lo que se refiere a la LEGITIMACIÓN, debemos distinguir:

1. Situación previa a la Ley 24/2001: en los casos de representación, la práctica consistía, por imponerlo así la legislación notarial, en la obligación de que el notario insertase en el cuerpo de la escritura o incorporase a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación (art. 166 RN en su redacción anterior). De este modo los registradores, teniendo a la vista en el propio título presentado los documentos de que resultaba la representación, insertos o incorporados, podían cumplir el mandato del artículo 18 y, en base a los mismos documentos sobre los que

el notario había formado su juicio de capacidad, debían emitir un segundo juicio de capacidad, que podía ser, o no, coincidente con el del notario. Había, pues, una doble calificación sobre el mismo objeto con posibilidad de juicios diferentes.

2. Tras la Ley 24/2001 la situación ha cambiado radicalmente: no hay calificación registral sustantiva en materia de representación. Como dice ÁLVAREZ-SALA, "se trata de una medida legislativa dentro de una política más general que pretende agilizar las formas de la contratación bajo la idea última de que el control de legalidad llegue a ser simultáneo al momento de la transacción económica, que es cuando el notario interviene. Se ha abierto un cambio de rumbo que apunta irremisiblemente hacia un progresivo soberanismo de la calificación notarial". Continúa el mismo autor, "la legitimación representativa es sólo un aspecto parcial de la legitimación en un sentido más amplio, entendida como «poder de disposición» o «legitimación dispositiva» de los otorgantes, o –por utilizar la misma expresión del artículo 18 de la Ley Hipotecaria– la «validez dispositiva» del documento. Esa contigüidad entre los conceptos de capacidad, legitimación y poder de disposición, desde nuestra perspectiva notarial, se hace tanto más estrecha desde el momento en que el notario, para autorizar el documento, debe apoyarse hoy en la información registral, previamente remitida por fax (y dentro de poco también por comunicación electrónica), que pasa así a formar parte del instrumento mismo, acreditando la titularidad y ausencia de limitaciones dispositivas.

Al margen de cuestiones corporativas, el interés del tráfico y la protección de los consumidores terminarán imponiendo que el control jurídico de la contratación sea simultáneo a la transacción económica, que es cuando el notario interviene, investido de una potestad calificadora que sea, en ese momento, virtualmente cuasiomnicomprensiva y autosuficiente. Esa es la aspiración última, el objetivo urgente.

Entre tanto pervive un sistema paradójico, ya socialmente incomprensible, como es que la comunicación registral remitida a instancia del notario no dé fe del contenido de los asientos, sino que tenga (como se obstinan los registradores) un valor, como las notas simples, todavía meramente infor-

mativo, de manera que en el momento crítico de la publicidad registral, que es el momento de la transacción económica, su seguridad queda desactivada, como ocurrió con la escandalosa sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de octubre de 2000, que tanto repudio ha cosechado en los medios de comunicación, al eximir al registrador que, respecto de la finca que se iba a hipotecar, no informó en el fax remitido el día anterior a la notaría de la existencia de un embargo”.

3. El *statu quo* ha cambiado. La situación actual, por tanto, es que el juicio de legitimación, es decir, la representación voluntaria, la legal, la contradicción de intereses, la autocontratación, las autorizaciones judiciales o administrativas, son competencia del notario en los términos establecidos por el artículo 98 de la Ley 24/2001, y el registrador no puede calificar estos aspectos, salvo la correcta reseña del notario. La importancia del artículo 98, dice ÁLVAREZ-SALA, es que “ha echado abajo el mito de la calificación registral. Por eso es anatema. Por eso los registradores hablan de un «terremoto legislativo», porque, en parte, ha derrumbado la calificación registral. Por eso también es un precepto que han condenado a muerte declarándole una lucha sin cuartel”.

4. Resistencia a la aplicación de la Ley. La Ley 24/2001 fue inmediatamente contestada por el Colegio Nacional de Registradores en un acuerdo de 8 de enero de 2002, produciéndose a continuación una masiva devolución de escrituras desde todos los registros de España por no acompañarse los poderes o transcribirse las facultades representativas para que el registrador pudiera seguir calificándolas, con notas de calificación redactadas y auspiciadas por el Colegio de Registradores, pese a la claridad del artículo 98. Esfuerzos corporativos que supusieron una auténtica desobediencia civil. La Dirección General ha delimitado la situación actual con claridad. Utilizando sus palabras, el notario, como funcionario público especialmente cualificado para dar fe “con arreglo a las leyes” es el que valora, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno, que le hayan sido acreditadas. Su declaración hace fe por sí sola y el registrador no puede revisarla. El resumen es que el registrador solo puede controlar:

- Si existe una reseña identificativa del documento.
- Si existe juicio notarial de suficiencia.
- Si hay incongruencia entre el juicio notarial y el contenido del título presentado a la inscripción.

Señala José Luis MARTÍNEZ-GIL VICH (33) que todavía, tras la finalización de la guerra por la calificación de los poderes, hay ataques guerrilleros. Se siguen devolviendo escrituras porque se incorporan documentos representativos, lo cual nada hace cambiar el principio general. Se siguen pidiendo las copias autorizadas de los nombramientos de cargos o poderes, exponiéndose a un expediente disciplinario. Y se siguen aferrando a calificar, por ejemplo, las certificaciones incorporadas para completar la representación de los poderes. Añade que últimamente se han detectado intentos de calificar de nuevo los poderes en base al nefasto artículo 143 del RN.

5. La última palabra: el Tribunal Supremo. Desde la promulgación de la Ley 24/2001 han sido numerosas las resoluciones y sentencias recaídas en el conflicto que se abrió con el choque de calificaciones como telón de fondo. La cuestión, a nuestro juicio, está, desde su origen, suficientemente clara y, desde hace tiempo, zanjada jurisprudencialmente. Por eso nos vamos a limitar a comentar la última, por ahora, sentencia del Tribunal Supremo, la 645/2011 (Sala de lo civil), de 23 de septiembre, que resuelve un caso más, ejemplo de esa tenacidad en mantener una postura insostenible.

Lo más notable, a nuestro juicio, de esta sentencia del TS es que carece prácticamente de argumentación, pues, por la claridad de los preceptos que regulan la materia, fundamentalmente el artículo 98 de la Ley 24/2001, se limita a su transcripción, así como la del art. 18 de la LH, entre los cuales reconoce la existencia de una antinomia que resuelve a favor del primero como norma especial frente a la general.

— El supuesto de hecho consiste en la calificación de una escritura de cancelación de hipoteca en la que el notario inserta, con arreglo al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la reseña de los datos identificativos del documento auténtico aportado para acreditar la representación alegada y expresa el juicio de suficiencia

(33) Conferencia citada.

de las facultades representativas acreditadas para el acto a que el instrumento se refería. No es, sin embargo, la existencia de la reseña identificativa o del juicio de suficiencia del notario ni la congruencia de este juicio con el contenido del título lo que el registrador ponía en tela de juicio, únicos aspectos a los que, conforme aclara el inciso añadido al párrafo 2 del art. 98 por la reforma operada por la Ley 24/2005, puede referirse la calificación registral en materia de poderes, sino que se empecina en buscar posibles resquicios para atacar la competencia excluyente del notario e intentar restituirla al registrador.

— La vía utilizada consiste en sembrar dudas arguyendo que por tratarse de una copia parcial lo que el notario tuvo presente, no se tiene la “certeza absoluta” de las facultades de los apoderados. Por ello entiende que “... *no habiéndose calificado la suficiencia del poder en su totalidad por el Notario autorizante en la forma prevista en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, ha de realizarse la calificación de las facultades del apoderado por el Registrador de la Propiedad, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria antes citado*”. Simplemente no tiene en cuenta (¿ignorancia, intención?), como le recuerda luego tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, que en las copias parciales debe hacerse constar por el notario que las expide, con arreglo al artículo 237 del RN, que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo que se haya insertado, extremo que el notario al que se le haya aportado la copia parcial del poder deberá haber comprobado para emitir su juicio de suficiencia; labor esta que forma parte de la actividad notarial de calificación, por lo que está vedado entrar en ello al registrador –para someterla a su vez a calificación–, como pretende en este caso. No puede ni calificar la actividad de calificación del notario, ni el resultado de esta: el juicio de suficiencia. Únicamente cabe que califique la congruencia del juicio expresado por el notario con el contenido del título presentado a registro.

— Los hechos sucedieron así. El registrador de la propiedad núm. 1 de Lloret de Mar denegó la inscripción de la escritura por el motivo antes dicho. La calificación registral fue recurrida y la DGRN revocó la calificación en resolución de 21 de diciembre de 2006.

El registrador de la propiedad interpuso demanda de juicio verbal ante los Juzgados de Primera Instancia de Gerona contra la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado interesando la revocación de la expresada resolución y consiguientemente se declarase la procedencia de la calificación negativa efectuada por el demandante.

El abogado del Estado se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona dictó sentencia de fecha 9 de mayo de 2007, por la cual la desestimó. El actor recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1.ª) dictó sentencia de fecha 13 de diciembre de 2007 desestimando el recurso.

La sentencia dictada por la Audiencia tras establecer la aplicación al caso del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, con la modificación operada por la Ley 24/2005, argumenta del siguiente modo: *“el registrador, en este caso, pretende excederse en sus competencias cuando quiere sembrar la duda sobre el juicio de suficiencia en la representación de los dos apoderados comparecidos en la notaría simplemente porque deduce que al tratarse de copias parciales el señor notario no puede tener la seguridad absoluta o la certeza de que la representación que ostentan no sea contradicha en cualquier otra parte del documento. Pero eso no es competencia suya que viene determinada claramente por el inciso añadido en el apartado 2 del artículo 98...”*.

El registrador de la propiedad núm. 1 de Lloret de Mar interpuso recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477, apartados 1 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, fundado en un solo motivo, por infracción de lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 24/2001 en la redacción dada por la Ley 24/2005.

— A continuación transcribimos literalmente parte de los fundamentos de derecho y el fallo de la misma:

“Tercero.— El recurso de casación interpuesto por el actor don Luis Pedro, Registrador de la Propiedad núm. 1 de Lloret de Mar, se fundamenta en la infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001, según redacción dada por la Ley 24/2005.

Dicha redacción es como sigue:

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. *La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.*

3. *Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.*

Por su parte, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone lo siguiente:

Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

En primer lugar, la evidente antinomia existente entre ambas normas –la primera supone una clara excepción a la aplicación de la segunda– ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad según el cual la ley especial supone una concreta derogación de la general para el caso que contempla (sentencias de esta Sala de 18 enero 2009, 6 junio 2008, 9 marzo 2007, 20 julio 2005 y 29 abril 2002) siendo aquélla la aplicable, por lo cual las facultades de calificación del registrador en el caso de constancia notarial de la representación no se rigen por lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino por lo establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001.

El hoy recurrente, admitiendo –como ya lo hizo en su informe emitido para el recurso ante la DGRN (doc. núm. 4 de la demanda)– que existe reseña del poder y juicio notarial de suficiencia, viene a afirmar que se ha vulnerado lo dispuesto por el citado artículo en tanto que no se ha exhibido al notario «*el documento auténtico acreditativo de la representación*», pues la copia parcial del mismo

no puede formalmente considerarse como documento auténtico si no cumple los requisitos que al efecto señala la legislación notarial y cita al respecto la exigencia contenida en el apartado 3 de dicha norma significando que en el caso presente, ante la presentación de copias parciales de las escrituras de apoderamiento, el notario no pudo dar fe de que en lo omitido no hubiera nada que restringiera ni en forma alguna modificara o condicionara la parte transcrita al no tener a la vista el documento íntegro.

Cuarto.— El recurso ha de ser desestimado. Según dispone el apartado 2 del citado artículo 98 de la Ley 24/2001, el registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación. Admitida la existencia de la reseña identificativa y del juicio notarial de suficiencia, la calificación negativa del registrador no puede justificarse por la incongruencia del juicio notarial con el contenido del título presentado —única cuestión que restaba por examinar al registrador— pues no existe tal incongruencia por el hecho de que el notario no tuviera a la vista la totalidad de las escrituras sino sólo una parte de ellas, siendo así que *el registrador lo que hace en realidad, lejos de limitarse a la apreciación de una posible incongruencia, es examinar la corrección del juicio de suficiencia emitido por el notario, lo que excede de sus facultades y queda para su eventual examen en el proceso judicial que pudiera iniciar la parte interesada.*

Por otro lado, ya el notario que autorizó las copias parciales de las escrituras de apoderamiento habría dado cumplimiento a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 327 del Reglamento Notarial, según el cual *«en toda copia parcial se hará constar, bajo la responsabilidad del Notario, que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto, sin perjuicio de que también pueda hacerse extracto o relación breve de aquello»* y así pudo ser tenido en cuenta por el fedatario que autorizó la escritura de cancelación de hipoteca a la hora de establecer un juicio de suficiencia cuya revisión, fuera del caso de incongruencia, no corresponde al registrador.

Por último, tampoco puede el registrador, según la norma citada, solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación, ni le corresponde examinar el cumplimiento

que el notario haya dado a lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 98 en cuanto a la incorporación a la matriz de determinados documentos, de modo que si lo hace parcialmente deba dar fe el propio notario de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita, pues tal previsión normativa se refiere a la actuación del propio notario autorizante de la escritura en que alguna de las partes compareció representada y no al supuesto de que ante él se acredite la representación mediante copia parcial de la escritura de apoderamiento, que es el supuesto litigioso.

Quinto.— Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Pedro contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2007 dictada por la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1.ª) en Rollo de Apelación núm. 442/2007, dimanante de autos de juicio verbal número 246/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha ciudad, a instancia de dicho recurrente contra la Dirección General de los Registros y del Notariado, la que confirmamos con imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Juan Antonio XIOL RÍOS.— José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL.— Antonio SALAS CARCELLER.— Encarnación ROCA TRÍAS.— Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS.— Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio SALAS CARCELLER, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER”.

C) La validez de los actos dispositivos. La calificación ha de referirse al acto o negocio jurídico contenido en el título presentado

a inscripción y el registrador debe comprobar si el acto jurídico en sí es válido o nulo, tanto en sí como en sus condiciones, y también la trascendencia real del contenido del título. Sería prolijo mencionar los requisitos de cada negocio y lo que es objeto de calificación, por eso diremos que

— El registrador no debe pronunciarse sobre todas las cláusulas, sino solo sobre las inscribibles. En caso contrario existiría infracción del principio de congruencia. Hay que distinguir perfectamente, como señala MARTÍNEZ-GIL VICH, entre lo pactable y lo inscribible. El contenido de las escrituras públicas es mucho más amplio que lo inscribible y el porcentaje de escrituras públicas que versan sobre materias no inscribibles no es nada desdeñable. La calificación debe distinguir, pero evitando que una calificación parcial mutile la unidad negocial pactada.

— La calificación no puede invadir el área jurisdiccional. Tras la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 se planteó y llevó a la práctica la idea de que el registrador calificase como nulas por abusivas determinadas cláusulas contractuales. Posteriormente se determinó que se trataba de una competencia exclusivamente judicial, como señalaron numerosas resoluciones de la DG, varias de octubre de 1991 y de julio de 1992. En ese sentido se manifiesta actualmente el artículo 258.2 de la LH, que solo autoriza a denegar la inscripción de las cláusulas previamente declaradas nulas por los tribunales: *“El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*.

— La calificación de la validez o no del acto dispositivo como dice la resolución de la DG de 25 de octubre de 2000, sistema notarial, no puede exigir la prueba de hechos negativos, ni los motivos que impulsan a las partes a la celebración del negocio, o los posibles vicios del consentimiento.

— En materia de actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la calificación no puede abarcar el fondo del juicio de notoriedad únicamente sujeto a control judicial (RDG de 8 de marzo de 2003).

— El registrador tiene que controlar la legalidad en cuanto a si el negocio documentado reúne los requisitos legalmente previs-

tos según su naturaleza jurídica, pero no puede opinar doctrinalmente y decidirse por una teoría sobre la naturaleza jurídica de la institución. Por ejemplo, señala MARTÍNEZ-GIL VICH lo siguiente:

- No puede apreciar autocontratación si el notario ha apreciado su inexistencia y las partes lo han aceptado. Si la hubiera, es una cuestión a dilucidar por los tribunales y no afectaría a tercero de buena fe.

- No puede optar por pedir que firme el contador partidor si la herencia ha sido formalizada por unanimidad de los cotitulares de la comunidad hereditaria.

- No puede realizar interpretaciones que se opongan a opiniones doctrinales mayoritarias asumidas por el notario.

- Carece de la posibilidad de dudar, inaplicar o cuestionar la validez de las disposiciones, como la posible inconstitucionalidad.

- Solo puede denegar, como dice la DG, en aquellos supuestos en los que se produzca de forma patente una vulneración de la ley imperativa o del orden público o la falta de requisitos esenciales que palmariamente vicien el acto o negocio documentado.

- Y todo lo anterior, concluye el autor citado, no es un capricho, sino una exigencia para dotar al sistema de certeza y predictibilidad.

MEDIOS UTILIZABLES PARA LA CALIFICACIÓN

Por lo que se refiere a los medios utilizables por el registrador para la calificación, el artículo 18 de la LH habla literalmente de que *“los registradores calificarán... por lo que resulte de ellas –se refiere a las escrituras públicas– y de los asientos del registro”*. La Dirección General, en resolución de 30 de noviembre de 2005, acota con sutileza el diferente campo sobre el que recae la calificación del notario y la del registrador, entendidas ambas calificaciones como enjuiciamiento de adecuación a la legalidad del hecho objeto de calificación, siendo este hecho para el notario el hecho objeto de la escritura, y para el registrador la escritura objeto de inscripción. Así se expresa la DG: *“Toda calificación jurídica –como la que compete al registrador o al notario respecto a los títulos o los actos cuya inscripción o cuya documentación pública se pretende– supone un enjuiciamiento de adecuación a la legalidad del hecho objeto de calificación, mediante su subsunción dentro del supuesto normativo. Aunque esa*

adecuación al ordenamiento jurídico sea inexcusable, en cada caso, como valoración tanto por el notario como por el registrador (artículo 17 bis de la Ley del Notariado, redactado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y artículo 18 de la Ley Hipotecaria), sin embargo, el hecho objeto de calificación por uno y otro nunca es coincidente y no debe confundirse, pues al registrador no compete calificar, como al notario, el hecho objeto de la escritura, sino la escritura objeto de la inscripción, con la consiguiente variabilidad de la legalidad considerable en uno y otro caso. En efecto, como ha quedado expuesto, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria limita el objeto de la calificación registral a los actos «contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Las circunstancias del acto documentado que debió valorar el notario, bajo su responsabilidad, al autorizar la escritura, si no resultan de ella, cuando se presenta a inscripción, son ajenas a la responsabilidad del registrador y también a su calificación”.

Los medios utilizables por el registrador se reducen a dos: los propios títulos presentados y los asientos del registro. La exigencia legal es ineludible: lo que no está en los documentos presentados o en los asientos del registro no puede ser tenido en cuenta para calificar. En consecuencia

— El registrador no puede exigir la presentación de otros documentos para calificar. Podrá suspender o denegar la inscripción si encuentra obstáculos o defectos, y podrá, en todo caso, advertir de la conveniencia de subsanar los defectos antes de calificar, como buena praxis profesional, para el ágil funcionamiento del registro y del servicio público, pero no exigir la presentación de otros documentos.

— Se ha planteado la posibilidad de que el registrador tenga en cuenta para la calificación otros títulos presentados con posterioridad, pendientes de despacho. En base al principio de prioridad, la respuesta es negativa. No obstante, se han señalado como excepciones los casos en que los títulos presentados con posterioridad sean a) compatibles y previos al despacho del anterior, y b) cuando relacionados los títulos previo y posterior, resulte la comisión de un delito, o que el asiento motivado por el primer título haya de ser cancelado por el segundo.

Por lo que se refiere a los asientos del registro, como medio para la calificación, se entiende por tales los asientos existentes en la

hoja registral de la finca en cuestión y no a cualquier asiento del registro, por lo que el registrador no está obligado a llevar a cabo un examen de todos los asientos del registro que puedan estar relacionados. Los asientos cancelados no pueden considerarse como medio de calificación, como tiene declarada la DG. También la DG, en la resolución citada de 30 de nov. de 2005, dice lo siguiente:

- La extinción del poder, si no resulta de la escritura calificada, queda fuera de la calificación. En el supuesto el registrador la conocía por otros medios.
- La publicidad en el Registro Mercantil no condiciona la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad; en el supuesto el registrador había consultado el Registro Mercantil.
- Solo puede atender el registrador al folio de la finca y a los asientos vigentes; en el supuesto el registrador había consultado otras inscripciones.
- Que la tenencia del título representativo del poder permite presumir su vigencia.
- Que el problema de si la extinción del poder inscrito en el Registro Mercantil cuando el apoderado conserva el título, es decir, la copia autorizada del poder, excluye o no la buena fe del tercero, corresponde resolverlo a los tribunales y no al registrador.

En la introducción del presente trabajo hemos afirmado que el sistema notarial-registral es un organismo vivo, en continuo movimiento para adaptarse al cuerpo social al que presta sus servicios y que, debido a su faceta funcional, está sujeto a la voluntad política. No ha habido que esperar a la publicación del presente trabajo para corroborar este aserto. Estando en fase de pruebas de imprenta se están produciendo determinados cambios de orientación en la doctrina del Centro Directivo en la materia que tratamos en este punto, que aconsejan que no dejemos sin tratar, aunque sea con cierta premura. Nos referimos a la cuestión de si el registrador al calificar puede tener en cuenta otros datos publicados por otro registro que no sea el registro a su cargo, en particular los publicados por el Registro Mercantil, cuestión que se suscita en las resoluciones que luego citamos. En otras palabras, si por "registro" del artículo 18 de la LH debe entenderse solo el registro a cargo del funcionario calificador o si "registro" es un término en expansión, comprensivo de cualquier registro al que el registrador pueda tener acceso al

tiempo de ejercer su función calificadora. Como dice ÁLVAREZ-SALA (34), "el legislador decimonónico pensaba, naturalmente, sólo en el registro a cargo del propio calificador, única información accesible al obligado a suministrarla. Los asientos de los demás registros no le vinculaban. Al quedar fuera de su propia competencia y posibilidad de acceso, quedaban también fuera de su alcance como medios de calificación. Pero actualmente, en un mundo electrónicamente interconectado, en el que todos los registros proporcionan su información de modo interrelacionado a través de un solo portal de acceso telemático común, sostener que el registrador encargado de inscribir una escritura deba desconocer en su calificación la información registral que no está a su cargo suministrar, pero proporciona el servicio registral en su conjunto, parece más discutible".

El mismo autor pone de manifiesto que lo que interesa hoy, más que a cargo de quien esté el registro, es cuál sea el régimen de acceso a la información. "La clave está en que ese grado de accesibilidad a las fuentes de información sea el mismo para la Administración que para el interesado. Todo dato cuyo conocimiento no sea exigible al interesado por excesiva dificultad de obtenerlo, no podría oponerle luego el registrador, aunque dispusiera de él por otros medios. El verdadero eje de la calificación registral es su predictibilidad, de modo que lo que más importa no es a qué medios se extienda, sino que todos los medios o datos al alcance del registrador en su tarea calificadora sean igual de accesibles para él que para quien se somete a su calificación. El derecho a la inscripción exige que en la calificación registral no puedan tomarse en cuenta datos que no sean igual de accesibles para quien la solicita que para el registrador".

En línea con esta opinión, la Dirección General, en su importante resolución de 9 de abril de 2003, resolvió un caso referente a un acto autorizado en base a un poder que el notario juzgó suficiente a la vista de la copia auténtica que se le exhibió, cuyo poder constaba revocado en el Registro Mercantil, lo que alegó el registrador por constarle por otros medios, no obstante lo cual la DG ordenó la inscripción. Ni el notario ni los mismos interesados tenían el mismo grado de accesibilidad al contenido del Registro Mercantil que el registrador al calificar la escritura. Rodrigo TENA (35), comentando

(34) *El Notario del Siglo XXI*, número 42, marzo-abril 2012.

(35) "El control de legalidad del negocio jurídico como competencia ex-

esta resolución, pone el dedo en la llaga al notar que “una cosa es la solución sustantiva y otra completamente distinta es la solución registral”. Y defiende la tesis de que “el control de la legalidad llega hasta donde quiera el notario (dentro de ciertos límites, pero que en general son amplios), pero siempre con un mínimo que el legislador considera razonable. Y que una vez cumplidos dichos límites, por un elemental principio de protección del tráfico, la escritura debe necesariamente inscribirse, aunque el registrador «descubra» antes de la inscripción una circunstancia determinante de ineficacia que el notario no pudo tener en cuenta. Se exceptúa sólo el caso de que el notario hubiera debido tenerlo en cuenta –porque así lo impone la Ley– y no lo hubiera hecho. Es decir, cuando no cumpla los límites. Y también el caso –por una simple cuestión de congruencia– de que yendo el notario más lejos de lo que la Ley le impone, descubra una circunstancia que haga al negocio ineficaz y pese a ello lo autorice, dejando su rastro en el documento. Y que esto es así lo demuestra el hecho de que el procedimiento registral, condensado en el famoso principio de prioridad, tan tasado y regulado, está pensado precisamente para respetar esa idea”. Hace el autor una serie de consideraciones consecuentes, como que “En realidad el registrador no controla la legalidad del negocio, sino que controla al controlador, y sólo en ciertos ámbitos”, o que “sus posibilidades de calificación vienen limitadas radicalmente por la regularidad de la actuación notarial”, o que “en el ámbito notarial y registral no hay doble control de legalidad. Lo que hay es un control de legalidad íntegro realizado por el notario, y luego una comprobación –parcial– de la regularidad de ese control realizado por el registrador”. Finalmente el autor entiende que para evitar casos como el contemplado en esta resolución, el notario debería tener reconocida la posibilidad de acceder *on line*, sin cortapisas, a todo el ámbito de la publicidad registral, así como que “la calificación notarial está necesariamente condenada a ser mucho más ambiciosa que en la actualidad”. Así, dice que “Hoy esa amplitud es posible gracias a las nuevas tecnologías, y es responsabilidad del legislador imponerla, previa facilitación de los medios, obviamente. La posibilidad de acceso *on line* a los registros públicos, y a los archivos informáticos que puedan crearse *ad hoc*,

clusiva del notario”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 41, separata, junio de 2004.

es de una importancia capital, que permitirá al notario, en un futuro cada vez más inmediato, extender el ámbito de su calificación, en el momento de la verdad, en el momento de la autorización, hasta llegar a un punto en que se imposibiliten casos como el que plantea la resolución que comentamos”.

Desgraciadamente, la Administración, por vía de la Dirección General, en un episodio que continúa el enfrentamiento entre las funciones de registradores y notarios, en la línea de fortalecer y extender la calificación registral, en vez de optar por facilitar primero los medios técnicos para el acceso a la información de los registros en igualdad de condiciones para notarios y registradores y, luego, imponer el deber de su consulta obligatoria tanto para notarios y registradores –y para estos no solo en el momento de calificar e inscribir, sino también en el de enviar la información registral solicitada desde las notarías–, ha comenzado recientemente a dictar una serie de resoluciones en las que, modificando el criterio mantenido en otras, como la anteriormente citada de 9 de abril de 2003, reconoce desde ya y sin que se haya sentado previamente la oportuna base legal, la posibilidad de que los registradores tengan en cuenta a la hora de calificar el contenido de cualquier registro a su alcance. Así ocurre en las recientes resoluciones de 27 de febrero de 2012 (en el recurso contra la nota de calificación del registrador de Torredembarra) o en las resoluciones de 16 de febrero de 2012 (tres en total, en recurso contra la calificación de la registradora de la propiedad de Fuenlabrada 3), en las que el registrador de la propiedad consultó telemáticamente el Registro Mercantil para constatar la existencia de una declaración de concurso de acreedores.

La interacción entre las funciones notarial y registral está en continuo cambio, lo que obliga a un constante reequilibrio, dada la celeridad de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones y acceso telemático a la información. Pero las modificaciones en las reglas de actuación de notarios y registradores deben ser objeto de regulación legal por el legislador y no consecuencia de cambios de criterio de la Administración, sin el necesario apoyo legal. No nos parecen suficientes las interpretaciones basadas en invocaciones a “terceros” más o menos indefinidos ni a genéricos principios constitucionales o de legalidad. No entramos a repetir los argumentos de la DG, disponibles para su lectura a todos, a nuestro juicio forzados, por no poder sustentarse en apoyos claros e incontestables. Pero sí

que haremos los siguientes comentarios que nos sugieren las citadas resoluciones y en particular su línea argumental.

El primer y principal "tercero" al que el registro de la propiedad debe defender, para proteger al tráfico jurídico y garantizar la seguridad jurídica, que es la finalidad específica y primordial del registro, es el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es decir, el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo (supuesto de hecho), el cual será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante en virtud de causas que no consten en el mismo registro (consecuencia jurídica), ambos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, integrantes de la premisa mayor del silogismo para la aplicación del derecho (si es A debe ser B).

A este tercero del artículo 34 LH, la DG trata de postergarlo artificiosamente por otros "terceros", más bien "*penitus extraneus*", anteponiendo la hipotética "fortísima eficacia ofensiva frente a terceros" de la inscripción, a la exigible eficacia defensiva que la inscripción del derecho a su favor debe tener para el primer y verdadero tercero del artículo 34. A este tercero lo despoja de su derecho a ser protegido como tercero –y hasta de su nombre– y lo convierte simplemente en el "rogante o beneficiario del asiento", de quien niega que haya que pasar por los títulos presentados por el mismo –los exigidos con arreglo a las normas que regulan el procedimiento registral–, pues estima que podría seleccionarlos "a su antojo para, sobre todo cuando se ampara en presunciones sustentadas en sus declaraciones, burlar con toda facilidad la legalidad y los derechos de terceros que no han sido llamados al procedimiento (terceros, en muchos casos, imposibilitados de defenderse por sí mismos, por ser desconocidos, futuros o indeterminados)". Así se expresa la DG en la reciente resolución de 27 de febrero de 2012, BOE número 76, de 29 de marzo de 2012 (36).

(36) "Una cosa es que el trámite de inscripción se inicie solo a solicitud de parte y otra que una vez iniciado (especialmente cuando se pide un acto como la inscripción con fortísima eficacia ofensiva frente a terceros) haya que pasar forzosamente por la prueba presentada por el rogante (normalmente el beneficiario del asiento) que podría seleccionarla a su antojo para, sobre todo cuando se ampara en presunciones sustentadas en sus declaraciones, burlar con toda facilidad la legalidad y los derechos de

La protección del tráfico y la garantía de la seguridad jurídica que persigue la institución registral se opera mediante el procedimiento registral, reglado por la Ley y el Reglamento Hipotecarios, al cual debe ajustarse el registrador para que su resultado sea predecible. Cuando la DG fuerza la interpretación del art. 18 de la LH para entender por "registro" no solo el "mismo registro" del artículo 34, en cuyos pronunciamientos se apoya el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, sino todos los registros, cualquier registro accesible al registrador (Registro Mercantil, Registro de Resoluciones Concursales, Índice central de incapacitados), sin una base legal previamente establecida, y además con carácter potestativo para el registrador –quien puede consultarlos o no–, está igualmente desprotegiendo al tercero, al verdadero tercero del artículo 34, que debe ser mantenido en su adquisición aun cuando después se anule o se resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constan en el "mismo registro". Este tercero ha actuado confiando en la actuación reglada del notario, que ha obrado con arreglo a las prescripciones legales y reglamentarias y ha consultado lo publicado por el registro en la medida en que es, hoy por hoy, exigible por ser lo razonablemente accesible.

En definitiva, las interpretaciones forzosamente extensivas que realiza la DG atentan contra la piedra angular de la institución registral, el artículo 34 de la LH. Resulta que pretendiendo fortalecer la posición de uno de los elementos del sistema registral –fundamental, eso sí–, cual es el registrador o, si se prefiere, el funcionario calificador, en su función precisamente calificatoria, se perjudica el sistema registral mismo, pues se hace inseguro –por impredecible– el resultado del procedimiento registral, ya que los datos que la DG permite que el registrador tenga en cuenta no son igualmente accesibles para él que para el notario o el público en general.

terceros que no han sido llamados al procedimiento (terceros, en muchos casos, imposibilitados de defenderse por sí mismos, por ser desconocidos, futuros o indeterminados). Por tanto el legislador puede perfectamente en cumplimiento del principio de legalidad –de la necesidad de garantizarla y en consecuencia de impedir la inscripción de títulos viciados– servirse de aquellos datos, que condicionan la legalidad de la inscripción que se le pide, y han sido publicados oficialmente, si le resultan fácilmente accesibles."

La argumentación del Centro Directivo invoca la defensa del principio de legalidad –no permitir el acceso al registro a situaciones ilegales o claudicantes–, pero para lograr tan alto fin parte de incumplirlo al alterar sustancialmente el procedimiento registral establecido, pues el principio de legalidad significa precisamente que tanto los ciudadanos como la Administración están sujetos a la ley y esta no puede ser vulnerada apelando a principios superiores, incluido el propio principio de legalidad. Es como si se vulnerase la institución de la prescripción para sancionar una infracción o un delito ya prescritos invocando el mejor cumplimiento de la legalidad. Debe primar la seguridad jurídica aplicando la legalidad positiva sobre la aplicación a ultranza de la legalidad entendida como principio, por definición más general e impreciso, y de entendimiento necesariamente subjetivo. En definitiva, el registrador debe inscribir con arreglo a las normas establecidas, es decir, si el título que se presenta ha sido elaborado por el notario con observancia en su actuación de todas las prescripciones legales, aunque por otros medios de no obligatoria observancia, para el notario ni para el registrador, se hubiese podido llegar a una conclusión distinta en cuanto a la autorización del documento o su inscribibilidad.

Sorprende, por otra parte, que la Dirección General haga hincapié en que el registrador deba consultar otros registros a la hora de inscribir y no se preocupe de que lo haga a la hora de enviar la información a los notarios solicitantes de la misma para así proporcionar una información completa en el momento de la autorización del documento por el notario, con lo cual velaría por la seguridad jurídica preventiva, a cuya defensa apela, y evitaría que se produjesen casos como los contemplados por las resoluciones. No se debe olvidar que es la Dirección General no solo de los Registros, sino también del Notariado.

Lo que tenemos ante nosotros –Administración, notarios y registradores– es el reto, *de lege ferenda*, de adecuar la legislación a las posibilidades tecnológicas actuales, de modo que sea accesible y obligatorio para todos la consulta a la publicidad registral disponible. Tomar un atajo y admitir la posibilidad, con carácter obligatorio, de que el registrador, sin base legal suficiente, pueda consultar otros registros a su alcance en el momento de la inscripción, comporta una inseguridad: que en el momento de la verdad, cuando se forma el título inscribible con la autorización del mismo por el notario,

resulte impredecible si es inscribible, o no, ya que determinados datos que publican los registros no son fácilmente accesibles para el notario ni para los interesados, ni la información telemática obtenida tiene fehaciencia para ellos; si además se deja al arbitrio del registrador, que sí tiene fácil acceso a los mismos, consultarlos, o no, tenerlos en cuenta, o no, es la vuelta al *ancien régime*: los siervos están sujetos a la ley, la Administración no.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

El artículo 100 del Reglamento Hipotecario establece que *“La calificación por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro”*.

a) Formalidades extrínsecas del documento presentado: el registrador puede calificar los requisitos de formalización y autenticidad, es decir, las formalidades extrínsecas, del testimonio, traslado o copia que se le presente, con la misma extensión que respecto a las escrituras, pues en este punto el artículo 18 de la LH se refiere a los documentos de toda clase.

b) Respecto a la calificación de la competencia del Juzgado o Tribunal, el artículo 100 de la LH se refiere de forma parcial a la calificación de la competencia en las cancelaciones, estableciendo que *“Los registradores calificarán... la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenen las cancelaciones, cuando no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripción o la anotación preventiva”*. De todos modos, las facultades calificadoras del registrador son más amplias de lo que parece desprenderse de este artículo 100, y puede calificar la competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía, como ha declarado la DG en diversas resoluciones.

c) La congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado. Las facultades calificadoras del registrador respecto de los documentos judiciales están limitadas, pues el registrador no puede entrar en el fundamento o motivaciones de las decisiones judiciales, ni en la capacidad o legitima-

ción procesal de las partes del proceso, ni el orden riguroso del procedimiento. A lo que sí se extienden las facultades calificatorias del registrador es a las notificaciones o citaciones de la persona que sea titular registral de dominio o derecho real que haya de resultar afectada o perjudicada por el asiento ordenado por la autoridad judicial. Esto es así como garantía indeclinable de los derechos de los interesados, que se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y porque en caso contrario, si el perjudicado no hubiese sido debidamente citado para poder ser parte en el procedimiento, se produciría la indefensión del mismo. Para ello el registrador deberá comprobar que la citación se haya producido conforme a las leyes procesales correspondientes que la regulen, en la medida indispensable para que el procedimiento resulte conectado con la persona del titular registral. El artículo 38.2 de la LH presupone la necesidad de estos trámites esenciales del procedimiento, y, en materia de rectificación de asientos del registro, el artículo 40 de la LH exige la citación del titular real.

Valencia, 16 de marzo de 2012